

ENCONTROS DE

Direito Civil

II

A tutela dos credores



II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

© Universidade Católica Editora

Comissão Científica António Pinto Monteiro
Henrique Sousa Antunes
Paulo Mota Pinto
Filipe Albuquerque Matos
Mafalda Miranda Barbosa
Elsa Vaz de Sequeira
Ana Taveira da Fonseca

Título A tutela dos credores
Coleção Encontros de Direito Civil
Volume II
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Revisão editorial António Brás
Conceção gráfica Magda M. Coelho | acenográfico

Impressão
e acabamento Europress - Indústria Gráfica
Depósito Legal 470906/20
Data junho 2020
Tiragem 500 exemplares
ISBN 9789725406885

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



A TUTELA DOS CREDITORES
A tutela dos credores / António Pinto Monteiro... [et al.]. - Lisboa :
Universidade Católica Editora, 2020. - 480 p. ; 23 cm. - (Encontros de
direito civil ; 2). - ISBN 9789725406885
I - MONTEIRO, António Pinto, coaut. II - Col.
CDU 347

II ENCONTROS DE DIREITO CIVIL

A tutela dos credores

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa, 2020

Índice

Prefácio	7
HENRIQUE SOUSA ANTUNES	
Da renúncia antecipada aos meios de tutela patrimonial	11
ANA FILIPA MORAIS ANTUNES	
A oponibilidade da compensação de créditos conexos a terceiros	47
ANA TAVEIRA DA FONSECA	
Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único	67
CATARINA MONTEIRO PIRES	
Tutela dos credores e <i>par conditio creditorum</i>	87
CATARINA SERRA	
Meios de tutela na solidariedade ativa: resolução e compensação	133
ELSA VAZ DE SEQUEIRA	
Capital social e tutela dos credores sociais. Apontamento	147
EVARISTO MENDES	
A empresa individual indivisa: os credores da empresa e os credores da herança	187
FERNANDO OLIVEIRA E SÁ	
A tutela coletiva dos consumidores: desenvolvimentos do direito europeu	201
HENRIQUE SOUSA ANTUNES	
Justo receio do incumprimento e conteúdo da tutela preventiva do crédito	209
JOSÉ BRANDÃO PROENÇA	
Tutela de credores e medida de resolução	221
MAFALDA MIRANDA BARBOSA	

A responsabilidade do sócio por actos dos administradores – entre a socialidade e a parassocialidade – MANUEL CARNEIRO DA FRADA	247
Tutela de credores, impugnação pauliana e sociedades comerciais – especificidades MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO	281
O sinalagma na insolvência MARIA DE LURDES PEREIRA	309
Responsabilidade pela concessão de crédito – comparação entre o direito italiano e o direito português NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA	365
Capitalização de juros moratórios PAULO MOTA PINTO	415
Os juros cobertos pelas garantias reais RUI PINTO DUARTE	449

Tutela de credores, impugnação pauliana e sociedades comerciais – especificidades

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

1. O problema

Com este texto, pretende-se encontrar a solução para os problemas jurídicos que se colocam num caso específico (e frequente): um devedor pessoa singular constitui, normalmente com terceiros (muitas vezes, membros da sua família), sociedade (em regra, anónima) para a qual “entra” com a transmissão de bens imóveis que integram o seu património, com o objectivo de não sujeitar esses bens à satisfação dos seus credores pessoais (não raras vezes, esta pessoa singular é gerente ou administrador de outra sociedade comercial, tendo garantido créditos concedidos a essa sociedade por meios de garantias pessoais, v.g., na condição de avalista em livranças).

Cumprе responder a variadas questões, de entre as quais se destacam as seguintes: desde logo, a de saber se existe aqui um acto a impugnar; em caso afirmativo, a de determinar com exactidão qual o acto impugnável; depois, ainda, a de apurar, quando o acto impugnável é oneroso, como se poderá considerar que a sociedade está de má-fé, ou seja, como imputar a da má-fé de “terceiros” (v.g., pessoas que representam a sociedade no acto, gerentes ou administradores, sócios que não são gerentes, colaboradores que não integram nenhum dos órgãos da sociedade) à sociedade.

Para o efeito, analisar-se-á o instituto da impugnação pauliana, enquanto meio de tutela dos credores do devedor que entra para uma sociedade em constituição com os bens que integram o seu património imobiliário (recebendo em troca uma quota ou acções na sociedade entretanto constituída), com o objectivo de os subtrair à satisfação desses credores pessoais.

* Por opção da Autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

A impugnação pauliana é um instituto jurídico pelo qual se visa a conservação da garantia patrimonial do crédito: em resultado da procedência de uma acção de impugnação pauliana, neste contexto, o credor poderá executar os bens transmitidos no património da sociedade, na medida necessária à satisfação do seu crédito.

Um acto é impugnável desde que estejam preenchidos os requisitos que constam nos artigos 610.º e 612.º do Código Civil, a saber: o acto, não sendo de natureza pessoal, há-de ter envolvido a diminuição da garantia patrimonial do crédito; o acto há-de ter sido ulterior ao crédito (ou, se foi anterior, realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor; do acto há-de ter resultado a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou o agravamento dessa impossibilidade; tendo o acto sido oneroso, o devedor e o terceiro hão-de ter agido de má-fé (entendida como a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor)¹.

Não cabendo no âmbito deste trabalho a análise de cada um desses requisitos, um ponto que cumpre esclarecer é o de que a substituição, no património do devedor, de imóveis por participações sociais pode entender-se como acto que diminui a garantia patrimonial dos seus credores, na medida em que se substituem bens cujo valor patrimonial é relativamente estável por bens cujo valor patrimonial é muito instável. Na verdade, o valor real de acções ou quotas pode vir a ser substancialmente diferente do seu valor nominal; a sujeição a uma possível depreciação do valor das participações sociais em função do risco de exploração de uma empresa existe – e em maior medida do que a sujeição ao risco de depreciação do valor dos imóveis. A alegação e prova destes factos cabem, bem entendido, ao credor que pretenda impugnar o acto.

Cabe acrescentar que, com o fim das acções ao portador², fica afastado outro tipo de diminuição da garantia patrimonial que estes actos implicavam. A escolha do tipo societário sociedade anónima era sobretudo determinada pela possibilidade de o devedor receber como contrapartida da sua entrada acções ao portador, caracterizadas pela sua fácil

¹ Para a análise dos requisitos estabelecidos nos artigos 610.º e 612.º do CC, cfr. RIBEIRO (2018-I) e RIBEIRO (2018-II), *passim*, e a bibliografia aí indicada.

² Cfr. a Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio.

e “silenciosa” transmissibilidade, o que diminuía significativamente a garantia patrimonial dos seus credores.

2. O acto a impugnar

Se preenchidos todos os requisitos para o recurso à impugnação pauliana, caberá determinar especificamente qual o acto a impugnar quando a transmissão se dá em cumprimento da obrigação de entrada. A questão coloca-se porquanto tem merecido distintas respostas na jurisprudência portuguesa. Para o ilustrar, referem-se alguns acórdãos relativos a casos de transmissão de bens imóveis, por parte de um devedor, para sociedade imobiliária da qual é sócio.

No acórdão do STJ, de 3 de Maio de 2018 (Rosa Ribeiro Coelho)³, estava em causa o facto de um devedor ter constituído com dois filhos uma sociedade, para a qual entrou com a propriedade dos seus imóveis, contra uma participação social de 99,61%, tendo em primeira instância sido dados como provados todos os pressupostos necessários para a impugnação pauliana. Não se percebe no acórdão a razão pela qual não foram penhoradas as participações sociais do devedor na sociedade adquirente dos imóveis, podendo ser depois impugnado qualquer eventual acto de transmissão ulterior das mesmas. No acórdão da Relação, considerou-se que a transmissão dos imóveis constituiu cumprimento de obrigação (de entrada) vencida para com a sociedade e, portanto, acto inimpugnável (nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 2 do CC)⁴; assim, a impugnação deste acto dependeria, ainda nos termos

³ In dgsi.pt.

