



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a
Subcapitalização das Sociedades Comerciais: Uma perspetiva
comparada entre Portugal e Espanha**

Ema Micaela Lira Fontes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a
Subcapitalização das Sociedades Comerciais: Uma perspetiva
comparada entre Portugal e Espanha**

Ema Micaela Lira Fontes

Orientador: Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Ao João, o meu porto seguro. Aquele que me faz rir quando mais ninguém consegue.

Sem ti, isto não teria sido possível.

Obrigada por tudo.

“Let everything happen to you

Beauty and terror

Just keep going

No feeling is final.”

– Rainer Maria Rilke

Agradecimentos

Ao meu pai, pelo apoio incondicional não obstante os milhares de quilómetros que nos distanciam.

À minha mãe e aos meus irmãos, pela força e pelas distrações proporcionadas quando mais necessitei.

Às minhas avós, pelas conversas telefónicas e mensagens de conforto que tão bem me fizeram.

À Carolina Natal, à Carolina Serra, ao Manuel, à Inês e à Bárbara, por compreenderem o porquê de não poder estar presente em determinados momentos. O vosso apoio foi crucial.

Por fim, à Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, uma enorme inspiração como mulher e jurista, pela sua orientação e por todo o auxílio prestado no decorrer deste processo.

Por tudo isto e muito mais, obrigada.

Resumo

A presente dissertação, elaborada no âmbito do Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, tece como objetivo o estudo das divergências e semelhanças entre o ordenamento jurídico português e espanhol, no que concerne à desconsideração da personalidade jurídica e a um dos seus grupos de casos mais problemáticos: a subcapitalização material.

Neste contexto proceder-se-á, em primeira linha, a uma breve análise da evolução histórica do mecanismo em questão. Por conseguinte, será tratada a desconsideração, particularmente, a divergência doutrinal patente em ambos os ordenamentos e a opinião dos respetivos autores. Ulteriormente, no segundo capítulo, será abordado o tema central deste trabalho, a subcapitalização material, que será vastamente explorada nas suas mais variadas vertentes, de modo a compreender como opera nestes dois ordenamentos que, apesar de vizinhos, apresentam algumas diferenças.

Palavras-chave: desconsideração da personalidade jurídica; levantamento do véu; responsabilidade limitada; capital social; subcapitalização material; tutela dos interesses dos credores.

Abstract

The present dissertation, elaborated in the scope of the Master in Company and Business Law, aims at studying the divergences and similarities between the Portuguese and Spanish legal systems regarding the disregard of legal entity and one of its most problematic groups of cases: the material undercapitalization.

In this context, we will first proceed to a brief analysis of the historical evolution of the mechanism in question. Then, disregard will be dealt with, particularly the doctrinal divergence patent in both legal systems and the opinion of the respective authors. Subsequently, in the second chapter, the central theme of this work will be addressed, the material undercapitalization, which will be vastly explored in its various aspects, in order to understand how it operates in these two legal systems that, despite being neighbors, present some differences.

Keywords: disregard of legal entity; lifting the veil; limited responsibility; capital stock; material undercapitalization; protection of company creditors.

Índice

Agradecimentos	6
Resumo	7
Abstract.....	8
Lista de Abreviaturas.....	11
Introdução	13
I – Desconsideração da personalidade jurídica em Portugal e Espanha.....	14
1. Evolução histórica da desconsideração da personalidade jurídica	14
2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Portugal.....	16
2.1. Enquadramento Jurídico	16
2.2. A divergência na doutrina portuguesa quanto à desconsideração	17
3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Espanha.....	21
3.1. Enquadramento Jurídico	21
3.2. O “levantamiento del velo” na doutrina espanhola	22
3.2.1. Os Grupos de Casos	24
II. A Subcapitalização das Sociedades Comerciais em Portugal e em Espanha	26
1. Análise dos grupos de casos identificados tradicionalmente pela doutrina portuguesa	26
1.1. Mistura de patrimónios	26
1.2. Descapitalização	27
1.3. O controlo da sociedade por um sócio.....	27
2. A Subcapitalização das Sociedades Comerciais em Portugal e em Espanha.....	28
2.1. O capital social nas Sociedades por Quotas e nas Sociedades de Responsabilidad Limitada	28
2.2. O problema da subcapitalização material	32
2.2.1. A perda grave de capital social	34
2.3. A tutela dos credores sociais de sociedades subcapitalizadas	37

2.3.1. Distinção entre credores fortes e credores fracos.....	43
Conclusão	44
Bibliografia.....	47

Lista de Abreviaturas

A. – Autor/Autora

Ac. – Acórdão

AG – assembleia-geral

APB – Audiencia Provincial de Barcelona

Art. – Artigo

CC – Código Civil

Cfr. – Conferir

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CSM – Capital Social Mínimo

DL – Decreto-lei

DPJ – Desconsideração da Personalidade Jurídica

Ed. - Edição

i. é. – isto é

LSA – Ley de Sociedades Anónimas

LSC – Ley de Sociedades de Capital

LSRL – Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Ob. cit. – Obra citada

OJ – Ordenamento(s) Jurídico(s)

OJE – Ordenamento Jurídico Espanhol

OJP – Ordenamento Jurídico Português

p. – página

Proc. – Processo

SL – Sociedad de Responsabilidad Limitada

SQ – Sociedade por Quotas

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica consiste num dos mais graves problemas do direito societário, pelo facto de derrogar um dos mais imponentes princípios das sociedades de capitais: o princípio da separação entre o património dos sócios e o património da sociedade. Portanto, o propósito deste trabalho é explorar, primeiramente, qual o entendimento da doutrina perante esta questão controversa. Haverá quem legitime o recurso a este mecanismo? Se sim, em que situações e com que fundamento?

Foram estas questões que espoletaram a presente investigação, e para tornar o processo mais interessante e diversificado, decidiu-se proceder a uma análise comparativa, designadamente, com o ordenamento jurídico espanhol¹. Destarte, pretende-se averiguar se a circunstância destes países serem vizinhos influenciará o modo como a desconsideração é tratada, i. é, se haverá semelhanças, ou se, por sua vez, as diferenças prevalecerão.

Além da DPJ, propõe-se explorar a subcapitalização, particularmente a subcapitalização material que, como se depreende pela designação, consiste na manifesta insuficiência de capital social para a prossecução da atividade societária. Assim, o estudo da subcapitalização material será exclusivamente realizado no âmbito das sociedades por quotas e das “sociedades de responsabilidad limitada”² devido à sua estrutura personalista, o que torna este um fenómeno comum nos tipos societários aludidos.

As dificuldades levantadas pela subcapitalização material são patentes em ambos os ordenamentos. PAZ-ARES, na sua primeira obra sobre o assunto, menciona que a subcapitalização é um dos “problemas mais graves que o direito das sociedades tem por resolver”³.

Portanto, o que se pretende lograr com o presente estudo é a apreensão deste mecanismo para, subsequentemente, se analisarem as diferenças e semelhanças entre ambos os ordenamentos, mas, principalmente, compreender a subcapitalização material e quais os contornos que assume. Assim, começar-se-á por abordar o capital social, tema relevante para posterior perceção do problema em questão.

Por último, mas não menos importante, serão analisadas as várias posições doutrinárias relativamente à admissibilidade da DPJ como modo de tutelar os credores

¹ Todas as traduções foram realizadas pela Autora da dissertação.

² Corresponde à SQ no direito português.

³ PAZ-ARES, “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 36, Fascículo 4, 1983, p. 1587-1639, p. 1587.

sociais. Porém, como se averiguará, o recurso a este mecanismo não é pacífico. Consequentemente, restará apurar quais as soluções apontadas para a proteção dos credores neste âmbito.

I – Desconsideração da personalidade jurídica em Portugal e Espanha

1. Evolução histórica da desconsideração da personalidade jurídica

A questão da desconsideração começou por ser abordada pela jurisprudência norte-americana, após a independência, nos finais do século XVIII⁴, sendo aplicada desde o século XIX pelos respectivos tribunais sob o nome de “*disregard of the legal entity*” ou “*piercing/lifting the corporate veil*”.

No Continente Europeu, particularmente na Alemanha, o problema obteve notoriedade apenas em 1955. Deste modo, ROLF SERICK, com a sua obra intitulada *Rechtstform und Realitat juristischer Personen*⁵, realizou a primeira tentativa de aprofundamento dogmático da desconsideração, designando a figura em questão como *Durchgriff bei juristischen Person*⁶.

Em Portugal, este mecanismo foi acolhido por via doutrinária. FERRER CORREIA foi o primeiro a abordar este fenómeno no âmbito da situação de unipessoalidade na sua obra *Sociedades unipessoais de responsabilidade limitada*, em 1945, e o Autor reconheceu que, em determinadas situações, seria necessário afastar a personalidade jurídica. Em 1948, no seu trabalho *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, chegou mesmo a propor o recurso a soluções desconsiderantes apelando à boa fé e ao abuso do direito. Entretanto, este tema foi explorado por outros autores, de entre os quais se destacam RAÚL VENTURA⁷ e MENEZES CORDEIRO⁸, por terem sido os seguintes a versar sobre o tema após FERRER CORREIA.

⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e no Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 108.

⁵ O nome completo da obra é o seguinte: ROLF SERICK, *Rechtstform und Realitat juristischer Personen – Ein Rechtsvergleichenden Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstande hinter der juristischen Person*, Tubingen, 1955.

⁶ O Autor tornou-se uma referência continental obrigatória no que diz respeito ao *Durchgriff*.

⁷ RAÚL VENTURA, “Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e anteprojeto de reforma de lei das sociedades por quotas”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 182, 1969, p. 25-196.

⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 1232.

Em 1989, a desconsideração constitui, pela primeira vez, tema de uma dissertação de mestrado apresentada por PEDRO CORDEIRO⁹. Em 1993, OLIVEIRA ASCENSÃO publica a sua obra *Direito Comercial*, referindo no Volume IV a sua posição sobre o tópico¹⁰. De seguida, COUTINHO DE ABREU, na sua tese de doutoramento denominada *Da empresarialidade – as empresas no Direito* (1996), ocupa-se, em parte, do assunto em causa. Em 2009, a desconsideração é objeto exclusivo de uma dissertação de doutoramento da autoria de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO¹¹. Além destes autores, também contribuíram para o estudo desta figura RICARDO COSTA¹², CATARINA SERRA¹³, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE e LUÍS DE LEMOS TRIUNFANTE¹⁴.

Por fim, em Espanha, destaca-se DE CASTRO¹⁵ que, no ano de 1949, publicou um artigo no *Anuario de Derecho Civil* que viria a influenciar em grande medida os seguintes trabalhos que se realizariam sobre o *levantamiento del velo societário*¹⁶. Neste

⁹ PEDRO CORDEIRO, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 3ª ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008.

¹⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial, Vol. IV, Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Dislivro, Lisboa, 2000, p. 57-70.

¹¹ M. DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2009.

¹² RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes de sociedades por quotas perante credores e desconsideração da personalidade Jurídica” – Ac. do TRP de 29.11.2007, Proc. 0735578” in *Cadernos de Direito Privado*, nº32, outubro/dezembro 2010.

¹³ CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial”, in *JULGAR* nº9, setembro-dezembro, 2009, p.111-130.

¹⁴ ARMANDO TRIUNFANTE/LUIS TRIUNFANTE, “Desconsideração da personalidade jurídica – Sinopse doutrinária e jurisprudencial” in *JULGAR* nº9, setembro-dezembro, 2009, p.131-146.

¹⁵ DE CASTRO, “La sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica”, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 2, Fascículo 4, octubre-diciembre, 1949, p. 1397-1415. Nesta obra, o A. aborda o problema da conceção formalista da pessoa jurídica da Sociedade Anónima e o renascer da conceção realista, referindo como solução da doutrina e dos tribunais, em determinadas situações “descorrer el velo artificial de la Sociedad y a juzgar conforme a la realidad”, p. 1412. Ainda, o A. menciona que “para evitar a fraude à lei, a exposição dos acionistas minoritários, dos obrigacionistas, de credores e até dos herdeiros, era preciso prescindir do artifício abstrato da pessoa jurídica e assim o fizeram em defesa da justiça”, p. 1413.

¹⁶ Porém, será a tradução do livro de SERICK por PUIG BRUTAU que dará a conhecer definitivamente *la llamada doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica*. Cfr. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, p. 44.

espectro, importa salientar o estudo de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ¹⁷, CAPILLA RONCERO¹⁸, BOLDÓ RODA¹⁹, HURTADO COBLES²⁰ e DE ANGEL YAGÜEZ²¹.

A nível jurisprudencial, assume relevo a Sentença do Tribunal Supremo de 28 de maio de 1984, pelo facto de ter constituído a primeira decisão em que se recorre explicitamente ao “*levantamiento del velo*”.

2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Portugal

2.1. Enquadramento Jurídico

De acordo com o artigo 5º do CSC, a sociedade comercial adquire personalidade jurídica com o registo definitivo do ato constituinte, o que, segundo ENGRÁCIA ANTUNES, significa “que a sociedade comercial constitui um *centro jurídico autónomo de imputação de direitos e deveres*, encabeçando uma esfera jurídica ativa e passiva própria”²². Assim, o que se pretende com a DPJ é, de acordo com MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, afastar, retirar a personalidade jurídica de uma pessoa coletiva²³, “para alcançar diretamente aquele que se esconde atrás das vestes da sociedade e o seu património, responsabilizando-o como se a sociedade não existisse em relação a determinado ato concreto”²⁴.

