

NOTAS SOBRE A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE (NOS CONTRATOS E NAS SOCIEDADES)

Rui Pinto DUARTE^(*)

1. A relevância da opinião de António Pinto Monteiro quanto ao problema da admissibilidade das convenções de limitação e exclusão de responsabilidade

Há quase 40 anos, na sua dissertação de pós-graduação⁽¹⁾, António Pinto Monteiro abordou profundamente o tema da admissibilidade das cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade contratual (e também o da admissibilidade das convenções de limitação e de exclusão da responsabilidade delitual)⁽²⁾. Desde então, o Homenageado voltou várias vezes ao tema, sumariando as razões do antes defendido e dialogando com as opiniões que sobre o tema foram surgindo⁽³⁾.

Nessa sua primeira obra de grande fôlego, entre muitas outras teses menos centrais, mas também de grande relevância⁽⁴⁾, António Pinto Monteiro sustentou a admissibilidade, à luz do direito português, não apenas das cláusulas limitativas

^(*) Univ. Católica Portuguesa, Faculdade de Direito - Escola de Lisboa.

Agradeço a Hígina Castelo, Evaristo Mendes e Pedro Caetano Nunes as observações que fizeram a uma versão anterior deste texto.

⁽¹⁾ *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade*, obra publicada no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. xxviii, 1985 (a que se referirão as citações que farei), de que foi tirada separata e também feita edição comercial (Almedina, 1985), com várias reimpressões.

⁽²⁾ Explícito que, apesar de, literalmente, a expressão «cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade» poder abranger casos de responsabilidade já constituída, só estão em vista cláusulas sobre (eventual) responsabilidade futura.

⁽³⁾ Desses escritos posteriores, destaco: *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, 241 e ss.; «Cláusulas de Responsabilidade Civil», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró* (número especial do *Boletim da Faculdade de Direito a Universidade de Coimbra*), vol. II, 1993, 223 e ss.; e a «Anotação» ao acórdão do stj de 19.3.2002, publicada na RLJ 138/3956 (maio-junho 2009) 290 e ss.

⁽⁴⁾ Por exemplo, a de que o artigo 809.º do CC estabelece a disciplina não apenas dos atos próprios do devedor, mas também dos seus auxiliares dependentes, restringindo-se a previsão do n.º 2 do artigo 800.º do CC a atos de auxiliares autónomos (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade*, cit., 246 e ss., em especial p. 279-283).

como das cláusulas de exclusão (em caso de culpa leve), posição que contrariava a de Pires de Lima e Antunes Varela (e a de Fernando Pessoa Jorge⁽⁵⁾), que afirmavam, desde a primeira edição do vol. II do seu Código Civil Anotado⁽⁶⁾, que a abdicação dos direitos referidos no artigo 809.º desfiguraria o sentido jurídico da obrigação, transformando-a numa obrigação natural – opinião que Antunes Varela manteve na terceira edição da obra em causa (referindo a tese de António Pinto Monteiro, mas declarando-a «contra o texto expresso da lei»⁽⁷⁾ e reiterou no seu *Direito das Obrigações em Geral*⁽⁸⁾.

Embora Inocêncio Galvão Telles tivesse anteriormente defendido a validade das cláusulas de limitação com argumentos fortes⁽⁹⁾, a opinião de António Pinto Monteiro (mais ousada, por abranger as cláusulas de exclusão) tornou-se provavelmente o ponto de referência principal da corrente defensora dessa tese, quer na literatura jurídica, quer na jurisprudência portuguesas sobre o tema. Além das adesões que, nuns ou noutros termos, mereceu⁽¹⁰⁾, contribuiu para construções que chegaram a conclusões similares⁽¹¹⁾ – embora, como seria de esperar, não tenha conseguido gerar unanimidade.

⁽⁵⁾ Em escrito de 1978, Pessoa Jorge expressou o entendimento de que o artigo 809.º proíbe as cláusulas de limitação de responsabilidade, mas manifestou-se energicamente contra a solução no plano da política legislativa e afirmou-se até convencido «[...] de que a solução irrealista e pouco sensata da lei, ao proibir em termos categóricos e absolutos os pactos de limitação de responsabilidade, irá sendo corrigida pelo bom senso e pelo sentido das necessidades económicas e sociais, de que a jurisprudência se há-de fazer eco», acrescentando, logo de seguida, para evitar dúvidas sobre a sua interpretação da lei, «Mas, não obstante esta esperança, temos de partir do princípio de que, à face da nova lei civil, as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade são nulas» («A Limitação Convencional da Responsabilidade Civil», in *BMJ* 281 (dezembro 1978) 5 e ss., constando os passos transcritos da p. 18).

⁽⁶⁾ Coimbra Editora, 1968, 56.

⁽⁷⁾ Coimbra Editora, 1986, 73.

⁽⁸⁾ Vol. II, 7.ª ed., Almedina, 1997, 135 e ss., em especial p. 137, no texto e na nota 2.

⁽⁹⁾ Nas suas lições, publicadas em fascículos, *Direito das Obrigações Súmula I* (Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1973/1974, 326-331) – a que correspondem as p. 426 a 430 da última edição da obra depois intitulada simplesmente *Direito das Obrigações* (7.ª ed., Coimbra Editora, 1997).

⁽¹⁰⁾ Nomeadamente, de Carlos Alberto Mota Pinto (na terceira edição da sua *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1985, 591 e ss. – opinião, naturalmente, mantida na 4.ª edição, póstuma, da responsabilidade do próprio António Pinto Monteiro e de Paulo Mota Pinto); de Mário Júlio Almeida Costa (*Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, 2009, 788 e ss.); de Joaquim Sousa Ribeiro (*Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2007, 118-119, nota 33); e de Bruno Neves de Sousa, «O Problema da Admissibilidade das Cláusulas Limitativas e Exoneratórias da Responsabilidade Civil em Face do Artigo 809.º do Código Civil», *O Direito* 141 (2009, II), nomeadamente p. 405 e ss.

⁽¹¹⁾ Como é o caso das de Nuno Manuel Pinto Oliveira (*Cláusulas Acessórias ao Contrato – Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar e Cláusulas Penais*, 3.ª ed., Almedina, 2008, 19 e ss., em especial p. 40; e *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, 899 e ss., em especial p. 912); e José Carlos Brandão Proença (*Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, 2011, 381 e ss.).

Na verdade, além de posições intermédias – defensoras, no essencial, da validade das cláusulas de limitação, mas não da validade das cláusulas de exclusão⁽¹²⁾ –, a tese radical de Pires de Lima e Antunes Varela continua, com os mesmos ou mais argumentos, a ter seguidores na doutrina, nomeadamente Ana Prata⁽¹³⁾ (que, com igual profundidade, elaborou dissertação sobre o tema ao mesmo tempo que António Pinto Monteiro), António Menezes Cordeiro⁽¹⁴⁾ e Ana Filipa Morais Antunes⁽¹⁵⁾.

Quanto à influência da opinião de António Pinto Monteiro na jurisprudência, o exemplo máximo será o acórdão do STJ de 19.3.2002, que aderiu expressamente à mesma, tendo concluído que a lei ressalva «[...] a validade das cláusulas de irresponsabilidade por simples culpa leve do devedor ou dos seus auxiliares, não só porque, em tais casos, não se estará perante uma renúncia ao direito de indemnização (cuja proibição resulta do artigo 809.º), mas também porque, de tais cláusulas não resultará qualquer ofensa de ordem pública, limite expressamente referido pelo n.º 2 do artigo 800.º, in fine.»⁽¹⁶⁾.

Para efeitos destas «notas», mais do que a conclusão ou o caminho que a ela levou, interessa-me salientar a afirmação do Autor de que a tese defendida equivale à libertação do devedor «do risco de ter de suportar quaisquer falhas ou deficiências inerentes à sua empresa ou organização»⁽¹⁷⁾. A possibilidade de gerir contratualmente riscos desse tipo é socialmente justa e economicamente necessária. Em qualquer caso, esclareço que, no que toca às relações entre comerciantes, subscrevo as conclusões de António Pinto Monteiro (de resto, próximas das bem fundamentadas propostas de Vaz Serra no seu anteprojecto relativo à matéria⁽¹⁸⁾), quer quanto à validade das cláusulas limitativas, quer quanto à validade das cláusulas exoneratórias, no tocante ao incumprimento com culpa leve⁽¹⁹⁾ – sem prejuízo de o julgar-

⁽¹²⁾ Entre os Autores que afirmam a invalidade das cláusulas de exclusão, mas defendem a validade das cláusulas de limitação estão Inocêncio Galvão Telles (*Direito das Obrigações*, 7.ª ed., cit., 426 e ss.); Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria (*Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, 1990, 520 – implicitamente) e Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, 12.ª ed., Almedina, 2018, 287 e ss.