⁴ O cumprimento de uma obrigação vencida, ainda quando o devedor tenha a consciência de que está a beneficiar determinado credor em relação aos demais, não está sujeito à impugnação pauliana – em qualquer caso, esse credor poderia exigir tal cumprimento, não estando o devedor obrigado a observar aqui o princípio *par condicio creditorum* (ao contrário do que acontece no âmbito de um processo de insolvência – e apesar do disposto no n.º 1 do artigo 604.º do CC, que determina que, “[n]ão existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”, uma vez que este princípio do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações apenas encontra aplicação rigorosa no âmbito do processo de insolvência. Se pretender reagir quanto ao cumprimento, pelo devedor, de uma obrigação vencida, restará ao credor impugnar o acto de onde resultou a constituição da obrigação (se verificados todos os pressupostos), ou recorrer ao processo de insolvência,

deste acórdão, da impugnação do próprio contrato de sociedade (“[n]ão sendo accionados todos os sócios da sociedade adquirente, não pode ser apreciada a má-fé desta, porque no acto de transmissão dos bens ainda não tinha personalidade jurídica”). No acórdão do STJ foi decidido que “a constituição da obrigação de entrada aquando da celebração do contrato de sociedade é acto impugnável”, por susceptível de pôr em causa a garantia patrimonial; ou seja, aqui entendeu-se que o acto a impugnar não é o suposto acto de cumprimento da obrigação de entrada, passando a ser o próprio acto de constituição dessa obrigação.

Pois bem, desde logo não parece ser, nestas circunstâncias, impugnável o contrato de sociedade, mas antes e apenas o acto constitutivo da obrigação de entrada daquele sócio, uma vez que foi esse o acto que pôs em causa a garantia patrimonial dos seus credores: é evidente que a constituição da sociedade pelo devedor não implicaria *ipso facto* que ele, para ser seu sócio, convencionasse a transmissão daqueles bens, nem que estabelecesse aquele valor como o valor da sua entrada⁵. Depois, a transmissão da propriedade do bem dá-se por mero efeito da celebração do contrato de sociedade (nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 26.º do CSC, as entradas dos sócios devem necessariamente ser realizadas até ao momento da celebração do contrato; e, no caso das entradas em espécie, nem sequer é admitido diferimento), não sendo portanto necessário nenhum ulterior acto negocial de cumprimento dessa obrigação

no âmbito do qual o acto de cumprimento poderá eventualmente ser sujeito a uma resolução em benefício da massa insolvente. Na resolução em benefício da massa insolvente, tendo em conta que está também em causa a satisfação do princípio *par condicio creditorum*, o facto de um devedor alienar onerosamente um bem do seu património para, com a contraprestação recebida, satisfazer um credor em detrimento de outro, leva a que neste acto de cumprimento se identifique a existência de má-fé, nos termos legalmente exigidos para a sua resolução em benefício da massa; porém, o mesmo acto não poderia ser objecto de impugnação pauliana, uma vez que nada impede um devedor de alienar bens do seu património para satisfazer uns créditos em detrimento de outros [neste sentido, cfr. o ac. STJ 26.01.2017 (417/14.3TBVFR. P1.S1)]. Cfr. RIBEIRO (2018-III), pp. 721 ss.

⁵ Em sentido diverso, indicando que o contrato de sociedade é impugnável, cfr. MARIANO (2008), pp. 148 ss. (especificamente, para os casos em que a diminuição da garantia patrimonial resulta do facto de a entrada ter valor superior ao da participação social). Todavia, curiosamente, o mesmo Autor, *idem*, p. 148, nota 306, afirma que quando a entrada resulta de uma deliberação de aumento de capital o acto impugnável é o da subscrição do aumento, e não o próprio aumento de capital.

– quando muito, será necessário praticar algum acto matéria de entrega do bem.

Analisando bem a situação, para pôr em causa o próprio contrato de sociedade, o instituto jurídico normalmente invocado é a simulação do mesmo. Simplesmente, por um lado, não é líquido que possa sempre afirmar-se que existe divergência entre a vontade negocial (a de constituir uma sociedade) e a vontade real do declarante. Por outro lado, essa via encontraria uma barreira inultrapassável: resulta do disposto nos artigos 42.º e seguintes do CSC que os casos em que pode existir declaração de nulidade de contrato de sociedade anónima registado não abrangem a simulação: existe um princípio geral de conservação da pessoa colectiva sociedade por quotas e sociedade anónima, espelhado no artigo 42.º do CSC, do qual decorre a existência de um *numerus clausus* de causas de “destruição” do respectivo acto constitutivo, depois de efectuado o registo definitivo desse acto.

A consequência da impugnação da declaração negocial do autor da obrigação de entrada terá as consequências estabelecidas no artigo 25.º, n.º 4, do CSC: se a sociedade for privada, por acto legítimo de terceiro, do bem prestado pelo sócio ou se tornar impossível a prestação, bem como se for ineficaz a estipulação relativa a uma entrada em espécie, nos termos previstos no artigo 9.º, n.º 2, do CSC, deve o sócio realizar em dinheiro a sua participação, sem prejuízo da eventual dissolução da sociedade, por deliberação dos sócios ou por se verificar a hipótese prevista no artigo 142.º, n.º 1, alínea *b*), do CSC (pode ser requerida a dissolução administrativa da sociedade se a actividade que constitui o objecto da sociedade se tornar de facto impossível).

Curiosamente, no acórdão do STJ considerou-se necessário acrescentar que se trata aqui ainda de um caso de recurso a desconsideração da personalidade jurídica, porque o devedor, “sócio fundador e quase totalitário” da sociedade adquirente, “procurou beneficiar da sua personalidade jurídica para ocultar o seu próprio património”; assim, concluiu-se que, desconsiderando-se a personalidade jurídica da sociedade, não existia obrigação de entrada e, conseqüentemente, seria impugnável a transmissão dos imóveis. Ora, a verdade é que a consequência da desconsideração da personalidade jurídica jamais seria a inexistência da obrigação de entrada, efeito que nem mesmo a declaração de nulidade do contrato constitutivo poderia produzir, nos termos do disposto

no artigo 52.º, n.º 4, do CSC. O único resultado que a desconsideração da personalidade jurídica (aqui, necessariamente, na versão de desconsideração invertida) poderia produzir *in casu* seria o da imputação da propriedade do património social ao sócio, nem havendo então a necessidade de recurso a outros meios de tutela dos credores deste. Por outro lado, parece existir alguma contradição no acórdão quando nele, a um tempo, se afirma que não existe obrigação de entrada (em virtude da desconsideração da personalidade jurídica), e, ao mesmo tempo, se afirma também que a transmissão dos bens pelo devedor para a sociedade é impugnável – sendo certo que, em rigor, desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, ela deixaria de existir enquanto terceiro adquirente, não sendo titular de um património autónomo, os bens não seriam propriedade sua (mas, afinal, do “sócio”), e nem faria sentido aplicar a consequência prevista na lei para a procedência de uma acção de impugnação pauliana (que é o facto de o credor poder executar os bens transmitidos no património do terceiro adquirente/sociedade, na medida necessária à satisfação do seu crédito).

3. O requisito da má-fé

Para efeitos de impugnação pauliana de actos onerosos, exige-se a má-fé: o conhecimento do prejuízo causado ao credor pelo acto praticado (artigo 612.º, n.º 2, do CC). Esta noção abrange o dolo do devedor, mas também a negligência consciente e, eventualmente (o ponto é controvertido), a negligência inconsciente culposa⁶.

Cabe então ao credor provar a má-fé de ambas as partes⁷, ou seja, não se exige a prova do conluio ou da concertação do devedor e do

⁶ Cfr. RIBEIRO (2018-II), pp. 705 ss.