Desde logo, afigura-se de extrema importância aludir ao facto de este mecanismo não encontrar qualquer previsão no direito legal vigente, uma vez que é de “criação doutrinária e jurisprudencial”²⁵. Assim, naturalmente se confere à desconsideração carácter *excecional* e *subsidiário*, dada a insegurança jurídica que o seu recurso origina²⁶.

¹⁷ DE LA CÁMARA ÁLVARES (com a colaboração de DE PRADA GONZALEZ), “Sociedades comerciales (El empresário individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de la escritura pública en la constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones)” in *Revista de Derecho Notarial*, año 21, num. 81-82, julio-diciembre, Madrid, 1973.

¹⁸ CAPILLA RONCERO, *La Persona Jurídica. Funciones y Disfunciones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

¹⁹ BOLDÓ RODA, *ob. cit.*

²⁰ HURTADO COBLES, *La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario – Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Atelier Editorial, Barcelona, 2000.

²¹ DE ANGEL YAGÜEZ, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017.

²² ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 9ª ed., Porto, 2020, p. 228.

²³ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, p. 67.

²⁴ Cfr. Ac. do TRG de 17-12-2018, Proc. 216/16.8T8VNF.G2.

²⁵ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores” in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Vol. II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p. 11 e 12.

²⁶ Cfr. CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p.114.

COUTINHO DE ABREU define DPJ como “a derrogação ou não da observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios”²⁷. Na esteira de PEDRO CORDEIRO, “*entendemos por desconsideração o desrespeito pelo princípio da separação entre a pessoa colectiva e os seus sócios*” ou, por outras palavras, “*desconsiderar significa derrogar o princípio da separação entre a pessoa colectiva e aqueles que por detrás dela actuam*”^{28/29}.

Assim, a tutela dos interesses dos credores das sociedades de capitais é um problema que tem vindo a ser colocado no âmbito das sociedades comerciais, uma vez que é cada vez mais frequente os credores não conseguirem satisfazer os seus créditos através da execução do património societário. Face a esta realidade, é proposto o recurso à DPJ como solução para o problema em causa.

Porém, a DPJ é um tema de grande controvérsia, precisamente pelo facto de derrogar, não só o princípio da separação, mas também o princípio da responsabilidade limitada que vigora nas sociedades de capitais, quando se pretenda recorrer à desconsideração para fins de responsabilidade. Isto porque, uma vez que nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas é o património da sociedade que responde pelas suas dívidas, caso se derogue o princípio da responsabilidade limitada, quem responderá pelas dívidas sociais será o substrato pessoal da mesma, ou seja, os sócios.

2.2. A divergência na doutrina portuguesa quanto à desconsideração

Conforme o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 29-04-2008,

*“para não abalar a segurança jurídica decorrente do reconhecimento legal do ente colectivo nem quebrar a confiança depositada nesse instituto jurídico pelos demais sujeitos de direito, tal relativização tem de obedecer a pressupostos estritos que definam as situações excepcionais relevantes e que não encontram solução satisfatória no quadro de outros institutos gerais ou específicos, o que lhe confere carácter subsidiário”*³⁰.

Para tal, a doutrina procedeu à identificação de determinados casos, no âmbito da qual poder-se-ia desconsiderar, legitimamente, a personalidade jurídica.

²⁷ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, Vol. II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 174; idem, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 205.

²⁸ PEDRO CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 19.

²⁹ Para mais definições, cfr. ARMANDO TRIUNFANTE/LUIS TRIUNFANTE, *ob. cit.*, p. 131; ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, p. 231; Ac. do TRL de 30-06-2011, Proc. 1410/06.5TTLSB.L1-4.

³⁰ Proc. 10802/07.

COUTINHO DE ABREU impõe uma distinção entre dois grupos de casos para concretização do método³¹ da DPJ, desde logo, o grupo de casos de imputação³² e o grupo de casos de responsabilidade³³. Para o presente estudo interessa somente o segundo grupo de casos, ou seja, aquele em que a *regra da responsabilidade limitada* que beneficia certos sócios é *quebrada*³⁴.

Deste modo, o A. insere na categoria de responsabilização a descapitalização provocada (por sócios), a mistura de patrimónios e a subcapitalização material manifesta³⁵.

Por sua vez, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO identifica como grupos de casos o controlo da sociedade por um sócio, a subcapitalização material da sociedade, a “descapitalização” da sociedade e a mistura de patrimónios³⁶.

MENEZES CORDEIRO, que designa este fenómeno por “levantamento da personalidade jurídica”, enuncia que se deve distinguir entre a confusão de esferas jurídicas, a subcapitalização, o atentado a terceiros e o abuso de personalidade.³⁷

Diferentemente, PEDRO CORDEIRO julga que a desconsideração da personalidade aplicar-se-á somente nos casos de responsabilidade, reconhecendo como grupos de casos a subcapitalização e a mistura de patrimónios³⁸.

Por fim, OLIVEIRA ASCENSÃO, contrariamente a todos os autores, expõe como casos: a fraude à lei, a fraude à obrigação contratual, a fraude contra credores e o controle societário³⁹.

Assim sendo, infere-se que é pacífico na doutrina o facto de se poder recorrer à DPJ para fins de responsabilidade. O que não é unânime entre os A. são os grupos de

³¹ Para o A., a desconsideração é uma construção metódica constituída por dois pilares principais, nomeadamente o abuso do direito e a interpretação teleológica, e uma base que consistirá na “concepção substancialista, não formalista nem absolutizadora da personalidade colectiva”, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 176.

³² Este grupo é conhecido no direito alemão por *Zurechnungsdurchgriff* e abrange as hipóteses em que “determinados conhecimentos, qualidades ou comportamentos dos sócios são referidos ou imputados à sociedade e vice-versa”, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 175.

³³ A doutrina alemã denomina os casos de responsabilidade por *Haftungsdurchgriff*.

³⁴ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 176; idem, “Diálogos com a jurisprudência – II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2010, p. 55.

³⁵ Cfr. *Curso...*, p. 178-183. Anteriormente, o A. identificava um outro grupo de casos: o domínio qualificado de sociedade sobre outra(s). No entanto, na nova edição da sua obra, o referido grupo já não é mencionado.

³⁶ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração...”, p. 21-34.

³⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento...*, p. 116.

³⁸ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 66. Relativamente aos casos de imputação, estes serão casos de mera aplicação de normas, como analisaremos *infra*.

³⁹ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 75.

casos em que é permitido o seu recurso, existindo divergência doutrinal quanto à sua efetiva aplicação. Portanto, enquanto alguns A. defendem a sua aplicabilidade em determinados grupos de casos, outros frisam só se poder recorrer a este mecanismo se nenhuma solução resultante da lei puder solucionar o problema em questão.

Destarte, são várias as posições dos autores portugueses relativamente à admissibilidade desta solução. Consequentemente, a doutrina portuguesa desdobra-se entre os apologistas deste mecanismo, de entre os quais se destacam COUTINHO DE ABREU, MENEZES CORDEIRO, PEDRO CORDEIRO e OLIVEIRA ASCENSÃO, e aqueles que rejeitam o seu recurso, como MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO e ENGRÁCIA ANTUNES.

No que concerne aos apologistas da DPJ, apesar de favorecerem a sua aplicação, os fundamentos propugnados para tal são distintos. COUTINHO DE ABREU alega que, caso estejam em causa determinados comportamentos dos sócios, enquanto sócios, estes poderão ser responsabilizados através da DPJ⁴⁰.

Para os restantes A., a DPJ consubstanciar-se-á num instituto. Todavia, este entendimento difere entre os seus defensores, havendo A. que consideram a DPJ como um instituto de enquadramento e outros como um instituto autónomo.

Deste modo, para MENEZES CORDEIRO, o levantamento da personalidade coletiva será um instituto de enquadramento⁴¹, “de base aparentemente ‘geográfica’, mas com todas as vantagens científicas e pedagógicas dele decorrentes”⁴². Assim, enquanto instituto de enquadramento, ao levantamento é-lhe reconhecido uma autonomia dogmática^{43/44}.

⁴⁰ Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos...”, p. 53. No mesmo sentido, RICARDO COSTA, *ob. cit.*, p. 56-57.

⁴¹ “Trata-se de institutos que reúnem em função de pontos de vista ordenativos figuras que, de outro modo, ficariam dispersas. A junção assim conseguida poderá, à partida, ter escasso conteúdo dogmático. No entanto, esse conteúdo surge *após* a procurada ordenação.” Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento...*, p. 148.

⁴² Cfr. *Idem*, *Ibidem*, p. 149.

⁴³ No mesmo sentido, cfr. CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 129; D. PEREIRA DUARTE, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 253. Em sentido contrário, M. FÁTIMA RIBEIRO declara não estarmos perante um verdadeiro “instituto”, mas antes perante a tentativa de alcançar um determinado resultado que se afigura o mais justo. Cfr. *A Tutela...*, p. 131.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO estipula que fundamentalmente, o levantamento “traduz uma delimitação negativa da personalidade colectiva por exigência do sistema ou, se se quiser: ele exprime situações nas quais, mercês de vectores sistemáticos concretamente mais ponderosos, as normas que firmam a personalidade colectiva são substituídas por outras normas”, in *O Levantamento...*, p. 149.

Diversamente, PEDRO CORDEIRO e OLIVEIRA ASCENSÃO reputam a DPJ como um instituto autónomo⁴⁵, de carácter excecional e subsidiário⁴⁶. No entanto, estes autores sustentam tal afirmação com argumentos dispares. De acordo com OLIVEIRA ASCENSÃO, defensor da DPJ como instituto autónomo nas hipóteses de imputação e nos casos de responsabilidade, na origem da desconsideração deverá estar uma orientação funcional⁴⁷. Assim, a DPJ aparecerá como uma consequência da inobservância da função que deveria ter sido desempenhada⁴⁸. PEDRO CORDEIRO, por sua vez, adota esta posição somente nas sociedades de responsabilidade limitada. Relativamente aos casos de imputação, estes devem ser resolvidos através de uma adequada interpretação das normas ou com recurso a institutos jurídicos já conhecidos⁴⁹. Assim, para o A., a DPJ como instituto autónomo “resulta da desfuncionalização da responsabilidade limitada”⁵⁰. Portanto, uma vez que está em causa a limitação da responsabilidade, o A. constata que a DPJ como instituto autónomo não será um fenómeno relativo à personalidade jurídica, mas sim à responsabilidade limitada^{51/52/53}.

Quanto aos autores que repelem o recurso a este mecanismo, os fundamentos invocados para tal divergem. Deste modo, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO assume o carácter subsidiário da desconsideração, argumentando o seu repúdio com base no facto de existirem, no direito vigente, inúmeras soluções capazes de tutelar os interesses dos credores sociais⁵⁴. Assim, para a A., apenas se justificará desconsiderar a personalidade

⁴⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, na sua obra, começa por levantar a questão de se a desconsideração será um instituto autónomo ou se, tratar-se-á antes, de um mero título, resultante da intervenção de inúmeros institutos. Após análise de institutos como a simulação, a fraude à lei, a fraude a disposição contratual, a interposição de pessoas, a unipessoalidade, a boa e má fé e o abuso do direito, o A. verifica que “a desconsideração tem de encontrar o seu lugar através de uma acomodação de muitos institutos conhecidos”. Porém, conclui igualmente que estes institutos não resolvem toda a problemática da desconsideração, uma vez que não estarão em condições de abranger todos os casos possíveis. Assim, este fenómeno terá de ser encarado autonomamente. Cfr. *ob. cit.*, p. 82, 84-85.

⁴⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO decreta só se poder recorrer à DPJ “como cláusula de reserva, quando um outro concreto instituto não esteja previamente demarcado, pois quando o estiver preferirá a solução deste” (cfr. *Idem, Ibidem*, p. 85).

⁴⁷ Orientação essa que permite afirmar a DPJ como um instituto autónomo.

⁴⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 86-87.

⁴⁹ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 109.

⁵⁰ *Idem, Ibidem*, p. 80.

⁵¹ *Idem, Ibidem*, p. 112.

⁵² OLIVEIRA ASCENSÃO discorda com este entendimento, visto que, desta forma, o instituto não absorveria todas as hipóteses de desconsideração da personalidade.

⁵³ Por seu turno, R. PINTO DUARTE, após análise da obra do A., conclui que não será fácil “nem muito prudente sustentar tais posições”, cfr. “A subcapitalização das sociedades no direito comercial”, in *Fisco* nº 76/77, 1996, 55-64, p. 63.