⁽¹³⁾ *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Almedina, 1985, *maxime* p. 572 e ss., e 618 e ss. Mais recentemente, v. *Código Civil Anotado*, coord. Ana PRATA, vol. II, 2.ª ed., Almedina, vol. II, 1053-1055 (anotação ao artigo 809.º).

⁽¹⁴⁾ *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, coord. António Menezes CORDEIRO, Almedina, 2021, 1048 e ss. (anotação ao artigo 809.º).

⁽¹⁵⁾ *Comentário ao Código Civil Direito das Obrigações Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, 2018, 1154 (anotação ao artigo 809.º).

⁽¹⁶⁾ Publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 138/3956 (maio-junho 2009) 284 e ss., e disponível em <www.dgsi.pt> (doc. n.º sj200203190033211).

⁽¹⁷⁾ *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade*, cit., 421.

⁽¹⁸⁾ «Cláusulas Modificadoras da Responsabilidade. Obrigação de Garantia contra Responsabilidade por Danos a Terceiros», *BMJ* 79 (outubro 1958) 105 e ss.

⁽¹⁹⁾ Quanto à validade das cláusulas meramente limitativas, parecem-me quase irrefutáveis os argumentos (de igualdade e de maioria de razão, respetivamente) retiráveis do artigo 602.º do CC e do artigo 18.º, alíneas c) e d), do Dec.-Lei 446/85, de 25 de outubro (adiante «LCCG»). Quanto à validade das cláusulas de exoneração – questão mais difícil –, creio que a autonomia privada impõe

mento de cada caso exigir ponderação específica. De resto, muitas cláusulas que literalmente surgem como exoneratórias são, na verdade, cláusulas de delimitação das obrigações assumidas⁽²⁰⁾, pelo que fogem à problemática em causa.

2. A importância e o sentido da limitação da responsabilidade dos sócios

Embora tal não costume ser notado, o tema da limitação (em sentido amplo, abrangendo a exclusão) da responsabilidade contratual tem grande proximidade, no campo da política legislativa, com o da limitação da responsabilidade dos membros das sociedades.

O elogio das sociedades por ações (compreendendo como aspetos essenciais a pluralidade tendencialmente numerosa dos membros e a limitação da sua responsabilidade) e da facilidade (e, depois, liberdade) da sua constituição, como mola impulsadora do capitalismo, como invenção mais preciosa do que a máquina a vapor⁽²¹⁾ e do que a eletricidade, está feito há muito tempo⁽²²⁾. Em obras recentes, destaco linhas da parte final de um livro de Stephen M. Bainbridge e M. Todd Henderson:

«Limited liability is one of mankind's greatest ideas. Creating artificial entities – a corporation, a limited liability company, or the like – and using it as a mechanism of risk taking was the key legal innovation that drove much of the economic growth that created our modern world.

Figure 11.1 shows the dramatic increase in wealth that began during the early nineteenth century, precisely when limited liability as we know it today was developed in New York and elsewhere. Although the widespread adoption of limited liability at that time was not a sufficient condition for the Industrial Revolution, it was undoubtedly a necessary condition for modern capitalism to generate such wealth. Without limited liability, the massive risk taking necessary to build railroads and canals, to invest in large-scale industrial enterprises, and to fund research and development of new technologies would not have been possible. As we have argued in this book, before the Industrial Revolution, business could be funded out of the personal wealth of an individual of family. Most business was local and the scale and scope of human activity was limited by the technology of the day. But as inventions increased the complexity and reach of business activity, we needed a new means of aggregating human ac-

que se aceite que as partes celebrem contratos em que nem todas as vias de reação ao incumprimento estejam abertas.

⁽²⁰⁾ Cfr. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade*, cit., 103 e ss.

⁽²¹⁾ Sem esquecer que a Revolução Industrial, pelo menos em Inglaterra, teve lugar antes da liberalização das sociedades por ações, como nota John D. TURNER, «The Development of English Company Law before 1900», in Harwell WELLS, ed., *Research Handbook on the History of Corporate and Company Law*, Edward Elgar, 2018, 121 e ss., em especial p. 137.

⁽²²⁾ Não querendo multiplicar as citações, escolho como exemplo Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme*, 2.^a ed., Dalloz, 1951, 51 e ss.

tions on a much larger scale, as well as an efficient means to operate and to regulate these business operations. Legal personhood and limited liability were the innovation that made this possible. Separating the assets of individuals and the business enabled the various components of a business – shareholders, lenders, other creditors, employees, and customers – to all arrange their activities in monitoring or disciplining the business in a way that enable more production to happen at lower overall costs.»⁽²³⁾

Após a liberalização das sociedades por ações, verificou-se o alargamento da limitação da responsabilidade a sociedades com poucos sócios e capitais escassos. Dúvidas sobre a bondade do alargamento houve, mas foram ultrapassadas⁽²⁴⁾. Mais tarde veio a consagração da limitação dos empresários singulares, sobretudo por meio das sociedades de responsabilidade limitada unipessoais.

Tenho enfatizado que a responsabilidade limitada dos sócios das sociedades comerciais foi – e é – uma das principais bases do desenvolvimento económico dos últimos séculos e, portanto, da conformação do mundo em que vivemos: sem esse mecanismo de limitação de risco não teriam surgido empresas muito capitalizadas, capazes dos grandes empreendimentos. Claro, porém, que não tenho ignorado que tal limitação de risco afeta os credores e que, por isso, a lei tem de encontrar – e encontra – modos de equilibrar os interesses em presença.

Durante muitos anos, a viabilidade da limitação da responsabilidade dos sócios das sociedades ditas de «responsabilidade limitada» foi, de resto, uma ideia quase consensual. As últimas dezenas de anos têm rompido essa quase unanimidade.

Antes de lembrar passos dessa «revolta» contra a limitação da responsabilidade dos sócios, julgo importante sublinhar que a expressão em causa só é verdadeira do ponto de vista histórico (porque, nas formas mais antigas de sociedades, os sócios ou, pelo menos, alguns deles, eram responsáveis pelas dívidas das sociedades). Numa perspetiva sistémica, os sócios das sociedades ditas de «responsabilidade limitada» pura e simplesmente não são responsáveis pelas obrigações das sociedades, sem que isso resulte de qualquer limitação (rectius exclusão) do que quer que seja. Não há nenhum princípio ou regra de responsabilidade pessoal dos sócios a que a irresponsabilidade dos sócios das sociedades ditas de «responsabilidade limitada» seja desvio. Esta declaração do que, depois de declarado, parece óbvio tem, porém, consequências, nomeadamente a de mostrar que a possibilidade de responsabilizar os sócios (sejam eles pessoas singulares ou pes-

⁽²³⁾ *Limited Liability A Legal and Economic Analysis*, Edward Elgar, 2016, 302.

⁽²⁴⁾ Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme*, cit., 204 e ss. Não a título de mera curiosidade, lembro que, em Portugal, em 1901, durante a discussão parlamentar da proposta de lei que esteve na origem das Lei das Sociedades por Quotas, houve vozes (nomeadamente, as de Martins de Carvalho e Veiga Beirão) a julgar legítima a aspiração dos comerciantes a limitarem a sua responsabilidade – v. Raul VENTURA, «Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada», *BMJ* 182 (janeiro 1969) 31-32.

soas coletivas) das sociedades ditas de «responsabilidade limitada» por obrigações das mesmas não pode assentar na ideia de recondução a um inexistente princípio de responsabilidade pessoal. O mesmo é dizer que a tese da desconsideração da personalidade jurídica para imputação de obrigações aos sócios não se pode basear na aplicação desse pressuposto, mas inexistente, princípio.