⁷ EVARISTO MENDES, em comentário não publicado, nota que a *ratio* do artigo 612.º, n.º 1, do CC, ao exigir nos negócios onerosos a má-fé também de quem recebe o bem, é a de proteger o adquirente do mesmo, nas situações em que ele, tendo realizado uma contrapartida pelo bem, dando algo em troca (dinheiro ou outro bem/direito), carece dessa protecção. A situação poderia ser distinta no contrato de sociedade, um contrato de fim comum, não um comum contrato comutativo e oneroso. De facto, neste caso, a sociedade recebe o bem dado como entrada sem dar nada em troca; e, funcionando a impugnação pauliana (ou a resolução em benefício da massa, etc.), existe o mecanismo específico de protecção da mesma: o artigo 25.º, n.º 4, do CSC. Ou seja, a protecção concedida pelo artigo 612.º, n.º 1, primeira parte, do

terceiro⁸, bastando que se prove a consciência do devedor e do terceiro do prejuízo que o acto causa aos credores. Mas a prova da consciência do prejuízo causado ao seu direito pode ser particularmente difícil, uma vez que se trata de “um evento da vida interior do homem”, pelo que ela não se faz de forma directa, mas resultando antes de “indícios seguros” e do “funcionamento de critérios de normalidade”⁹.

Antes de mais considerações, deve atender-se ao facto de, genericamente, a relevância do conhecimento visar, em geral, “negar determinados efeitos vantajosos a quem conhece (ou ‘deve’ conhecer) certos factos” – “o sujeito que conhece não ‘merece’ a protecção concedida a quem desconhece ou, sendo caso disso, a quem desconhece de modo não negligente”, porque “quem conhece tem a possibilidade de adequar de modo conveniente o seu comportamento à realidade (fáctica ou jurídica), não devendo por isso beneficiar dos efeitos vantajosos que a lei comina para quem desconhece, em razão desse mesmo desconhecimento”, ou seja, “se alguém conhece não merece ou, em termos mais rigorosos, não carece de protecção, pois pode proteger-se a si mesmo”¹⁰. Estas considerações permitem resolver muitos dos problemas de imputação do conhecimento às sociedades comerciais.

CC não será aqui necessária – embora possa não ser a mesma coisa a entrada em espécie em apreço e uma sucedânea em dinheiro, podendo inclusivamente o projecto empresarial garantir-se por isso, mas essa não será a situação-regra; e, ocorrendo essa circunstância excepcional, talvez fosse de considerar estarmos perante um risco natural do contrato de sociedade. Tendemos a concordar com a pertinente observação de EVARISTO MENDES sempre que se coloque a questão da impugnação pauliana da declaração negocial do autor da entrada antes do registo do acto constitutivo da sociedade e, portanto, antes da aquisição da personalidade jurídica, nos termos do artigo 5.º do CSC. Depois disso, embora não sejam menos válidos estes argumentos, cremos que, estando em causa também a protecção de todos aqueles que são e podem vir a ser credores da sociedade (tendo em conta que, por força do regime de responsabilidade dos sócios vigente para as sociedades anónimas, apenas o património da sociedade responde pelas obrigações sociais; e que o mecanismo de protecção previsto no artigo 25.º, n.º 4, do CSC deixará normalmente, nestes casos, completamente desacompanhados os interesses dos credores sociais, dada a usual inexistência de bens identificáveis e facilmente penhoráveis no património do sócio em causa), deverá exigir-se a má-fé da sociedade adquirente, nos termos gerais.

⁸ Como se esclareceu no ac. STJ 14/04/2015 (593/06.9TBCSC.L1.S1).

⁹ Cfr. MARIANO (2008), p. 209; GUICHARD (1996), pp. 35 ss.

¹⁰ Cfr. GUICHARD (1996), p. 90. Cfr., ainda, COSTA (1963), 145-174, pp. 154 ss.; PEREIRA, (1998), pp. 139 ss.; e ALVES (1991), pp. 112 ss.

Questão complexa é a de saber se deve equiparar-se “dever de conhecimento” a conhecimento efectivo – embora, aparentemente, o legislador só tenha pretendido sancionar o conhecimento efectivo¹¹.

Para responder à questão, há que, desde logo, determinar o conteúdo deste hipotético “dever de conhecimento”: neste conceito, não está nem pode estar implicado “um dever em sentido próprio ou técnico”, nem sequer um ónus ou encargo, pela simples razão de que o conhecimento não constitui uma acção ou comportamento, é um estado¹².

O que se acaba de expor é fundamental para a análise dos casos de *negligência inconsciente* em sede de impugnação pauliana: saber se deve ser afastada a existência de má-fé quando o devedor não tem *consciência efectiva* desse prejuízo por *falta do cuidado* é questão que merece ser analisada e reveste alguma complexidade: podem as partes não ter previsto a possibilidade de lesar a garantia patrimonial do credor por manifesta falta de cuidado (as partes celebraram o negócio sem terem consciência da possibilidade de lesar o credor, quando poderiam, se actuassem diligentemente, ter adquirido essa consciência ou representado essa possibilidade¹³). Para VAZ SERRA¹⁴, a falta de consciência desse prejuízo exclui a existência de má-fé, a menos que resulte de culpa grave, da falta de cuidado exigido pela boa-fé (artigo 762.º, n.º 2, do CC)¹⁵. Então, na proposta legislativa de VAZ SERRA, num primeiro momento determinava-se que a má-fé exigia a “consciência do prejuízo”, e posteriormente estabelecia-se que a ignorância por negligência valia como conhecimento desse mesmo prejuízo¹⁶. Mas a solução não foi acolhida pelo

¹¹ Cfr. GUICHARD (1996), pp. 38 ss., afirma que de *iure condendo* poderia ser melhor decisão legislativa equiparar “dever de conhecimento” a conhecimento efectivo.

¹² Cfr. GUICHARD (1996), pp. 40 ss.

¹³ Cfr. o acórdão do STJ 13.10.2011 (116/09.8T2AVR-Q.C1.S1), *in* dgsi.pt.

¹⁴ Cfr. SERRA (1969), pp. 7 ss.

¹⁵ De qualquer modo, mesmo que se entenda que existe má-fé até naquele caso, é ainda mais duvidoso que tal possa considerar-se relativamente ao terceiro, uma vez que o fundamento de que o devedor deve observar determinados deveres na relação com o seu credor não pode transpor-se para o plano dos deveres impostos ao terceiro.

¹⁶ Constava do artigo 8.º, n.º 1, do Anteprojecto do Código Civil de 1966 que “[p]ara haver má-fé, não é necessária a intenção de prejudicar os credores. Se o devedor ignorar, por negligência, o prejuízo que o acto causa aos credores, vale essa ignorância como conhecimento do mesmo prejuízo”; entretanto, o artigo 602.º, n.º 2, da 1.ª Revisão Ministerial, prosseguiu a solução propugnada pelo Anteprojecto originário, estabelecendo que “[a] má-fé não exige a

legislador – com a 2.^a Revisão Ministerial, fixou-se a disciplina vigente e a localização definitiva da matéria no artigo 612.º, n.º 2, do CC: má-fé é “a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor”, conceito no qual se compreendem apenas o dolo e a negligência consciente.

Em síntese, o facto de se identificar um não conhecimento “culposo ou negligente” não implica o reconhecimento da existência de um dever de conhecer, nem, normalmente, de um dever de indagar, e portanto de “culpa” – significa geralmente apenas que, para a aplicação de determinadas normas que supõem o conhecimento, existe um “conjunto de circunstâncias que fazem surgir, segundo a valoração do legislador, como justo ou adequado o facto de alguém, que ignora certos factos, ser tratado como alguém que dispõe do conhecimento (efectivo)”¹⁷. Ou seja, mais relevante, para este efeito, do que analisar se o não conhecimento é “culposo”, será apurar se, no caso concreto, estão preenchidas aquelas circunstâncias que justificam a sujeição do sujeito ao regime legal previsto para aqueles que efectivamente conhecem.

Deste modo, pode afirmar-se que os casos de negligência inconsciente não se consideram hoje abrangidos pelo n.º 2 do artigo 612.º^{18/19}

intenção de prejudicar, mas a consciência do prejuízo que o acto causa ao credor. Se o devedor ignorar, por negligência, o prejuízo causado ao credor, vale a ignorância como efectivo conhecimento do facto”; nesta fase, a má-fé continuava a abranger o dolo, a negligência consciente e a negligência inconsciente.