⁵⁴ A reforçar o que foi dito, a A. refere que “é de afirmar a subsidiariedade do recurso à chamada ‘desconsideração da personalidade jurídica’ para tutela dos credores sociais: se as suas pretensões puderem ser satisfeitas através do recurso a institutos jurídicos legalmente consagrados, não se deve recorrer a este mecanismo de contornos vagos e imprecisos, fruto da elaboração – entre nós, errática, da doutrina e da

jurídica de uma sociedade comercial no caso de mistura de patrimónios, particularmente na situação em que a sociedade se encontre insolvente⁵⁵. Por seu turno, ENGRÁCIA ANTUNES opõe-se à DPJ devido ao elevado grau de incerteza jurídica que resultará da sua aplicação, frisando que somente quando este grau de incerteza “tenha sido constantemente ultrapassado por um *sólido corpo de jurisprudência*”⁵⁶ é que se poderá ponderar o recurso a este mecanismo. No entanto, tal “não se vislumbra, hoje como outrora, nem dentro, nem fora de portas”⁵⁷.

Do aludido depreende-se que, apesar da patente divergência doutrinal, é pacífico que se deve recorrer a este mecanismo, de elaboração doutrinária e jurisprudencial, subsidiária e excecionalmente. Portanto, independentemente da posição dos autores quanto à sua admissibilidade, apenas se poderá acudir à desconsideração quando esta for considerada a única via para solucionar o problema em causa.

3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Espanha

3.1. Enquadramento Jurídico

No ordenamento jurídico espanhol, a DPJ, intitulada *Levantamiento del Velo Societário*, é igualmente objeto de divergência doutrinal.

São inúmeras as tentativas de definir a doutrina em causa. Nas palavras de BOLDÓ RODA, a “doutrina do levantamento de véu” elaborada pelo Tribunal Supremo de Espanha, limitar-se-á a ser “uma expressão metafórica através da qual se agrupam um conjunto de sentenças em que se resolvem casos de fraude de lei, caracterizados pela sua norma comum de abertura: a normativa referente à pessoa jurídica”⁵⁸. Para EMBID IRUJO, o levantamento constituirá “um instrumento válido e eficaz para que os juízes

jurisprudência e propiciador de casuismo e insegurança jurídica” M. FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 3-4, Almedina, Coimbra, julho/dezembro, 2011, p. 179. No mesmo sentido, ARMANDO TRIUNFANTE/LUIS DE LEMOS TRIUNFANTE, *ob. cit.*, p. 140; CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 114; A nível jurisprudencial, encontram-se, igualmente, neste sentido: Ac. do TRP de 25-03-2010, Proc. 3980/07.1TBPRD.P1; Ac. do TRL de 30-06-2011, Proc. 1410/06.5TTLSB.L1-4; Ac. do TRL de 31-05-2011, Proc. 7857/06.0TBCSC.L1-7; Ac. do STJ de 03-02-2009, Proc. 08A3991.

⁵⁵ Em sentido semelhante, ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS DE LEMOS TRIUNFANTE, visto que para os A. só fará sentido proceder à DPJ quando se esteja perante “uma confusão mais ou menos intensa entre as esferas jurídicas de duas ou mais pessoas, normalmente entre a sociedade e os seus sócios” (cfr. *ob. cit.*, p. 141).

⁵⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, *ob. cit.*, p. 232.

⁵⁷ *Idem Ibidem*.

⁵⁸ BOLDÓ RODA, “Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontratual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, Navarra, 1996, p. 250.

possam penetrar no interior de pessoas (jurídicas) quando seja preciso para evitar o abuso dessa independência... em dano alheio ou dos direitos de outros”⁵⁹.

Por sua vez, para DE ÁNGEL YAGÜEZ, a DPJ consistirá na “técnica judicial consistente em prescindir da forma externa da pessoa jurídica e, a partir de aí, penetrar na interioridade da mesma, ‘levantar o seu véu’, e assim examinar os reais interesses que existem no seu interior”⁶⁰.

Tal como em Portugal, este mecanismo não encontra previsão na legislação espanhola, sendo a sua aplicação de carácter excecional, uma vez que vigora “el principio de responsabilidad limitada” nas sociedades anónimas e nas SL. Ora, caso se aplique o levantamento do véu, o património pessoal dos sócios ficará desprotegido, figurando-se possível os credores satisfazerem os seus créditos diretamente.

3.2. O “levantamiento del velo” na doutrina espanhola

A doutrina espanhola encontra-se dividida entre aqueles que rejeitam o levantamento do véu e destacam a necessidade de reformular o conceito de pessoa jurídica, e as posições que lhe são favoráveis e se esforçam por encontrar o critério retor que elimine a insegurança jurídica inerente ao uso desta técnica.

No âmbito da primeira posição, são vários os autores que criticam e rejeitam esta doutrina, destacando-se PAZ-ARES, BISBAL, PANTALEÓN, GIRÓN TENA, CAPILLA RONCERO e DE LA CÁMARA.

A primeira crítica prende-se com a conceção formalista de pessoa jurídica que se encontra na base do levantamento do véu. Para PANTALEÓN, esta doutrina baseia-se na hipótese de que a pessoa jurídica é real, o que é errado. Assim, para o A., o maior defeito da doutrina do levantamento do véu é:

“Esquecer que não há nenhum véu para levantar pelo motivo óbvio de que entre os membros do grupo e os terceiros não há qualquer véu nem natural nem jurídico (há, quando muito, um véu “linguístico”). Considerar a realidade como uma exceção fictícia ao real por razões de equidade”⁶¹.

⁵⁹ EMBID IRUJO, El “levantamiento del velo” una vez más. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 20 de junio de 1991, *Diario La Ley*, 1992. O A. refere, ainda, no comentário em questão que o Tribunal Supremo aplicou a doutrina do levantamento como “um instrumento para evitar a fraude e impedir que, através de um mecanismo formalmente correcto, se reproduza um resultado materialmente anti-jurídico”.

⁶⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *ob. cit.*, p. 88; idem “La doctrina del ‘levantamiento del velo’ y las sociedades interpuestas”, in *Estudios de Deusto*, Vol. 43, nº2, 1995, p. 11-51, p. 14.

⁶¹ PANTALEÓN PRETO, “Comentario a la Sentencia de 28 de mayo de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, abril-agosto, 1984, p. 1713 *apud/cit.* BOLDÓ RODA, *ob. cit.*, p. 253.

Porém, uma das maiores críticas que se realiza a esta doutrina consiste na impossibilidade de definir um critério certo que determine os pressupostos que legitimam o levantamento do véu. Assim, perante esta falta de determinação, não há forma de saber quando se pode levantar o véu e quando não⁶². Por conseguinte, os tribunais têm de recorrer a noções como a equidade, o abuso de direito, a fraude e a boa fé, noções que se qualificam como “vagas e difusas”, segundo DE LA CÁMARA⁶³.

Portanto, de modo a solucionar o problema levantado pela doutrina do levantamento do véu, os autores que repudiam a sua aplicação propõem a reformulação do conceito de pessoa jurídica, defendendo a interpretação finalista de normas. Ou seja, se se partir de uma conceção lógica e finalista da pessoa jurídica (e não formalista), todos os casos tradicionais de levantamento do véu poder-se-ão resolver mediante uma interpretação adequada e finalista das normas.

Do outro lado do espectro, encontra-se a doutrina majoritária espanhola que acolhe favoravelmente a jurisprudência do levantamento do véu consagrada pelo Tribunal Supremo. No entanto, apesar de certos A. apoiarem esta doutrina, a sua aplicação deverá ocorrer excecionalmente. Deste modo, é desejável a elaboração de pressupostos, de forma a eliminar a insegurança jurídica que pode surgir da sua aplicação pelos tribunais⁶⁴.

De entre os defensores desta doutrina assumem relevo EMBID IRUJO, SÁNCHEZ-CALERO, POLO, BOLDÓ RODA, DE ÁNGEL YAGÜEZ, GORDILLO e LOBATO DE BLAS. PUIG BRUTAU e AURIOLES enquadram a doutrina em questão na “jurisprudência de interesses”, de modo a afastar-se de argumentos conceptuais e indagar a verdadeira realidade subjacente⁶⁵.

Em suma, tal como sucede no OJP, a maioria dos autores exige que a aplicação da doutrina do levantamento do véu deverá ser de carácter excecional, restritivo e subsidiário, apenas se podendo recorrer à mesma quando não seja possível aplicar ao caso nenhuma outra norma prevista⁶⁶.

⁶² Cfr. BOLDÓ RODA, *Levantamiento...*, p. 254.

⁶³ Cfr. DE LA CAMARA, *ob. cit.*, p. 33.

⁶⁴ Cfr. BOLDÓ RODA, *últ. ob. cit.*, p. 261.

⁶⁵ AURIOLES MARTÍN, “La Sociedad Anónima unipessoal en la reciente jurisprudencia (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985)”, *RDM*, 1986, p. 189, *apud/cit.*, BOLDÓ RODA, *ob. cit.*, p. 263.

⁶⁶ HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 47-70.

3.2.1. Os Grupos de Casos

Como referido *supra*, afigura-se necessário a determinação de critérios que nos permitam saber quando recorrer a esta técnica, e perante a dificuldade em encontrar um “critério retor firme” procedeu-se à elaboração de “grupos de casos”, onde se agrupam todas as hipóteses onde será aplicável a técnica do levantamento do véu. Deste modo, são vários os casos existentes no direito espanhol, alguns deles criados pela própria doutrina e outros extraídos do direito comparado.

Do direito comparado, particularmente da doutrina e da jurisprudência alemã, admitem-se quatro grupos de casos: confusão de patrimónios ou esferas; subcapitalização ou insuficiência de capital; direção externa e abuso da personalidade jurídica⁶⁷.

No âmbito da doutrina espanhola são inúmeros os grupos de casos identificados. Assim, de modo a compreender a diversidade assinalada, serão expostas algumas das hipóteses apontadas por certos A.

Desde logo, enquanto DE LA CÁMARA identifica casos em que se simula a constituição de uma sociedade para obviar o cumprimento de um contrato, prejudicar os direitos de terceiros ou defraudar a lei⁶⁸, DE LOS MOZOS, por sua vez, indica casos que se referem ao problema da nacionalidade das pessoas jurídicas, à fraude fiscal, à existência de uma sociedade de sócio único, ou aos grupos de sociedades⁶⁹.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, diferentemente, classifica os grupos de casos em função das decisões do Tribunal Supremo no que diz respeito a esta matéria⁷⁰, ao passo que BOLDÓ RODA reconhece hipóteses que têm por base a circunstância da pessoa jurídica ser ilicitamente utilizada, com o intuito de impedir o cumprimento, designadamente, de uma norma imperativa, ou de obrigações que surgem de um contrato, ou das obrigações que surgem dos atos ou omissões em que intervenha qualquer género de culpa ou negligência⁷¹.

⁶⁷ PAZ ARES identifica os grupos de casos enumerados com exceção do abuso da personalidade jurídica (cfr. *La sociedad mercantil: atributos y limites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación*”, in *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 1, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 567-612, p. 598).

⁶⁸ O A. identifica outros grupos de casos. Para tal, cfr. DE LA CAMARA, *ob. cit.*, p. 233-343.

⁶⁹ Cfr. DE LOS MOZOS, “La evolución del concepto de persona jurídica en el derecho español”, in *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1988, p. 248-250.

⁷⁰ Assim, mediante um critério convencional de catalogação, o A. agrupa as hipóteses do seguinte modo: as resoluções ditadas em matéria responsabilidade civil; as resoluções em que o levantamento do véu serve de instrumento para descobrir a identidade entre os interesses da pessoa jurídica e os de um sujeito individual; as resoluções relativas atos fiduciários, pessoa jurídica de um só membro, entre outros (cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina...*, p. 97-98).

⁷¹ Cfr. BOLDÓ RODA, *Levantamiento...*, p. 403-436.

Por fim, HURTADO COBLES diferencia três situações, particularmente, a fraude contratual, a fraude à lei⁷², e os casos em que a obrigação derive da responsabilidade gerada por um ato ou omissão culposos ou negligência⁷³.

Portanto, desta análise deduz-se que não é unívoco na doutrina espanhola os grupos de casos em que se poderá aplicar a doutrina do levantamento do véu. Confrontando esta situação com o OJP, facilmente se conclui pela existência de uma divergência entre os países em análise. Desde logo, há alguma discordância entre os A. portugueses, no entanto, os grupos de casos apontados são sensivelmente os mesmos, como se observa *supra*, excepcionando-se OLIVEIRA ASCENSÃO. Ora, no OJE, os grupos de casos identificados pela doutrina são totalmente distintos entre si, como se pode constatar pelo confronto estabelecido entre os mencionados A.

Assim, esta discórdia nos grupos de casos do OJE pode tornar complexa a aplicação da doutrina do levantamento do véu pelos tribunais, visto que vários A. possuem entendimentos diversos no que toca às hipóteses em que a sua aplicabilidade é legítima.

⁷² Como se pode observar, HURTADO COBLES e OLIVEIRA ASCENSÃO identificam dois grupos de casos idênticos: a fraude à lei e a fraude contratual.

⁷³ Cfr. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 111. Ainda, pode verificar-se que o último caso identificado pelo A. é semelhante à última hipótese proposta por BOLDÓ RODA.

II. A Subcapitalização das Sociedades Comerciais em Portugal e em Espanha

1. Análise dos grupos de casos identificados tradicionalmente pela doutrina portuguesa

Antes de se proceder ao estudo aprofundado da subcapitalização, tema central da presente dissertação, analisar-se-ão brevemente os grupos de casos tradicionalmente identificados pela doutrina portuguesa: mistura de patrimónios, “descapitalização” e o controlo da sociedade por um sócio.

