

*A capacidade das sociedades comerciais: uma visão luso-brasileira**

PROF. DOUTOR DIOGO COSTA GONÇALVES

SUMÁRIO: §1.º O princípio da especialidade na tradição jurídica portuguesa: 1. As corporações de mão morta e o Código Seabra; 2. Do Anteprojecto de Ferrer Correia ao atual Código Civil português; 3. A formação do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais. § 2.º O princípio da especialidade na tradição jurídica brasileira; 4. Da Consolidação das Leis Cíveis (1858) ao Código Civil de 1916; 5. O Código Civil de 2002 e o estado da arte: um diálogo possível? § 3.º A evolução interpretativa do princípio da especialidade no artigo 6.º CSC: 6. A relevância do fim legal-tipológico; 7. Tese tradicional: o escopo lucrativo como fim da sociedade e a sua inoperacionalidade; 8. A superação pragmática do princípio da especialidade; 9. Vias de superação dogmática: o princípio da especialidade e a vinculação das sociedades; 10. Cont.: a superação pura. § 4.º Reconstrução dos dados normativos: o escopo lucrativo como máxima de atuação: 11. O escopo lucrativo como conceito-quadro; 12. O escopo lucrativo como Handlungsmaxime. § 5.º *Sinopse.*

RESUMO: No presente artigo, retoma-se o tema da capacidade de gozo das sociedades comerciais bem como o sentido e alcance do art. 6.º CSC. A tentativa de limitar a capacidade das sociedades em razão do seu escopo lucrativo fez carreira no Direito português e encontrou eco na experiência jurídica brasileira. cremos, no entanto, que se encontra dogmaticamente superada. O Direito societário português permite, sem alteração das fontes, a recondução do escopo lucrativo a uma máxima de atuação da administração, sem que tal envolva qualquer limitação à

* O texto que ora se publica corresponde à conferência proferida no *I Congresso Luso-Brasileiro de Direito das Sociedades Comerciais* que teve lugar em Porto Alegre (Brasil), nos dias 02 e 03 de outubro de 2017. O Congresso foi organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo Centro de Investigação de Direito Civil (CIDP) e pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul. A coordenação científica foi assegurada pelos Senhores Professores Doutores Paula Costa e Silva, Diogo Costa Gonçalves e Catarina Monteiro Pires (FDL) e Gerson Luiz Carlos Branco e Luís Filipe Spinelli (UFRGS). A bibliografia citada encontra-se atualizada à data da conferência.

capacidade da pessoa coletiva. A igual resultado se pode chegar no Direito brasileiro, talvez até mais facilmente, tendo em conta o silêncio das fontes.

ABSTRACT: The present article takes up the companies's legal capacity theme (art. 6.º CSC). The attempt to limit the companies's legal capacity by reason of its lucrative scope became present in the portuguese Law and found echo in the Brazilian legal experience. We believe, however, that it is dogmatically overcome. Portuguese law allows, without changes to the sources, reappointment of the lucrative scope to a maximum of management of the board of directors, without involving any limitation of the capacity for the legal entity. The same conclusion may be reached in the Brazilian legal experience, given the silence of the sources.

Podemos imputar às sociedades comerciais todas as situações jurídicas compatíveis com a sua natureza ou, ao contrário, a instrumentalidade da pessoa jurídica exige uma limitação da sua capacidade?

Esta é a questão que nos serve de mote para a reflexão que procuramos trazer a este *I Congresso Luso-Brasileiro de Direito das Sociedades Comerciais*.

O modo como a pergunta se encontra formulada exige alguns esclarecimentos.

Em primeiro lugar, partimos do pressuposto que existe um conjunto de situações jurídicas que não são, pela própria natureza das pessoas jurídicas, imputáveis às sociedades comerciais. Trata-se de um evidência que, ainda assim, tem na cultura jurídica lusófona um lastro histórico bastante marcado. Em causa estão aquelas situações jurídicas que exigem a condição humana do sujeito ou o suporte biológico da sua existência.

Em segundo lugar, assumimos a *instrumentalidade* da pessoa jurídica¹. Quer com isto dizer-se que uma pessoa jurídica – *maxime* uma sociedade comercial – existe para servir concretos fins humanos, identificáveis com maior ou menor facilidade. É este um dado histórico-dogmático constante e está na base da antiga conceção da personalidade ou da capacidade jurídica como um *privilégio* atribuído ou reconhecido pelo poder soberano, em atenção à bondade ou interesse dos fins servidos pela pessoa jurídica em causa.

Por fim, a instrumentalidade a que aludimos surge diretamente relacionada com a imputabilidade abstrata de situações jurídicas – isto é: com a capacidade de gozo da pessoa jurídica em causa –, pressupondo, portanto, que a

¹ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 717 e ss. e *passim*.

instrumentalidade da pessoa jurídica se encontra diretamente relacionada com a medida concreta de direitos e obrigações que esta pode titular.

As duas primeiras premissas parecem-nos incontestáveis: uma limitação *ex rerum natura* da capacidade da pessoa jurídicas não oferece especiais dificuldades; tão pouco a certeza de que a existência das pessoas jurídicas serve sempre concretos fins humanos pode ser contestada. Como no passado, também agora é verdadeiro o antigo adágio, repetidamente afirmado ao longo da história do pensamento jurídico: «*hominum causa omne ius constitutum sit*» (D.1.5.1.)².

Já a terceira premissa – a que postula uma relação direta entre a instrumentalidade da pessoa jurídica, *maxime* da sociedade, e a limitação da sua capacidade de gozo –, não pode ser afirmada sem reservas.

Na verdade, não podemos assumir como certo *quod erat demonstrandum*.

A nossa exposição ir-se-á centrar, portanto, neste último tópico: *em que medida é possível conceber, e com que critério, uma capacidade de gozo limitada das sociedades comerciais?*

§1.º O princípio da especialidade na tradição jurídica portuguesa

1. As corporações de mão morta e o Código Seabra

I – O primeiro código civil português (Código Seabra), no que às *personas morales* diz respeito, afastou-se marcadamente da inspiração napoleónica³, prevendo expressamente a sua existência e dotando-as de um regime relativamente extenso, para as possibilidade científicas coevas.

A aprovação da figura não foi, contudo pacífica. No centro da discussão esteve, justamente, a questão da *capacidade patrimonial* das pessoas morais⁴. É elu-

² A *sententia* recolhida no *Digestum* tem origem na obra de HERMOGENIANUS, *Juris Epitomarum*, VI, I. O escrito data de cerca do ano 331, segundo OTTO LENEL, *Palingenesia juris civilis*, I, 1808, 265. Do eminente jurista pouco se sabe para além de que atuou como *magister libellorum* sob o imperador DIOCLETIANUS (sécs. III-IV). Com referências, veja-se TONY HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, 2.ª ed., 2003, 66-67 e 177 e ss.

Trata-se, na verdade, de um brocardo tardio, elaborado já sob a influência do cristianismo nas instituições jurídicas do império.

³ Ainda que deva ter-se em conta o artigo 910.º Código NAPOLEÃO.

⁴ Com desenvolvimento e referências, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 466 e ss.

cidativo do conteúdo da discussão os quesitos formulados na sessão da comissão revisora de 23-jun.-1860, e que constam da respetiva ata⁵:

“1.º Podem as corporações perpetuas adquirir bens de raiz, fóros, censos ou pensões por título oneroso?

Decidiu-se que não à unanimidade.

2.º Podem adquirir-los por título gratuito?

Decidiu-se que sim, por maioria.

3.º Podendo adquirir-los por este título, devem ser obrigadas a converte-los, e em que praso?

Decidiu-se que sim, e dentro de anno e dia.

4.º Deve a conversão ser deixada ao arbitrio d’ellas, ou ser em títulos de dividas pública fundada ou ações?

Decidiu-se que em título de dívida fundada e em ações, votando contra os srs. Seabra, Simas e Ferrão.

5.º Podem adquirir por título oneroso ou gratuito outros quaesquer bens, sendo indispensáveis para desempenhar os deveres do seu instituto?

Decidiu-se que sim.

6.º Para adquirirem n’este caso, precisam de licença das côrtes ou do governo?

Decidiu-se que não.”.

Das respostas dadas aos quesitos resultou o regime da capacidade das pessoas morais do Código Seabra, vertido nos artigos 34.º e 35.º:

Art. 34.º – As associações ou corporações, que gosam de individualidade juridica, podem exercer todos os Direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto.

Art. 35.º – As associações ou corporações perpetuas não podem, porém, adquirir por título oneroso bens immobiliarios, excepto sendo fundos consolidados, e os que adquirirem por título gratuito, não sendo d’esta especie, serão, salvas as disposições de leis especiaes, convertidos n’ella dentro de um anno, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional.

§ 1.º O que fica disposto na segunda parte d’este artigo não abrange os bens immoveis, que forem indispensaveis para o desempenho dos deveres das associações ou corporações.

§ 2.º São havidas, para os effeitos declarados n’este artigo, como perpetuas:

1. As associações ou corporações por tempo ilimitado;

2. As corporações ou associações, ainda que por tempo limitado, que não tenham por objecto interesses materiaes.

⁵ *Actas das sessões cit.*, 37.

II – Como facilmente se concluiu, a limitação da capacidade das *peças moraes* dizia unicamente respeito à titularidade da propriedade imobiliária, fazendo-se eco das antigas limitações das corporações de mão morta. Quanto ao mais, dispunha o Código Seabra que as pessoas jurídicas podiam exercer «*todos os Direitos civis, relativos aos interesses legítimos do seu instituto*».

Ainda assim, este indício de limitação permitiu que sob a égide do Direito codificado fosse sendo formulada uma genérica incapacidade de gozo das pessoas jurídicas: o *princípio da especialidade*.

III – Na sua origem está o génio de Guilherme Moreira que, em comentário ao artigo 34.º Código Seabra, afirmava:

*“A especialização dos poderes compreendidos na capacidade jurídica da pessoa colectiva deriva do reconhecimento que dessa personalidade é feito pelo Estado, ou, de um modo mais geral, pela ordem jurídica. Esse reconhecimento envolve, por sua própria natureza, a limitação da capacidade da pessoa colectiva, pois é o interesse para que a pessoa colectiva se constitua que legitima os poderes que por lei lhe são reconhecidos (artigo 34.º)”*⁶.

O passo ora citado constitui a síntese proposta por Guilherme Moreira para o problema da capacidade civil das pessoas coletivas e a enunciação sumária do *princípio da especialidade*, que limita a capacidade das pessoas coletivas em razão do fim para que foram constituídas.

IV – Na formulação técnico-jurídica do princípio da especialidade, Guilherme Moreira procede a uma identificação entre *fim* e *interesse*. Para o autor é meredianamente claro que as pessoas coletivas não gozam de uma capacidade jurídica ilimitada. Isto, não sobretudo por decorrência legal mas, principalmente, pela própria natureza das coisas.

Com efeito, a personalidade coletiva é uma realidade instrumental, na medida em que serve a prossecução efetiva de certo interesse ou acervo de interesses. É o interesse juridicamente protegido que justifica a personificação. Daqui decorre que as pessoas coletivas só poderão ser capazes dos direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos interesses para cuja tutela são criadas.

O *fim* do princípio da especialidade identifica-se, deste modo, com o *interesse coletivo* da pessoa moral. Indagar sobre os fins da pessoa coletiva, em ordem à delimitação da sua capacidade, é portanto indagar acerca dos interesses cole-

⁶ GUILHERME MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, I, 1907, 316.

tivos que justificam a personificação. A personalidade coletiva, enquanto expediente jurídico de proteção de interesses, esgota o seu fim na prossecução desses mesmos interesses tutelados.

V – Daqui resultou o que vimos designando por uma *dogmática integrada* da personalidade coletiva⁷: o fundamento dogmático da personificação – que para o autor reside na noção de interesse⁸ – é o mesmo da mitigação jurídica da capacidade das pessoas coletivas. Os limites impostos à capacidade das pessoas morais não são portanto exógenos mas endógenos: derivam da própria fundamentação dogmática da personalidade coletiva.