A imposição legal de responsabilidade aos sócios por obrigações das sociedades ditas de «responsabilidade limitada» tem surgido sobretudo no campo dos grupos de empresas. Vale a pena recapitular e avaliar alguns passos desse caminho.

3. Os desvios à limitação da responsabilidade dos sócios no campo dos grupos de sociedades

Quando as empresas passaram do modelo de isolamento ao modelo de grupo («concentração na pluralidade»), a responsabilidade limitada passou a servir, sobretudo, como meio de limitação dos riscos das sociedades «cabeças de grupo».

No entanto, a partir de certa altura, começou a fazer caminho, nalguma literatura e nalgumas leis e projetos delas, a ideia de responsabilização das sociedades dominantes (ou, pelo menos, das totalmente dominantes) pelas obrigações das dominadas ou, pelo menos, de atribuição às sociedades dominantes de obrigações de compensar as dominadas por certos efeitos do domínio⁽²⁵⁾. De modo consciente ou inconsciente, fizeram-se paralelismos com o Direito Fiscal e com o Direito da Concorrência, importando a ideia de tratamento da «empresa plurissocietária»⁽²⁶⁾ como entidade una. Frisou-se – e bem – que o domínio, sobretudo o total, permite a instrumentalização da gestão (e do património) das dominadas aos interesses da dominante, o que teria de ser contrabalançado, por tal pôr em causa interesses dos credores das dominadas e também, quando existam, os dos seus sócios minoritários⁽²⁷⁾. Noutra prisma, sublinhou-se que o poder das dominantes abrange as dominadas e que a responsabilidade deve acompanhar o poder⁽²⁸⁾. Claro que os problemas levantados pelos grupos empresariais, mesmo

⁽²⁵⁾ «[...] should the liability of its separate entities be compartmentalized and separate or collapsed to match economic reality?» – Andreas CAHN / David C. DONALD, *Comparative Company Law Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010, 689.

⁽²⁶⁾ Para a crítica da ideia de que os grupos de sociedades tendem a ser uma empresa, v. Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Da Empresariabilidade As Empresas e o Direito*, Almedina, 1996, 256 e ss.; e «Responsabilidade Civil nas Sociedades em Relação de Domínio», *Scientia Iuridica* 61/329 (2012) 242 e ss.

⁽²⁷⁾ Sobre as razões para disciplinar as relações entre sociedades, em especial as relações de domínio, v. José A. Engrácia ANTUNES, *Liability of Corporate Groups Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law An International and Comparative Perspective*, Kluwer, 1994, 1 e ss., 20 e ss., 52 e ss. e 113 e ss.; e *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, 2002, 38 e ss. e 443 e ss.

⁽²⁸⁾ Ana Perestrelo de Oliveira escreve «[...] não ocorrem, nas relações de grupo, os fundamentos da limitação da responsabilidade tipicamente inerente à personalização das sociedades: a separação económica e patrimonial é negada no grupo – por força da permissão de emissão de instru-

só na vertente do direito privado, não se resumem aos referidos (v.g., os interesses dos minoritários das sociedades dominantes também são afetados, pela barreira aos seus direitos que a autonomia jurídica das dominadas levanta), mas, para o propósito deste escrito só esses interessam.

Com base nesses pressupostos, a lei alemã sobre sociedades anónimas (*Aktiengesetz*) vigente prevê⁽²⁹⁾, desde 1965⁽³⁰⁾, um regime⁽³¹⁾ complexo sobre «sociedades coligadas» (noção que é definida no § 15⁽³²⁾ e dá o nome ao livro terceiro da lei)⁽³³⁾, em que, no tocante a «relações verticais», ocupam papel central as seguintes regras⁽³⁴⁾:

ções desvantajosas – e com ela também a separação de responsabilidades» (*Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Almedina, 2012, 600).

⁽²⁹⁾ Além do texto da lei e de alguns dos seus trabalhos preparatórios, sigo, sobretudo, Jan WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 4.^a ed., De Gruyter, 2018 (há 5.^a edição, de 2020); Thomas RAISER / Rüdiger VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6.^a ed., Franz Vahlen, 2015, 689 e ss.; e Jochen VETTER, «50 Jahre Aktienkonzernrecht», in FLEISCHER / KOCH / KROPPF / LUTER, Hrsg., *50 Jahre Aktiengesetz*, Walter de Gruyter, 2016 (*Sonderheft 19 da Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*), 231 e ss. O texto primitivo da *Aktiengesetz* foi traduzido por Alberto PIMENTA – «A Nova Lei Alemã das Sociedades por Acções», *BMJ* 175-177 (abril 1968, maio 1968 e junho 1968). Posteriormente, vários autores portugueses expuseram, com maior ou menor minúcia, o regime alemão tido em vista, sendo talvez as descrições mais sistemáticas as de Raúl Ventura, nos textos «Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades», *ROA* 39/1 (janeiro-abril 1979) 28 e ss., e «Grupos de Sociedades – uma Introdução Comparativa a propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE», *ROA* 41/1 (janeiro-abril, 1981), e 41/2 (maio-agosto 1981) *passim*, em especial p. 38 e ss. do vol. I.

⁽³⁰⁾ A *Aktiengesetz* de 1937 já continha alguns preceitos sobre relações entre sociedades, mas não um regime semelhante ao da lei vigente – v., como síntese da evolução do direito alemão na área dos grupos de sociedades, Tino BASST, *Gesetzgebungsgeschichte des aktienrechtlichen Konzernrechts in Deutschland bis 1965 Etappen und Diskussionen*, Grin, 2018; e, especificamente sobre a pré-história dos grupos de sociedades na Alemanha, Manuel Nogueira SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, 2007, 130 e ss.

⁽³¹⁾ Dificilmente dissociável do enquadramento fiscal da realidade em causa, nomeadamente da tributação pelo resultado consolidado – cfr., por exemplo, Jan WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, cit., 706-707 – n.º 1300.

⁽³²⁾ Primeiro de vários parágrafos com definições dos vários subtipos de *Verbundene Unternehmen* e com regras sobre informação das relações de participação. Entre essas definições está, no § 18, a do subtipo «Konzern» (grupo), dada a partir da ideia de direção unitária (*einheitliche Leitung*) e que abrange quer as situações em que uma empresa ou várias empresas dominadas estão sob a direção unitária de uma empresa dominante [(compreendendo esta noção as situações emergentes de contrato de domínio e de declaração de integração (*Eingliederung*)], quer as situações em que empresas independentes estão sob direção unitária.

⁽³³⁾ Para traduzir «Verbundene Unternehmen», uso a expressão do CSC «sociedades coligadas». Noto, porém, que a expressão portuguesa não é inteiramente feliz, porque «coligação» exprime a ideia de aliança, de ligação voluntária, que pode estar ausente em *Verbundene*, ao que acresce que *Unternehmen* significa «empresa», não sociedade. «Empresas Afiliadas» (os dicionários, incluindo «o Morais», registam «afiliar») ou «Empresas Associadas» seriam melhores traduções, tendo Alberto Pimenta, aliás, usado a segunda («A Nova Lei Alemã das Sociedades por Acções», cit., em especial p. 307 do *BMJ* n.º 175, e p. 298 do *BMJ* n.º 177).

⁽³⁴⁾ Deixo de fora as regras sobre «grupos paritários» e sobre participações não dominantes.

- Uma sociedade por ações⁽³⁵⁾ pode (na verdade, trata-se de um ónus) celebrar um contrato com outra empresa (de qualquer tipo), pelo qual entregue a sua direção⁽³⁶⁾ ou os seus lucros a esta (§ 291) – ditos, respetivamente, *Beherrschungsvertrag* (que o nosso legislador «traduziu» por contrato de subordinação, mas mais fielmente seria traduzido por «contrato de domínio»⁽³⁷⁾) e *Gewinnabführungsvertrag* (contrato de cessão de lucros)⁽³⁸⁾; para os credores, a contrapartida principal, em ambos os tipos contratuais, consiste na obrigação da sociedade dominante de compensar eventuais prejuízos da dominada (§ 302); a sociedade tornada dominante por um contrato de domínio goza do poder de dar instruções ao órgão de administração da sociedade tornada dominada (§ 308);
- O exercício de domínio (mesmo que não total, enfatize-se)⁽³⁹⁾ sem celebração de contrato que o legitime⁽⁴⁰⁾ determina que a sociedade dominante tenha de compensar prejuízos da sociedade dominada resultantes da indução à celebração ou à omissão de negócios jurídicos (§ 311);
- O exercício de domínio sem celebração de contrato determina também que a sociedade dominada tenha de elaborar anualmente um relatório sobre as suas relações com a sociedade dominante e as demais sociedades «coligadas»⁽⁴¹⁾ com esta, expondo os negócios jurídicos com elas celebrados no exercício anterior e as ações/medidas que tenha tomado ou omitido no interesse das mesmas (§ 312)⁽⁴²⁾.