¹⁷ Cfr. GUICHARD (1996), pp. 43-44, que afasta nestes casos a existência de violação de um dever, mas identifica nos mesmos algo de comum com a negligência: quem não conheceu, quando *devia conhecer*, “não usou do cuidado ou diligência necessários para conhecer (ou, dito de outra forma, que teriam, em circunstâncias normais, conduzido ao conhecimento)”.

¹⁸ Cfr. COSTA (1995), p. 275; LEITÃO (2018), pp. 308 ss., nota 629; MARIANO (2008), p. 204.

¹⁹ Como bem se explica no acórdão do STJ 13.10.2011 (116/09.8T2AVR-Q.C1.S1), *in* dgsi.pt: “não se enquadra na expressão legal “consciência do prejuízo” a mera cognoscibilidade do efeito nocivo do acto impugnado sobre a garantia geral dos credores, que se não traduziu ou consubstanciou em efectiva representação ou conhecimento do prejuízo causado, ainda que decorrente da omissão de um pretenso dever de diligência no esclarecimento e averiguação, por parte do adquirente dos bens, de todas as circunstâncias envolventes do negócio, respectivas motivações subjectivas e efectiva situação financeira do alienante dos bens”; na perspectiva de tese distinta “poderia haver censura até a um limite que poderia esbarrar no absurdo, porque haveria sempre margem para questionar mais alguma coisa em todo e qualquer negócio, designadamente qual a real situação financeira da outra parte, que credores tem, por que razões faz ele o negócio, por que razão se estipula aquele preço, etc... etc... A realização de qualquer negócio sem que um contraente tivesse o conhecimento real da situação

Aqui, as partes não representaram o resultado danoso e não existe (na ausência de disposição expressa nesse sentido no artigo 612.º do CC) no ordenamento jurídico português previsão legal que equipare a ignorância culposa ao conhecimento (nem tão-pouco um “dever acessório de indagação e certificação sobre a situação patrimonial, antes da outorga de qualquer acto que tenha por objecto bens desse património, de modo a prevenir-se uma eventual lesão da garantia comum dos credores”²⁰).

Distintos são os casos de *negligência consciente*. Esta ocorre nas situações em que o agente está ciente de que o acto pode prejudicar o credor, ainda que confie que esse resultado não venha a verificar-se²¹. Nestes casos não existe dolo, por não existir o elemento volitivo: o agente, apesar de admitir como possível o prejuízo do credor, não confia que ele se produza. Mas existe o elemento intelectual, pois é representada a possibilidade de produção do resultado danoso como consequência da conduta do agente²². Aqui considera-se que o acto é praticado de má-fé, pois o devedor e o terceiro podiam ter evitado o dano dos credores, que representaram (conhecendo-o, então), sendo censurável o facto de não o terem feito²³. Porém, Cura Mariano especifica que na negligência consciente poderá não existir má-fé, quando os autores do acto não tenham violado o dever de cuidado ao terem confiado que o prejuízo à garantia dos credores, que previam como possível, não se viria a verificar (ou seja, quando, pelas circunstâncias em que ocorreu, o erro deste juízo do devedor e do terceiro não seja eticamente censurável)²⁴.

É ainda relevante acrescentar que, quer nas pessoas singulares quer nas pessoas colectivas, “a prova do conhecimento depara com dificuldades”: é um *facto interior* e, por isso, dificilmente existe a sua percepção

económico-financeira do outro, poderia, em situação limite, demandar a necessidade de aceder a livros, relatórios, balanços, documentos, lista de fornecedores, clientes, produção, vendas, etc... etc, o que não seria admissível nem exigível, nem muito menos compaginável com ele!”.

²⁰ Nas palavras de MARIANO (2008), pp. 204 ss. Mas também este Autor lamenta que não tenha sido expressamente abrangido pela má-fé o desconhecimento culposos dos efeitos prejudiciais do acto praticado.

²¹ Cfr. MARTINEZ / PONTE (2006), p. 23.

²² Cfr. COSTA (1995), p. 276.

²³ Cfr. o acórdão do STJ, 14/04/2015 (593/06.9TBCSC.L1.S1), in *dgsi.pt*.

²⁴ Cfr. MARIANO (2008), p. 202.

directa pelas outras pessoas, pelo que facilmente o sujeito contesta o conhecimento; o julgador opera frequentemente com indícios, recorrendo necessariamente a “critérios de normalidade e probabilidade”²⁵.

4. A imputação da má-fé (enquanto conhecimento do prejuízo causado ao credor) às sociedades comerciais

No caso em apreço, é necessária a imputação da má-fé à sociedade adquirente dos bens. Determinar se uma sociedade comercial está de má-fé passa por imputar a essa pessoa colectiva a má-fé das pessoas que a representam, que a administram, ou que fazem parte da sua organização, em termos que o justifiquem. Os fundamentos doutrinários para a imputação deste conhecimento às sociedades comerciais são diversos, em qualquer dos casos. Em seguida, analisam-se sucintamente os mais significativos.

A teoria do organicismo assenta nas teses de VON GIERKE, enquanto criador da *Organtheorie*, a teoria da pessoa colectiva real orgânica, antropomórfica ou germanística. De acordo com o Autor, a pessoa colectiva como real pessoa não é meramente titular de capacidade jurídica, é antes também capaz de ter vontade e de agir (por isso, esta construção é subsumível a uma “teoria da personalidade idêntica à personalidade jurídica do homem”²⁶, na expressão de ORLANDO DE CARVALHO)²⁷. OTTO VON GIERKE reconhece à pessoa colectiva a capacidade de ser portadora de um interesse próprio, que não se confunde com os interesses das pessoas singulares que são seus membros. O reconhecimento dessa personalidade tem, aqui, valor meramente “declarativo”, pois o Estado limita-se a atestar a existência da realidade da pessoa colectiva (esta ideia merece de FLUME o reparo de que, afinal, a teoria de OTTO VON GIERKE pode ser reconduzida a uma teoria da ficção, uma vez que faz depender a afirmação da personalidade jurídica da pessoa colectiva da sua real capacidade de querer e de agir²⁸). Neste âmbito, VON GIERKE afirma que as pessoas colectivas têm os seus próprios órgãos e através deles formam

²⁵ GUICHARD (1996), p. 37. O tema será retomado *infra*.

²⁶ Cfr. CARVALHO (1976), p. 45.

²⁷ Cfr. GIERKE (1887), pp. 21 e ss.

²⁸ Cfr. FLUME (1983), p. 18.

a sua vontade, tal como as pessoas singulares o fazem através dos seus – então, a actuação dos órgãos de uma pessoa colectiva é (só pode ser) actuação da própria pessoa. Daqui veio a derivar a teoria do conhecimento absoluto: todo o conhecimento de membros dos órgãos de uma pessoa colectiva é conhecimento da própria pessoa colectiva, independentemente de quem a representa na prática do acto em relação ao qual está em causa esse conhecimento.

Depois de algum sucesso, este critério de imputação começa a ser abandonado, sobretudo por força das críticas à própria concepção da natureza jurídica da pessoa colectiva de VON GIERKE²⁹. Evoluiu-se então para a chamada teoria da representação do conhecimento – desta feita, considerou-se (numa primeira fase) que apenas releva o conhecimento das pessoas que têm poderes de representação da pessoa colectiva e (depois) o daquelas outras que, não os tendo, são “representantes do conhecimento”, ou seja, integram a organização da pessoa colectiva e, nesse contexto, devem deter esse conhecimento e transmitir a informação relevante para a prática do acto em causa; as regras aplicáveis serão, com as necessárias adaptações, as da representação voluntária³⁰. Em bom rigor, as teorias do conhecimento absoluto e da representação do conhecimento podem complementar-se, de modo a fornecerem resposta a um conjunto mais amplo de situações; mas ainda se revelam insuficientes ou, em certos casos, inadequadas (nomeadamente, quando esteja em causa a específica organização da pessoa colectiva relativamente a deveres de transmissão do conhecimento e deveres de acesso a esse conhecimento).