Esta nota é inovadora no panorama jurídico lusófono. Como sublinhámos, o problema da capacidade das pessoas morais estava dominado pela herança dos limites patrimoniais das corporações de mão morta. Uma derivação da capacidade jurídica das pessoas coletivas a partir da sua própria fundamentação dogmática foi um caminho metodológico iniciado por Guilherme Moreira.

⁷ Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, 500.

⁸ O autor parte de uma noção técnico jurídica de pessoa, como «qualquer ente suscetível de direitos e obrigações» (GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português*, II, 1907, 153). Tal suscetibilidade, como aliás dispunha o artigo 1.º Código SEABRA, corresponde à noção de personalidade jurídica. A noção de individualidade jurídica, que o Código utilizava acerca das pessoas morais, contém o mesmo significado.

O fundamento da personalidade jurídica não reside, para GUILHERME MOREIRA, na vontade mas na noção de interesse:

«A vontade representa (...) uma condição absolutamente necessária para que o homem possa, como pessoa, realizar actos previstos pela ordem jurídica, mas não é o fundamento da personalidade. (...).

Pela personalidade o homem fica sendo sujeito de Direitos, de determinados interesses ou duma quota parte dos bens da vida.» (GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, II, cit., 155-156).

Em causa está a derivação da personalidade – enquanto suscetibilidade de direitos – da própria noção de direito subjetivo que o autor adota: “interesse juridicamente garantido mediante o reconhecimento da vontade que o representa” (GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, II, cit., 4.) A construção é claramente de IHERING, ainda que indiretamente colhida nas obras indicadas no início do § 1.º das *Instituições*.

Colocada a tónica na noção de interesse, o *iter* que GUILHERME MOREIRA irá percorrer é facilmente identificável. Para além dos interesses individuais, secundados pelas pessoas singulares, há interesses coletivos, comuns a certos grupos de indivíduos. Para que tais interesses sejam tutelados, a ordem jurídica admite a existência de outras pessoas que não só as naturais, cuja atuação garanta a prossecução de tais interesses. Estes sujeitos (não individuais) com personalidade jurídica são as denominadas *pessoas colectivas* (GUILHERME MOREIRA, *Instituições*, II, cit., 156 e 157).

Já depois da publicação das *Instituições*, GUILHERME MOREIRA irá retomar, entre os anos 1907 e 1909, o tema da *personalidade colectiva* num conjunto de publicações na *RLJ* (n.ºs 1732-1804). O trabalho aí desenvolvido é de maior fôlego e profundidade e são revisitadas algumas das posições veiculadas nas *Instituições*

2. Do Anteprojeto de Ferrer Correia ao atual Código Civil português

I – O princípio da especialidade conheceu relevantes vozes de resistência, como José Tavares⁹ e Cunha Gonçalves¹⁰. Mas conheceu também o acolhimento de um autor que viria a marcar profundamente a primeira metade do séc. XX jurídico português: Manuel de Andrade¹¹.

Ainda assim, os sufragantes do princípio da especialidade procuraram sempre limitar o seu alcance prático, de tal sorte que, à exceção de alguns casos duvidosos e das hipóteses de propriedade imobiliária, a exceção normativa (leia-se: a capacidade) quase que surgia como regra de Direito.

II – A esta evolução não foi alheio Ferrer Correia que, na preparação do novo Código Civil, veio propor o abandono do princípio da especialidade:

“Art. 5.º

Salvo as excepções determinadas na lei, a capacidade das pessoas colectivas estende-se a todos os Direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular.

Art. 6.º

1 – As pessoas colectivas constituídas por tempo indeterminado, e bem assim as de duração limitada mas de fim ideal, só com autorização do Governo, dada pelo Ministério do Interior, poderão adquirir bens imobiliários por título oneroso. Na falta de autorização, o acto não terá efeito.

A autorização não poderá deixar de ser concedida se os bens forem indispensáveis ao desempenho das funções da pessoa colectiva.

2 – As associações e fundações das espécies mencionadas no parágrafo anterior poderão adquirir livremente bens imobiliários a título gratuito, mas ficarão sujeitas ao imposto sobre as sucessões e doações por cada período de 30 anos.

Não haverá lugar ao pagamento do imposto na hipótese prevista na segunda parte do parágrafo antecedente.”.

⁹ «Desde que a lei reconhece a existência de uma personalidade jurídica, esta tem, em princípio geral, a capacidade de uma pessoa física, exceptuando apenas os direitos que, por sua natureza ou pelo seu fundamento, lhe não podem realmente pertencer (...).» – JOSÉ TAVARES, *Sociedades e empresas comerciais*, 2.ª ed., 1924, 170.

¹⁰ «Em princípio, as pessoas colectivas têm uma capacidade correspondente à das pessoas físicas, no mesmo ramo de actividade; e, como em relação aos indivíduos, pode dizer-se em relação a elas que a sua capacidade é de regra e a incapacidade uma excepção.» – CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, I, 1929, 795.

¹¹ MANUEL DE ANDRADE, *Direito Civil (Teoria Geral da Relação Jurídica)*, I, 1944, 143-144.

No *Anteprojeto de Ferrer Correia*¹², a regra é da plena capacidade jurídica das pessoas coletivas: excetuando os direitos e obrigações cuja titularidade se encontra vedada por lei, as pessoas coletivas seriam capazes de todos os direitos e obrigações que não dependessem da qualidade humana do sujeito¹³.

III – O *Anteprojeto* foi objeto de uma *1.ª Revisão Ministerial* (1961)¹⁴, sem que ocorresse qualquer modificação substancial do articulado. Na *2.ª Revisão Ministerial* (1965)¹⁵, as alterações foram significativas, o que levou a uma verdadeira inversão dogmática no tratamento da pessoa coletiva. A razão, em última instância, deverá ser procurada junto das opções doutrinárias de Pires de Lima e Antunes Varela¹⁶.

A maior surpresa surge, justamente, quanto à capacidade jurídica das pessoas coletivas. A ruptura com a evolução dogmática verificada durante a primeira metade do séc. XX é manifesta e injustificada.

Se o articulado de Ferrer Correia espelhava a evolução juscientífica da primeira metade do séc. XX, a *2.ª Revisão Ministerial* representa, neste ponto, um injustificável retrocesso. Os artigos 5.º e 6.º do *Anteprojeto* e 122.º e 123.º da *1.ª Revisão* passaram a conhecer a seguinte redação:

“Art. 160.º

1 – A capacidade das pessoas coletivas abrange todos os Direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins.

2 – Exceptuam-se os Direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular.

¹² *BMJ* 67 (1957), 247-281.

¹³ Tratamento especial merece a titularidade da propriedade imobiliária (artigo 6.º). Em causa está a antiga tradição das corporações de mão morta, presente no Código SEABRA. O seu enquadramento normativo é especialmente relevante. Com efeito, FERRER CORREIA compreende que o núcleo problemático da capacidade jurídica das pessoas coletivas reside, do ponto de vista histórico-dogmático, na propriedade imobiliária. Esta deveria conhecer disciplina particular cuja concretização normativa não contaminasse a construção da própria capacidade de gozo das pessoas coletivas. Ou seja: a propriedade imobiliária seria matéria excecional que não impediria a afirmação da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas como princípio geral.

¹⁴ Tomamos por referência a data de publicação do articulado revisto. Cfr. PORTUGAL, *Código Civil – Livro I – Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, 1961.

¹⁵ *Código Civil – Livro I – Parte Geral (2.ª Revisão Ministerial)*, 1965.

¹⁶ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I (Introdução...)*, 4.ª ed., 2012, 240 e, em especial, IV (*Parte Geral – Pessoas*), 3.ª ed., 2011, 675.

Art. 161.º

- 1 – *As pessoas colectivas podem adquirir livremente bens imóveis a título gratuito.*
- 2 – *Carece, porém, de autorização do Governo, sob pena de nulidade, a aquisição de imóveis a título oneroso, bem com a sua alienação ou oneração a qualquer título.”*

Trata-se de uma considerável limitação à atuação das pessoas coletivas. Mantêm-se as limitações gerais, *ex natura* (artigo 160.º/2), herdadas do *Anteprojecto*; a elas somam-se agora as decorrentes de um *fim* das pessoas coletivas. Mantêm-se, igualmente, as limitações associadas à titularidade de bens imóveis, mas reforça-se o controlo governamental em sede de alienação e oneração da propriedade imobiliária (artigo 161.º/2).

O texto da 2.ª *Revisão* passou, em 1966, ao *Projecto de Código Civil* e veio a conhecer força de lei, no atual Código Civil português.

3. A formação do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais

I – Acompanhando a sistemática do CC (artigos 157.º e ss.), também o CSC quis ocupar-se *ex professo* da capacidade jurídica das sociedades comerciais (artigo 6.º). Na redação do artigo confluem diversas influências normativas e transferências jurídico-culturais que determinam, em parte, a parca unidade do regime vigente.

No *Anteprojecto de Ferrer Correia*, respeitante à Parte Geral, nada é dito quanto à capacidade das sociedades¹⁷. Não é de estranhar: ao tempo, encontrava-se já em vigor o artigo 160.º CC pelo que, a menos que existisse alguma especificidade propriamente societária, prevalecia o regime geral. Por outro lado, como vimos, o entendimento de Ferrer Correia acerca da capacidade jurídica das pessoas coletivas havia sido afastado na 2.ª *Revisão Ministerial* do CC, razão suficiente para que ao autor repugnasse a consagração expressa de uma disciplina que não merecia a sua aprovação juscientífica.

II – No *Projecto de CSC*, publicado em 1983¹⁸, a situação é radicalmente distinta: o regime do atual artigo 6.º CSC surge aí previsto (como artigo 7.º) em termos literalmente idênticos.

Entre 1969 e 1983 passámos de uma ausência de previsão normativa à regulamentação especial da capacidade das sociedades comerciais. O que ocorreu

¹⁷ FERRER CORREIA, “Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto)” (com a colaboração de ANTÓNIO CAEIRO), *BMJ* 185 (1969), 25-81, 25 e ss.

¹⁸ *BMJ* 327 (1983), 43 e ss.

nesse lapso temporal não é possível documentar, porquanto não se conhecem outras redações do anteprojeto de Parte Geral.

Todavia, é possível imputar a atual redação do preceito a Raúl Ventura. Com efeito, o autor, em 1981, foi encarregado de elaborar um *Anteprojeto de Lei Geral das Sociedades*¹⁹ sendo que a este *Anteprojeto* corresponde o *Projeto de CSC*, após revisão de Fernando Olavo e António Caeiro²⁰.

Ecos do estudo de Raúl Ventura acerca da adaptação do Direito português à 1.ª Diretriz estão claramente presentes na redação do artigo 6.º²¹.

O resultado final resulta numa manta de retalhos normativos:

- (i) O n.º 1 do artigo 6.º reproduz, quase literalmente, o artigo 160.º CC.
- (ii) Os n.ºs 2 e 3 não encontram paralelo no regime civil: são elaboração especificamente jussocietária. Mercê porém da parca documentação, não é possível reconstituir a sua origem exata nem conhecer os motivos justificativos subjacentes, para além das variações históricas já conhecidas.
- (iii) O artigo 6.º/4 denota a influência direta do Direito europeu das sociedades e, por via deste, da tradição anglo-saxónica dos atos *ultra vires*.
- (iv) Por fim, o n.º 5 conhece uma inserção sistemática duvidosa. Nele se reproduz o princípio geral da responsabilidade das pessoas coletivas, resultante do artigo 165.º CC. A matéria é, contudo, estranha à disciplina da capacidade.

III – Mercê desta confluência normativa diversificada, é possível distinguir no artigo 6.º dois *blocos normativos*. O primeiro diz respeito às questões da capacidade em sentido próprio e é composto pelos n.ºs 1, 2 e 3 e pela primeira parte do n.º 4. O segundo diz respeito à responsabilidade dos órgãos sociais (artigo 6.º/4, 2.ª parte) e da própria sociedade quanto aos atos praticados pelos seus representantes (artigo 6.º/5), de que aqui não cuidaremos.

A construção do *primeiro bloco normativo* gira em torno da consagração do *princípio da especialidade* (artigo 6.º/1), tal qual surge no artigo 160.º CC²². O mesmo princípio está igualmente presente nos n.ºs 2 e 3 do preceito que se

¹⁹ ANTÓNIO CAEIRO, *A Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais*, 1988, 5.