⁽³⁵⁾ Seja ela uma *Aktiengesellschaft* ou uma *Kommanditgesellschaft auf Aktien*.

⁽³⁶⁾ «Leitung».

⁽³⁷⁾ A raiz de *beherreschen* é «Herr», equivalente a *dominus*/dono.

⁽³⁸⁾ Para uma minuta, em alemão e inglês, de *Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag / Management Control and Profit and Loss Transfer Agreement* (contrato de domínio e de cessão de resultados), v. Dieter STUMMEL, *Standardvertragsmuster zum Handels- und Gesellschaftsrecht Deutsch-Englisch*, 3.ª ed., Beck Kluwer, 2006, 160-162.

⁽³⁹⁾ O § 17 define domínio na perspetiva da empresa dominada estabelecendo que se consideram empresas dependentes as empresas juridicamente independentes sobre as quais outra empresa (dita dominante) pode exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante, ao que acrescenta que se presume que uma sociedade sob controlo maioritário depende da sociedade titular da participação maioritária.

⁽⁴⁰⁾ Trata-se da situação que a literatura alemã denomina «faktischer Konzern» – de resto alargada a casos em que a sociedade dominada é uma sociedade por quotas.

⁽⁴¹⁾ A tradução de *Verbundene Unternehmen* por «sociedades coligadas» não é inteiramente feliz, porque «coligação» exprime a ideia de aliança, de ligação voluntária, que pode estar ausente em «Verbundene», ao que acresce que *Unternehmen* significa «empresa», não sociedade.

⁽⁴²⁾ A estas regras acrescem as relativas à figura da incorporação («Eingliederung»), que é algo como uma fusão não definitiva, sem eliminação da personalidade jurídica da incorporada [*Vorstufe* (estádio preliminar ou passo prévio) da fusão chamam-lhe Thomas RAISER / Rüdiger VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., 797 – § 63, n.º 1]. Sobre ela é de destacar: uma sociedade por ações (não abrangendo sociedades em comandita por ações) que seja totalmente detida ou detida a 95% (§§ 319 e 320) por outra sociedade por ações (não abrangendo sociedades em comandita por ações), com sede na Alemanha (dita «sociedade principal») pode deliberar a sua incorporação («Eingliede-

Do que fica sumariado resulta claramente que o sistema alemão, como consta da lei⁽⁴³⁾, não contém uma regra de responsabilização geral das sociedades dominantes por obrigações das sociedades dominadas⁽⁴⁴⁾. O sentido geral da lei é induzir as sociedades em relação de domínio a «contratualizar» a mesma, sendo obrigatório que nessa «contratualização» conste o dever da sociedade dominante de compensar eventuais prejuízos da dominada⁽⁴⁵⁾. A consequência da inobservância desse ónus de «contratualização» é a obrigação da sociedade dominante de compensar prejuízos da sociedade dominada resultantes da indução à celebração ou à omissão de negócios jurídicos – não uma responsabilização geral da sociedade dominante por obrigações da sociedade dominada.

rung») na outra, tornando-se a incorporação efetiva com a aquiescência da incorporante, dada por deliberação da sua assembleia geral, tomada por maioria qualificada (§§ 319 e 320); no caso de a sociedade não ser detida a 100%, os sócios minoritários perdem essa qualidade no momento do registro da *Eingliederung* (§ 320a), tendo a sociedade dominante de os compensar mediante a entrega de ações suas (próprias) ou de uma indemnização em dinheiro (§ 320b); a partir da incorporação, a sociedade principal goza do poder (ilimitado) de dar instruções ao órgão de administração da sociedade incorporada (§ 323); a incorporação determina que a sociedade principal passe a responder pelas dívidas da sociedade incorporada, mesmo que anteriores à incorporação (§ 322). O significado prático da figura é pequeno (v. Jan WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, cit., 724 – n.º 1337) e há quem proponha a sua eliminação, por a sua principal vantagem ser a eliminação dos minoritários e isso ser mais bem conseguido pela exclusão de acionistas (afim da nossa aquisição tendente ao domínio total) prevista nos §§ 327a a 327f da *Aktiengesetz*, desde 2002 (v. Jochen VETTER, «50 Jahre Aktienkonzernrecht», cit., 259-260, 271-272). Sobre a *Eingliederung* na literatura portuguesa, v. Raul VENTURA, «Grupos de Sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE», *ROA* 41/2 (maio-agosto 1981) 305 e ss.

⁽⁴³⁾ O direito realmente aplicado pelos tribunais (e enunciado pela doutrina) é algo diverso do resultante do texto da lei, nomeadamente por força da doutrina dos «grupos de facto», que estende algumas das regras legais a casos nela não previstos.

⁽⁴⁴⁾ Ao contrário do que já se escreveu, o § 322 da *Aktiengesetz* não corresponde ao artigo 501.º do CSC, pois aquele respeita à *Eingliederung* – figura que, como resulta de nota anterior, não tem equivalente na nossa lei.

⁽⁴⁵⁾ A regra do § 311 foi uma evolução relativamente ao ponto de partida dos trabalhos preparatórios da *Aktiengesetz*. No anteprojeto (de 1958) proibia-se as sociedades dominantes de, inexistindo contrato que o legitimasse, impor às dominadas medidas prejudiciais a estas [v. Bruno KROPFF, «Rückblick», in *50 Jahre Aktiengesetz*, in FLEISCHER / KOCH / KROPFF / LUTER, Hrsg., cit., 10], o que veio a ser alterado no projeto apresentado pelo governo ao parlamento em 1962, no qual já surgiam as soluções que vieram a ser consagradas na lei (ao texto do § 311 da lei correspondia o § 300). Nele se explicava que, não existindo contrato de domínio, a empresa dominante não teria juridicamente nenhum poder de direção, não podendo, nomeadamente, exercer a sua influência em desfavor da dominada, e que, para evitar essa influência, teriam de ser impostos à dominante especiais deveres de divulgação e responsabilidade severa (v. a «Vorbemerkung» que iniciava a exposição de motivos da segunda parte do terceiro livro – p. 296-297 do documento intitulado «Entwurf eines Aktiengesetzes» disponível em <<https://dserver.bundestag.de/btd/04/001/0400171.pdf>>, acedido pela última vez em 27.8.2022). Tal solução «legalizou» o exercício da influência desfavorável fora do quadro contratual, ainda que com contrapartidas.

O (ante)projeto de 9.^a diretiva europeia em matéria de coordenação de sociedades⁽⁴⁶⁾, surgido nos anos 70 do século passado e que até finais da década seguinte pareceu que viria a ser adotado, inspirou-se na lei alemã, mas não a copiou. Na última versão conhecida (designada pela referência III/1639/84)⁽⁴⁷⁾, previa, como regras essenciais, aplicáveis a sociedades por ações⁽⁴⁸⁾:

- Que qualquer sociedade por ações pudesse subordinar a gestão a outra empresa (artigo 13.º);
- Por força do contrato, a sociedade dominante fosse, em princípio, responsável pelas dívidas da sociedade dominada constituídas antes da celebração do contrato ou durante a sua vigência (artigo 29.º, n.º 1);
- A sociedade dominante pudesse, porém, livrar-se de tal responsabilidade provando ser o incumprimento da sociedade dominada atribuível a razões diversas da interferência ou omissão dela, dominante (artigo 29.º, n.º 2);
- No final do contrato, a sociedade dominada tivesse o direito de obter da sociedade dominante quantia igual à diminuição de valor que tivesse sofrido durante a vigência do contrato (artigo 30.º, n.º 1);
- A sociedade dominante pudesse, porém, livrar-se de tal obrigação provando ser a diminuição de valor da sociedade dominada atribuível a razões diversas da interferência ou omissão dela, dominante (artigo 30, n.º 2);
- Uma empresa que detivesse, direta ou indiretamente, 90% ou mais de uma sociedade pudesse constituir com ela um grupo por declaração unilateral (artigo 33.º, n.º 1)⁽⁴⁹⁾;
- Aos grupos constituídos por declaração unilateral fossem aplicáveis as regras sobre obrigações e responsabilidade das sociedades dominantes, no caso de grupos constituídos por contratos de domínio (artigo 35.º)⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ O (ante)projeto de 9.^a Diretiva nunca passou desse estado e não foi publicado pela Comissão. Conheceu uma primeira versão em 1974/1975 e uma segunda em 1984, ambas inspiradas no direito alemão. A inexistência, à época, de regras nacionais sobre os grupos de sociedades (salvo na Alemanha) determinou que a iniciativa suscitasse poucos apoios e muitas críticas. A Comissão decidiu não apresentar uma proposta oficial e veio mesmo a expressar o entendimento de não haver necessidade de «reativar esse projeto». Thomas Raiser e Rüdiger Veil escrevem que a iniciativa falhou porque a maioria dos Estados-membros não estava preparada para fazer sua uma conceção alemã (*Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., 695 – § 58, n.º 18).

⁽⁴⁷⁾ Sobre as várias versões do projeto de 9.^a diretiva, v. António Menezes CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005, 771 e ss.; e José Miguel EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, Editorial Comares, 2003, 214 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Deixo de fora as regras sobre «grupos paritários» e sobre participações não dominantes.

⁽⁴⁹⁾ Esta possibilidade assemelhar-se-ia, nos efeitos, à figura alemã denominada *Eingliederung*, referida em nota anterior.

⁽⁵⁰⁾ O texto está disponível *online*, em alemão, francês e inglês, no Arquivo Histórico da Comissão Europeia – v. <https://ec.europa.eu/historical_archives/archisplus/getPU.cfm?id=QkFDL-TAwNDItMTk4OC0xNzEx>. António Menezes Cordeiro traduziu o projeto de 9.^a Diretiva a partir da versão alemã divulgada por Marcus Lutter (*Direito Europeu das Sociedades*, cit., 751 e ss.). O que escrevo tem em conta também as versões francesa e inglesa.

Esta não é ocasião apropriada para discutir as linhas essenciais da regulação portuguesa das «sociedades coligadas», sendo suficiente notar que o CSC é muito mais severo para as sociedades dominantes do que a lei alemã e do que o projeto de 9.ª Diretiva⁽⁵¹⁾, ao estabelecer que as sociedades diretoras são responsáveis pelas obrigações da sociedade subordinada constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste (artigo 501.º) e, sobretudo, ao estender essa regra a todas as sociedades que dominam totalmente outras⁽⁵²⁾ (artigo 491.º)⁽⁵³⁾ – nomeadamente se se entender, seguindo a letra da lei, que a constituição da relação de grupo por domínio total superveniente não depende da deliberação de manutenção prevista no artigo 489.º⁽⁵⁴⁾. Trata-se de responsabilidade objetiva e ilimitada de um sócio por dívidas de sociedade dita de «responsabilidade limitada».

⁽⁵¹⁾ Cfr. Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade Por um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo"*, cit., 598-599 (declarando a Autora preferência pela solução portuguesa).

⁽⁵²⁾ Isto é, que se tenham tornado titulares, direta ou indiretamente, da totalidade do seu capital social e enquanto não diminuïrem essa participação para menos de 90% (artigo 489.º, n.ºs 1 e 4, alínea c)).

⁽⁵³⁾ Para a crítica de o CSC (quase) só regular, além do domínio contratual, o domínio total, v. J. M. Coutinho de ABREU, «Grupos de Sociedades e Direito do Trabalho», *Boletim da Faculdade de Direito* 66 (1990) 148-149; e «Responsabilidade Civil nas Sociedades em Relação de Domínio», cit., 223 e ss. (sendo no segundo desses textos abordados também os meios de fazer relevar o domínio não total).

⁽⁵⁴⁾ Suavizando o regime, a doutrina tem sustentado a obrigatoriedade de os sócios da sociedade dominante serem chamados a deliberar sobre a constituição da relação de grupo e interpretações não literais do n.º 3 do artigo 489.º. Maria Augusta França (num texto que, relido 34 anos depois, demonstra um espírito precursor e brilhante!) sublinha que «Não existe fundamento para o grupo ser considerado formado antes da deliberação dos sócios, pelo que o artigo 489.º, n.º 3, não pode ter esse fim» (*A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, 1990, 142). José Augusto Engrácia Antunes defende, *de lege ferenda*, «senão mesmo até *de lege lata*», a necessidade de ser atribuída à deliberação referida no n.º 2 do artigo 489.º efeito constitutivo, interpretando restritiva ou revogatoriamente o artigo 489.º (*Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1994, 67; e *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária*, cit., 868). Ana Perestrelo de Oliveira sustenta que o regime de deliberações constante do artigo 489.º deve ser objeto de interpretação abrogante, como consequência de entender que a aquisição de uma participação totalitária (quer no caso de domínio inicial, quer no caso de domínio superveniente) exige a prévia deliberação dos sócios da futura sociedade dominante [*Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade Por um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo"*, cit., 406 e ss., em especial p. 419; *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, António Menezes CORDEIRO coord., 4.ª ed., Almedina, 2021, anotações ao artigo 489.º, p. 1591-1593, e ao artigo 488.º, p. 1587, e *Manual de Grupos de Sociedades*, Almedina, 2016, pp. 88 e ss. – surgindo nesta obra, a p. 93, a admissão de a deliberação ser *ex post*, quando seja impossível, de direito ou de facto, que a deliberação preceda o domínio]. J. M. Coutinho de Abreu escreve que «[...] a sociedade que domine totalmente uma outra sociedade não forma um grupo com esta última se o órgão deliberativo interno da primeira tomar algumas das deliberações previstas nas als. a) e b) do n.º 2 do artigo 489.º; o grupo é formado a partir do momento em que aquele órgão delibera manter a situação de domínio total, ou, se não for chamado a deliberar sobre o assunto no prazo de seis meses seguintes à aquisição da participação totalitária, a partir do termo deste prazo [*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge M. Coutinho de ABREU, coord., vol. VII, 2.ª ed., Almedina, 2021, anotação ao artigo 48.º 9, p. 134].

Acresce, de modo relevante, que as regras do CSC abrangem também as sociedades por quotas (artigo 481.º, n.º 1).

A severidade do CSC foi ampliada pelo Código de Trabalho de 2003 (artigo 378.º), no tocante a créditos emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, mediante a extensão da regra do CSC que responsabiliza as sociedades totalmente dominantes às situações de grupo e de participações recíprocas – o que o Código do Trabalho de 2009 mantém (artigo 334.º)⁽⁵⁵⁾.

Para que a dúvida não se suscite, explico que concordo plenamente com a necessidade de regular as relações entre sociedades, em especial as de domínio (que tomo como sinónimo de controlo). O que creio é que essa regulação não deve impedir as empresas de limitar os riscos dos seus investimentos.

Num plano secundário, parece-me também desrazoável que o domínio total por meio de uma sociedade acarrete o risco de ter de suportar o «passivo a descoberto» que esta venha a deixar e que o mesmo não aconteça se o domínio for exercido por uma pessoa singular ou por outros tipos de figuras jurídicas, como o fundo de investimentos ou a associação em participação. Julgo tratar-se de uma falta (injustificada) de neutralidade entre as formas jurídicas, uma desigualdade arbitrária entre investidores.

4. Outros desvios à limitação da responsabilidade dos sócios

Há ainda outras regras que rompem a limitação da responsabilidade dos sócios, nomeadamente a de responsabilização dos sócios com poder de designação de administradores pela má gestão dos administradores, mesmo que a má gestão não se tenha devido a influência dos sócios, com base na ideia de culpa in eligendo (artigo 83.º, n.º 3, do CSC)⁽⁵⁶⁾. Parece-me solução discutível, mas mais defensável que a responsabilização por domínio total.