Surge, então, a teoria do risco de organização, partindo da ideia de que a imputação do conhecimento deve ser reconduzida ao princípio da segurança no comércio jurídico e da afirmação da existência de um dever (que aparentemente impende apenas sobre as empresas que se organizam sob a forma de pessoa colectiva) de organização do conhecimento. Então, a sociedade deve suportar o risco do conhecimento ou da sua falta, enquanto risco da organização societária, sempre e apenas

²⁹ Cfr. a análise de GOMES / GONÇALVES (2016), pp. 59 ss.

³⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a génese e a evolução deste critério de imputação do conhecimento, cfr. BUCK (2001), pp. 155 ss.

quando se trate de um risco próprio dessa organização e, simultaneamente, um risco controlável pela sociedade.

Esta última teoria mereceu recentemente acolhimento doutrinal expresso na doutrina portuguesa, razão pela qual a ela regressaremos *infra*. Entretanto, analisamos os fundamentos aos quais tradicionalmente se recorre entre nós para a imputação da má-fé, enquanto conhecimento, à sociedade comercial.

4.1. A má-fé e a actuação do representante da sociedade

a) o artigo 259.º do Código Civil e a impugnação pauliana

Desde logo, cumpre determinar o relevo a dar ao facto de o representante da sociedade estar de má-fé para este efeito, ou seja, conhecer o prejuízo causado ao credor pelo acto praticado.

Antes de mais, cabe responder à questão de saber se é possível recorrer, no âmbito da determinação da má-fé para efeitos de impugnação pauliana de actos onerosos, ao disposto no artigo 259.º do CC (que regula a falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes, na representação)³¹.

Nos termos do seu n.º 1, determina-se neste artigo que, “[à] excepção dos elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado, é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio”; e no n.º 2 prescreve-se que “[a]o representado de má-fé não aproveita a boa-fé do representante”.

Neste âmbito, CURA MARIANO³² analisa especificamente o problema de imputação de conhecimento que se coloca a propósito da impugnação pauliana de actos em que intervenha representante com recurso ao disposto no artigo 259.º do Código Civil. Assim, quando se intervém através de representante, a demonstração da consciência do prejuízo (má-fé) deve ser feita relativamente à pessoa do representado ou do representante, consoante a margem de autonomia deste na conclusão do acto. Se a decisão e as circunstâncias da prática do acto foram

³¹ Cfr. LIMA / VARELA (1987), p. 241.

³² Cfr. MARIANO (2008), pp. 205 ss.

do representado, é nele que se deve verificar a má-fé. Se são do representante, com autonomia, basta que se verifique num deles, qualquer um; se não se apura de quem são, considera-se que são do representante³³.

Em síntese: e o representante está de má-fé, é relevante que o seu contributo tenha sido decisivo para a prática do acto; mas se está de boa-fé, pode ser relevada a má-fé do representado (nos termos do n.º 2 do artigo), que se serviu da nomeação de um representante de boa-fé para contornar os efeitos da sua má-fé.

b) o artigo 259.º do Código Civil e a representação orgânica

Simplemente, no caso em análise, ou seja, quando se pretende apurar se a sociedade está de má-fé para efeitos de impugnação pauliana, atendendo à má-fé daqueles que a representam no negócio, não se está perante representação em sentido próprio, mas representação orgânica (representação das pessoas colectivas que, em regra, cabe aos membros do órgão de administração da pessoa colectiva em causa; a regra geral é estabelecida no artigo 163.º do CC). E a representação orgânica não é representação em sentido próprio, nem legal (destinada a suprir incapacidades de exercício) nem voluntária (de pessoas singulares ou colectivas).

Ora, as normas do artigo 259.º do CC dirigem-se claramente à representação em sentido próprio. Cabe assim determinar se pode atender-se a estas normas para a determinação da má-fé da sociedade interveniente no negócio a impugnar. Pois bem, sendo embora certo que aqueles que agem na representação orgânica não são verdadeiros representantes relativamente à pessoa colectiva, fala-se em “representação” orgânica, “decalcada, em muitos aspectos, da representação voluntária”³⁴. E afirma-se na nossa doutrina que as regras da representação voluntária têm vocação para se aplicarem, por analogia, às demais formas de “representação”³⁵.

Deste modo, poderá, em resultado da aplicação analógica do disposto no artigo 259.º do CC, afirmar-se a má-fé da sociedade sempre

³³ Neste sentido, também, FERNANDES (2010), p. 208; VASCONCELOS (2015), pp. 296 ss.

³⁴ Cfr. CORDEIRO (2004), p. 601.

³⁵ Cfr. CORDEIRO (2011), pp. 79 ss., sobretudo p. 83; assim, também, ALBUQUERQUE (2004), pp. 1082 ss., e VASCONCELOS (2015), pp. 293 ss.

que o representante orgânico conhecia o prejuízo causado ao credor pelo acto praticado. Assim, a má-fé do representante permite dispensar o apuramento da má-fé da própria sociedade representada – subjaz a esta solução legal o facto de ser o representante quem conclui o negócio, cabendo-lhe normalmente, de acordo com a sua vontade e valoração, adequar a sua conduta aos factos conhecidos. A regra apenas se inverte quanto aos elementos do negócio que hajam sido previamente determinados pelo representado; neste caso, para a determinação da má-fé, não se considera, em regra, a pessoa do representante, mas a do representado, a sociedade³⁶. Pense-se, nomeadamente, da actuação de um membro do órgão de administração, representando a sociedade no negócio, em estrito cumprimento de uma deliberação do órgão de administração, por sua vez determinada por uma deliberação dos sócios (o que, nos termos do disposto no artigo 259.º do CSC, até se admite que ocorra por livre iniciativa dos sócios). Pois bem, aqui, tendo em conta o que se determina no n.º 1 do artigo 259.º do CC, não há que atender ao estado do representante, mas do representado – o que nos remete de novo para a complexa questão de saber quando estará a sociedade de má-fé.

Igualmente complexo será determinar se a sociedade está de má-fé nas situações reguladas pelo n.º 2 do artigo 259.º, ou seja, quando o representante da sociedade está de boa-fé. É que, nessa hipótese, não ficará afastada a má-fé do representado, se ele próprio estiver de má-fé. Ou seja, ainda que o representante orgânico não conheça o prejuízo causado ao credor, a sociedade apenas estará de boa-fé se, ela própria, também não conhecer o prejuízo causado ao credor.

Em síntese: a menos que o próprio representante orgânico esteja de má-fé, cabe sempre determinar como estabelecer a má-fé da sociedade parte no negócio que causou prejuízo ao credor, sendo certo que essa má-fé terá de derivar, então, do conhecimento de alguém que não representou a sociedade no negócio – alguém que conhecia o prejuízo causado ao credor. Cabe determinar, então, em que circunstâncias o facto de alguém, de algum modo integrado na estrutura da sociedade, conhecer o prejuízo que o acto causa ao credor pode levar à consideração de que a própria sociedade, enquanto parte no negócio, está de má-fé.

³⁶ Cfr. GUICHARD / PROENÇA / RIBEIRO (2014), 628-630, p. 629.

Por seu turno, PEDRO CAETANO NUNES³⁷, afirmando também a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 259.º às sociedades comerciais, distingue, na imputação, disposições normativas favoráveis de imputações normativas desfavoráveis. Quando estejam em causa disposições normativas favoráveis, o Autor apenas admite o recurso ao n.º 1 do artigo; mas, no caso de disposições desfavoráveis (como será o da impugnação pauliana), defende a aplicação de ambos os números, 1 e 2, do artigo 259.º do CC. Na imputação de conhecimento para o efeito de aplicar disposições normativas desfavoráveis à sociedade, ou seja, no âmbito da aplicação do n.º 1, PEDRO CAETANO NUNES advoga que deve equiparar-se a conhecimento o “dever de conhecimento”.