1.1. Mistura de patrimónios

Na mistura de patrimónios depara-se com o desrespeito pelo princípio da separação, dada a inexistência da autonomia patrimonial da sociedade, isto é, “quando, por inobservância de certas regras societárias ou, mesmo, por decorrências puramente objectivas, não fique clara, na prática, a separação entre o património da sociedade e o do ou dos sócios”⁷⁴. Ademais, impõe-se que não se possa identificar os atos que levaram à mistura de patrimónios. Só assim se estará verdadeiramente perante este grupo de casos⁷⁵, podendo-se recorrer a soluções desconsiderantes, uma vez que a personalidade jurídica da sociedade já estará desconsiderada devido à ausência de autonomia patrimonial.

Deste modo, para garantir a insubsistência da personalidade jurídica, afigura-se necessário inverter o ónus da prova, devido à circunstância de o credor não possuir informação suficiente para averiguar se a autonomia patrimonial subsiste ou não. Assim, invertendo-se o ónus da prova, caberá aos sócios demonstrar que a autonomia patrimonial subsiste, mediante a prova de que “os comportamentos que atentaram contra a separação patrimonial podem ser individualizados e os respectivos efeitos no património social neutralizados através do recurso às soluções do direito civil e/ou societário”⁷⁶.

Na casualidade de os sócios não realizarem tal prova, afirmar-se-á a inexistência de autonomia patrimonial, que resultará na insubsistência da personalidade jurídica.

⁷⁴ Cfr. MENEZES CORDEIRO, , *O Levantamento...*, p. 116.

⁷⁵ Se os atos causadores de mistura de patrimónios forem pontuais, documentados ou determináveis, haverá solução prevista na lei, não se podendo recorrer à desconsideração como forma de tutelar os credores sociais. Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores...*, p. 262 e ss.

⁷⁶ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, *Desconsideração...*, p. 38.

Assim sendo, através do recurso à DPJ, os sócios, integrantes do substrato pessoal da sociedade, responderão perante as dívidas dos credores sociais.

1.2. Descapitalização

A descapitalização que consubstancia um dos casos tradicionalmente identificados pela doutrina é a “descapitalização voluntária”, igualmente intitulada “descapitalização provocada (por sócios)” por COUTINHO DE ABREU.

Portanto, apenas nos casos em que os sócios contribuem para a diminuição do património da sociedade a que pertencem, é que a “descapitalização” será voluntária. Destarte, na esteira de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, estar-se-á perante uma sociedade voluntariamente descapitalizada nos casos

“em que bens, trabalhadores e oportunidades 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 credores.”⁷⁷

Para COUTINHO DE ABREU, a descapitalização será provocada pelos sócios quando estes deslocarem a sua produção para uma sociedade nova (com objeto idêntico) que por eles tenha sido constituída, ou para uma sociedade pré-existente da qual estes sejam igualmente sócios⁷⁸. Por seu turno, para RICARDO COSTA, a descapitalização consistirá no “desvio de ativos e da clientela em prejuízo dos seus credores”⁷⁹.

De outro modo, na circunstância de o património da sociedade diminuir substancialmente abaixo do nível do capital social “por razões de mercado e em virtude do funcionamento da empresa”⁸⁰, ou seja, por motivos que em nada se relacionam com a vontade dos sócios, a descapitalização será involuntária, não possuindo qualquer relevo no âmbito da DPJ.

1.3. O controlo da sociedade por um sócio

Neste grupo de casos, o que poderá legitimar o recurso à DPJ é a hipótese de o sócio, pelo facto de controlar a sociedade, “adotar comportamentos que possam pôr em causa a satisfação dos credores sociais”⁸¹. Portanto, não basta a mera situação de controlo;

⁷⁷ M. FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração...”, p. 173.

⁷⁸ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 178; idem, “Diálogos...”, p. 56-57.

⁷⁹ RICARDO COSTA, *ob. cit.*, p. 52.

⁸⁰ M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, p. 190.

⁸¹ M. FÁTIMA RIBEIRO, *Desconsideração...*, p. 21.

o sócio terá de controlar a sociedade com o objetivo de atingir os seus interesses pessoais e, pelo caminho, prejudicar a sociedade e os seus credores.

Deste modo, dada a previsão do art. 270º-A do CSC, que possibilita a constituição de sociedades unipessoais, nas situações em que o sócio controla a sociedade, já não fará sentido recorrer à desconsideração como forma de tutelar os credores.

Esta questão é ainda discutida no âmbito das relações de coligação entre sociedades, nomeadamente, nas relações de domínio simples⁸², uma vez que não existe nenhuma norma que tutele os interesses da sociedade dominada, dos seus sócios e dos seus credores. No entanto, apesar da inexistência de norma legal, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO defende que não é necessário o recurso à DPJ devido à existência de várias soluções no direito legal vigente que podem tutelar os direitos dos credores. Por seu turno, COUTINHO DE ABREU, que identificava o “domínio qualificado de sociedade sobre outra(s)” como grupo de caso, começou por defender o recurso à DPJ como o meio adequado para tutelar os credores. Atualmente, já não defende tal posição, inclinando-se para outra solução, designadamente, a responsabilidade dos administradores de facto (art. 72º e 78º do CSC), que é uma das soluções apontada por MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO⁸³.

2. A Subcapitalização das Sociedades Comerciais em Portugal e em Espanha

2.1. O capital social nas Sociedades por Quotas e nas Sociedades de Responsabilidad Limitada

O capital social, definido como a “cifra representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em entradas em dinheiro e/ou espécie”⁸⁴,

⁸² Isto é, quando uma sociedade pode exercer influência dominante sobre outra.

⁸³ Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos...”, p. 64. Como referido *supra*, o A. já não identifica esta situação como grupo de caso.

⁸⁴ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 77 e 420. TARSO DOMINGUES procede a um estudo exaustivo na tentativa de definir capital social e acaba por adotar o conceito de COUTINHO DE ABREU. Cfr. *Variações sobre o capital social*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 48. No mesmo sentido, M. MIGUEL CARVALHO, *O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas*, in “Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal” Almedina, Coimbra, 2011, p. 10; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 267. Contrariamente, MOTA PINTO cita FERRER CORREIA, *Sociedades Comerciais*, p. 218, definindo o capital como “... a cifra representativa da soma das entradas dos sócios”, cfr. “Capital social e tutela dos credores para acabar de vez com o capital mínimo nas sociedades por quotas”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais Vol. I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 841; idem, *Do Contrato de Suprimento – O Financiamento da Sociedade entre Capital próprio e Capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 72. No OJE, SÁNCHEZ CALERO define o capital

apresenta-se como um elemento vital na constituição das sociedades de capitais, constituindo menção obrigatória no estatuto social (art. 9, nº1, al. f) do CSC e art. 23.d da LSC).

Em ambos os OJ, o capital social mínimo, montante mínimo fixado na lei necessário para a constituição de uma sociedade, consistirá numa contrapartida do benefício da limitação de responsabilidade conferido aos sócios nas sociedades de capitais^{85/86}. Deste modo, o CSM desempenha uma função⁸⁷ de garantia, de acordo com a qual “se consegue assegurar a constituição e manutenção de um fundo patrimonial mínimo que garanta os credores sociais”⁸⁸. No entanto, esta função fica comprometida se a sociedade for dotada com um capital significativamente baixo, pois no caso de insucesso empresarial haverá perdas, e ocorrerá uma externalização do risco empresarial para os credores, suportando os sócios o risco em questão apenas até ao limite das suas entradas^{89/90}. Daqui, pode-se depreender que esta função, que chegou a ser a mais

social como “a cifra, expressa em euros, que aparece determinada nos estatutos sociais, que representa – em princípio – o valor das entradas dos sócios, ou do que se comprometeram a entregar”, cfr. *Instituciones del Derecho Mercantil*, Vol. I, 37ª ed., Aranzadi Navarra, 2015, p. 405. Para outro conceito, cfr. PRENDES CARRIL, *La sociedad de Responsabilidad Limitada – Compendio de Jurisprudencia Comentada*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 78.

⁸⁵ Em Portugal, cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material” in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 44; M. MIGUEL CARVALHO, *ob. cit.*, p.13, TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 133. Em Espanha, cfr. PAZ-ARES, *ob. cit.*, p. 1596; J. MASSAGUER FUENTES, “El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutária”, in *Revista General del Derecho*, Nº 550-551, 1990, p. 5547-5603, p. 5550.

⁸⁶ De acordo com PAZ-ARES, “se os sócios querem dispor de responsabilidade limitada, tem de pagar o preço desse privilégio; e esse preço (...) não é outro que uma dotação de capital suficiente e adequada ao objeto social”, in “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, in *Revista Jurídica Online de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 18, 2005, p. 383 e ss, p. 389.

⁸⁷ Não há concordância em nenhum dos OJ quanto às funções atribuídas ao capital social. No OJP, usualmente, são três as funções inerentes ao CSM: garantia de credores; instrumento de seleção do tipo societário; e o limiar de seriedade (para uma análise detalhada destas cfr. M. MIGUEL CARVALHO, “O novo...”, p. 13-21; MOTA PINTO, “Capital...”, p. 844-850; TARSO DOMINGUES, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas” in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 3, Vol. 6, Almedina, Coimbra, 2011, p. 100-105; no OJE, são duas: a função de garantia (comum a ambas) e a função organizativa (cfr. BORNADELL LENZANO/CABANAS TREJO, *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 20; Há ainda quem considere que o capital social desempenha uma função económica/empresarial. Cfr. PAZ-ARES, “Sobre la...”, p. 1611-1612; J. MASSAGUER FUENTES identifica, igualmente, estas três funções (cfr. *ob. cit.*, p. 5549-5553); SÁNCHEZ CALERO refere esta função na sua obra, apesar de não a considerar (*ob. cit.*, p. 406).

⁸⁸ TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 135.

⁸⁹ “(...) a responsabilidade limitada permite aos sócios partilhar as perdas e, em consequência, o próprio risco empresarial, com os credores sociais”, MOTA PINTO, “Capital...”, p. 839.

⁹⁰ Segundo o Ac. do TRL de 06-11-2012 (Proc. 6320/12.4TBOER-A.L1-7), “Atualmente, o capital social não representa uma verdadeira garantia para os credores e, em geral, para quem se relaciona com a sociedade”.

relevante função do capital social, já não o será pelo facto de a sua finalidade não conseguir ser “ao menos eficazmente, realizada”⁹¹.

Em 2011 entrou em vigor no OJP o DL nº 33/2011, que procedeu à alteração do regime do CSM aquando da constituição de uma sociedade por quotas. Deste modo, eliminou-se a exigência de 5.000€ e tornou-se possível a constituição de uma SQ com um CSM irrisório (art. 219º, nº3 do CSC: um euro para as SQ unipessoais e dois ou mais euros para as pluripessoais, dependendo o valor em função dos sócios que a constituem). Assim sendo, com esta mudança passam a ser os sócios a decidir e a fixar livremente o valor do capital social, possuindo os quotistas a oportunidade de fixar esse montante tendo em conta o financiamento que será necessário para prosseguir o objeto social da sociedade⁹². No entanto, tal não implica a eliminação da figura do CSM para as SQ (visto que continua a existir um capital mínimo legalmente exigido), mas antes a previsão de um capital social livre⁹³ (art. 201º do CSC)⁹⁴. TARSO DOMINGUES, porém, acredita que a figura do CSM acabará eventualmente e inevitavelmente por ser eliminada, sendo

⁹¹ TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 164.

⁹² Parte da doutrina portuguesa refere, neste âmbito, o *princípio de adequação ou congruência do capital ao objeto da sociedade*, em que impor-se-ia aos sócios o dever de constituir a sociedade com um capital social adequado ao objeto social. Cfr. TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 33, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 241 e ss. Para MOTA PINTO, a aceitação deste princípio afigurar-se-ia “impossível, indesejável e desnecessária”. Cfr. a respetiva análise em “Capital...”, p. 857 e ss.; idem, *Do contrato...*, p. 84 e ss. Neste sentido, M. MIGUEL CARVALHO, cfr. *ob. cit.*, p. 22-24; R. PINTO DUARTE, *A Subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, Vol. IV*, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 1068. Também no OJE se levanta este problema havendo alguma divergência quanto ao dever de capitalização adequada. PAZ-ARES dedicou dois estudos ao facto de que existe um princípio de capitalização adequada e que a sua violação legitimaria a responsabilidade dos sócios (“Sobre la”..., p. 1604, 1610-1612 e “La infracapitalización”..., p. 398); porém, atualmente, o A. considera que os sócios deverão gozar de liberdade para fixar a estrutura financeira da sociedade (“La sociedad...”, p. 599). Neste sentido, cfr. OTXOA-ERRARTE, *La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad*, in *RdS monografía*, nº 34, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 232. Por sua vez, TOLEDO QUINTANA determina a existência de um dever de capitalização suficiente que será exigível aos sócios no momento da constituição da sociedade e ao longo da vida da mesma (cfr. *Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desmascaramiento*, Colex, Madrid, 1997, p. 107-109). BOLDÓ RODA, apesar de referir expressamente que não existe a obrigação de os sócios dotarem a sociedade conforme as suas necessidades, frisa igualmente que tal não impede que este dever esteja reconhecimento a nível normativo (*Levantamiento...*, p. 369); No mesmo sentido, J. MASSAGUER FUENTES, *ob. cit.*, p. 5567.