Mais perigoso é o empolgamento suscitado pela doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, indiciado pela muita atenção que a nossa literatura lhe tem votado⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Sobre tais regras, v., sobretudo, Rita Garcia PEREIRA, «A Garantia dos Créditos Laborais no Código do Trabalho: Breve Nótula sobre o Art. 378.º (Responsabilidade Solidária das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)», *Questões Laborais* 11/24 (2004) 177 e ss.; Pedro Romano MARTINEZ, «Garantia dos Créditos Laborais. A Responsabilidade Solidária Instituída pelo Código do Trabalho, nos Artigos 378.º e 379.º», *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 46/2-4 (abril-dezembro 2005) 234 e ss.; e Maria do Rosário Palma RAMALHO, *Grupos Empresariais e Societários Incidências Laborais*, Almedina, 2008, 617 e ss. (tendo como referência o Código de 2003). Em obras gerais, v. IDEM, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Jurídicas Individuais*, 6.ª ed., 2016, 542-543; Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª ed., Almedina, 2013, 585; e António Menezes CORDEIRO, *Direito do Trabalho, Parte II: Direito do Trabalho*, Almedina, 2019, 832-833.

⁽⁵⁶⁾ Sobre a questão, v. Rui Pereira DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge M. Coutinho de ABREU, coord., vol. I, 2.ª ed., Almedina, 2017, anotação ao artigo 83.º, 1037 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Numa lista de bibliografia portuguesa sobre Direito das Sociedades que elaboro continuamente, surgem com as palavras «desconsideração» ou «levantamento» nos títulos os seguintes

textos: J. M. Coutinho de ABREU, «Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica», in Paulo de Tarso DOMINGUES / Maria Miguel CARVALHO, coord., *Capital Social Livre e Ações sem Valor Nominal*, Almedina, 2011; Jorge M. Coutinho de ABREU, «Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos Administradores para com Credores Sociais e Desconsideração da Personalidade Jurídica», *Direito das Sociedades em Revista* 2/3 (março 2010); Hugo Ramos ALVES, «Desconsideração da Personalidade Coletiva Ex Lege?», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Pita*, Almedina, 2022; Frederico Velasco AMARAL, «Desconsideração da Personalidade Coletiva (Nas Grilhetas da Liberdade?)», *Revista do Ministério Público* 35/139 (julho-setembro 2014); Cláudia Filipa da Hora Custódinho de BARROS, «O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais no Ordenamento Jurídico Português», in *Novos Temas de Direito das Sociedades Colectânea de Dissertações em Direito das Empresas – ISCTE-IUL*, Lisboa: Chiado Editora, 2016; António Menezes CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 1999; Pedro CORDEIRO, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, AAFDL, 1989; Ricardo COSTA, «Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007 [Responsabilidade dos Gerentes de Sociedades por Quotas perante Credores e Desconsideração da Personalidade Jurídica]», *Cadernos de Direito Privado* 32 (outubro/dezembro 2010); Paulo de Tarso DOMINGUES, «Recensão a Maria de Fátima Ribeiro, A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica», Almedina, 2012 (reimpresão)», *AB Instantia* 1/1 (abril 2013); Diogo Pereira DUARTE, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Almedina, 2007; Diogo Costa GONÇALVES, «Apontamentos sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Código Comercial Brasileiro», *Revista de Direito das Sociedades* 7/2 (2015); IDEM, «O Levantamento da Personalidade Colectiva sob a Vigência do Código das Sociedades Comerciais», in Paulo de Tarso DOMINGUES, coord., *Congresso Comemorativo dos 30 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2017; Mercília Pereira GONÇALVES, «A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais», *Lusitana Direito* 23/24 (2020) disponível em <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2857/3201>>; Pedro Baptista LIMA, «O Levantamento da Personalidade Colectiva e a Subcapitalização das Sociedades por Quotas – Um Sistema Disfuncional?», *Revista de Direito Civil* 2/2 (2017); Fernando da Silva PEREIRA, «Desconsideração da Personalidade Jurídica para Fins de Responsabilidade. Uma Reflexão sobre o Ponto de Vista da Legitimidade Processual», *Revista de Direito Civil* 7/1 (2022); Isabel Peixoto PEREIRA, «Venda de Participações Sociais, Negociação do Estabelecimento e Desconsideração da Personalidade Colectiva, a Despropósito de Dois Acórdãos», *Julgat* 8 (2009); Maria de Fátima RIBEIRO, «Anotação» (ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.4.2008, sobre a pertinência do recurso à «desconsideração da personalidade jurídica» para tutela dos credores sociais), *Cadernos de Direito Privado* 27 (julho/setembro 2009); Maria de Fátima RIBEIRO, «Desconsideração da Personalidade Jurídica e «Descapitalização» da Sociedade», in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, Lisboa: Universidade Católica Editora (volume especial da *Direito e Justiça*), 2012 [publicado também in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 52/3-4 (julho-dezembro 2011)]; Maria de Fátima RIBEIRO, «A Desconsideração da Personalidade Jurídica: as Realidades Brasileira e Portuguesa», *Direito das Sociedades em Revista* 8/15 (março 2016); IDEM, «Desconsideração da Personalidade Jurídica e Tutela de Credores», in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil* in Fábio Ulhoa COELHO / Maria de Fátima RIBEIRO, coord., Almedina, 2012 [publicado também in *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora (volumes especiais da *Direito e Justiça*), 2013]; IDEM, «A Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Comerciais e a Desconsideração da Personalidade Jurídica, em Portugal e no Brasil», in Mafalda Miranda BARBOSA / Francisco MUNIZ, coord., *Responsabilidade Civil. Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, e-book; IDEM, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, Almedina, 2009; IDEM / Rui Pereira DIAS, «Desconsi-

A desconsideração da personalidade jurídica relativamente a sócios de responsabilidade limitada não é coisa pequena! Qualquer ponderação razoável de valores, princípios e interesses levará a concluir que só deve ser admitida, com recurso a regras não específicas, de carácter geral e indeterminado (como são os casos da proibição da fraude à lei e da proibição de abuso do direito), em situações-limite. Creio que se mantêm, no essencial, atuais as seguintes considerações de Raúl Ventura, de há mais de 50 anos:

«Condenados assim a suportar as possíveis subcapitalizações das sociedades por quotas, os estudiosos têm-se dedicado a buscar-lhe remédios indiretos, sobretudo julgados necessários para proteção dos credores da sociedade.

Basta, porém, ligar esses dois pontos – subcapitalização, por um lado, proteção dos credores, por outro – para ficar à vista a possível solução, ou até mesmo a única: remediar a subcapitalização pelo recurso ao património individual dos sócios, despedaçar o véu ou cortina da personalidade colectiva para atingir o verdadeiro e real substrato, que são os sócios. A responsabilidade dos sócios seria assim conseguida, como consequência e remédio da subcapitalização, como uma das hipóteses em que a personalidade colectiva não pode servir de defesa aos reais sujeitos, como uma das hipóteses do Durchgriff, do piercing the corporate veil, do disregarding the corporate entity, já consagrado por alguns tribunais e afanosamente sugerido pela doutrina.

[...]

O afastamento indiscriminado da personalidade colectiva da sociedade sempre que a subcapitalização se verificasse, conduziria pura e simplesmente à ilimitação da responsabilidade dos sócios.

[...]

deração da Personalidade Jurídica de Sociedade Brasileira por Tribunal Brasileiro, para Responsabilização de Sócios Portugueses – Ac. do TRG de 5.6.2014, Proc. 93/13 – Anotação», *Cadernos de Direito Privado* 49 (janeiro-março 2015); Catarina SERRA, «Desdramatizando o Afastamento da Personalidade Jurídica (e da Autonomia Patrimonial)», *Julgat* 9 (setembro/dezembro 2009); Armando Manuel TRIUNFANTE / Luís Lemos TRIUNFANTE, «Desconsideração da Personalidade Jurídica – Síntese Doutrinária e Jurisprudencial», *Julgat* 9 (setembro-dezembro 2009); Rita TERRÍVEL, «O Levantamento da Personalidade Coletiva nos Grupos de Sociedades», *Revista de Direito das Sociedades* 4/4 (2012). A tais referências há que somar as de tratados, manuais e códigos anotados, e as de textos ensaísticos que tratam o tema sem o refletir nominalmente nos títulos, de que são exemplos o de Ana Filipa Morais ANTUNES, «O Abuso da Personalidade Jurídica Coletiva no Direito das Sociedades Comerciais», in *Novas Tendências da Responsabilidade Civil* (obra coletiva), Almedina, 2007; e o de Afonso SCARPA, «A Vontade Unânime dos Sócios: o Caso Especial dos Acordos Parassociais “Omnilaterais”» *Revista de Direito das Sociedades* 8/2 (2016).