No âmbito da sua aplicação à representação orgânica das sociedades comerciais, uma das fragilidades do artigo 259.º reside no facto de não conter critérios que permitam responder ao facto de, não raras vezes, existir uma pluralidade de representantes na celebração do negócio jurídico. Para estes casos, CAETANO NUNES, na aplicação do n.º 1, defende que basta o conhecimento de um dos administradores ou gerentes intervenientes no negócio (interpretação extensiva em desfavor do representado do n.º 1 do artigo 259.º). Na aplicação do n.º 2 do artigo 259.º às sociedades comerciais, ou seja, nas situações em que o representante está de boa-fé, CAETANO NUNES também identifica a insuficiência que resulta do facto de a norma apontar necessariamente para uma segunda operação de imputação. Aqui, o Autor entende que basta o conhecimento de um dos administradores que participou na deliberação interna da sociedade, mas não actuou como representante no negócio, para que se considere estar a sociedade representada de má-fé – simplesmente, não bastará o conhecimento de um administrador que não tenha participado na deliberação, ou de um colaborador sobre o qual não recaíssem deveres de transmissão da informação. Esta abordagem da questão da chamada segunda operação de imputação parece restringir a má-fé da sociedade, enquanto conhecimento, aos casos em que, comprovadamente, um administrador ou gerente da sociedade, com o conhecimento do prejuízo que o acto vai causar ao credor, participa na

³⁷ Em conferência proferida em 2 de Fevereiro de 2018 na sede do Conselho Regional da Madeira da Ordem dos Advogados, no Funchal, no âmbito da Conferência Direito das Sociedades, organizada pelo Conselho Regional da Madeira da Ordem dos Advogados.

deliberação que determina a prática do acto (sem esclarecer se essa participação deve, para este efeito, traduzir-se num voto a favor da mesma deliberação, ou ainda se releva até nas situações em que esse membro do órgão de administração se tenha absterido ou tenha votado contra), e aos casos em que um colaborador sobre o qual recaíssem deveres de transmissão da informação tinha conhecimento desse prejuízo (deixando fora do âmbito de imputação um vasto leque de pessoas relativamente às quais tradicionalmente se realiza a mesma, embora sobre elas não recaia nenhum dever de transmissão da informação, como, por exemplo, e indicando uma situação que dificilmente suscitaria dúvidas, o sócio único de uma sociedade unipessoal por quotas).

c) a teoria do risco de organização

Posição distinta têm, a este propósito, JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, defendendo o recurso à teoria do risco de organização³⁸. A ideia é a seguinte: subjacente a todas as soluções relativas à imputação do conhecimento à sociedade comercial está a consideração de que a pessoa (colectiva) beneficia da actuação de terceiros para o exercício da sua actividade, devendo por isso suportar o risco da actuação destes terceiros, quando ela se revele prejudicial àqueles que estabelecem relações com essa pessoa. Aqui, o conhecimento, existente ou não, é um factor de risco que, quando integra a perigosidade própria e controlável da e pela organização da sociedade, deve ser suportado por esta³⁹.

Pois bem, esta fundamentação aproxima-se (perigosamente) do princípio *ubi commoda, ibi incommoda* (fundamento geralmente reconhecido, embora não pacificamente considerado suficiente, da responsabilidade pelo risco)⁴⁰: identifica-se imputação de conhecimento em geral com responsabilidade delitual do comitente pelos actos do comissário e com responsabilidade obrigacional do devedor pelos actos dos seus representantes legais ou auxiliares, embora se afirme que a diferença reside no facto de a sociedade poder opor a terceiro o cumprimento do dever de organização interna para afastar a imputação do

³⁸ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), p. 17.

³⁹ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), p. 15.

⁴⁰ O que é assumido por GOMES / GONÇALVES (2016), p. 79.

conhecimento⁴¹. Mas, então, quando se admite que a sociedade afaste a imputação da má-fé com a prova de que cumpriu o dever de organização interna, não é verdadeiramente de risco de organização que se fala (risco de organização implicaria também o risco do não funcionamento de uma boa organização), é de culpa pelo não cumprimento de um dever de organização.

Em nosso entender, poderia ter sido adequado, nesta sede, considerar a relação entre certas teorias explicativas da personalidade jurídica das sociedades comerciais e a aplicação das normas às pessoas colectivas – de acordo com estas doutrinas, normativas e analíticas, as normas jurídicas têm como destinatários apenas pessoas singulares; quando se aplicam às pessoas colectivas, carecem da “normativa interna, ou de organização”, composta por regras cuja função não se esgota em “transportar o peso” das disposições que se referem à pessoa colectiva para pessoas singulares, cabendo-lhes o papel de analisar o conteúdo destas últimas e de o fragmentar, “para poder depois ser distribuído entre as pessoas singulares”⁴².

Além do que se expõe, esta teoria não responde a uma questão fundamental: a de saber se soluções seriam as mesmas se, em vez da existência de sociedade comercial, a empresa, com a sua organização, fosse explorada por pessoa singular. Se assim for (e não se justificaria a existência de soluções mais penalizadoras para as sociedades comerciais do que aquelas que se apliquem a outras formas de organização da empresa), então esta teoria não responde ao problema específico da imputação do conhecimento às sociedades comerciais (nem esclarece que exista esse problema específico), mas à imputação do conhecimento a quem se apresenta no tráfico jurídico servindo-se de uma organização, seja pessoa singular seja colectiva⁴³.

Por outro lado, assumidamente, são grandes as dificuldades de aplicação desta teoria aos casos de grupos de sociedades – o que leva a que

⁴¹ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), p. 101.

⁴² Para mais desenvolvimentos, cfr. RIBEIRO (2016-I), pp. 97 ss.

⁴³ A exemplo do que acontece, nomeadamente, quando se consideram os efeitos da representação institória, na preposição. Cfr. VASCONCELOS (2017-I), *passim*; e *idem*, (2017-II), *passim*: a solução é a mesma, seja qual for a forma de organização da empresa comercial.

FERREIRA GOMES e COSTA GONÇALVES a não incluírem no seu estudo, tributário do método do caso⁴⁴, qualquer situação que os envolva⁴⁵.

Além do mais, a teoria do risco de organização não responde (nem parece querer responder) à questão da imputação de conhecimento quando a má-fé (conhecimento) é de sócios – o que se compreende, dadas as premissas de que parte, pois não se concebe que, no âmbito da normal organização de uma sociedade comercial, se estabeleçam procedimentos adequados a assegurar que os sócios façam chegar a uma entidade considerada adequada o seu conhecimento relativamente às circunstâncias de negócios em que a sociedade possa vir a ser parte (até porque isso poderia ter de passar pela afirmação de um estranho dever de a sociedade comercial informar todos os seus sócios acerca dos negócios a celebrar e das respectivas circunstâncias). Simplesmente, é um facto que, em determinadas situações, se entende (e se deve entender) que o conhecimento de sócios deve ser imputado à sociedade, nomeadamente para o efeito de lhe associar a má-fé da pessoa colectiva (tema que será retomado em seguida); ora, estas situações não são sequer consideradas ou analisadas pelos defensores desta teoria.

O último ponto leva-nos a outro problema: a teoria do risco de organização não estabelece um ou mais critérios que permitam, com um mínimo de segurança, determinar aquele que pode ser o âmbito subjectivo de imputação, à luz dos seus princípios.

4.2. O caso aparentemente autónomo da má-fé de sócio

Quando a má-fé se verifica na pessoa de sócio, é frequente encontrar nos acórdãos dos tribunais superiores a referência ao mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica para o efeito de fundamentar a imputação: imputa-se à sociedade a má-fé do sócio por esta via, para considerar que a sociedade está de má-fé. Analisam-se em seguida algumas dessas situações.

⁴⁴ Cfr. a análise de PEREIRA (2018), 95-136, disponível in <https://www.revistadedireitocomercial.com/levando-a-serio-o-risco-de-organizacao>, pp. 101 ss.

⁴⁵ Cfr. GOMES / GONÇALVES (2016), pp. 18 ss.

No acórdão do STJ de 21 de Janeiro de 2003 (Afonso Correia)⁴⁶ estava em causa a celebração de negócios onerosos celebrados entre devedor pessoa singular e sociedade comercial da qual apenas aquele e duas filhas eram sócios; considerou-se estar a sociedade de má-fé, para efeitos de impugnação pauliana, através do recurso à desconsideração da personalidade jurídica.