⁹³ M. MIGUEL CARVALHO alega que, apesar da pretensão de estabelecer um princípio de livre fixação do capital social, o mesmo não foi concretizado na sua totalidade, uma vez que continua a haver um limite mínimo, mesmo que significativamente baixo. Cfr. *ob. cit.*, p. 13.

⁹⁴ Cfr. TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 98; idem, “Capitalização de Sociedades” in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 449.

esta, para o A., a melhor solução^{95/96}. Por seu turno, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO julga que, para já, é prematuro considerar o abandono da sua fixação⁹⁷.

Por sua vez, no OJE, a situação é totalmente distinta, dado que um dos princípios⁹⁸ que domina o regime do capital social é o princípio de capital mínimo. Deste modo, a Ley de Sociedades de Capital exige para a constituição de uma SL um CSM de, pelo menos, três mil euros⁹⁹ (art. da 4 LSC), estando expressamente proibida a sua constituição com um capital social inferior ao estipulado (art. 5 da LSC). Consequentemente, sobre a sociedade recai a obrigação de manter o CSM não só no momento da sua constituição, mas também durante a sua existência. Neste OJ a figura do CSM é criticada, visto que para certos autores a previsão de um CSM não assegura a proteção dos credores, podendo constituir um entrave à constituição de pequenas empresas¹⁰⁰. Porém, a lei prevê normas de manutenção desta figura, logo poder-se-á deduzir que a sua eliminação não consta nos planos deste OJ.

Portanto, o regime do capital social difere nos OJ em estudo, vigorando a figura do capital social livre no OJP, enquanto no OJE subsiste o princípio de capital mínimo. No entanto, apesar da aludida divergência, o problema da subcapitalização surge em ambos os OJ. Tal indica que é indiferente a previsão ou a não previsão de um CSM, visto que a única forma de solucionar o problema seria através da capitalização adequada da sociedade à atividade que visa prosseguir. Porém, a fixação na lei de um critério geral e abstrato dos meios de financiamento adequados à prossecução da atividade afigura-se impossível, devido à existência de múltiplas sociedades com objetos sociais distintos.

⁹⁵ Para suportar a sua posição, o A. analisa as diversas funções que supostamente justificam a existência de um CSM (citadas na nota 87). Da sua análise, conclui que não há razões para a fixação legislativa do CSM e que, por isso, a figura deverá ser eliminada em todos os tipos societários. Cfr. TARSO DOMINGUES, “O novo...” p. 105; idem, *Variações...*, p. 166. Como se pode depreender, o A. já defendia esta solução antes do DL. Partilhando a mesma posição, cfr. MOTA PINTO, “Capital...”, p. 850.

⁹⁶ No mesmo sentido apresenta-se MOTA PINTO, que defende “a supressão do capital social mínimo”. Cfr. *últ. ob. cit.*, p. 858 e ss.

⁹⁷ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, p. 236.

⁹⁸ São quatro princípios, designadamente o de determinação; de subscrição plena e desembolso mínimo; de correspondência efetiva e de capital mínimo (Cfr. SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 406-407).

⁹⁹ Segundo VICENT CHULIA, o CSM é uma “cifra abstrata de garantia, que não tem em conta as necessidades de financiamento de cada concreta empresa”, cfr. *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, 23ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 884.

¹⁰⁰ Cfr. OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 94.

2.2. O problema da subcapitalização material

Na doutrina portuguesa e espanhola, a subcapitalização (denominada “infracapitalización” no país vizinho) constitui um dos grupos de casos tipificados em que é legítimo o recurso à DPJ.

Em Portugal, o problema da subcapitalização inicia-se com a previsão do capital social livre, ou seja, com o facto de o legislador prever a possibilidade de constituir uma SQ com um CSM significativamente baixo, que não varia em função do objeto social. Assim, uma vez que os sócios não têm o dever de capitalizar adequadamente a sociedade de acordo com a atividade que visam prosseguir, a subcapitalização é um fenómeno comum nas sociedades de responsabilidade limitada, nomeadamente nas SQ, devido à sua estrutura personalista. Na Espanha, apesar da previsão de um CSM, a situação é semelhante. Além deste problema ser quase que exclusivo nas sociedades de capitais com estrutura personalista, (e nos grupos de sociedades)¹⁰¹, não existe nenhuma disposição que consagre o requisito de capitalização adequada ao objeto social^{102/103}.

No OJP, a subcapitalização consiste na “desproporção entre o âmbito ou volume de negócios da sociedade e o *capital próprio* para a realização dos mesmos, de modo a que o capital seja demasiado pequeno, gerando perigo de iliquidez”¹⁰⁴. Por seu turno, no OJE, a subcapitalização será

*“aquela anormal desproporção, objetivamente evidente, entre a cifra de capital de responsabilidade fixado nos Estatutos de uma sociedade capitalista, e o nível de risco da empresa ou empresas de que a mesma seja titular, atribuível à incapacidade financeira da sociedade para desenvolver adequadamente a sua atividade empresarial”*¹⁰⁵.

Deste modo, tanto no OJP como no OJE, a subcapitalização poderá ser nominal/formal ou material, relevando apenas esta última para efeitos de DPJ.

Assim, na subcapitalização nominal, a sociedade dispõe de um capital formalmente insuficiente para o objeto social destinado, mas poderá ser financiada com capitais alheios, ou seja, “através de empréstimos ou outros actos de natureza

¹⁰¹ Cfr. PAZ-ARES, *ob. cit.*, p. 1588; TOLEDO QUINTANA, *ob. cit.*, p. 107.

¹⁰² BORNADELL LENZANO/CABANAS TREJO, *ob. cit.*, p. 20; BOLDÓ RODA, *Levantamiento...*, p. 369; SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 406.

¹⁰³ Este dever não existe uma vez que é extremamente complexo ficar critérios que permitam saber qual a capitalização adequada de uma sociedade. Para mais desenvolvimentos, cfr. OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 86-88.

¹⁰⁴ Cfr. PEDRO CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 67.

¹⁰⁵ TOLEDO QUINTANA, *ob. cit.*, p. 106.

equivalente”¹⁰⁶ realizados pelos sócios¹⁰⁷. Para BOLDÓ RODA será “quando a sociedade resulte dotada dos meios financeiros necessários para o desenvolvimento do seu objeto social, mas as necessidades de fundos próprios financiam-se com créditos provenientes dos mesmos sócios”¹⁰⁸. Estes bens “deverão ser considerados, quando a sociedade se encontre numa situação de insolvência, como contribuições e, portanto, não devem ser restituídos”¹⁰⁹.

Por sua vez, na subcapitalização material, a insuficiência não é suprida nem por capitais próprios nem por capitais alheios, “supõe a ausência absoluta dos fundos que a sociedade precisa para o desenvolvimento da atividade projetada, tanto no seu início como em momento posterior (...) Trata-se de um problema de não capitalização”¹¹⁰.

A subcapitalização material será originária¹¹¹ quando esta insuficiência se verificar no momento da constituição da sociedade. Por outro lado, a subcapitalização material será superveniente na hipótese em que a falta de capitais próprios se verifica em momento posterior à constituição da sociedade, ou seja, “se os meios colocados ao dispor da sociedade deixam de ser suficientes em virtude, nomeadamente, de uma alteração do respectivo objecto social”^{112/113}. Por sua vez, no OJE intitula-se “infracapitalización sobrevenida”, e abarcará não só a ampliação do volume do negócio, mas também a circunstância em que a sociedade sofreu perdas graves que dissiparam o capital com que se constituiu¹¹⁴.

¹⁰⁶ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, p. 189.

¹⁰⁷ No OJP relevam, neste âmbito, os suprimentos: “a ordem jurídica impõe, com o regime dos suprimentos, a *equiparação* dos capitais alheios fornecidos pelos sócios a capitais próprios”, MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 108.

¹⁰⁸ BOLDÓ RODA, *Levantamiento...*, p. 361.

¹⁰⁹ BOLDÓ RODA, *Levantamiento...*, p. 269; *idem*, “O Levantamiento...”, p. 26.

¹¹⁰ OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 154-155.

¹¹¹ No OJE, designa-se por “infracapitalización inicial” e detém o mesmo sentido. Cfr. *Idem ibidem*, p. 156.

¹¹² M. FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, p. 189.

¹¹³ A título exemplificativo poder-se-ia indicar o Ac. do TRL de 29-03-2012, Proc. 1751/10.7TVLSB.L1-2, que identifica a situação em causa como subcapitalização superveniente. Porém, não concordo com a posição assumida no acórdão, pelo facto de constantemente se referir que o património da “P” foi delapidado e transferido para outras sociedades, como forma de obviar a satisfação dos créditos dos credores. Portanto, parece-me que a circunstância em questão consubstanciaria outro grupo de casos, designadamente, a descapitalização provocada pelos sócios. O mesmo sucede com o Ac. do TRL de 03-03-2005, Proc. 1119/2005-6, que menciona a existência de uma clara mistura de patrimónios e subcapitalização da primeira Ré; porém, esta subcapitalização parece, igualmente, concretizar uma situação de descapitalização provocada.

¹¹⁴ OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 156. O A. procede ainda à distinção entre “infracapitalización simple e infracapitalización cualificada”, cfr. *Idem, ibidem*.

2.2.1. A perda grave de capital social

O problema da subcapitalização distingue-se, claramente, da designada descapitalização involuntária ou fortuita. A diferença consiste no facto de que, enquanto na subcapitalização a insuficiência de meios por parte da sociedade reside na circunstância de os sócios não a terem dotado com os meios suficientes para prosseguirem a respetiva atividade, na “descapitalização” a sociedade dispõe dos meios necessários para prosseguir a sua atividade, mas perdeu-os por motivos alheios à vontade dos sócios “no decurso da exploração e desenvolvimento da atividade societária”¹¹⁵. Deste modo, “o património da sociedade desce significativamente abaixo do nível do capital social”, ou seja, sofreu uma redução¹¹⁶. Esta situação é comumente intitulada de “perdas graves” encontrando-se o seu regime previsto no art. 35º do CSC¹¹⁷. Por sua vez, em Espanha, é designada por “pérdidas graves” e, segundo OTXOA-ERRARTE enquadra-se no conceito de “infracapitalización sobrevenida”¹¹⁸.

De modo a analisar a situação da perda grave de capital social, i. é quando “o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social” (art. 35º, nº2 do CSC), procedeu-se à criação de dois modelos para a sua regulação, desde logo, o designado modelo francês ou modelo reativo¹¹⁹ e o modelo alemão ou modelo informativo¹²⁰.

Inicialmente, com o DL nº 262/85, o art. 35º do CSC começou por estatuir o modelo reativo. No entanto, “o nosso legislador face à situação financeira de descapitalização de parte do tecido empresarial português, à época agravada pelas

¹¹⁵ TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 118.

¹¹⁶ M. FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela...*, p. 191; idem, “O capital...”, p. 70.

¹¹⁷ O art. 35º do CSC resulta da transposição do artigo 17º, nº2 da Diretiva do Conselho, em matéria de Direito das Sociedades, de 13 de dezembro de 1976.

¹¹⁸ Cfr. OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 156, 233. Porém, parece que PAZ-ARES a integra no conceito de “descapitalización”. Cfr. “Sobre la...”, p. 1616.

¹¹⁹ Neste modelo, o órgão de administração comunica a situação de perda grave aos sócios, tendo esta de ser necessariamente resolvida por estes, recaindo sobre eles o dever de repor a situação financeira da sociedade (i. é, os sócios têm de reagir), sob pena de esta ser dissolvida. Para TARSO DOMINGUES, “na base deste modelo está a designada regra ‘recapitaliza ou liquida’”, in *Variações...*, p. 339.

¹²⁰ No modelo alemão, por sua vez, apesar de a situação de perda grave ter igualmente de ser comunicada aos sócios, estes não têm qualquer obrigação de adotar medidas que visem sanar a situação financeira da sociedade, apenas o fazendo se assim for a sua vontade. Portanto, a perda de capital não é causa de dissolução da sociedade. Assim, enquanto o modelo francês visa tutelar os interesses dos credores sociais através da responsabilização dos sócios, o modelo alemão pretende proteger os sócios, responsabilizando, antes, os membros do órgão de administração.

funestas consequências económicas das nacionalizações, viu-se forçado a suspender *sine die* o art. 35º do CSC”¹²¹.

Por sua vez, com o DL nº 237/2001, o art. 35º do CSC voltou a ser aplicado. No entanto, este veio a ser alterado com o DL nº 162/2002, alteração essa que se verificou “ainda mais exigente e repressiva, já que a perda de metade do capital passaria a constituir uma causa de dissolução da sociedade”¹²². Podendo este regime produzir efeitos nefastos, procedeu-se à alteração do sistema previsto no art. 35º do CSC, e com o DL nº 19/2005 abandonou-se o modelo reativo e passou-se¹²³ a seguir o modelo informativo. Assim, “a lei apenas impõe a obrigação de informar os sócios da condição patrimonial em que se encontra a sociedade, podendo estes adoptar ou não, como bem entenderem, medidas destinadas a sanar aquela situação de perda grave”¹²⁴. Tal significa que os membros do órgão de administração possuem apenas o dever de convocar de imediato a AG (art. 35º, nº1 do CSC) para comunicar as perdas graves aos sócios. Os sócios, por sua vez, poderão optar entre tomar alguma medida, de entre as quais se destacam a dissolução da sociedade, a redução do capital e a realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital, ou manter o desequilíbrio patrimonial¹²⁵, podendo esta situação manter-se por tempo indeterminado, se assim for a sua vontade¹²⁶.