Não admira, pois, que os tribunais e a doutrina tenham feito uso restrito da penetração directa, aplicando-a apenas a casos de crassa e patente fixação insuficiente de capitais.»⁽⁵⁸⁾

A parte em que as palavras serão menos atuais é aquela em que se têm manifestado pulsões para um uso mais amplo da doutrina da desconsideração, abrindo brechas relevantes na limitação da responsabilidade dos sócios das sociedades.

Discordo frontalmente do fácil recurso à desconsideração, permitindo-me citar em abono da minha opinião mais um trecho de M. Bainbridge e M. Todd Henderson:

«Like everything else, legal personhood and limited liability are not unalloyed goods – legal respect for artificial entities in which assets and liabilities may be isolated leads to the possibility of abuse. The cases we survey in this book demonstrate the potential for business to externalize the costs of their operations and impose costs on third parties. This can lead to not only uncompensated losses, but also excessive levels of production by inefficient or harmful businesses. In recognition of this possibility, law developed the doctrine of piercing the corporate veil. (As we show in our discussion of foreign piercing rules, the doctrine is universal.) The goal of the doctrine, as we have described it in this book, is to identify those cases in which there are social welfare losses that would arise from respecting corporate separateness, and then to impose personal liability on shareholders as both a mechanism for reducing those losses and for deterring other similar conduct.

But, as we document at great length in this book, the doctrine as practiced utterly fails to achieve this goal. Piercing is like lightning, not the stable and predictable electric current coming into your house. The cases in which courts pierce the veil are characterized more by sloppiness – the failure to dot i's and cross t's – or by judicial intuition rather than an analytical approach to identifying abuse of the corporate form. It is for this reason that we have offered a series of potential reforms that would improve the doctrine and move the law closer to achieving the optimal tradeoff between the efficiency and costs of limited liability. Although we argue that eliminating the doctrine entirely would be justified, we recognize that this is unlikely to happen anytime soon, at all. Instead, we propose courts focus on the individual acts of shareholders instead of piercing as the analytical tool. Courts should hold shareholders liable for corporate liabilities when the shareholders in question are the ones who have directed the action and could be held liable under other established legal theories. If courts disregarded concepts like the “alter ego” theory and put aside vague laundry lists of factors, all of which needlessly create uncertainty for bu-

⁽⁵⁸⁾ «Apontamentos para a Reforma das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada», cit., 119-121.

sinesses and their various stakeholders, we expect the corporate form to unlock even more potential for increasing wealth and social welfare.»⁽⁵⁹⁾

Por outro lado, sublinho que os estudos comparativos mostram que, nos países mais desenvolvidos, a desconsideração da personalidade jurídica só é admitida a título excecional, como resulta das seguintes conclusões de quem estudou os regimes de muitos países:

«A. The Liability of Shareholders

In all countries discussed in the hypothetical case, the starting point is that shareholders enjoy benefits of limited liability. This is treated as a way of promoting the ability of companies to attract capital, and it is often also seen as a consequence of the concept of the company as a separate legal entity. Exceptionally, “piercing the corporate veil” is allowed in many legal systems. In Japanese law, this requires “abuse of juridical personality” or a “straw man case”. German case law has developed the categories of undercapitalisation, “intermingling” of private and company capital and destruction of the economic basis of the company. The Spanish solution also mentions undercapitalisation or abuse of law. In the UK, veil piercing is only allowed if a company is a “mere façade”, and in the US, it is equally rare the corporation is regarded as the “alter ego” of the dominant shareholder. Finnish and Italian law only seem to accept veil piercing in cases of groups of companies, while the Polish and Latvian solutions indicate that courts have not yet developed a veil-piercing doctrine.»⁽⁶⁰⁾

5. Obiter: a (alegada) desigualdade injustificada do n.º 2 do artigo 481.º do csc

O n.º 2 do artigo 481.º csc declara que, salvo o que consta das suas alíneas, as regras sobre sociedades coligadas – incluindo, pois, a que determina que uma sociedade (anónima ou por quotas) titular de 100% do capital de outra é responsável pelas obrigações da sociedade dominada (anónima ou por quotas), constituídas antes ou depois dessa titularidade de 100% (artigo 501.º do por remissão do artigo 491.º) – só se aplicam a sociedades com sede em Portugal (artigo 481.º).

No acórdão n.º 227/2015, de 28.4.2015, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do Código do Trabalho e no artigo 481.º, n.º 2, proémio, do Código das Sociedades Comerciais, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de

⁽⁵⁹⁾ *Limited Liability A Legal and Economic Analysis*, cit., 302-304.

⁽⁶⁰⁾ Hisaei ITO / Hiroyuki WATANABE, «Piercing the Corporate Veil», in Mathias SIEMS / David CABRELLI, ed., *Comparative Company Law A Case-Based Approach*, Hart Publishing, 2013, 187.

domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º, da CRP».

Mantendo essa orientação, no acórdão n.º 272/2021, de 5.5.2021, o Tribunal Constitucional declarou «a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do Código do Trabalho e no artigo 481.º, n.º 2, proémio, do Código das Sociedades Comerciais, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura.».

Tais decisões representaram o acolhimento de opiniões doutrinárias, mais ou menos assertivas, acerca do n.º 2 do artigo 481.º do CSC, mormente as de José A. Engrácia Antunes⁽⁶¹⁾, António Menezes Cordeiro⁽⁶²⁾, Rui Pereira Dias⁽⁶³⁾ e Ana Pestrela de Oliveira⁽⁶⁴⁾.

A título de exemplo, cito conclusão apresentada por José A. Engrácia Antunes:

«Em suma, dir-se-ia que a autolimitação contida na norma do art. 481.º, n.º 2, é susceptível de abrir caminho a uma dupla discriminação: duma banda, entre as sociedades-mães estrangeiras e portuguesas, concedendo às primeiras um quadro jurídico para o estabelecimento e a manutenção de relações de coligação intersocietária comparativamente mais favorável do que aquele a que estão submetidas as últimas – e isto, repise-se, em território português; doutra banda, entre as próprias sociedades-filhas portuguesas, já que a protecção para estas resultante do sistema das sociedades coligadas passa a depender da localização da sede da “paternidade” da participação ou domínio intersocietário. Semelhante tratamento de favor dos grupos empresariais estrangeiros e semelhante desigualdade de tutela oferecida às sociedades filiais portuguesas afiguram-se de duvidosa compatibilidade com o princípio jurídico-comunitário da não-discriminação em razão da nacionalidade (art. 12.º do “Tratado da Comunidade Europeia”), senão mesmo com os próprios princípios jurídico-constitucionais

⁽⁶¹⁾ V. *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, cit., 303 e ss.; e «O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, 2002, 95 e ss.

⁽⁶²⁾ *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, cit., 785.

⁽⁶³⁾ V. *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas: Uma Análise de Direito Material e de Direito de Conflitos*, Almedina, 2007, 244-245; e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge M. Coutinho de ABREU, coord., vol. VII, 2.ª ed., cit., anotação ao art. 481, p. 23 e ss.

⁽⁶⁴⁾ V. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, António Menezes CORDEIRO, coord., cit., anotação ao art. 481, p. 1554.

da igualdade de tratamento e da equilibrada concorrência empresarial (arts. 13.º, n.º 2 e 81.º, n.º 1, e) da “Constituição da República Portuguesa”»⁽⁶⁵⁾

Pese o reconhecimento que merecem tais Autores e os membros do Tribunal Constitucional que votaram favoravelmente as decisões referidas, permito-me discordar⁽⁶⁶⁾.

As regras sobre sociedades coligadas, nas modalidades de maior integração (domínio total e contrato de subordinação), pressupõem que o conjunto das sociedades em causa tem uma unidade forte, forma uma «empresa plurissocietária». Quando as sociedades integrantes de um tal grupo se regem por leis pessoais distintas, surge o problema da escolha da lei aplicável ao conjunto⁽⁶⁷⁾, pois é inconveniente submetê-lo a concurso de leis, mediante dépeçage.