²⁰ ANTÓNIO CAEIRO, *A Parte Geral* cit., 5.

²¹ RAUL VENTURA, *Adaptação do Direito português à 1.ª Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre Direito das Sociedades*, 1981.

²² Em sentido contrário, vendo na distinção entre *fins* (artigo 160.º/1) e *fim* (artigo 6.º/1) um sinal diferenciador dos regimes consagrados, cfr. OSÓRIO DE CASTRO, “Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades”, *ROA* 56 (1996) II, 565-593 e “De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras”, *ROA* 58 (1998) II, 823-858.

afiguram concretizações *ratione materiae* do mesmo critério: as liberalidades são, por princípio, “*havidas como contrárias ao fim*” da sociedade (6.º/2) e, do mesmo modo, a prestação de garantias a terceiros, salvo as exceções previstas, “*considera-se contrária ao fim*” (artigo 6.º/3).

O quadro encerra com uma distinção entre fim e objeto social (n.º 4).

IV – O modo como o legislador enuncia a capacidade jurídica das sociedades tem necessários *efeitos hermenêuticos* que podemos já antecipar.

Em primeiro lugar, a evolução dogmática verificada em torno do artigo 160.º CC não pode ser ignorada na interpretação do artigo 6.º. Trata-se, ao menos como ponto de partida metodológico, do mesmo dado sistemático revelado em lugares distintos do ordenamento. O que fica dito não afasta, naturalmente, uma possível *autonomização substancial* da especialidade no âmbito do Direito societário²³. O que não é possível é determinar o conteúdo normativo do artigo 6.º CSC sem dominar os vetores dogmáticos fundamentais do artigo 160.º CC.

Em segundo lugar, as disposições normativas do artigoº 6.º/2 e 3 encontram-se geneticamente dependentes do sentido possível do princípio da especialidade. O que for dito sobre este princípio tem naturais repercussões no conteúdo normativo dos preceitos em causa.

Porém, porque os mesmos preceitos surgem como especificações do próprio princípio da especialidade na disciplina do Direito societário, o alcance do artigo 6.º/1 também só pode ser determinado à luz destes preceitos sobre os quais o próprio princípio exerce influência normativa.

O resultado final do processo interpretativo não poderá deixar de ser, portanto, uma *interpretação integrada*, em processo de *espiral hermenêutica*.

§ 2.º O princípio da especialidade na tradição jurídica brasileira

4. Da Consolidação das Leis Civis (1858) ao Código Civil de 1916

I – Pese embora a Constituição de 1824 prever já, no seu artigo 179.º, a elaboração de um Código Civil, foi apenas em 15 de fevereiro de 1855 que o

²³ No sentido a que alude JOÃO ESPÍRITO SANTO, por oposição a uma *autonomização formal* que consubstanciaria a simples reprodução do mesmo princípio revelado no artigo 160.º/1 CC. Cfr., do autor, *Sociedades por Quotas e Anónimas* cit., 155-156.

governo encarregou o Bacharel Teixeira de Freitas de iniciar os trabalhos conducentes à elaboração da primeira codificação civil brasileira²⁴.

A reforma da legislação civil deveria ser feita em duas fases: (i) numa primeira fase, far-se-ia a recolha (e classificação) das fontes do Direito vigente; (ii) em momento posterior, proceder-se-ia à elaboração de um código civil²⁵.

Em 1858 o trabalho de compilação do Direito vigente estava concluído e Teixeira de Freitas apresentou ao Imperador a *Consolidação das Leis Civis* que D. Pedro II aprovou²⁶.

II – No que diz respeito à pessoa jurídica, a *Consolidação* continha, na sua parte geral, um único artigo com a seguinte redação:

Art. 40.º

As pessoas são singulares ou collectivas. São pessoas collectivas as Cidades, Villas, Concelhos, Confrarias, Cabidos, Prior e Convento, marido e mulher, irmãos em uma herança; e outras semelhantes, que se considerem como uma pessoa.

III – Na parte geral, nada se previa, especificamente, quanto à capacidade das *pessoas collectivas*. Contudo, em sede «*dos direitos pessoas nas relações civis*», surgiam dois artigos de especial importância:

Art. 342.º

São nullos em Juizo e fora dele, todos os contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares para alienação de bens móveis, imóveis, e semoventes, do seu patrimonio, uma vez que não haja precedido expressa licença do Governo para a celebração de taes contractos.

Art. 343.º

Os Empregados Públicos, Officiaes Militares, Corporações de mão-morta, Clerigos, Regulares; e os falidos, emquanto não forem legalmente reabilitados; não podem fazer contractos nos casos, que declaram o Art. 148 do Cod. Crim. e os Arts. 2.º e 3.º do Código do Commercio.

²⁴ Para um enquadramento geral, veja-se, por exemplo, RUI FIGUEIREDO MARQUES/CARLOS FERNANDO MATHIAS/IBSEN NORONHA, *História do Direito Brasileiro*, 2014, 309 e ss.

²⁵ INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira”, *Novo Código Civil – Questões controvertidas* (Mário Luiz Delgado/Jones Figueirêdo Alves), 6, 2007, 17-41, 21.

²⁶ A intervenção régia na publicação da obra de TEIXEIRA DE FREITAS conferiu à *Consolidação* especial relevo jurídico. Se não era lei, foi largamente acolhida com força de lei, sendo comuns as referências à *Consolidação* como o primeiro código civil brasileiro, ou como fazendo as vezes de código. Com referências, cfr. SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas – O juriconsulto do império*, 1979, 119 e ss. e CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado*, 1897, 116.

À semelhança do que encontramos na tradição jurídica portuguesa, as limitações à transmissão da propriedade e o regime das corporações de mão-morta surgiam, no Brasil imperial, como hipóteses documentadas de limitação à capacidade das *peças collectivas, mores, jurídicas* ou, simplesmente, das corporações (mormente eclesiásticas).

III – Em continuidade com o previsto na Consolidação, o *Projecto Teixeira de Freitas*²⁷ manteve a mesma limitação à capacidade de gozo das pessoas jurídicas:

Art. 281.º

São corporações de mão-morta os estabelecimentos e associações de duração ilimitada, e tendo património seu, a quem é prohibido alienar sem autorização do Governo os imóveis que já possuem, ou que de futuro vierem á adquirir por dispensa especial do Corpo Legislativo.

Art. 282.º

Reputar-se-hão legitimas, salvo o prejuizo de terceiros, todas as aquisições de imóveis possuídos por essas Corporações de mão-morta até a data da promulgação deste Código, ainda mesmo que não fossem feitas com dispensa das leis da amortização.

O regime seguia acompanhado de um princípio limitador da capacidade de gozo das pessoas jurídicas, segundo o qual haver-se-iam por proibidos “os actos e direitos, que não lhes fôrem expressamente permittidos” (artigo 283.º).

O regime contrasta, aliás, com o princípio geral ínsito no artigo 17.º do mesmo *Projecto*, nada limitador da dita capacidade civil.

IV – O *Projecto Teixeira de Freitas* não chegou a bom porto²⁸, mas o esforço codificador não foi abandonado. Destacam-se, em concreto, os seguintes trabalhos:

²⁷ Poucos meses após a publicação da *Consolidação*, o Governo veio autorizar, pelo Decreto 2318, de 22-dez.-1858, a contratação de um juriconsulto para a elaboração de um projeto de código civil. TEIXEIRA DE FREITAS viria a ser designado, para o efeito, em 10 de janeiro de 1859 e, em 1860, publicava o livro primeiro da Parte Geral, sob a designação *Código Civil – Esboço*.

Entre 1860 e 1865 viriam a lume diversos articulados elaborados pelo autor e destinados a integrar o código civil, cujo conjunto pode ser designado por *Projecto TEIXEIRA DE FREITAS*.

²⁸ Uma comissão constituída em 1864 iniciou os trabalhos de revisão crítica do *Projecto* em abril de 1865 (sobre a composição da comissão, veja-se Sobre a sua composição, cfr. INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 25). Os trabalhos decorreram a um ritmo muito lento e sem consensos e a 31 de agosto desse ano a comissão suspendeu os seus trabalhos (com referências, SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas – O juriconsulto do império* cit., 258).

- (i) A proposta do Visconde de Seabra de um projeto de código civil para o Brasil (1871), com 392 artigos, especialmente mal acolhida²⁹;
- (ii) Os trabalhos de Nabuco de Araújo, entre 1872 e 1880, que, no entanto, “não deixou código nem sequer o pensamento de seu código”³⁰;
- (iii) Os *Apontamentos para o Projecto de Código Civil brasileiro* (1881) de Feliciano dos Santos³¹ que dariam origem ao *Projecto Feliciano dos Santos* (1884)³²;
- (iv) Nos primeiros anos da República (1889-1930) o *Projecto Coelho Rodrigues* e a *Nova Consolidação das Leis Civis*, de Carlos de Carvalho³³; e, por fim,

O *Projecto Clóvis Beviláqua* (1899) que, 16 anos depois³⁴, viria a ser aprovado pela Lei n.º 3071, de 01-jan.-1916, dando assim origem ao primeiro código civil brasileiro.

V – Durante os trabalhos da comissão revisora do *Projecto Clóvis Beviláqua*, uma das disputas dogmáticas mais acesa – protagonizada por Coelho Rodrigues e pelo próprio autor do projeto – ficou a dever-se, justamente, à capacidade das pessoas jurídicas e do princípio da equiparação, preconizado no *Projecto*³⁵.

De acordo com Coelho Rodrigues o projeto de código civil em discussão não promovia qualquer distinção entre a capacidade jurídica das pessoas naturais e das pessoas jurídicas. Daí resultava uma equiparação juridicamente inaceitável entre realidades absolutamente distintas, que o autor rejeitava com os seguintes argumentos:

No ano seguinte, o autor abandonaria o projeto que nunca veio a conhecer força de lei. Não obstante, a obra de TEIXEIRA DE FREITAS viria a marcar profundamente a ciência jurídica na América Latina, em particular o movimento da codificação presente em países como a Argentina e o Uruguai.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*, 1928, 106.

³⁰ Neste sentido, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 28, pese embora se conhecer algum articulado de sua autoria.

³¹ Com referências, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 29-30 e PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 107.

³² HAROLDO VALLADÃO, *História do Direito especialmente do Direito brasileiro*, II, 1973, 59.

³³ Com referências, INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 30-33 e PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 107-108.

³⁴ Com referências sobre o *iter* legislativo observado, cf. INÁCIO DE CARVALHO NETO, “História da codificação civil brasileira” cit., 33-35; PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro* cit., 108 e ss. e JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil da Republica dos Estados Unidos do Brasil Annotado*, 3.ª ed., 1926, XIX e ss.

³⁵ A discussão encontra-se documentada in A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, 1923, 30-39.

“1.º as pessoas jurídicas são criações artificiais da lei, que, como todo o creador, pôde marear-lhe o modo e as condições de vida e até limitar a duração, salvo os direitos adquiridos; ao passo que a personalidade das naturaes é a condição sine qua non da existência da sociedade civil e politica e, portanto, do próprio legislador positivo;

2.º cada pessoa natural tem o seu eu próprio, individual e independente dos outros, ao passo que as pessoas jurídicas representam um aggregado de duas ou mais naturaes, e ás vezes até de bens, como as fundações, com uma existencia emprestada pelas daquelas, ou por estes;

3.º nenhuma pessoa jurídica pôde ter direitos de familia (também considerados civis), ao passo que toda a pessoa natural deve ter esses direitos, ainda quando não os possa invocar, como os expostos por falta de prova;

4.º a lei civil pôde extinguir a pessoa jurídica, mas não a natural, depois da abolição da chamada morte civil que, espero em Deus, não ressuscitará entre nós;

5.º a vida da pessoa natural é limitada a um periodo, relativamente curto, que a lei presume não poder exceder de um seculo, ao passo que as pessoas jurídicas podem durar muitos seculos, como a Igreja Catholica, o Reino de Portugal, as ordens de S. Bento ou S. Francisco e Misericórdia do Rio de Janeiro, etc., etc.