No acórdão do TRL de 23 de Fevereiro de 2006 (Ana Luísa Geraldes)⁴⁷, dois cônjuges devedores e os filhos por si representados constituíram uma sociedade, entrando os cônjuges com a propriedade de imóveis do casal; existiam dívidas anteriores e posteriores à constituição da sociedade; não se invocou nem provou o dolo, pelo que não poderia proceder a impugnação das dívidas posteriores; foi claramente declarado que a substituição de imóveis por acções constitui um “enfraquecimento” da garantia patrimonial. A sociedade foi considerada de má-fé por os sócios deterem o conhecimento, sem recurso expresso à desconsideração da personalidade jurídica: “[m]as pode [o conhecimento] ser igualmente afirmado relativamente à sociedade constituída, tendo em conta não apenas a percentagem que aqueles [cônjuges devedores] detinham no capital social, como ainda o facto de, nos termos do pacto social, terem sido designados vogais do Conselho de Administração, com poderes para obrigarem a sociedade”. Neste caso, causa estranheza a menção ao facto de aqueles que têm o conhecimento requerido serem vogais do conselho de administração, uma vez que está em causa um acto prévio ao início do exercício das funções de administração, ou, quando muito, simultâneo deste.

No acórdão do TRL de 30 de Abril de 2013 (Manuel Marques)⁴⁸, para decidir acerca da impugnação pauliana do negócio de venda de imóveis de sociedade devedora a uma outra sociedade, o tribunal considerou provada a má-fé de ambas, com os seguintes fundamentos: a prova directa da má-fé é extremamente difícil de alcançar; em casos como este, haverá que recorrer às chamadas presunções judiciais, ou seja, a meios lógicos e mentais da descoberta de factos, mediante o recurso a regras da experiência, podendo aquela prova emergir de factos

⁴⁶ *In* dgsi.pt.

⁴⁷ *In* dgsi.pt.

⁴⁸ *In* dgsi.pt.

indiciários, instrumentais ou circunstanciais (factos conhecidos); ora, conjugando: a proximidade temporal do negócio de constituição da segunda ré e a data da realização da venda; o facto de a segunda ré não ter actividade e de, com data do dia seguinte ao da aquisição das fracções autónomas, ter subscrito um contrato de comodato, através do qual declarou ceder o uso das fracções à primeira ré (anterior vendedora); o facto de, para além de uma aplicação financeira, a primeira ré não possuir quaisquer outros bens com que possa garantir o pagamento da dívida que tem perante o banco autor; a circunstância de se desconhecer o destino dado à totalidade do preço da venda da fracção; e sobretudo, para o que interessa neste âmbito, o facto de *os únicos sócios da segunda ré, beneficiária da venda, serem pais do sócio-gerente da primeira ré*; inferiu-se que, com toda a probabilidade, a primeira ré, ao realizar a venda, sabia que ficava impossibilitada de pagar a quantia que lhe foi emprestada, juros e demais encargos previstos no contrato de abertura de crédito e que a segunda ré tinha conhecimento de que ao comprar os imóveis o banco ora autor ficava impossibilitado de obter o pagamento do crédito que havia concedido à primeira ré. Então, na verdade, foi o facto de os únicos sócios da sociedade adquirente serem pais do sócio-gerente da sociedade vendedora que foi determinante – presumiu-se que todos conheciam o prejuízo que o acto causava ao credor da sociedade vendedora e imputou-se esse conhecimento a ambas as sociedades, partes no negócio. Acresce, então, ao contributo que possa trazer o mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica, o relevo que pode ter o recurso ao conceito de pessoas especialmente relacionadas para o efeito de determinar que os próprios sócios de sociedade à qual se pretenda imputar o conhecimento estão de má-fé.

4.3. O papel das presunções judiciais e o contributo da noção de pessoas especialmente relacionadas com a sociedade

Como ficou exposto, cabe ao credor provar a má-fé do devedor e do terceiro, fazendo a prova da consciência do prejuízo causado ao seu direito, prova que pode ser particularmente difícil. Deste modo, a prova indirecta (resultante para o julgador de “sinais ou revelações exteriorizadas desse estado psíquico”) ou a prova por presunção (resultante para o julgador de determinadas circunstâncias que lhe permitam, “utilizando

as regras da experiência, os princípios da lógica, ou mesmo os dados da intuição humana”, firmar aquela consciência) assumem particular relevância (em sede de presunções judiciais, pode por exemplo entender-se que, estando provado o conhecimento da situação de insolvência do devedor por parte dos autores do acto impugnado, seja de presumir que eles tiveram consciência do prejuízo causado aos direitos dos credores; mas também que ela se presume, ainda que não provado o efectivo conhecimento da situação de insolvência do devedor, se ficar provada a sua mera cognoscibilidade – se ela fosse notória, ou se os autores do acto se encontrassem numa posição que lhes permitisse o acesso privilegiado a tal informação)⁴⁹.

O legislador português afastou-se aqui do modelo adoptado no revogado CPEREF para a impugnação pauliana colectiva (e daquele actualmente adoptado para a resolução em benefício da massa insolvente, que pelo CIRE veio a assumir função equivalente)⁵⁰: no âmbito da insolvência, perante as dificuldades que colocaria a prova da má-fé, recorreu à técnica das presunções legais.

E o recurso a presunções permite, não apenas contornar as dificuldades de prova de conhecimento, mas também, em determinadas circunstâncias, cumprir nesta sede uma função próxima daquela (embora, bem entendido, não idêntica àquela) que teria a previsão legal expressa da relevância de um “dever de conhecimento”. Atente-se, por exemplo, no facto de no CIRE, para efeitos da determinação da má-fé (enquanto conhecimento⁵¹) em sede de resolução em benefício da massa insolvente (figura tão próxima, se não derivada, da impugnação pauliana colectiva), a má-fé ser de presumir quando no acto tenha participado, ou dele tenha aproveitado, pessoa especialmente relacionada com o devedor, nos termos do disposto no artigo 120.º, n.º 4; e, depois, a enumeração

⁴⁹ Cfr. MARIANO (2008), p. 210; e o ac. STJ 14.07. 2016 (377/09.2TBACB.L1.S1).

⁵⁰ Cfr. MARIANO (2008), pp. 211 ss.

⁵¹ Entende-se por má-fé o conhecimento, à data do acto, de que o devedor se encontrava em situação de insolvência, do carácter prejudicial do acto e de que o devedor se encontrava à data em situação de insolvência iminente, ou do início do processo de insolvência (cfr. o artigo 120.º, n.º 5, do CIRE).

das pessoas que se consideram “pessoas especialmente relacionadas”⁵² resulta do artigo 49.º do CIRE⁵³.

Pois bem, qualquer destas pessoas especialmente relacionadas, se tiver participado no acto ou dele tiver beneficiado, terá de provar que não conhecia nenhum dos factos indicados no n.º 5 do artigo 120.º para afastar a presunção de má-fé: a lei presume o seu conhecimento, por se assumir que estas circunstâncias “fazem surgir, segundo a valoração do legislador, como justo ou adequado o facto de alguém, que ignora certos factos, ser tratado como alguém que dispõe do conhecimento (efectivo)”⁵⁴, justificando-se a sujeição do sujeito ao regime legal previsto para

⁵² Em termos que a doutrina tende a considerar taxativos. Para a análise deste ponto, cfr. RIBEIRO (2016-II), pp. 303 ss.

⁵³ É o seguinte o texto deste artigo: 1 – São havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa singular:

- a) O seu cônjuge e as pessoas de quem se tenha divorciado nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- b) Os ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor ou de qualquer das pessoas referidas na alínea anterior;
- c) Os cônjuges dos ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor;
- d) As pessoas que tenham vivido habitualmente com o devedor em economia comum em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência.

2 – São havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa colectiva:

- a) Os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- b) As pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- c) Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- d) As pessoas relacionadas com alguma das mencionadas nas alíneas anteriores por qualquer das formas referidas no n.º 1.

3 – Nos casos em que a insolvência respeite apenas a um património autónomo são consideradas pessoas especialmente relacionadas os respectivos titulares e administradores, bem como as que estejam ligadas a estes por alguma das formas previstas nos números anteriores, e ainda, tratando-se de herança jacente, as ligadas ao autor da sucessão por alguma das formas previstas no n.º 1, na data da abertura da sucessão ou nos dois anos anteriores.