Tome-se, como exemplo, o poder da sociedade totalmente dominante de dar instruções à sociedade dominada (artigo 503.º, aplicável por força do artigo 491.º) – de resto, fundamento, talvez principal, da responsabilidade daquela pelas obrigações desta. Sendo a lei pessoal da sociedade dominante a portuguesa e a da sociedade dominada uma lei estrangeira, o poder em causa não representaria uma interferência pouco razoável (para ser eufemístico) na esfera de competência dessa lei estrangeira?

Creio que fica, assim, claro que a restrição do proémio do n.º 2 do artigo 481.º não é arbitrária, antes obedece a razões fortes, inerentes aos efeitos prejudiciais de submeter o núcleo da realidade visada no Título VI do csc à aplicação de mais do que uma lei. Ainda que a regra em causa não seja uma norma de conflitos, ela realiza a justiça própria do Direito Internacional Privado⁽⁶⁸⁾. Como escreve Luís de Lima Pinheiro, «A especial esfera de aplicação no espaço de uma norma material não resulta da valoração material nela contida mas de uma valo-

⁽⁶⁵⁾ «O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas», cit., 116.

⁽⁶⁶⁾ Restringir-me-ei ao problema da constitucionalidade, mas recorde que, no «acórdão Impacto Azul» (processo C-186/12), de 20.6.2013, no qual se discutiu precisamente a conformidade do n.º 2 do artigo 481.º do csc com o Direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que «O artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que exclui a aplicação do princípio da responsabilidade solidária das sociedades-mãe para com os credores das suas filiais a sociedades-mãe com sede no território de outro Estado-Membro».

⁽⁶⁷⁾ Para uma exposição sumária das várias propostas doutrinárias sobre o ordenamento aplicável às relações entre as sociedades pertencentes a grupos internacionais, v. Ángel María BALLESTEROS BARROS, *La Responsabilidad de la Sociedad Dominante en los Grupos Internacionales de Sociedades*, Civitas Thomson Reuters, 2018, 255 e ss.

⁽⁶⁸⁾ Creio ser seguro que as normas ditas «especialmente autolimitadas» ou «especialmente condicionadas» respeitam a situações plurilocalizadas, reguladas pelo Direito Internacional Privado. Assim decorre do que escrevem, entre outros, João Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, 1970, 269 e ss.; António Marques dos SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Esboço de uma Teoria Geral*, Almedina, 1991, vol. II, 843 e ss.; e Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 3.ª ed., 2015, 99-101 e 268 e ss.

ração conflitual que lhe é exterior»⁽⁶⁹⁾. Por isso, não se justifica antepor-lhe a averiguação da igualdade material. O mesmo é dizer que, no essencial, concordo com o voto de vencida da Conselheira Maria Lúcia Amaral no acórdão n.º 227/2015, de 28.4.2015, designadamente com as seguintes palavras:

«1. O princípio da igualdade serve para sindicar diferenças de tratamento criadas pelo legislador ao regular situações que recaiam no âmbito de aplicação da lei nacional. Pressuposto de validade de uma norma é, logicamente, a aplicabilidade da mesma.

Se, por força de uma regra de conflito, a lei portuguesa não fosse sequer aplicável, então não se estaria, em rigor, perante uma desigualdade de tratamento criada pelo legislador para a qual se poderia questionar a existência ou não de fundamento material bastante, mas perante algo diferente. Nessa hipótese, estar-se-ia perante uma situação A, à qual lei portuguesa seria aplicável e perante uma situação B, à qual, por força de uma regra de conflitos, a lei portuguesa pura e simplesmente não se aplicaria. Não sendo a lei portuguesa aplicável a ambas as situações, não faria qualquer sentido equacionar como problema jurídico a violação do princípio da igualdade.»

6. A concluir

A limitação da responsabilidade é um modo de distribuição de risco. Num contrato, significa que a parte que a reclama só pretende contratar se a possibilidade de ter de indemnizar a outra tiver um certo limite – o que, naturalmente, significa a atribuição do excedente à parte contrária⁽⁷⁰⁾. Num investimento, significa que o investidor admite perder o valor que a tanto destina.

A prevalência da opinião de que a limitação de responsabilidade não deve ser admitida é um obstáculo à assunção de riscos contratuais e de riscos de investimento: tanto desmotiva uma empresa de serviços informáticos a desenvolver um software, por saber que um erro lhe poderá custar muitas vezes o preço dos seus serviços, como uma holding a lançar (ou adquirir) uma sociedade que se propõe produzir algo inovador, que o mercado poderá rejeitar. Em contratos entre empresas, capazes de negociar – i.e., de avaliar as vantagens e desvantagens das

⁽⁶⁹⁾ *Direito Internacional Privado*, vol. I, cit., 278.

⁽⁷⁰⁾ António Pinto Monteiro escreveu: «O credor, acordando previamente com o devedor que este só responderá por comportamentos dolosos ou gravemente culposos – cláusula que até poderá encontrar perfeita justificação na natureza da operação económica a empreender – não está propriamente a renunciar à responsabilidade, antes a definir o âmbito da obrigação do devedor, assumindo voluntariamente o risco de não ser indemnizado por danos resultantes de faltas ligeiras. Negar tal possibilidade, traduzir-se-ia, quantas vezes, em impedir a realização de operações arriscadas, com graves prejuízos para o próprio credor – impedido de contratar – e para o tráfico jurídico em geral.» (*Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade*, 234).

estipulações e de decidir em função do resultado –, a proibição de limitar a responsabilidade (por culpa leve) é um obstáculo injustificado à eficiência da economia. Em investimentos, a limitação do que se pode perder é condição quase «natural» da decisão.

As regras do cc sobre limitação de responsabilidade contratual são tudo menos claras, tendo como sentido resultante da sua primeira leitura o de restringirem quase totalmente essa limitação – contrariando o panorama internacional⁽⁷¹⁾. O esforço doutrinário, nomeadamente o de António Pinto Monteiro, para evitar a prevalência desse sentido não torna inútil uma reforma legislativa na área, antes a prepara.

Quanto à regra do csc sobre responsabilidade (na letra da lei, objetiva e ilimitada) das sociedades totalmente dominantes, julgo que as razões que alinhei demonstram o seu caráter excessivo. O já citado Georges Ripert, referindo-se às sociedades anónimas, interrogou, retoricamente, «Comment pourrions-nous écrire que le capitalisme est à son apogée ou à son déclin si nous n'examinons pas le degré de conservation ou d'usure de l'instrument qui a servi à le créer?»⁽⁷²⁾. Qual o resultado a que conduzirá um tal exame às nossas regras sobre sociedades, no respeitante ao tema abordado neste texto?

Setembro de 2022

⁽⁷¹⁾ De que aponto três marcos. O primeiro é o artigo 8:109 dos *Principles of European Contract Law* (PECL), cuja epígrafe é «Clause Excluding or Restricting Remedies»: «Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction.» – texto disponível, por exemplo, em <https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_124>. O segundo é o artigo 7.1.6 dos Princípios do Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais (versão de 2016), cuja epígrafe é «Exemption clauses»: «A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract – texto disponível em <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>>. O terceiro são as seguintes palavras de Arthur von Mehren: «Except where risks are placed by the legal order to deter or to encourage conduct – in which event the purpose of the rule may preclude risk allocation – parties should, for the most part, be free to allocate all the risks inherent in a transaction. Two limitations to this general freedom are required. The first regards the comparable qualifications of the parties as self-insurers or reinsurers. [...] A second limitation upon party freedom to allocate risks inherent in a transaction may exist where the allocation by law serves a special purpose such as promoting innovation or investment in an area where society wishes to encourage these.» [*A General View of Contract*], in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, 41 (texto terminado em fevereiro de 1980)].

⁽⁷²⁾ Georges RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme*, cit., 54.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO**

**Volume I
Direito Civil**

Organizadores:

FILIFE CASSIANO DOS SANTOS
PAULO MOTA PINTO
MAFALDA MIRANDA BARBOSA
ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA
FRANCISCO M. BRITO PEREIRA COELHO
PEDRO MAIA



2023



I
•
J