Esta última diferença é a razão principal das leis restrictivas da mão morta, que, no dizer hyperbolico do § 21 da lei de 9 de setembro de 1769, ameaçava toda a christandade de não haver um só palmo de terra, que pudesse pertencer a gente viva.”³⁶.

VI – A resposta de Clóvis Beviláqua é especialmente interessante. O autor começa por apresentar um resumo das principais orientações dogmáticas acerca da pessoa jurídica³⁷ que, na sua sistematização, podiam ser reconduzidas a seis:

“1.ª A que considera as pessoas jurídicas puras criações do Estado e, portanto, ficções da lei (Savigny, Laurent, Vauthier, etc.).

2.ª A que afirma ser este genero de pessoas uma simples apparencia excogitada para facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito dos direitos, que se lhe attribuem, os individuos que a compõem ou em beneficio dos quaes ellas foram creadas (Ihering e Bolze).

3.ª A que contorna a dificuldade dizendo que, no caso das chamadas pessoas jurídicas ou sociaes, os bens não teem proprietarios, os direitos não teem sujeitos (Windscheid, Brinz, Demelius).

4.ª A que considera a vontade como sujeito dos direitos, tanto em relação aos individuos quanto ás corporações, e ás fundações (Zietelmann e Meuren).

5.ª A que pretende ver nas pessoas jurídicas simples manifestações de propriedade colectiva (Planiol).

³⁶ Apud A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 33-34.

³⁷ Reportando-se a um estudo seu, publicado na *Revista Académica da Faculdade de Direito do Recife*, com o título *Conceito das pessoas jurídicas*.

6.^a *A que enxerga nas pessoas jurídicas (corporações, sociedades e fundações) subtracta reaes e vivos como os que servem de base ás pessoas physicas (Gierke, Endemann, D'Aguano, Giorgi, Fadda, Benza, etc.).*³⁸

Seguidamente, contesta a posição de Coelho Rodrigues por ver nela uma adesão à doutrina savignyana da ficção, há muito abandonada na ciência jurídica.

Com efeito, Coelho Rodrigues parece sustentar que as pessoas jurídicas são “*creações artificiais*” e, como tal, uma simples ficção normativa (*bloÙe Fiktion*³⁹).

Não assim para Clóvis Beviláqua⁴⁰. Para o autor, as pessoas jurídicas são realidades vivas que se impõem ao Direito e que o Estado reconhece; são corpos sociais dotados de vida e interesses próprios, e não meras ficções jurídicas:

“A verdade é que o reconhecimento das pessoas jurídicas por parte do Estado não é acto de criação, mas sim apenas de confirmação, e, sob este ponto de vista, não são as pessoas jurídicas tratadas de modo diverso das pessoas naturaes.”

E continua, citando Endemann:

*“(...) com a associação se origina um corpo social dotado de interesses jurídicos próprios, o qual, do mesmo modo que o indivíduo, deve ser juridicamente reconhecido como existindo realmente e agindo, e não simplesmente como um ser fictício.”*⁴¹

O princípio da equiparação entre pessoas naturais e jurídicas decorre, para Clóvis Beviláqua, da rejeição da doutrina da ficção: se as pessoas naturais e jurídicas têm uma existência própria e autónoma, que o Direito se limita a “*confirmar*”, não há razão para que não sejam plenamente equiparadas.

VII – Não obstante o que fica dito, Clóvis Beviláqua não parece rejeitar a limitação da capacidade de gozo das pessoas jurídicas. Pelo menos, parece aderir a António Joaquim Ribas, por exemplo, fazendo sua a afirmação do autor

³⁸ *Apud* A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 36.

³⁹ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, II, 1840, 236.

⁴⁰ Já na obra *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado*, cit., 147 e ss. o autor rejeita a doutrina da ficção, saudando o génio de TEIXEIRA DE FREITAS que terá banido tal construção dogmática do espaço jurídico brasileiro.

⁴¹ *Apud* A. FERREIRA COELHO, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, V, cit., 37 e 38-39, respectivamente.

segundo a qual a esfera da capacidade das pessoas jurídicas “*acha-se limitada, em geral, pelo seu destino*”⁴².

Todavia, quando tenta concretizar em que consiste tal limitação, Clóvis Beviláqua não vai além da exclusão daqueles direitos e obrigações que, dada a condição inumana do sujeito, não lhe podem ser imputados⁴³.

5. O Código Civil de 2002 e o estado da arte: um diálogo possível?

I – O cenário não se alterou significativamente com o novo Código Civil de 2002. O direito positivo mantém-se silente quanto à limitação da capacidade das pessoas jurídicas.

A disciplina das sociedades personificadas tão pouco oferece arrimo positivo suficiente para a formulação de um princípio da especialidade semelhante ao que vigora em Portugal. A LSA, promulgada ainda sob a vigência do Código de 1916, nada dispõe expressamente sobre a capacidade das sociedades anónimas.

II – Não obstante, uma certa ideia de limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas em razão do seu fim, permanece como um dado doutrinal importante. Talvez o diálogo com a doutrina e jurisprudência portuguesa se torne, quanto a este ponto, especialmente frutuoso, independentemente do sufrágio ou rejeição que possam merecer as teses que procuraremos defender.

§ 3.º A evolução interpretativa do princípio da especialidade no artigo 6.º CSC

6. A relevância do fim legal-tipológico

I – A sorte do princípio da especialidade encontra-se condicionada pela possibilidade de determinar um conceito operacional de fim em razão do qual se limite a capacidade jurídica das sociedades.

Tal conceito operacional, a existir, deverá ser, naturalmente, um conceito normativo, nascido da ponderação do regime vigente.

⁴² ANTÓNIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro*, II, 1865, 142. Neste sentido, cfr. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado* cit., 153.

⁴³ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito privado* cit., 153. Em concreto: situações jurídicas familiares, sucessórias e a prática de crimes.

Ora, a noção de *fim* está presente na disciplina das pessoas coletivas com níveis de intensidade diversos. Sobressai, desde logo, a utilização do conceito no sentido de *tipo legal*, podendo falar-se, nesta aceção, em *fim legal-tipológico*⁴⁴.

Esta aceção torna-se mais relevante se tivermos em conta que é *communis opinio* a existência de um *numerus clausus* de pessoas coletivas, recortados de acordo com a tipologia legal. Para que ocorra personificação, *prima facie*, a realidade personificanda terá que conhecer um dos fins previstos na lei.

II – Com este enquadramento, a manualística foi interpretando a referência a *fim* (a *ratio* justificativa da personificação, diriam alguns⁴⁵) com *escopo* ou *elemento teleológico* da pessoa coletiva, no roteiro expositivo da disciplina⁴⁶.

Distingue-se, com frequência, entre *fim interessado/desinteressado*; *económico/não económico*; *lucrativo/não lucrativo*, retirando daí efeitos classificatórios para as pessoas coletivas⁴⁷.

Mais difundida é a distinção entre *fim mediato* e *imediate*. A primeira coincide com a noção de *fim legal-tipológico* e a segunda com o objeto da pessoa coletiva ou a concreta atividade que esta se propõe realizar.

⁴⁴ É a designação oferecida por JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, 2000, 109. O autor distingue entre uma noção de *fim legal-tipológico* (associado à distinção das pessoas coletivas em razão do tipo) do *fim estatutário* (o que a pessoa coletiva *in casu* se propõe fazer). Com especial interesse, veja-se a evolução que o autor documenta entre uma *especialidade* continental que se aproximou de um conceito de *fim legal-tipológico* e a tradição *ultra vires*, próxima da finalidade estatutária (115 e ss., em particular, 123 e ss.).

⁴⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., 2012, 126 e, em sentido próximo, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I (*Introdução. Pressupostos da relação jurídica*), 6.ª ed., 2012, 447.

⁴⁶ Por todos, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IV, 3.ª ed. cit., 655 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 126; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed. cit., 447; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I (*Introdução. As pessoas. O bens*), 2.ª ed., 2000, 222 e ss. e CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto), 2005, 271 e ss.

Distingue-se entre *fim interessado/desinteressado*; *económico/não económico*; *lucrativo/não lucrativo* (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 233-235). O *fim* é entendido muitas vezes como razão da personificação.

⁴⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 233-235. Cfr. ainda CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed. cit., 484 e ss. (com variações terminológicas).

JOÃO ESPÍRITO SANTO distingue ainda entre *fim legal-tipológico abstrato* e *fim legal-tipológico concreto*, consoante o grau de concretude da previsão normativa. Cfr. JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 109 e ss.

III – A noção de fim não goza apenas de importância enquanto enquadramento tipológico; ela representa ainda, em Portugal, um papel relevante no regime das pessoas coletivas, em particular no regime da sua extinção.

Assim, a extinção judicial das associações, prevista no artigo 182.º/2, ocorre por realização completa ou impossibilidade do seu fim; por discrepância entre o fim real e o fim estatutário; e sempre que a prossecução do fim seja obtida por meios ilícitos ou imorais.

No caso das fundações, a extinção oficiosa obedece, quanto ao fim, ao mesmo regime das associações (artigo 192.º/2). Em causa está o fim institucional (artigo 191.º/1), estatutário, qualificado como de interesse social (artigo 188.º/1).

No caso das sociedades civis, a realização completa ou impossibilidade do fim imediato, dito *objeto*, é também causa de dissolução (artigo 1007.º/c).

O que fica dito basta para evidenciar que para efeitos de regime das pessoas coletivas prevalece a noção de *fim imediato*, *estatutário*, *institucional* (no caso das fundações) ou, numa linguagem mais jussocietária, *fim-objeto*.

Este dado é particularmente evidente quanto se contrapõe a noção de *fim real* a “*fim expresso no ato de constituição*” (artigo 182.º/2, b)) ou “*fim expresso no ato de instituição*” (artigo 192.º/2, b)). Em causa está o confronto entre os atos materiais e jurídicos realmente praticados pela pessoa coletiva (*fim real*) e aqueles que esta se havia proposto praticar no seu ato constitutivo.

A sanção prevista para esta desconformidade não é a ineficácia de tais atos mas sim a dissolução da pessoa coletiva.

IV – Do que fica dito é possível concluir, pacificamente, que o fim a que alude o artigo 160.º CC em caso algum coincide com o *fim imediato*, *estatutário*, *institucional* ou *fim-objeto*. Outra conclusão seria contrária ao próprio regime das pessoas coletivas, em concreto ao regime previsto para o *desvio do fim*⁴⁸, que prevê a dissolução e não a ineficácia dos atos transviados (o que ocorreria em caso de incapacidade)⁴⁹.

Não existe, portanto, base normativa para poder sustentar uma qualquer consagração, ainda que mitigada, da doutrina *ultra vires* (na sua formulação tradicional).

⁴⁸ Expressão cunhada por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I (Introdução. As pessoas. O bens), 1.ª ed., 1997, 236 e, posteriormente, utilizada por JOÃO ESPÍRITO SANTO para designar a inovação dogmática trazida pelo primeiro autor (*Sociedades por quotas e anónimas* cit, 156).

⁴⁹ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 266.

Resta, assim, ao intérprete-aplicador, a identificação do *fim* da pessoa coletiva, para efeitos do artigo 160.º/1 CC, com a noção de *fim legal-tipológico*. Foi o caminho trilhado por parte significativa da doutrina.

7. Tese tradicional: o escopo lucrativo como fim da sociedade e a sua inoperacionalidade

I – O *fim legal-tipológico* das sociedades comerciais tende a ser procurado junto da figura contratual de base. Ou seja: na ideia de *lucro*, ou de “*repartição de lucros*”, enquanto *essentialia negotii* ou *índice tipológico* do contrato de sociedade⁵⁰ (consoante se adote uma concepção mais conceptual ou tipológica no processo de qualificação).

Esta orientação levou à formação da *tese tradicional* acerca da limitação da capacidade das sociedades comerciais: o *fim da sociedade*, a que alude o artigo 6.º/1, é o *escopo lucrativo* previsto no artigo 980.º CC⁵¹.