Portanto, o facto de ocorrerem perdas graves, “bem como a passividade dos sócios perante a situação”¹²⁷ deixa de constituir causa específica de dissolução da sociedade¹²⁸.

Caso os sócios optem por manter esta circunstância, impenderá sobre a sociedade a obrigação de publicitar, em todos os atos externos, o montante do capital próprio,

¹²¹ MOTA PINTO, “O Artigo 35º do Código das Sociedades Comerciais na sua Versão Mais Recente” in *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 118.

¹²² *Idem Ibidem*, p. 120.

¹²³ Neste âmbito, M. FÁTIMA RIBEIRO utiliza a palavra “aproximar” uma vez que “esta aproximação não é completa, ou é pelo menos ‘temperada’ pelo legislador pátrio: no modelo germânico, a obrigação que recai sobre o órgão de administração é a de dar publicidade interna à situação da sociedade (...). Entre nós, consagrou-se a obrigação de dar publicidade externa à situação de perda grave do capital social (...)”. Cfr. *A tutela...*, p. 201.

¹²⁴ TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 351.

¹²⁵ Cfr. MOTA PINTO, “O Artigo...”, p. 133 e ss. para uma análise detalhada das três medidas mencionadas.

¹²⁶ OLAVO CUNHA opõe-se ferozmente a este regime, julgando que “o legislador de 2005 esvaziou totalmente de conteúdo do artigo 35º” e entende que este deve ser revisto urgentemente. Cfr. “O novo regime da redução do capital social e o artigo 35º do CSC” in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 1023-1078.

¹²⁷ M. FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital...”, p. 71.

¹²⁸ O DL nº 19/2005 alterou o art. 141º do CSC eliminando a alínea f) do nº1 e alterando o nº2, deixando, assim, de prever a dissolução automática aquando da verificação da situação prevista no artigo 35º. Cfr. P. OLAVO CUNHA, *Direito...*, p. 1036; MENEZES CORDEIRO, “A perda de metade do capital e a reforma de 2005: um repto ao legislador”, in *ROA*, ano 65, 2005, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-i-jun-2005/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-perda-de-metade-do-capital-social-e-a-reforma-de-2005-um-repto-ao-legislador-star/>, consultado em 20/08/2021.

sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social, para dar a conhecer a terceiros a situação de perda grave do capital social (art. 171º, nº2 do CSC)¹²⁹.

Assim, caso a sociedade não cumpra este dever, será responsável pelos “danos que a falta de menção do capital social próprio em actos externos vier a causar a terceiros”, nos termos do art. 227º do CC¹³⁰. Ainda, no caso de a sociedade ter de indemnizar terceiros, os gerentes poderão ser responsabilizados perante a sociedade por omissão culposa do capital próprio dos atos externos nos termos do art. 72º, nº1 do CSC, e para com os credores de acordo com o art. 78º, nº1 do CSC¹³¹, ou diretamente perante sócios e terceiros nos termos do art. 79º, nº1 do CSC¹³². Feita esta análise, cabe concluir que a circunstância das perdas graves não poderá conduzir a uma solução desconsiderante¹³³ como forma de tutelar os credores.

No direito espanhol, tal como no OJP, estar-se-á perante perdas graves quando estas “deixem reduzido o património líquido a uma quantidade inferior à metade do capital social”¹³⁴. A grande diferença consiste no facto de vigorar no OJE o modelo francês, visto que num cenário de perdas graves, a lei obriga os sócios a fazer uma de duas coisas: ou a dissolver a sociedade¹³⁵, ou a tomar medidas que eliminem esta causa de dissolução^{136/137}, tais como o aumento ou a redução do capital social (art. 363.1.e. da LSC)¹³⁸.

Destarte, nesta situação recai sobre os administradores o dever de convocar a AG no prazo de dois meses com o objetivo de adotar o acordo de dissolução¹³⁹, ou no caso de

¹²⁹ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, *O Capital...*, p. 72. Crítico desta solução, TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 357 e MENEZES CORDEIRO, “A perda...”. Contrariamente, aplaudindo-a, MOTA PINTO, “O Artigo...”, p. 150.

¹³⁰ Cfr. MOTA PINTO, “O Artigo...”, p. 151. No mesmo sentido, M. FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital...”, p. 72.

¹³¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, “A perda...”.

¹³² Cfr. MOTA PINTO, “O Artigo...”, p. 151.

¹³³ Cfr. TARSO DOMINGUES, “O novo...” p. 119.

¹³⁴ Cfr. OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 102.

¹³⁵ Ou seja, as perdas graves constituem uma causa de dissolução, sendo considerada uma medida de proteção da integridade do capital social. Cfr. *idem, ibidem*.

¹³⁶ *Idem, ibidem*.

¹³⁷ A Sentença da APB de 14/11/2017 – ECLI:ES:APB:2017:11696 parece integrar a causa de dissolução por perdas na situação de subcapitalização nominal ao estatuir que não podem “exigir responsabilidade pela concorrência de uma causa de dissolução (perdas qualificadas) quando com a subcapitalização, o credor (também sócio) contribuiu para a produção desta situação”.

¹³⁸ MUÑOZ MARTÍN considera que podem ser adotadas outras medidas como: a redução e o aumento de capital simultâneo, a transformação da sociedade e a reintegração do capital. Cfr. *Pérdidas y disolución de la Sociedad de responsabilidad limitada*, in *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor Justino F. Duque, Vol. I*, CajaDuero, Valladolid, 1998, p. 515. VICENT CHULIÁ refere igualmente a reintegração de capital, cfr. *ob. cit.*, p. 885.

¹³⁹ Este acordo, nas SL, terá de ser adotado com a maioria prevista no art. 198º LSC.

a sociedade estar insolvente, requerer a sua insolvência¹⁴⁰ (art. 365.1 da LSC). Por sua vez, a AG pode adotar outro acordo que não o de dissolução. Para tal, deverá constar da ordem dia um acordo distinto que tenha como objetivo remover a causa de dissolução (art. 365.2 da LSC).

Porém, caso o mencionado no parágrafo anterior não suceda, pode qualquer interessado requerer a dissolução judicial da sociedade (art. 366.1. da LSC). Esta dissolução deverá ser solicitada pelos administradores da sociedade contra a mesma “quando o acordo social seja contrário à dissolução, ou não possa ser realizado” (art. 366.2 da LSC).

Assim sendo, se porventura os administradores não acionarem os mecanismos que culminariam na dissolução, serão solidariamente responsáveis pelas “obrigações sociais posteriores à ocorrência da causa legal de dissolução” (art. 367.1 da LSC)^{141/142}. Relativamente aos sócios, estes poderão ser responsabilizados no caso de continuarem com a atividade sem injetar novo capital e não liquidando a sociedade¹⁴³.

Portanto, no âmbito das perdas graves depara-se com uma indiscutível divergência entre ambos os OJ. Da análise dos aludidos modelos e respetivos regimes, verificou-se que o modelo francês persiste no OJE, enquanto no OJP, após diversas alterações à lei, vigora o modelo alemão.

2.3. A tutela dos credores sociais de sociedades subcapitalizadas

Assim, pode-se concluir que a previsão de um CSM ínfimo poderá levar à constituição de sociedades subcapitalizadas, em que estas não terão património para tutelar os interesses dos seus credores.

Deste modo, uma vez que a subcapitalização material não se encontra expressamente prevista em nenhum dos OJ em análise, tem-se defendido o recurso à DPJ como forma de responsabilizar direta, subsidiária e ilimitadamente os sócios, por não

¹⁴⁰ A existência de uma situação de insolvência elimina as perdas graves como causa de dissolução (art. 365.1.e) *in fine*). Para análise da relação entre estas duas circunstâncias, cfr. ADOLFO MARTÍN/FERNANDO BERGIA/ALFREDO GARCIA, “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima”, in *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro Homenaje al Profesor Rafael Garcia Villaverde*, Tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2007, 2185-2219.

¹⁴¹ Este regime foi criticado por alguns A. por ser rigoroso e excessivo. Porém, OTXOA-ERRARTE considera que a obrigação de dissolução e respetiva responsabilização dos administradores devem permanecer pelo facto de se encaixarem no sistema de defesa do capital (cfr. *ob. cit.*, p. 104).

¹⁴² A título exemplificativo, STS de 20 de julho de 2001, ECLI: ES:TS:2001:6436.

¹⁴³ OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 156.

dotarem a sociedade com os meios de financiamento adequados ou suficientes. Porém, esta solução não é pacificamente aceite.

No que concerne aos A. que apoiam a DPJ na subcapitalização material destacam-se, no OJP, TARSO DOMINGUES e COUTINHO DE ABREU. Por sua vez, no OJE, salienta-se BOLDÓ RODA. Relativamente aos restantes A. espanhóis, como se verá *infra*, apesar de rejeitarem a DPJ, mencionam outros meios através do qual se afigura possível a responsabilização dos sócios.

No OJP, TARSO DOMINGUES entende que, apesar de a lei não prever que a sociedade seja constituída com um capital social proporcional à atividade que visa prosseguir, os sócios deverão ter um “redobrado cuidado (...), sob pena de poderem ser pessoalmente responsabilizados”¹⁴⁴. Por seu turno, COUTINHO DE ABREU legitima, igualmente, o recurso à DPJ nas sociedades manifestamente subcapitalizadas, mas com um fundamento diverso.

Portanto, de acordo com TARSO DOMINGUES proceder-se-á à aplicação da DPJ apenas se esta se fundar no regime da responsabilidade aquiliana previsto no art. 483º do CC. Para tal, afigura-se necessário a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil delitual¹⁴⁵. Por conseguinte, “só uma total e absoluta desadequação dos meios proporcionados pelos sócios com a actividade exercida pela sociedade (...) deverá ter a virtualidade de fazer accionar o *Durchgriff*”¹⁴⁶; além disso, é imprescindível a culpa dos sócios, ou seja, estes têm de ter consciência de que o valor do CSM é manifestamente insuficiente para a prossecução do objeto social. Por fim, terá de se averiguar impossível a satisfação dos créditos dos seus credores. Deste modo, verificados os referidos requisitos, poder-se-á desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade subcapitalizada e responsabilizar ilimitadamente os sócios¹⁴⁷.

Ora, para COUTINHO DE ABREU terá de ocorrer um abuso da personalidade coletiva da sociedade, e isso sucederá quando os sócios “a introduzem no comércio

¹⁴⁴ Cfr. TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 109.

¹⁴⁵ O facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Cfr. TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 115.

¹⁴⁶ TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 116; *idem*, “Capitalização...”, p. 456.

¹⁴⁷ Também MOTA PINTO entende que sobre os sócios recai “o dever de dotar a sociedade com um *capital próprio* minimamente adequado ao seu volume de negócios e aos riscos da sua actividade” (cfr. *Do Contrato...*, p. 131). Porém, o fundamento invocado é diverso. Como se apreciou, MOTA PINTO rejeita a existência de um princípio da congruência de capital. No entanto, o A. considera que os sócios devem observar um dever geral de diligência ou de ordenação do financiamento da sociedade (cfr. *Idem, Ibidem*, p. 130). Assim, nos casos de subcapitalização manifesta, o A. pregou como solução a responsabilização contratual dos sócios pelo não financiamento da sociedade (cfr. *Idem, Ibidem*, p. 131).

jurídico, ou a mantêm nele, apesar de sofrer de manifesta subcapitalização material”¹⁴⁸. Desta forma, para o A., no caso de a sociedade subcapitalizada se tornar insolvente, dever-se-á, excecionalmente, desconsiderar a personalidade jurídica e, deste modo, os sócios responderão subsidiária e ilimitadamente perante os credores¹⁴⁹. Assim, caso a subcapitalização seja originária responderão todos os sócios. Por seu turno, se a subcapitalização for superveniente, serão responsabilizados o/os sócio(s) controlador(es)^{150/151/152}.

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, discordante das posições expostas, refuta o recurso a este mecanismo nas sociedades subcapitalizadas, uma vez que não se exige aos sócios a adequação do CSM ao objeto da sociedade, afigurando-se inviável responsabilizá-los pessoalmente^{153/154}. Assim, a A. apresenta um modo distinto de tutelar os credores, que não envolva o recurso a um mecanismo dotado de fragilidades como a “falta de rigor dogmático”, a “insegurança” e o “casuísmo”¹⁵⁵, mediante a responsabilização dos gerentes da sociedade subcapitalizada.