⁵⁴ Cfr. GUICHARD (1996), pp. 43-44, que afasta nestes casos a existência de violação de um dever, mas identifica nos mesmos algo de comum com a negligência: quem não conheceu, quando *devia conhecer*, “não usou do cuidado ou diligência necessários para conhecer (ou, dito de outra forma, que teria, em circunstâncias normais, conduzido ao conhecimento)”.

aqueles que efectivamente conhecem – a menos que ele prove que, no caso, não conhecia.

Ora, se bem analisarmos as situações nas quais os nossos tribunais consideram que uma sociedade está de má-fé, por lhe imputarem o conhecimento efectivamente detido por alguma das pessoas que integram os seus órgãos ou (eventualmente) a sua organização, verificamos que, afinal, tem funcionado amplamente o recurso a presunções judiciais: dadas as circunstâncias concretas do caso e a ponderação de todos os dados relevantes, considera-se que a sociedade tinha conhecimento porque se presume que, segundo as regras normais aplicáveis ao funcionamento de uma organização, tal informação foi, ou eventualmente deveria ter sido, do conhecimento de quem decide a prática do acto ou de quem representa a sociedade no mesmo. Não está aqui em causa o risco de organização, mas apenas aquilo que se entende ser o normal funcionamento de uma organização e o seu corrente fluxo de informação.

Esta é, a nosso ver, uma área na qual o intérprete (sobretudo, o julgador) tem um papel fundamental na construção do Direito, permitindo-se assim a mais eficiente articulação entre os valores, tantas vezes conflitantes, da Justiça e da Segurança: presume-se (a menos que o contrário seja provado) um facto, o conhecimento, a partir da efectiva prova de outros factos, como a especial relação entre aquele que conhece e aquele que é parte no acto⁵⁵, e eventualmente a existência de uma organização apta a fazer circular a informação que leva ao conhecimento.

5. Síntese conclusiva

Na proposta de solução para um problema jurídico, cabe sempre não perder de vista a essência desse problema e identificar claramente os interesses carecidos de tutela. Nos casos em análise, visa-se tutelar o interesse dos credores de alguém que, alegadamente com o objectivo de se furtar ao cumprimento das suas obrigações, constitui uma sociedade

⁵⁵ Note-se que, apesar da opção legislativa, MARIANO (2008), p. 218, defende que o julgador não está impedido de utilizar “os raciocínios presuntivos anteriormente fixados pelo C.P.E.R.E.F. e actualmente estabelecidos para o exercício do direito de resolução no C.I.R.E., para fazer funcionar presunções judiciais de má-fé, nos termos permitidos pelos arts. 349.º e 351.º do C.C.”.

comercial, para a qual entra com os bens que integram o seu património imobiliário.

Para tutela destes credores, suscitam-se frequentemente questões de impugnação pauliana dos actos de transmissão desses bens para o património da sociedade, de impugnação pauliana do acto de constituição da própria sociedade, de impugnação pauliana do acto de constituição da obrigação de entrada deste sócio, e até de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

Ora, cabe precisamente esclarecer que no património deste devedor estão ainda, quase sempre, desde a constituição da sociedade, a quota ou as acções por ele detidas na mesma. Essa quota ou essas acções poderiam e podem facilmente ser penhoradas, se existir fundamento jurídico para tal, no património desse devedor, por qualquer dos seus credores. Curiosamente, em todos os casos analisados, nunca se considera sequer este mecanismo de tutela dos credores, que será o adequado *in casu*.

Evidentemente, existe o risco de transmissão, por parte do devedor, desta quota ou destas acções para terceiros. Mas esse risco pode ser acautelado através do pedido de arresto das participações sociais, verificados os requisitos necessários⁵⁶. E, tendo já havido transmissão, sempre poderá esse acto ser objecto de impugnação pauliana, quer a transmissão tenha ocorrido após a constituição do crédito a tutelar, nos termos gerais, quer até quando a transmissão tenha ocorrido antes da constituição do crédito, desde que provado também que o acto foi realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor [nos termos do disposto no artigo 610.º, alínea *a*), segunda parte]⁵⁷.

Quando, por esta via, não se consiga a tutela integral dos interesses dos credores (por exemplo, porque entretanto a situação patrimonial se degradou, a ponto de provocar uma significativa desvalorização das participações sociais), sempre se poderá recorrer à impugnação pauliana – mas, então, da declaração negocial do autor da entrada no acto de constituição da sociedade comercial.

⁵⁶ Cfr. RIBEIRO (2018-IV), pp. 736 ss.

⁵⁷ Cfr. RIBEIRO (2018-I), pp. 699 ss.

Bibliografia

- Albuquerque, Pedro de – *A Representação Voluntária no Direito Civil (Ensaio de Reconstrução Dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Alves, Raúl Guichard – *O problema dos “estados subjectivos” relevantes no contexto da representação – uma análise ao artigo 259.º do Código Civil*, dissertação de mestrado em Ciências jurídico-privatísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ed. policopiada, Coimbra, 1991.
- Buck, Petra – *Wissen und juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- Carvalho, Orlando de – *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório sobre o programa. Conteúdo e Métodos de Ensino*, edição dactilografada, Coimbra, 1976.
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral. Tomo II*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Cordeiro, António Menezes – *Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral. Tomo V*, 2011.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – “A vontade e a declaração na teoria do negócio jurídico representativo”, in *BMJ*, n.º 127, 1963, 145-174.
- Costa, Mário Júlio de Almeida – “Anotação ao Acórdão do STJ de 23 de Janeiro de 1992”, in *RLJ*, ano 127.º, n.º 3846, 1995, 248-278.
- Fernandes, Luís A. Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil. Volume II. Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica*, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- Flume, Werner – *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Tomo I. Parte 2. Die juristische Person*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983.
- Gierke, Otto von – *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.
- Gomes, José Ferreira / Gonçalves, Diogo Costa – *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2016.
- Guichard, Raúl – *Da Relevância Jurídica do Conhecimento no Direito Civil*, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1996.
- Guichard, Raúl / Proença, Catarina Brandão / Ribeiro, Ana Teresa – “Artigo 259.º – Falta ou vícios da vontade e estados subjetivos relevantes”, in *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, 628-630.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações. Vol. II. Transmissão e Extinção das Obrigações. Não Cumprimento e Garantias do Crédito*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Lima, Pires de / Varela, Antunes – *Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º)*, 4.ª ed. (com a colab. de Henrique Mesquita), Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- Mariano, João Cura – *Impugnação Pauliana*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

- Martinez, Pedro Romano / Ponte, Pedro Fuzeta da – *Garantias de Cumprimento*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- Pereira, Maria de Lurdes – “Os estados subjectivos relevantes na representação, em especial, o conhecimento ou desconhecimento juridicamente relevante”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXIX-1, 1998, 135-192.
- PEREIRA, RUI SOARES – “Levando a sério o risco de organização como critério de imputação de conhecimento às sociedades comerciais”, in *Revista de Direito Comercial*, 2018, 95-136, disponível in <https://www.revistadedireitocomercial.com/levando-a-serio-o-risco-de-organizacao>.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, volume 16, 2016, 77-104.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Riscos dos negócios das sociedades com pessoas especialmente relacionadas com elas, no quadro da insolvência (da resolução em benefício da massa insolvente e da subordinação de créditos)”, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, 290-318.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 610.º – Requisitos gerais”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, pp. 693-700.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 612.º – Requisito da má-fé”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, pp. 693-700 e 704-712.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 615.º – Atos impugnáveis”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, 719-723.
- Ribeiro, Maria de Fátima – “Anotação ao Artigo 619.º – Requisitos”, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, 735-742.
- Serra, Adriano Paes da Silva Vaz – “Acórdão de 30 de Janeiro de 1968. Anotação”, in *RLJ*, ano 102.º, n.º 3382, 1969, 4-10.
- Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de – *A Preposição: Representação Comercial*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Vasconcelos, Pedro Leitão Pais de – “A preposição”, in *Revista de Direito Comercial*, 2017, 163-214, in <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-preposicao>.
- Vasconcelos, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2015.