⁵⁰ Neste sentido, vendo no lucro um índice do tipo contrato de sociedade, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., 2009, 132-133. Sobre o problema da qualificação das sociedades não lucrativas, com referências, cfr. JOÃO MIGUEL ASCENSO, “As sociedades não lucrativas – Breve análise do direito dos sócios aos lucros”, *RDS III* (2011) 3, 811-856.

Há contudo autores que levantam reservas quanto à possibilidade de a própria noção de lucro – mau grado a redação do artigo 980.º CC – consistir num *essentialia negotii* ou *índice tipológico* do contrato de sociedade ou, pelo menos, de todos os contratos de sociedade. OLIVEIRA ASCENÇÃO, por exemplo, faz depender o fator qualificador do contrato de sociedade da noção de empresa: “(...) não nos parece correcto afirmar que o fim da sociedade é o lucro. O fim da sociedade é complexo, é o desempenho de uma actividade produtiva, susceptível de gerar lucros que possam ser repartidos. O acento deve recair sobre a primeira finalidade, pois é esta que justifica a disciplina e tutela das sociedades.” (*Direito Comercial*, IV, 1993, 24).

O escopo teleológico do contrato de sociedade – definidor do tipo – não seria assim o lucro e a sua repartição mas sim a *atividade produtiva*, suscetível de gerar lucro (como consequência natural, mas não necessária, de tal atividade).

JORGE PINTO FURTADO, movendo-se no contexto da tese tradicional, chama a atenção para a existência de sociedades comerciais sem escopo lucrativo, como as cooperativas e as SGPS (*Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed., 2004, 139.) e PAIS DE VASCONCELOS vai mais longe, sustentando que o arquétipo legal do artigo 980.º não o é das sociedades comerciais (*A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., 2006, 15 e 29 e *Contratos Atípicos*, 2.ª ed. cit., 67 e ss., 95 e ss.).

De um modo geral, observa-se a tendência para uma matização do quadro normativo, que conduz ao progressivo abandono da relevância tipológica do lucro. A expressão «*repartição de lucros*» tende a ser preterida a favor de expressões como “*fim económico lucrativo*”, por exemplo (CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed. cit., 486).

⁵¹ Com variantes, esta tese é sustentada por autores como, por exemplo, SOVERAL MARTINS, “Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais”, *Estudos de Direito das Sociedades* (Coutinho de Abreu), 10.ª ed., 2010, 110-114; “Capacidade e representação das sociedades comer-

O facto de o objeto social não limitar a capacidade das sociedades (artigo 6.º/4) afastou liminarmente uma possível identificação com o fim imediato. As *liberalidades*, ao serem por princípio consideradas contrárias ao fim da sociedade (artigo 6.º/2), bem como a prestação de garantias gratuitas a terceiros (artigo 6.º/3), surgem como dados normativos que parecem reforçar a identificação normativa entre *lucro* e *fim social*.

II – A orientação ora enunciada padece, porém, da crónica dificuldade em determinar um *conceito operacional* de lucro, para efeitos de limitação da capacidade.

Tal dificuldade reside, desde logo, na própria *assistematicidade* do conceito. Com efeito, o facto de ser abundante a referência a “*lucro*” no CSC – surge cerca de uma centena de vezes – não assegura por si uma construção unitária⁵². Pelo contrário: a sua utilização revela aceções semânticas muito distintas⁵³, tornando-se difícil para o jurista encontrar um arrimo juspositivo a partir do qual possa densificar uma noção de lucro⁵⁴, útil para efeitos de capacidade.

III – Ante um tal pluralismo semântico, fácil é compreender a existência de significativas *nuances* na posição dos autores que sufragam a tese tradicional.

Para Ferrer Correia, por exemplo, o escopo lucrativo coincide com o intuito subjacente ao exercício de certa atividade que tenha em vista “*realizar*

ciais”, *Problemas de Direito das sociedades*, 2002, 471–496, 472; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II (*Das sociedades*), 4.ª ed., 2011 (reimp. 2013), 189 e ss.; PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, valores mobiliários e mercados, 6.ª ed., 2011, 39; OSÓRIO DE CASTRO, “Da prestação de garantias...” cit., 566 e ss., *passim*; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 4.ª ed., 2013, 238 e ss.; MARIA RAQUEL REI, “Sociedades anónimas desportivas – O fim lucrativo”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV, 2011, 281–291, 284.

⁵² Neste sentido, embora inconsequente, FRANCISCO BRIOSA E GALA, “As participações sociais e o conceito de lucro nas sociedades de advogados”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV, 2011, 163–196, 184.

⁵³ Assim, e a mero título exemplificativo, o CSC refere-se a lucro como um *direito dos sócios* (arts. 21.º/1, a), 22.º, 23.º/4, 27.º/4, 40.º/1, 98.º/1, m), 119.º, h), 183.º/1 e 4, 186.º/5, 239.º, 494.º...), cabendo depois distinguir se em causa está um direito abstrato ou concreto aos lucros da sociedade; como um *bem social distribuível* (arts. 31.º, 33.º, 34.º, 96.º/1, 217.º, 294.º/1, 341.º/2, 342.º/1, 349.º/6...) ou *distribuído* (artigo 243.º/3...); como um *direito de terceiros* (arts. 98.º/1 g); 119.º/ o); 217.º/3, 255.º/3, 294.º/3, 399.º...); como um certo *resultado do exercício* (arts. 209.º/3, 217.º, 287.º/3, 294.º/1, 296.º, b), 297.º, 346.º/4, a), 361.º/1, a), 362.º...); como *objeto de deliberação social* (arts. 246.º/1, e), 263.º/2 e 3...), etc.

⁵⁴ Chamando justamente a atenção para este aspeto, cfr. GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht – Eine Untersuchung über Handlungsmaßstäbe für Vorstand und Aufsichtsrat*, 1980, 78.

o *proveito económico dos sócios por qualquer modo que seja*⁵⁵. Em causa está uma noção ampla de lucro⁵⁶, próxima da ideia de lucro potencial. Seria este o elemento essencial das sociedades comerciais, por oposição a uma ideia de repartição de lucros⁵⁷.

Já Raúl Ventura aproxima-se mais da noção restrita de lucro, sublinhando a sua dimensão subjetiva, ao colocar a tónica na proibição de pacto leonino e daí fazendo derivar a não qualificação do contrato como de sociedade se lhe faltar o elemento lucrativo⁵⁸. O mesmo pode ser dito quanto à posição de Cassiano dos Santos⁵⁹.

IV – Há que reconhecer, contudo, que por maiores que sejam os esforços dos autores, as tentativas de formular um conceito operacional de lucro, para efeitos de capacidade, acabam por redundar em circunlóquios referentes a uma ideia imprecisa de proveito económico.

Muitas vezes, não parece ser possível ir além de meras ilustrações linguísticas, elaboradas em torno de locuções como “*escopo lucrativo*” e “*intuito de obter lucros para atribuí-lo(s) ao(s) sócio(s)*”; “*finalidade lucrativa*”, etc.

Em algumas obras, desiste-se simplesmente de uma definição concreta de lucro, limitando-se à referência sumária da existência de escopo lucrativo e tomando por adquirido o seu significado⁶⁰.

Autores há que vão ainda mais longe e nem sequer indicam o fim da sociedade. Pressupõem que a sociedade há de ter um qualquer fim; que tal fim determinará a sua capacidade e que, em qualquer dos casos, face ao teor do artigo 6.º/4, não coincidirá com o objeto social... E, nesta sede, mais não dizem⁶¹.

⁵⁵ FERRER CORREIA, “Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto)” (com a colaboração de ANTÓNIO CAEIRO) cit., 37. Cfr., igualmente, do autor, *Lições de Direito Comercial*, 1994, 337 e ss.

⁵⁶ Neste sentido, FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades anónimas*, 2011, 55.

⁵⁷ FERRER CORREIA, “Lei das Sociedades Comerciais (Anteprojecto)” (com a colaboração de ANTÓNIO CAEIRO) cit., 37: “*O fim de conseguir lucros e repartir pelos sócios não parece, assim, possa considerar-se essencial, nem mesmo no plano da legislação mercantil vigente. Essencial é, sim, o exercício de uma actividade económica comum, tendo em vista realizar o proveito económico dos sócios por qualquer modo que seja.*”.

⁵⁸ RAUL VENTURA, *Sociedades por Quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, I, 2.ª ed., 1989, 4.ª reimp., 2007, 326.

⁵⁹ CASSIANO DOS SANTOS, “O direito aos lucros no Código das Sociedades Comerciais (à luz de 15 anos de vigência)”, *Problemas do Direito das Sociedades*, 2002, 185-199, 188 e ss. Cfr., ainda, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, 2006, 181 e ss., 242 e ss. e 253.

⁶⁰ SOVERAL MARTINS, “Da personalidade ...” cit., 110-111 e *CSC em comentário*, I, cit., 6.º, 110-112.

⁶¹ Por exemplo, PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed. cit., 277-278.

Tal circunstância – se não superada por via doutrinal ou jurisprudencial – conduz a uma insegurança jurídica sistémica. Recorde-se que as sociedades comerciais são, com toda a certeza, os maiores agentes económicos nacionais, têm intervenção nos contratos mais significativos e são as principais litigantes. A sua vida e atividade convoca a aplicação de todas as áreas do Direito, abrindo aliás fronteiras em ramos ancestrais do Direito comum⁶². O grosso do comércio jurídico passa por estruturas societárias personalizadas.

VI – Do que fica visto, uma conclusão se impõe: a identificação do fim da sociedade com escopo lucrativo é, para efeitos do artigo 6.º/1, dogmaticamente inoperante.

Tratando-se, a capacidade, de um juízo *ex ante*, qualquer noção de lucro real (seja ele contabilístico, do exercício, distribuível, etc.) deve ser afastada: não é possível ajuizar acerca da capacidade jurídica para a prática de um ato à luz de um critério só verificável depois do ato praticado.

Resta-nos, portanto, uma noção de *lucro potencial* como fim (legal-tipológico) da sociedade. Mas também esta é de escassa ou nenhuma utilidade. Por referência a um *lucro potencial* – a uma possível *vantagem ou proveito económico* (no sentido de Ferrer Correia⁶³) –, rara ou nenhuma será a atividade que não seja permitida, já que de todas sempre se poderá dizer terem sido praticadas em ordem a um lucro expectável ou subordinadas a um genérico interesse económico.

Compreende-se, portanto, que mesmo entre os sufragantes da tese tradicional, a acentuada dificuldade em delimitar uma noção concreta e operacional de lucro tenha levado a uma formulação tão *generosa* do princípio da especialidade que, na prática, o esvazia do conteúdo limitativo da capacidade de gozo.

É ilustrativa desta *generosidade*, a posição de Osório de Castro:

“(...) o escopo lucrativo que fornece a medida da capacidade da sociedade não tem de encontrar expressão no conteúdo do próprio ato ou negócio (...), bastando, ao invés, que as atividades se integrem em objetivos genericamente lucrativos, no sentido de que está presente um interesse económico (...). Resulta disto que, relativamente a atos onerosos, nunca se colocam problemas de incapacidade (mesmo tratando-se da prestação de garantias a dívidas de outras entidades): a conformidade com o fim social (com o escopo lucrativo) está sem mais assegurada

⁶² Pense-se, por exemplo, nas necessárias interrogações que a organização societária do património das famílias coloca ao Direito sucessório, claramente formado num contexto de titularidade patrimonial diverso do coevo.

⁶³ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial* cit., 338 e ss.

(...). *Faltando contrapartida é que será caso para indagar se não haverá porventura um interesse económico alheio ao conteúdo do ato (...).*”⁶⁴

VII – A inoperacionalidade da noção de lucro conduz, portanto, a tese tradicional à *superação pragmática* do princípio da especialidade. Por um lado, mantém-se uma construção assente na limitação normativa da capacidade de gozo das sociedades, por referência a um escopo lucrativo; por outro, reduz-se o efeito limitativo do princípio da especialidade a casos de fronteira, excepcionais, que em bom rigor sempre seriam apanhados em outras malhas do sistema⁶⁵.

O resultado é claro: as sociedades comerciais gozam, *formalmente*, de uma capacidade jurídica limitada mas, *materialmente*, de uma capacidade de gozo tendencialmente plena.