Nos termos do art. 64º do CSC, os gerentes devem respeitar deveres de cuidado, empregando “a diligência de um gestor criterioso e ordenado”, e deveres de lealdade. No âmbito do dever de cuidado, porque a sociedade se encontra subcapitalizada, sobre os gerentes recai o dever de procurar adquirir os meios de financiamento necessários à prossecução da sua atividade. Caso não sejam bem sucedidos, deverão informar os sócios dessa circunstância. Todavia, os sócios podem dar instruções a nível de gestão societária aos gerentes, no entanto, “os gerentes não devem obediência a toda e qualquer instrução dos sócios”¹⁵⁶. Portanto, no caso de os sócios instruírem os gerentes a prosseguir a atividade sem os meios necessários para tal, se estes efetivamente o fizerem, uma vez que a sociedade foi constituída com um capital manifestamente insuficiente, estará

¹⁴⁸ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 183; idem, “Diálogos...” p. 61.

¹⁴⁹ Ou seja, é uma responsabilidade externa (dos sócios para com os credores), cfr. *Curso...*, p. 183; idem, “Diálogos...”, p. 62.

¹⁵⁰ *Idem, Ibidem*.

¹⁵¹ Neste sentido, pronuncia-se o Ac. do TRL de 29-03-2012, Proc. 1751/10.7TVLSB.L1-2.

¹⁵² Em sentido semelhante encontra-se PAZ-ARES, como se verá *infra*. A diferença entre os A. consiste na circunstância de PAZ-ARES rejeitar, atualmente, o recurso à DPJ.

¹⁵³ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital...”, p. 57.

¹⁵⁴ MOTA PINTO possui uma opinião semelhante à A., entendendo que não se deverá recorrer à DPJ nos casos de subcapitalização manifesta pelo facto de esta constituir uma solução injusta para os sócios, visto que poderiam ser responsabilizados sócios que em nada contribuíram para a subcapitalização. Cfr. *Do Contrato...*, p. 125-128.

¹⁵⁵ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital...”, p. 57.

¹⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 77.

praticamente insolvente¹⁵⁷. Assim, neste caso, recairá sobre os gerentes o dever de apresentar a sociedade pontualmente à insolvência nos 30 dias subsequentes à data do conhecimento dessa situação, ou à data em que devesse conhecê-la (art. 18º do CIRE). Deste modo, caso os gerentes não cumpram o dever de requerer a declaração de insolvência, nos termos do artigo 186º, nº3, alínea a) do CIRE, presume-se a existência de culpa grave e devem, por isso, ser responsabilizados. Assim, antes da alteração do CIRE (analisada *infra*), os gerentes seriam responsabilizados somente nos termos do art. 72 e ss. do CSC, ou seja, aos credores restar-lhes-ia a ação subrogatória prevista no artigo 78º, nº2 do CSC ou a ação direta estipulada no 78º, nº1 do CSC¹⁵⁸. Porém, ambas poder-se-iam revelar insuficientes.

No entanto, com a Lei nº 16/2012, de 20 de abril, o CIRE passou a prever expressamente a responsabilidade dos administradores pela insolvência da sociedade. Esta lei introduziu a alínea e) no art. 189º, nº2, a qual dispõe que na sentença que qualifique a insolvência como culposa¹⁵⁹, o juiz deve “*condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até à força dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados*”. Portanto, com a introdução desta alínea, os credores passam a estar protegidos pelo regime da responsabilidade concursal, mas também pelo da responsabilidade societária (art. 78º do CSC)¹⁶⁰. Quanto ao modo como ambas se articulam, importa referir que, no âmbito societário, a responsabilidade dos administradores prescreve no prazo de cinco anos a contar do termo da conduta dolosa (art. 174º nº2 do CSC), ao passo que a responsabilidade concursal resultará da atuação ocorrida “nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência” (art. 186º nº1 do

¹⁵⁷ Nos termos do art. 3º do CIRE, a sociedade estará em situação de insolvência quando o “devedor se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas” (nº1) e quando “o passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis” (nº2).

¹⁵⁸ A ação do 78º, nº2 é subrogatória e subsidiária, i. é., os credores subrogar-se-ão à sociedade quando esta não tenha intentado uma ação *ut universi* e os sócios minoritários não tenham intentado uma ação *ut singuli*; ainda, nesta ação, a indemnização que poderá resultar ingressará no património da sociedade e não no dos respetivos credores (cfr. M.FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela...*, p. 601). Na ação do art. 78º, nº1, não se presume a culpa (como na ação subrogatória), logo afigurar-se-á mais complexa de intentar. Porém, caso sejam provados todos os pressupostos (ilicitude, dano, culpa,nexo de causalidade entre o facto e o dano) e a ação suceda, a indemnização ingressará diretamente no património do(s) credor(es) que a intentaram (Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital...”, p. 79 e ss).

¹⁵⁹ De acordo com o art. 186º, nº1 CIRE “*a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa graves, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência*”.

¹⁶⁰ No âmbito do CSC, quando a sociedade esteja insolvente competirá ao administrador da insolvência intentar as ações de responsabilidade contra gerentes, e não aos credores. Cfr. art. 82º, nº3 CIRE.

CIRE)¹⁶¹. Ainda, no âmbito concursal, a indemnização terá como limite o montante dos créditos não satisfeitos. Não obstante, os danos sofridos pelos credores poderão ser superiores e, neste caso, poder-se-á recorrer à responsabilidade societária “para o efeito de os fazer responder pela diferença entre ambos os montantes”¹⁶². Assim, depreende-se que, de certa forma, estas responsabilidades complementam-se.

No OJE, OTXOA-ERRARTE e PAZ-ARES repelem a DPJ como solução para o problema da subcapitalização¹⁶³, favorecendo outras formas de responsabilizar os sócios.

OTXOA-ERRARTE indica duas normas que figuram como solução para esta situação: a responsabilidade extracontratual prevista no art. 1.902 do CC¹⁶⁴ e o abuso de direito, nos termos do art. 7.2. do CC. No entanto, têm de se verificar determinados pressupostos. Desde logo, deverá ser uma “infracapitalización cualificada, (...) inicial (...) ou sobrevenida”¹⁶⁵; a sociedade não poderá satisfazer as dívidas dos credores; terá de se observar uma relação entre a subcapitalização e a insolvência; por fim, a situação de subcapitalização terá de ser imputada ao sócio. Por conseguinte, responsabilizar-se-á pessoal, ilimitada e solidariamente os sócios perante os credores, não só pelas dívidas sociais, mas também pelo dano causado pela insolvência da sociedade¹⁶⁶.

PAZ-ARES, em sentido semelhante, considera que serão apenas responsabilizados ilimitadamente os sócios que contribuíram de algum modo para o cenário de subcapitalização, ou seja, aqueles que não tinham conhecimento da situação ou que tinham, mas opunham-se, não responderão perante os credores.

¹⁶¹ Cfr. M. FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Vol. 7, Nº 14, 2015, p. 41.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

¹⁶³ Cfr. OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 243.

¹⁶⁴ Solução igualmente apontada por BOLDÓ RODA (cfr. *Levantamiento...*, p.382) e por J. MASSAGUER FUENTES. Este A. indica, ainda, o recurso à DPJ. Porém, diferentemente dos outros A., entende que à subcapitalização material se deverá aplicar o regime de dissolução da sociedade analisado *supra* no âmbito das perdas graves. No entanto, para o A., a sua aplicação seria com fundamento na “impossibilidade manifesta de atingir o fim social” (art.363.1.c) LSC) e responsabilizar-se-ia os administradores pela subcapitalização (cfr. *ob. cit.*, p. 5571-5575). TOLEDO QUINTANA, defensor de um dever de capitalização suficiente, aponta o art. 1.902 como modo de responsabilizar os sócios pelo não cumprimento deste dever, e indica também uma forma de responsabilizar os administradores pelo não cumprimento através do art. 236º LSC (Cfr. TOLEDO QUINTANA, *ob. cit.*, p. 109. Dada a criação da LSC procedeu-se à atualização dos respetivos artigos). O A. destaca-se pelo facto de distinguir “levantamiento del velo” e “desenmascaramiento judicial”: enquanto o levantamento do véu conduz em todos os casos à constatação de uma utilização abusiva da personalidade, o desenmascaramento é a consequência jurídica do abuso da personalidade; o desenmascaramento pressupõe sempre o levantamento do véu, mas este último nem sempre conduz ao desenmascaramento (para mais informação, cfr. *ob. cit.*, p. 18-22,35.). Assim, para o A., a subcapitalização material não conduz a um “desenmascaramiento” pelo facto de não existir qualquer relação entre esta e o abuso da personalidade coletiva.

¹⁶⁵ OTXOA-ERRARTE, *ob. cit.*, p. 283.

¹⁶⁶ Cfr. *idem, ibidem*, p. 283-284.

O A., inicialmente, era contra a aplicação da doutrina do levantamento do véu¹⁶⁷. No entanto, modifica a sua posição no seu trabalho posterior ao indicar que “naqueles casos limites em que se observe que a capitalização da sociedade é manifestamente e sem sombra de dúvida desproporcionada ao nível de risco da empresa programada para a exploração do objeto social”¹⁶⁸ dever-se-á, exceccionalmente, recorrer ao levantamento do véu, o que constituiria uma solução intermédia. No entanto, o A retorna à sua posição inicial, mas com um fundamento distinto, estipulando que a responsabilidade dos sócios só se poderá admitir exceccionalmente, não através do recurso à doutrina do levantamento do véu, mas antes com base na infração de deveres. Assim, dependendo dos credores em questão, se “ignorantes”, se “extracontractuales”, os sócios serão responsabilizados pela infração de deveres de informação pré-contratuais e pela infração de deveres de proteção extracontratuais, respetivamente¹⁶⁹.

Contrariamente, BOLDÓ RODA, apologista da doutrina do levantamento do véu, defende a sua aplicação somente nos casos em que não se consiga resolver a situação mediante o recurso a outras normas¹⁷⁰. Portanto, a A. contempla outras hipóteses no sentido de responsabilizar ilimitadamente os sócios pela violação do dever de manter a sociedade capitalizada. Desde logo, uma das vias consistiria em “regular a nível positivo a subcapitalização material e a responsabilidade a ela associada”¹⁷¹, solução que não foi adotada nem pela doutrina, nem pela lei¹⁷². Outra forma seria através, não da responsabilização dos sócios, mas da responsabilização dos administradores, nos termos do art. 262.5 da LSA (atual art. 367.1 da LSC) ou mediante a aplicação da ação individual de responsabilidade prevista no art. 135º da LSA (atual art. 241 da LSC).

Assim, após a presente análise retiram-se duas conclusões pertinentes:

- Os A. que repelem a DPJ na subcapitalização material são aqueles que propugnam pela inexistência de um dever de capitalização adequada.

¹⁶⁷ Cfr. PAZ-ARES, “Sobre la...”.

¹⁶⁸ Cfr. PAZ-ARES, “La infracapitalización...”, p. 398.

¹⁶⁹ Cfr. PAZ-ARES, “La sociedad...”, p. 599.

¹⁷⁰ BOLDÓ RODA, *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 26.

¹⁷¹ Regime adotado pelo legislador belga.

¹⁷² No âmbito do “Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, concluiu-se pela não previsão da responsabilidade ilimitada dos sócios nos casos de subcapitalização material. PAZ-ARES concorda plenamente com esta decisão, uma vez que a sua previsão acabaria por normalizar este fenómeno (que não é recorrente) e também a responsabilidade ilimitada, que não é a regra nas sociedades de capitais (cfr. “La infracapitalización...”, p. 396-397).

- Quanto às soluções apontadas pelos OJ, além da DPJ, estas variam bastante, constatando-se que enquanto o OJP privilegia a responsabilidade dos gerentes, o OJE favorece a responsabilização dos sócios.

2.3.1. Distinção entre credores fortes e credores fracos

Posto isto, importa proceder à distinção entre credores fortes e credores fracos. Desde logo, rapidamente se conclui que os credores não se encontram todos na mesma dimensão relativamente à tutela dos seus interesses. Isto porque, os credores fortes (grandes fornecedores ou bancos) têm a liberdade de contratar com a sociedade, podendo-se aperceber da situação e recusar a concessão de crédito ou exigir garantias adicionais como forma de tutelar os seus créditos, algo considerado impossível para os credores fracos (trabalhadores, pequenos fornecedores). Ou seja, numa situação de subcapitalização, os credores fortes podem satisfazer os seus interesses ao executar as suas garantias; o mesmo não se poderá verificar com os credores fracos, que ficarão com os seus créditos insatisfeitos¹⁷³. Assim, de acordo com alguns autores¹⁷⁴, apologistas da DPJ na subcapitalização manifesta, esta figura deverá operar apenas em benefício dos credores fracos precisamente porque seria, em princípio, a única forma de tutelar os seus interesses. Por sua vez, também há a possibilidade de os credores fortes beneficiarem da DPJ, mas, para tal, eles não poderiam ter qualquer conhecimento da situação financeira da sociedade, o que é improvável.

Na doutrina espanhola, verifica-se uma distinção entre “acreedores contractuales” ou “acreedores financeiros” e “acreedores extracontractuales y acreedores ignorantes”, que corresponderão, respetivamente, aos credores fortes e credores fracos da nossa doutrina. Deste modo, a doutrina do levantamento do véu nos casos de subcapitalização aplicar-se-á apenas em relação aos “acreedores extracontractuales” e “acreedores ignorantes” que não tivessem sido alertados da situação financeira da sociedade¹⁷⁵, dado que estes são aqueles que menos possibilidade tem de suportar o risco¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 116-117; MOTA PINTO, *Do Contrato...*, p. 131-132; J. OLIVEIRA MARTINS, “Os Suprimentos no Financiamento Societário”, in *Temas de Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 54.