Reproduzem-se, portanto, nesta sede, as mesmas *interpretações generosas* do artigo 160.º apelando-se, sobretudo, a um conceito amplo de lucro, capaz de englobar o mais lato leque de categoria de atos.

A jurisprudência, sobretudo a propósito da constituição de liberalidades e prestação de garantias, tem vindo a acentuar esta tendência, como melhor veremos, naquilo que se afigura um desenvolvimento construtivo ou aperfeiçoamento do Direito (*Rechtsfortbildung*) que não podemos ignorar.

8. *A superação pragmática do princípio da especialidade*

I – A sorte do princípio da especialidade, como vimos, depende absolutamente da possibilidade de identificação de um *conceito operacional* de *fim* para a pessoa coletiva, em razão do qual se possa aferir a sua capacidade jurídica.

Décadas volvidas, os esforços revelaram-se infrutíferos: há que assumir a inoperacionalidade dogmática do conceito de fim da pessoa coletiva como critério mitigador da capacidade de gozo.

O princípio da especialidade deve entender-se, portanto, superado.

⁶⁴ OSÓRIO DE CASTRO, “A prestação gratuita de garantias e a assistência financeira no âmbito de uma relação de grupo”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, II, 2012, 413-433, 414.

⁶⁵ Um exemplo de fronteira oferecido por CARVALHO FERNANDES é a *doação feita por uma sociedade a um sócio*. Tal ato, segundo o autor, seria nulo por incapacidade. Mas, acaso não podem as sociedades distribuir bens aos sócios com os limites previstos nos arts. 31.º e 32.º CSC? E se tal «doação» for feita em violação destes preceitos, não há lugar à restituição do indevido (artigo 34.º)? Parece absolutamente desnecessário, *in casu*, convocar o instituto da capacidade, a não ser em homenagem a um apriorismo conceptual.

II – As vias de superação nem sempre são coincidentes. *Breviter* dir-se-á que o princípio da especialidade é, em primeiro lugar, objeto de uma *superação pragmática*, já identificada: formalmente, a doutrina e a jurisprudência mantêm a referência à limitação da capacidade em razão do fim da pessoa coletiva; contudo, quando procura concretizar essa limitação, é levada a assumir que exceção consome a regra.

Sobre este pano de fundo, ensaiam-se, depois, *superações dogmáticas*.

III – Os primeiros passos de superação pragmática encontram-se logo em Antunes Varela (autor material da *Segunda Revisão Ministerial*) que propõe, para a interpretação do princípio da especialidade, uma “*larga atenuação do seu rigor*”⁶⁶. No mesmo sentido segue Carlos Mota Pinto⁶⁷, recuperando o entendimento “*menos gravoso*” do princípio, herdado da formulação de Manuel de Andrade.

Carvalho Fernandes sustenta um “*entendimento liberal*” da especialidade que “*restringe significativamente o seu alcance*”⁶⁸. O mesmo pode ser dito quanto a Heinrich Hörster⁶⁹, com maior moderação.

IV – O tom geral da *superação pragmática* é unísono: atos necessários ou convenientes à prossecução do fim da pessoa coletiva podem ser quase todos. Para aferir da capacidade, só pode ser feita uma delimitação em abstrato de certas categorias de atos e sempre para certa categoria de pessoas coletivas, em função da sua tipologia legal: tal esforço acaba por ser impreciso e redundante.

Também no âmbito desta orientação, ainda que com maiores reservas⁷⁰, é possível enquadrar a posição de João Espírito Santo:

⁶⁶ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., 1987, 160.º, 165.

⁶⁷ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., 318-321. Não deixa de ser significativo que o autor cite, em nota, a obra de SANTORO-PASSARELLI, *Teoria Geral do Direito Civil* (na tradução de Manuel de Alarcão, 1967) e faça referência à dificuldade prática na determinação do princípio da especialidade e à utilidade dos atos praticados fora do fim da pessoa coletiva, argumentos apresentados pelo autor italiano como justificação da inexistência de um tal princípio no Direito italiano.

⁶⁸ CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed., cit., 605.

⁶⁹ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 1992 (reimp. 2012), 390-391.

⁷⁰ Colocamos reservas a este enquadramento do pensamento do autor, porquanto o estudo aturado que o autor faz do princípio da especialidade não o leva à mera repetição do seu conteúdo tradicional, seguido da constatação pragmática da sua inoperacionalidade.

Há que não perder de vista que o autor distingue entre *fim mediato abstrato*, *fim mediato concreto* e *fim imediato concreto* (do autor, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 158 e ss.). O *fim mediato abstrato* corresponde, sem bem lemos, ao fim legal-típológico (no caso das associações, um fim que não seja o lucro económico). O *fim mediato concreto* corresponde àquele que se desenha dentro do primeiro; e o *fim imediato concreto*, os concretos meios e atividades que a pessoa coletiva se propõe realizar.

“(…) o artigo 160.º, n.º 1, do CC poderia interpretar-se como o faz a doutrina tradicional no que respeita à demarcação negativa da capacidade da pessoa colectiva, não fora o facto da inoperacionalidade do princípio da especialidade tal como está consagrado. Não pode, pois, retirar-se a tradicional conclusão de que as pessoas colectivas têm uma capacidade de direito limitada pelo seu fim; antes deverá concluir-se que, naquilo que seja compatível com a respectiva natureza, gozam de uma capacidade absoluta, sob reserva de a mesma poder ser pontualmente limitada por disposição legal.”⁷¹.

O princípio da especialidade é um fator limitativo da capacidade jurídica. Teria sido essa, aliás, a intenção do legislador. Porém, tal como está consagrado no artigo 160.º/1, ele *nada limita*.

Não há, portanto, uma superação dogmática do princípio. Pelo contrário: sublinha-se a adesão ao seu entendimento tradicional. Reconhece-se, outrossim, a *inoperacionalidade prática* da formulação legal, o que leva o intérprete-aplicador a concluir no sentido de uma capacidade jurídica tendencialmente absoluta das pessoas coletivas (excetuando as limitações decorrentes do artigo 160.º/2 CC).

9. *Vias de superação dogmática: o princípio da especialidade e a vinculação das sociedades*

I – A inoperacionalidade pragmática do princípio da especialidade, quando constatada, conduz invariavelmente a tentativas de superação dogmática. No âmbito do artigo 6.º, cabe salientar a superação mediante a deslocação da espe-

Segundo o autor, os fins a que alude o artigo 160.º/1 CC correspondem ao *fim mediato concreto* (158). Ou seja: em causa não está nem o fim legal-tipológico, nem o objeto ou fim estatutário. Está antes a finalidade concreta, desenhada no âmbito do fim mediato abstrato, que será servida depois pelo objeto da pessoa coletiva.

A inoperacionalidade do princípio da especialidade reside na impossibilidade de definir em abstrato atos ou categorias de atos que não sejam convenientes ao *fim mediato concreto*, tanto mais que um ato desnecessário ou inconveniente ao fim imediato (objeto) nem sempre o é necessariamente quanto ao *fim mediato concreto*.

O autor parece subscrever muita da revisão proposta por OLIVEIRA ASCENSÃO quanto à matéria do princípio da especialidade. Mantém, contudo, a leitura tradicional do princípio como limitativo da capacidade e acentua, contra a proposta de OLIVEIRA ASCENSÃO, que no artigo 160.º em causa está, em primeiro lugar e sobretudo, um problema de capacidade jurídica (165.º *in fine* e 166.º). Pese embora o efeito limitativo da capacidade estar comprometido na prática, o autor dialoga com evolução juscientífica coeva mas não abandona o quadro interpretativo tradicional.

Por esta razão o incluímos nos autores que sufragam uma superação pragmática do princípio.

⁷¹ JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 169-170 (**bold** autor).

cialidade do núcleo problemático da capacidade jurídica para o âmbito da vinculação das sociedades.

O mote foi lançado por Pedro de Albuquerque e corresponde ao desaguar natural de uma formulação positiva do princípio, alicerçada na doutrina do desvio do fim de Oliveira Ascensão.

O novo enquadramento proposto por Pedro de Albuquerque deu origem a uma controvérsia com Osório de Castro, prova do interesse e resistência a esta nova via de superação, que volvidos quase vinte anos do mote lançado pelo primeiro autor, é hoje uma *querela clássica* da capacidade jurídica societária⁷².

II – Os termos da discussão são de simples enunciação, não obstante os contornos complexos da argumentação. A verificar-se superado o princípio da especialidade, o problema subjacente ao artigo 6.º/2 e 3 dever-se-ia entender como uma questão de vinculação das sociedades⁷³ e não de capacidade (Pedro de Albuquerque).

O Direito societário operaria assim um sistema de vinculação decorrente da 1.ª Diretriz que seria aplicável às hipóteses clássicas de *ultra vires* mas também aos casos de garantias indevidamente prestadas (e, acrescente-se, liberalidades indevidamente constituídas). A sociedade apenas não se encontraria vinculada quanto aos atos absoluta e especificamente proibidos por lei (e nunca em relação aos legalmente condicionados).

Ao contrário, ao entender-se o princípio da especialidade como uma limitação da capacidade das sociedades em razão do seu fim mediato (Osório de Castro), o Direito societário operaria um sistema duplo de vinculação. Os atos *ultra vires*, no sentido clássico, vinculariam a sociedade nos termos previstos nos artigos 260.º e 409.º; já os atos praticados em transvio do escopo lucrativo da sociedade seria nulos, por incapacidade jurídica.

III – Enquanto o debate Pedro de Albuquerque/Osório de Castro corria termos, outros contributos de relevantes juriconsultos vieram a lume.

O princípio da especialidade do artigo 6.º/1 continua a sofrer erosão. Num Parecer de Carvalho Fernandes e Paulo Olavo Cunha, publicado em 1997,

⁷² A querela a que aludimos assenta, fundamentalmente, num conjunto de quatro escritos: de PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A vinculação das sociedades comerciais por garantia de dívidas de terceiros”, in *ROA* 55 (1995), 689-771 e “Da prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades”, in *ROA* 1997, 69-147; e, de OSÓRIO DE CASTRO, “Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades” cit. e “De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras” cit..

⁷³ Para um enquadramento geral da vinculação societária, COUTINHO DE ABREU, “Vinculação das sociedades comerciais”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, II, 2008, 1213-1239.

novamente se mitigava o efeito limitador da especialidade, afirmando que as sociedades eram, por princípio, capazes para a prática de atos gratuitos e doações, indiciando a necessidade de um reenquadramento dogmático da questão⁷⁴.

Posições generosas podiam ser também encontradas em João Labareda⁷⁵ e Serpa Oliveira⁷⁶.

Aproximando-se da posição de Osório de Castro, era publicado, no mesmo ano, um Parecer de Henrique Mesquita, no qual o autor sustentava que a sociedade não ficava vinculada aos atos gratuitos praticados pelos seus administradores⁷⁷. Em sentido próximo também se pronunciava Brito Correia⁷⁸.

De salientar, porém, que as formulações restritivas dos juriconsultos conduziam, na prática, a generosas soluções concretas.

IV – A compreensão dos exatos termos dogmáticos desta via de superação do princípio da especialidade exige um recuo aos fundamentos juscivilistas que subjazem a uma formulação positiva do princípio da especialidade e à colocação da tónica problemática na questão da vinculação.

Com efeito, o primeiro fator erosivo do princípio da especialidade na dogmática civil coincide com a distinção entre *capacidade* e *legitimidade*⁷⁹. À medida que a distinção se foi sedimentando, acentuou-se no discurso jurídico a diferença entre a possibilidade genérica da prática de certa *categoria* de atos (*capacidade*) e a possibilidade de praticar certo ato em *concreto* (*legitimidade*)⁸⁰.

Esta dicotomia conceptual permitiu a recondução de clássicos problemas de *incapacidade* a situações de *legitimidade*. O exemplo paradigmático é o de *venda de*

⁷⁴ CARVALHO FERNANDES/PAULO OLAVO CUNHA, “Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação do negócio jurídico (Parecer)”, *ROA* 57 (1997) II, 693-719, 709 e ss.

⁷⁵ JOÃO LABAREDA, “Nota sobre a prestação de garantias por sociedades comerciais a dívidas de outras entidades”, *Direito Societário Português – Algumas questões*, 1998, 167 e ss.

⁷⁶ LUÍS SERPA OLIVEIRA, “Prestação de garantias por sociedades a dívidas de terceiros”, *ROA* 59 (1999) I, 389-412.

⁷⁷ HENRIQUE MESQUITA, “Parecer”, *ROA* 57 (1997) II, 721-737, em especial 733 e ss.

⁷⁸ BRITO CORREIA, “Parecer – Sobre a capacidade de gozo das sociedades anónimas e os poderes dos seus administradores”, *ROA* 57 (1997) II, 739-776, *passim*.

⁷⁹ Para este facto chama a atenção, PEDRO DE ALBUQUERQUE, “Da prestação de garantias ...” cit., 69 e ss.

⁸⁰ A noção surge no roteiro expositivo de vários autores, com variações pouco significativas. Permanece como referência o estudo de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da legitimidade no acto jurídico*, Lisboa, 1948. Veja-se ainda, a título exemplificativo, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 1996, 413-414 e, a propósito da situação jurídica dos cônjuges, 239 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 1.ª ed., cit., 127 e ss.; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., 2012, 82 e ss. e, em particular, 430 e ss.; e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 6.ª ed., cit., 142 e ss.

bens alheios: tradicionalmente ferido de nulidade por incapacidade do vendedor, passou a ser enquadrado como um caso de legitimidade: o vendedor seria capaz do ato mas não gozava de legitimidade para o praticar⁸¹.

A evolução apontada permitiu uma releitura do princípio da especialidade. O *fim* passou a ser entendido por referência aos atos concretamente praticados pela pessoa coletiva: só estes, avaliados em concreto, podiam servir ou não os seus fins. Em causa não estava, portanto, a determinação abstrata de uma categoria de atos vedados aos sujeitos de direito: o princípio da especialidade tornava-se assim *estranho* à problemática da capacidade jurídica das pessoas coletivas⁸².

V – A via de superação ora enunciada é, em bom rigor, de *formulação negativa*: o fim não tem que ver com a capacidade; o problema da especialidade não é um problema de capacidade jurídica ou, numa formulação mais próxima de Oliveira Ascensão, o princípio da especialidade não é um problema de capacidade mas sim de *desvio do fim*.

Caído por terra o princípio da especialidade, porque deslocado para outras latitudes dogmáticas, as pessoas coletivas recuperam a mais ampla capacidade de gozo... a conclusão de Pais de Vasconcelos impunha-se: retirando as limitações decorrentes da sua natureza (limitações previstas, aliás, no n.º 2), nada no artigo 160.º CC envolve uma limitação à capacidade de gozo das pessoas coletivas⁸³.

VI – Prevalece, contudo, uma questão: se o princípio da especialidade nada tem que ver com a capacidade, então, com o que é que tem que ver? O regime do artigo 160.º/1 é uma questão de legitimidade? De que fim da pessoa coletiva é que falamos e qual a consequência para a sua violação?

⁸¹ Por exemplo, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da legitimidade no acto jurídico* cit., 47 e ss.

⁸² É este o entendimento de OLIVEIRA ASCENSÃO: «A limitação pelo fim não significa uma limitação da capacidade: ou só o significará em situações extremas, quando a prossecução do fim for incompatível com a titularidade de certas situações jurídicas. (...) É talvez impossível, ou quase, indicar uma categoria de actos que uma pessoa colectiva, atendendo ao seu fim, não possa praticar. A pessoa colectiva pode praticamente realizar actos de todas as categorias e ser titular dos direitos deles derivados. O que não pode é praticá-los de maneira a afastar-se dos seus fins.» – *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 263-264. No passo citado, ainda o autor parece admitir, ao menos como hipótese académica, uma limitação da capacidade em função do fim. Numa leitura conjunta, trata-se de um recurso estilístico: prevalece a dissociação do fim do problema da capacidade.

⁸³ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., 2012, 135-136. Por isso se compreende que PAIS DE VASCONCELOS, ao rejeitar uma limitação da capacidade de gozo das pessoas coletivas *ex vi* artigo 160.º/1, acabe por identificar o fim aí previsto com o fim imediato ou com o objeto (*Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 139).

De que fim é que falamos é questão onde frequentemente se enredam os autores. Oliveira Ascensão parece sustentar um conceito *abstrato* de fim (próximo do fim tipológico), claramente distinto de objeto⁸⁴. Todavia, ao delinear a doutrina do *desvio do fim* – alternativa dogmática à especialidade – o autor parte, do regime, para a identificação do fim normativo relevante (que coincide com o *fim estatutário*)⁸⁵, para novamente discutir o destino dos atos contrários ao fim da pessoa coletiva à luz do artigo 160.º/1⁸⁶.

Quanto à consequência jurídica dos atos que violam o fim da pessoa coletiva, o autor afasta liminarmente a hipótese da nulidade: o desvio do fim é uma irregularidade e não um vício interno do ato; ademais, as consequências jurídicas da nulidade, numa ponderação sinéptica do processo interpretativo, seriam de todo indesejáveis⁸⁷.

A solução proposta por Oliveira Ascensão é a anulabilidade, nunca oponível a terceiros de boa fé. Sustenta esta posição com base no regime previsto para os vícios das deliberações da Assembleia Geral das associações (artigos 177.º, 178.º e 179.º CC), que entende extensivo a todos os órgãos sociais⁸⁸. Admite, porém, a possibilidade de regimes especiais⁸⁹.

A construção de Pais de Vasconcelos é distinta. No enquadramento dogmático proposto, o autor leva a termo o caminho iniciado por Oliveira Ascensão: o artigo 160.º/1 não trata de uma questão de capacidade mas sim de legitimidade⁹⁰.

⁸⁴ Só assim se compreendem as críticas do autor, (i) quanto à impossibilidade prática de delimitar categorias de atos que violem o fim da pessoa coletiva e (ii) quanto ao facto de o princípio da especialidade apenas ter utilidade se no artigo 160.º/1 estivesse previsto o objeto social (doutrina *ultra vires*). Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 262–263.

⁸⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 265 e ss.

⁸⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 266 e ss., o que parece supor uma outra noção de fim, distinta da apontada anteriormente para o artigo 160.º/1.

⁸⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 268–269.

⁸⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 268–269.

⁸⁹ Mais admite ainda que exista um desvio do fim da pessoa coletiva sem que tal afete a validade dos atos singulares, sublinhando uma vez mais que esta disciplina em nada tem que ver com a capacidade. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 2.ª ed. cit., 269.

⁹⁰ «O fim (...) não tem a ver com o âmbito da capacidade de gozo das pessoas coletivas, mas antes com a legitimidade da pessoa coletiva para agir sobre bens, interesses e situações jurídicas que sejam alheias a esse mesmo fim. A questão que suscita não é de incapacidade, mas antes de ilegitimidade. (...) O critério de legitimidade está no artigo 160.º do Código Civil e no artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais: a pessoa coletiva ou a sociedade comercial têm legitimidade para a prática de todos os atos e o exercício de todas as atividades que sejam “necessárias ou convenientes à prossecução dos seus fins”.» – PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 148–149.

Quanto à noção de fim, prevista no artigo 160.º/1, o autor é perentório: em causa está o *fim imediato* ou *objeto social*⁹¹.

VII – Ora, é neste contexto que Pedro de Albuquerque coloca o problema da capacidade jurídica das sociedades sob a égide da vinculação aos atos praticados pelos gerentes e administradores.

O mesmo mote é acompanhado por Pais de Vasconcelos em sede de Direito comum, mediante o recurso à noção de uma “*modernização do sistema*”⁹², no que à capacidade das pessoas coletivas diz respeito. Para o autor, em 1966, o legislador consagrou o princípio da especialidade, no artigo 160.º/1 CC. Vinte anos mais tarde, e por influência do artigo 9.º da 1.ª Diretriz, o artigo 6.º/4 CSC veio pôr fim à doutrina *ultra vires* e ao *princípio da especialidade* no Direito societário⁹³, razão pela qual, à luz do artigo 6.º CSC, não é já possível sustentar uma limitação da capacidade de gozo das sociedades comerciais.

Esta inovação coloca, contudo, problemas à unidade do sistema jurídico: é *mister*, portanto, obter uma interpretação integrada dos artigos 160.º CC e 6.º CSC de modo a que a articulação de ambos os preceitos permita ao intérprete-aplicador chegar ao mesmo conteúdo normativo substantivo.

Tal harmonização almejada obtém-se pela comunicação ao artigo 160.º CC do sentido normativo do artigo 6.º/4⁹⁴.

A conclusão impõe-se: a violação do fim da pessoa coletiva consubstancia-se na prática de atos jurídicos para os quais a pessoa coletiva não tem legitimidade. A consequência – uma vez que o artigo 160.º/1 nada estatui – não pode ser a nulidade⁹⁵. Antes deve entender-se que em causa está um problema de *vinculação* da pessoa coletiva quanto aos atos praticados em desvio do fim.

⁹¹ “A referência a fins da pessoa coletiva feita neste artigo [leia-se artigo 160.º/1 CC] deve ser entendida em sentido amplo englobando o objeto social.”. E continua, acentuando a amplitude atrás aludida: “A redação do n.º 1 do artigo 160.º do Código Civil, ao referir os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do objeto social da pessoa coletiva, introduz uma grande maleabilidade e elasticidade na determinação da sua área de atuação lícita.”. Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 139. A mesma construção é retomada a 168 e ss.

⁹² PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 154.

⁹³ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 149-150.

⁹⁴ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 154.

⁹⁵ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 154, admitindo ainda assim a nulidade, mas não por falta de capacidade, de acordo com as razões aí invocadas.

Uma vez mais se exige uma solução integrada: o regime do CSC para a vinculação das sociedades deve entender-se aplicável à vinculação de todas as pessoas coletivas⁹⁶.

VIII – No que ao princípio da especialidade diz respeito, e quanto à interpretação do artigo 6.º/1, a deslocação da problemática da capacidade para a vinculação das sociedades, especialmente acentuada por Pedro de Albuquerque, corresponde a uma *formulação positiva do princípio da especialidade* e, por esta via, à sua superação dogmática na doutrina nacional.

Em causa está uma substancial modificação interpretativa do sentido limitativo da especialidade, passando a entender-se o princípio no sentido *confirmatório* da plena capacidade de gozo das pessoas coletivas:

“(...) *nem o n.º 1 do artigo 160.º, nem o n.º 1 do artigo 6.º CSC, consagram qualquer regra a partir da qual se poderia definir uma incapacidade de gozo dos entes colectivos – afirma o autor –: eles limitam-se a afirmar, positivamente, a capacidade das colectividades para serem titulares de direitos e estarem adstritas a obrigações (...)*”⁹⁷.

IX – A *formulação positiva* do princípio da especialidade é um dado dogmático que importa reter.

Numa primeira apreciação, uma formulação positiva parece de rejeitar. Há uma rutura com a *carreira histórica* do princípio⁹⁸, sempre limitativa da capacidade, o que indicia uma construção dogmática estranha à dimensão histórico-cultural do instituto.

Porém, numa ponderação mais cuidada, a formulação positiva da especialidade acaba por consubstanciar a recuperação de uma orientação dogmática consolidada durante a primeira metade do séc. XX e que apenas a *Segunda Revisão Ministerial* do CC, inusitadamente, viria a afastar.

Recorde-se a proposta de Ferrer Correia (redação da *Primeira Revisão Ministerial*):

⁹⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed. cit., 155. Esta solução merece ser enquadrada na opção dogmática que sustentamos *infra* acerca do Direito das sociedades como Direito comum da pessoa coletiva, 268/I.

⁹⁷ PEDRO DE ALBUQUERQUE, “Da prestação de garantias ...” cit., 69 e ss., 104.

⁹⁸ Utilizando a expressão de JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas* cit., 156.

“A capacidade das pessoas colectivas estende-se a todos os direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular.”⁹⁹

Este tinha sido, como vimos, o resultado da evolução histórico-dogmática da especialidade na doutrina nacional. Uma *formulação positiva* do princípio da especialidade não importa, portanto, uma rutura história mas antes, em bom rigor, um reencontro da dogmática com o fio condutor da sua evolução interna.