¹⁷⁴ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 184; idem, “Diálogos...”, p. 62 e TARSO DOMINGUES, “O novo...”, p. 116-117.

¹⁷⁵ PAZ-ARES, “La infracapitalización...”, p. 398; No mesmo sentido, BOLDÓ RODA, *Levantamiento...*, p. 380. Os A. referem ainda que esta doutrina não poderá ser utilizada como forma de controlar previamente a capitalização das sociedades (*idem, ibidem*).

¹⁷⁶ BOLDÓ RODA, *Idem, Ibidem*.

Conclusão

Realizada a presente investigação, resta sintetizar e comparar os aspetos mais importantes dos OJ abordados.

- I. A DPJ não se encontra legalmente prevista em nenhum dos ordenamentos estudados, sendo de criação jurisprudencial e doutrinária.
- II. Este mecanismo possui contornos idênticos em ambos os OJ, dado que lhe é reconhecido carácter subsidiário e excecional pelo facto de derrogar o princípio da separação e o princípio da responsabilidade limitada que vigora nas SQ e nas SL, com a finalidade de responsabilizar diretamente os sócios perante os credores sociais, quando a sociedade não possuir património para fazer face às suas dívidas. Deste modo, afigurou-se necessária a criação de grupos de casos em que fosse permitido o recurso a este fenómeno. Assim, uma das diferenças entre os países em estudo será o facto de identificarem grupos de casos distintos. Como se poderá depreender, em Espanha são inúmeros os casos indicados pela sua doutrina, enquanto em Portugal os grupos de casos são sensivelmente os mesmos.
- III. Porém, existe divergência quanto à admissibilidade deste mecanismo como solução em ambos os países, havendo certos A. que são contra a sua aplicação, alegando outras formas para a sua resolução. Quem favorece o seu recurso, frisa que será apenas nos casos em que nenhum outro instituto ou norma consiga resolver cabalmente o problema.
- IV. No que concerne ao problema da subcapitalização material, afigura-se relevante explorar o capital social. Esta figura é importantíssima em ambos os OJ, sendo a sua presença obrigatória para a constituição de uma sociedade de capital. Porém, o seu regime diverge. Desde logo, no OJP, vigora a figura do capital social livre nas SQ, em que o capital mínimo exigido é de 1€ por sócio. Diferentemente, no OJE, verifica-se um princípio de capital mínimo, sendo necessário um CSM de, pelo menos, 3000€ para a constituição de uma SL.
- V. No que diz respeito ao princípio de adequação ou congruência do capital ao objeto da sociedade, certos A. julgam recair sobre os sócios um dever de capitalização adequada da sociedade de acordo com a atividade que visam prosseguir. Porém, tal dever não se encontra legalmente previsto em nenhum dos OJ. Deste modo, a subcapitalização é um fenómeno comum nas sociedades de responsabilidade limitada.

- VI. Quanto ao conceito de subcapitalização e respetivas modalidades, as diferenças são praticamente inexistentes, visto ser um problema patente em ambos os ordenamentos. Assim, por subcapitalização material entende-se a situação em que sociedade foi constituída com um capital manifestamente insuficiente para a prossecução da sua atividade, insuficiência que não será suprida nem por capitais próprios, nem por capitais alheios, isto é, por empréstimos ou outros atos realizados pelos sócios. A diferença entre os OJ consistiria no facto de o OJE identificar duas modalidades de subcapitalização, que não são identificadas pelo OJP: subcapitalização simples e subcapitalização qualificada.
- VII. Nesta alçada, assume relevo a perda grave de capital social. No OJP, este problema insere-se na descapitalização fortuita. Porém, no OJE há alguma divergência, havendo A. que entendem que se insere na descapitalização e outros que julgam pertencente à subcapitalização. No entanto, a diferença entre ambos é relativa aos modelos existentes para regulação das perdas graves: o modelo francês e o modelo alemão. No OJP vigora o modelo alemão em que o órgão de administração possui a obrigação de informar os sócios da situação de perdas graves, mas sobre os sócios não incide o dever de fazer algo quanto a esta circunstância. Por sua vez, no OJE subsiste o modelo francês, ou seja, sobre os administradores recai o dever de comunicarem as perdas graves aos sócios, mas estes, contrariamente ao que sucede no modelo alemão, são obrigados a tomar uma decisão que envolva dissolver ou tomar medidas que excluam a causa de dissolução. Além disso, no OJP a AG tem de ser convocada de imediato; no OJE deve ser convocada no prazo de 2 meses.
- VIII. A subcapitalização material da sociedade torna impossível a satisfação dos interesses dos credores. Assim, são várias as soluções apresentadas pelos autores para a resolução deste problema. Como grupo tradicionalmente identificado pela doutrina, a DPJ é umas das soluções apontadas, visto que, através deste mecanismo, o património dos sócios responderá direta, subsidiária e ilimitadamente perante as dívidas dos credores. Porém, tal é objeto de divergência doutrinal. Os A. que repelem a DPJ no caso de subcapitalização material são aqueles que consideram não existir um dever de capitalização adequada. Assim, das soluções apresentadas pelos A. em ambos os OJ, destacam-se duas: a responsabilidade dos administradores pelo incumprimento do dever de apresentação da sociedade à insolvência e a responsabilidade extracontratual prevista no artigo 1.902 do CC Espanhol.

- Relativamente à primeira, no caso de incumprimento do dever, a insolvência será qualificada como culposa nos termos do art. 186º nº1 do CIRE, e de acordo com a alínea e) do art. 189º, deverão responder perante os credores as pessoas afetadas (gerentes) até ao montante dos créditos não satisfeitos. Porém, no caso de os danos sofridos serem superiores, poder-se-á responsabilizar os gerentes nos termos do art. 78º do CSC de modo a fazê-los responder pela diferença entre ambos os montantes.
 - Quanto ao art. 1.902 do CC espanhol, tratando-se de responsabilidade extracontratual, será necessária a verificação de determinados pressupostos. Assim, uma vez preenchidos os pressupostos, responsabilizar-se-á pessoal, ilimitada e solidariamente os sócios perante os credores, não só pelas dívidas sociais, mas também pelo dano causado pela insolvência da sociedade.
- IX. Relativamente aos credores, é unânime em ambos os OJ que, no caso de subcapitalização material, a DPJ deverá operar apenas em benefício dos credores fracos, visto que os credores fortes poderão tutelar os seus créditos através da execução das suas garantias.

Em suma, após toda a análise efetuada, conclui-se que os ordenamentos são semelhantes, mas possuem diversas diferenças, nomeadamente no que concerne aos grupos de casos identificados pela doutrina, ao capital social mínimo, ao regime das perdas graves e, por fim, quanto às soluções apontadas pelos A. que se opõe à aplicação da DPJ na subcapitalização material. Neste último caso, constata-se que o OJP privilegia a responsabilidade dos gerentes, enquanto o OJE favorece a responsabilização dos sócios.

Bibliografia

ABREU, COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades, Vol. II*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2021.

ABREU, COUTINHO DE, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1999.

ABREU, COUTINHO DE, “Diálogos com a jurisprudência – II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Vol. 3, Almedina, Coimbra, 2010.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades*, 9ª edição, Porto, 2020.

ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Comercial, Vol. IV, Sociedades Comerciais*, Dislivro, Lisboa, 2000.

BOLDÓ RODA, CARMEN, *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Tecnos, Madrid, 1993.

BOLDÓ RODA, CARMEN, “Levantamiento del velo de la persona jurídica en un caso de responsabilidad extracontratual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, num. 6, Aranzadi, Navarra, 1996.

BOLDÓ RODA, CARMEN, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006.

BORNADELL LENZANO, RAFAEL/CABANAS TREJO, RICARDO, *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, *La Persona Jurídica. Funciones y Disfunciones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

CARVALHO, MARIA MIGUEL, *O novo regime jurídico do capital social das sociedades por quotas*, in “Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 9-35.

CORDEIRO, MENEZES, “A perda de metade do capital e a reforma de 2005: um repto ao legislador”, in *ROA*, ano 65, 2005. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-i-jun-2005/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-perda-de-metade-do-capital-social-e-a-reforma-de-2005-um-repto-ao-legislador-star/>, consultado em 20/08/2021.

CORDEIRO, MENEZES, *Da boa fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, Coimbra, 1984.

CORDEIRO, MENEZES, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e no Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000.

CORDEIRO, PEDRO, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, 3ª edição, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008.

COSTA, RICARDO, “Responsabilidade dos gerentes de sociedades por quotas perante credores e desconsideração da personalidade Jurídica” – Ac. do TRP de 29.11.2007, Proc. 0735578”, in *Cadernos de Direito Privado*, nº32, outubro/dezembro, 2010.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

CUNHA, PAULO OLAVO, “O novo regime da redução do capital social e o artigo 35º do CSC” in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 1023-1078.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 7ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, “La doctrina del ‘levantamiento del velo’ y las sociedades interpuestas”, in *Estudios de Deusto*, Vol. 43, nº2, 1995, p. 11-51.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, “La sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica”, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 2, Fascículo 4, octubre-diciembre, 1949, p. 1397-1415.

DE LA CÁMARA ÁLVARES, MANUEL/ DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARIA, “Sociedades comerciales (El empresário individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de la escritura pública en la constitución de las sociedades comerciales y sus modificaciones)” in *Revista de Derecho Notarial*, año 21, num. 81-82, julio-diciembre, Madrid, 1973.

DE LOS MOZOS, JOSE LUIS “La evolución del concepto de persona jurídica en el derecho español”, en *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1988.

DE TOLEDO QUINTANA, LORENZO, *Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desmascaramiento*, Colex, Madrid, 1997.

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, “Capitalização de Sociedades” in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, Coimbra, 2012.

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 33, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas” in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 3, Vol. 6, Almedina, Coimbra, 2011.

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Variações sobre o capital social*, Almedina, Coimbra, 2009.

DUARTE, DIOGO PEREIRA, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Almedina, Coimbra, 2007.

DUARTE, RUI PINTO, “A subcapitalização das sociedades no direito comercial”, in *Fisco* nº 76/77, 1996, p. 55-64.

DUARTE, RUI PINTO, “A Subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.L Saldanha Sanches*, Vol. IV, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

EMBED IRUJO, JOSÉ MIGUEL, El “levantamiento del velo” una vez más. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 20 de junio de 1991, *Diario La Ley*, 1992.

HURTADO COBLES, JOSÉ, *La Doctrina del Levantamiento del Velo Societario – Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Atelier Editorial, Barcelona, 2000.

MUÑOZ MARTIN, NOEMI, “Pérdidas y disolución de la Sociedad de responsabilidad limitada”, in *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor Justino F. Duque, Vol. I*, CajaDuero, Valladolid, 1998.

MARTINS, JOÃO OLIVEIRA, “Os Suprimentos no Financiamento Societário”, in *Temas de Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria”, in *Revista General del Derecho*, Nº 550-551, 1990, p. 5547-5603.

OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, ROSA, “La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad”, in *Revista de Derecho de Sociedades monografía*, nº 34, Aranzadi, Navarra, 2010.

PAZ-ARES, CANDIDO, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, in *Revista Jurídica Online de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 18, 2005, p. 383 e ss.

PAZ-ARES, CANDIDO, “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación”, in *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 1, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 567-612.

PAZ-ARES, CANDIDO, “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 36, Fascículo 4, 1983, p. 1587-1639.

PINTO, MOTA, “Capital social e tutela dos credores para acabar de vez com o capital mínimo nas sociedades por quotas”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Vol. I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PINTO, MOTA, *Do Contrato de Suprimento – O Financiamento da Sociedade entre Capital próprio e Capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002.

PINTO, MOTA, “O Artigo 35º do Código das Sociedades Comerciais na sua Versão Mais Recente” in *Temas Societários*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 107-151.

PRENDES CARRIL, PEDRO, *La sociedad de Responsabilidad Limitada. Compendio de Jurisprudencia Comentada*, Aranzadi, Navarra, 2002.

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, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Almedina, Coimbra, n.ºs 3-4, julho/dezembro, 2011, p. 173-212.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores” in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Volume II, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p. 11-50.

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*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 43-84.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Vol. 7, Nº 14, 2015.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 37ª ed., Aranzadi, Navarra, 2015.

SEQUEIRA MARTÍN, ADOLFO/ SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO/MUÑOZ GARCIA, ALFREDO, “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima”, in *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro Homenaje al Profesor Rafael Garcia Villaverde*, Tomo 3, Marcial Pons, Madrid, 2007, 2185-2219.

SERRA, CATARINA “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, in *JULGAR n.º9*, setembro-dezembro, 2009, P. 111-130.

TRIUNFANTE ARMANDO, LUIS TRIUNFANTE, “Desconsideração da personalidade jurídica – Sinopse doutrinária e jurisprudencial” in *JULGAR n.º9*, setembro-dezembro, 2009, p. 131-146.

VENTURA, RAÚL, “Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada e anteprojeto de reforma de lei das sociedades por quotas”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 182, 1969, p. 25-196.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, 23ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.