No respeito pela hermenêutica do Direito positivo – e através das limitações (práticas e doutrinárias) por ele introduzidas – chega-se a uma concretização normativa semelhante à possibilitada pelo articulado proposto no *Anteprojecto de Ferrer Correia*.

Os “direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins” são afinal todos aqueles que “segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular”.

A referência à “*prossecução dos seus fins*” não visa portanto limitar a capacidade das pessoas coletivas mas antes *confirmar* a sua capacidade plena para titular os direitos e contrair as obrigações que se houver por bem, em ordem à realização do fim a que se propõem.

10. **Cont.: a superação pura**

I – Como *terminus* da evolução dogmática apontada, surge a superação pura do princípio da especialidade do âmbito do Direito societário e das pessoas coletivas em geral.

Encontramo-la formulada em Menezes Cordeiro:

“(…) o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas coletivas: tal como emerge do artigo 160.º/1, ele diz-nos, no fundo, que todos os direitos e obrigações são, salvo exceções (...), acessíveis às pessoas coletivas.”

E conclui:

“(…) o chamado princípio da especialidade não tem, hoje, alcance dogmático.”¹⁰⁰.

⁹⁹ PORTUGAL, *Código Civil – Livro I – Parte Geral (1.ª Revisão Ministerial)*, cit..

¹⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IV, 3.ª ed. cit., 2011, 677.

A *differentia specifica* desta via de superação é, sobretudo, de natureza histórica-dogmática. Os fundamentos originais do princípio da especialidade encontram-se superados na atualidade. A sua consagração legal, para além de anómala, é um resquício histórico, uma herança pretérita de um problema oitocentista.

A este fator some-se a absoluta inoperacionalidade do preceito, já ilustrada, que compromete a sua capacidade de resolução de casos concretos.

O abandono puro da especialidade torna-se, portanto, o desaguar natural da evolução dogmática apontada.

II – Toda esta construção tem por campo especial de aplicação o artigo 6.º CSC¹⁰¹. Preterido o princípio da especialidade, a única e verdadeira limitação à capacidade jurídica de gozo das sociedades advém da sua natureza: elas são incapazes para aqueles direitos e obrigações inseparáveis da personalidade singular ou que exijam a qualidade humana do sujeito¹⁰².

Os direitos e obrigações “*que lhe sejam vedados por lei*” não compreendem verdadeiras hipóteses de incapacidades mas antes de proibição legal para a prática de certo ato, conduzindo a sua violação à nulidade, nos termos do artigo 280.º/1 e/ou 294.º CC.

As cláusulas contratuais e as deliberações sociais também não limitam a capacidade das sociedades, num passo pacífico na doutrina.

§ 4.º **Reconstrução dos dados normativos: o escopo lucrativo como máxima de atuação**

11. **O escopo lucrativo como conceito-quadro**

I – A superação do princípio da especialidade não significa, naturalmente, que a noção de lucro deva de todo ser arredada da disciplina societária. Tal seria aliás impossível, tendo em conta a sua abundante presença nas fontes. Todavia, a utilidade dogmática do conceito exige que se reequacionem os termos da sua formulação.

Existe, em primeiro lugar, uma aceção de lucro associada à aplicação de um concreto regime jurídico. Assim sucede, por exemplo, nos artigos 31.º, 33.º, 217.º, 294.º, 297.º... Nestas hipóteses, *lucro* é um elemento da previsão norma-

¹⁰¹ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I (*Parte Geral*), 3.ª ed., 2011, 385.

¹⁰² MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed. cit., 386 e ss. Não obstante, o autor parece inverter a sua posição no estudo “Direito bancário e alteração das circunstâncias”, *I Congresso de Direito Bancário*, 2015, 27-81, 78.

tiva cujo sentido está diretamente associado à aplicação do regime estatuído. A noção de lucro poderá conhecer, neste contexto, diversas classificações de acordo com os critérios que se houverem por bem adotar no âmbito do processo de realização do Direito¹⁰³.

Não se exige um conceito unitário, talvez de escassa utilidade, tendo em conta que os contextos normativos em que surge a referência a lucro são, como vimos, muito diversificados. Também não se nega aprioristicamente essa possibilidade. Em qualquer dos casos, em causa está sempre um *sentido técnico-jurídico* de lucro: aquele que resultar da aplicação de certo regime.

¹⁰³ GROSSMANN, por exemplo, ante a pluralidade semântica do conceito resultante dos diversos dados normativos do sistema, propõe um conjunto de critérios que garantam a operacionalidade da noção de lucro como fim (*Gewinnziel*). São eles: a definição do próprio escopo (*Zieldefinition*), a sua referência temporal (*Zeitbezug*) e o seu referencial de risco (*Riskobezug*), sempre tendo por pano de fundo o *Zielausmaß*, cuja ponderação obriga a compreender o escopo lucrativo como uma questão de maximização dos proveitos em ordem à satisfação dos interesses dos sócios (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., 78-85).

Tomando por critério a definição do próprio escopo (*Zieldefinition*), o fim lucrativo poder-se-á identificar com a distribuição ou retenção de lucros: “*A análise das normas que regem a determinação e aplicação demonstra que o Vortstand e o Aufsichtsrat podem decidir, dentro de um quadro amplo, geral, a distribuição ou a retenção de lucros. Isto conduz à questão de saber qual dos dois lucros – o distribuído ou o retido – deve ser maximizado.*” (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., 78).

A formulação dos conceitos, em GROSSMANN, surge sempre sob a ótica da conduta da administração e fiscalização da AG, mas é fácil ver neste critério – retirado diretamente do regime jurídico – o conceito de lucro distribuível/não distribuível, orientado também a uma decisão de bom governo societário.

Tomando por critério a referência temporal, o lucro pode ser considerado no momento presente, associado à maximização do valor de mercado, aos interesses dos sócios a longo prazo, etc. (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., 78-82). Nesta aceção o diálogo entre a noção de lucro, o interesse acionista e considerações de natureza económica (*ökonomische Gewinn*) é especialmente intenso.

O escopo lucrativo pode ainda ser ponderado sob a ótica do risco. Este contexto é especialmente apto ao desenvolvimento normativo de um conflito de escopos (*Zielkonflikt*) entre o lucro e a liquidez da sociedade; o mesmo é dizer: entre a posição dos sócios e a tutela dos credores. A participação na estrutura acionista pode também ser analisada sob esta ótica (GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., 82-85).

A proposta de GROSSMANN nem sempre permite identificar um concreto sentido técnico-jurídico de lucro. Em causa está, uma vez mais, a assistemática do conceito. Por outro lado, o ângulo de análise adotado pelo autor (a conduta da administração e da fiscalização da sociedade) tende a facilitar a adoção de noções *performativas* de lucros, *i. e.*: aceções do conceito que evidenciem ou conduzam a padrões de decisão. Não obstante, os critérios propostos estão sempre orientados à percepção da realidade normativa que, sendo plural e eivada de diversas orientações teleológicas, exige a utilização de um conceito de lucro polissêmico ou, melhor dito, suscetível de diversas concretizações, segundo os critérios que se adotem. Disto depende a sua operacionalidade.

II – Todavia, é mister reconhecer que para além desta imediata função técnico-jurídica, a noção de lucro conhece uma distinta funcionalidade no processo aplicativo do Direito. Ela confere ao discurso uma *dimensão de realidade sócio-económica*. Permite ao jurista trabalhar com ponderações não exclusivamente jurídicas e que têm por base a realidade do mercado e do comportamento económico dos seus agentes¹⁰⁴.

A dimensão ora assinalada é útil no processo aplicativo. Permite um nível de compreensão mais profundo da densidade problemática do caso concreto e ajuda o intérprete-aplicador a realizar uma hermenêutica mais articulada com a realidade que o Direito regula.

Mas tem naturais limitações. Em causa está um conceito descritivo, insuscetível de uma apreensão analítica e que apenas permite um manuseamento «*compreensivo*», *i. e.*: assente, sobretudo, na dimensão cultural, histórica e sócio-económica da realidade societária, e não num esforço de distinção conceptual.

Associada a esta última nota está ainda a consideração, inegável, de que o conceito de lucro transporta em si um lastro valorativo e ideológico, em especial no Ocidente, associado à própria ideia de comercialidade, também ela de espinhosa apreensão.

III – Tais limitações são, em igual medida, consideráveis potencialidades. Enquanto *conceito aberto* e *compreensivo*, o lucro é capaz de expressar um conjunto amplo de escopos empresarias, comportamentos e opções económicas. Não sendo suscetível de uma apreensão analítica, goza da capacidade representativa de uma valoração social plurifacetada, que o jurista pode agora utilizar em termos unitários.

Com este alcance, *lucro* surge-nos como um *conceito-quadro*. A sua utilização confere ao discurso jurídico uma dimensão de realidade, convocando um conjunto de valorações diversas e plurais aptas ao diálogo com dados oriundos de outras áreas do saber.

¹⁰⁴ HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, 2006, 56 e ss., refere-se a um perceção *empírica* de lucro como escopo normal da atividade empresarial (*empirisches Normalziel von Unternehmen*), associado à compreensão do comportamento económico dos agentes: “Um dos pressupostos básicos da economia neoclássica é o de que as empresas estão focadas na maximização do lucro. Este pressuposto corresponde ao modelo de comportamento económico segundo o qual as decisões humanas têm por base uma orientação racional e tendente à maximização da utilidade. No caso do comportamento das empresas, procede o princípio da maximização do lucro, que conduz à maximização da utilidade individual do empresário; a realização do máximo de lucros permite maximizar os seus próprios benefícios, após a distribuição.” (56).

IV – Estas duas aceções ilustradas – *lucro em sentido técnico-jurídico*, associado a um concreto regime normativo e confinado, no seu âmbito significativo, a esse mesmo regime; e *lucro como conceito-quadro* –, não se excluem. Ao contrário: encontram-se ambas presentes no processo realizador do Direito, operando em níveis diversos da apreensão normativa, e com intensidades também elas diversas, consoante a problemática subjacente ao caso concreto.

V – Isto posto, é inegável que às sociedades comerciais subjaz um escopo lucrativo; que o seu fim é o lucro. Contudo, tal afirmação deve ser reconduzida à sua justa ponderação. Em causa está – tão só e apenas – a utilização da noção de lucro como conceito-quadro.

Ao afirmar o escopo lucrativo das sociedades pretende-se convocar para o processo aplicativo do Direito um universo de representações histórico-culturais e valorativas, na mesma medida em que se apela à dimensão de realidade económica subjacente à construção jurídico-formal.

Nos termos já assinalados, a afirmação é útil: confere ao intérprete-aplicador uma dimensão compreensiva da realidade normativa. É uma janela aberta para ponderações da análise económica do Direito¹⁰⁵.

Mas não é possível ir mais além do que isso. Sobretudo, não é possível pretender retirar desta afirmação – sem a mediação de institutos ou vias normativas de concretização –, uma qualquer solução de Direito. Afinal, como recorda Grigoleit, o próprio carácter empírico do escopo lucrativo não pode deixar de se encontrar fundado no próprio regime¹⁰⁶.

Em concreto: não é possível, a partir do manuseamento da ideia de escopo lucrativo como fim da sociedade, retirar qualquer consequência de Direito, para efeitos aplicativos do artigo 6.º/1.

12. O escopo lucrativo como *Handlungsmaxime*

I – Há uma pista normativa presente no artigo 6.º/2 e 3 que deve, contudo, ser explorada: a identificação entre *fim* da sociedade e *interesse* social.

Esta identificação normativa já havíamos encontrado na doutrina e na jurisprudência: sempre que se procura identificar quais os direitos e obrigações necessários ou convenientes ao fim da sociedade somos inevitavelmente conduzidos à noção de interesse.

¹⁰⁵ Neste sentido, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung* cit., 56 e ss.

¹⁰⁶ HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung* cit., 58.

A identificação *fim da sociedade e interesse social* desloca a problemática subjacente do artigo 6.º para o âmbito dos deveres gerais dos administradores: em causa está, fundamentalmente, a concretização normativa e a eventual violação do artigo 64.º/1.

A verdadeira *quaestio juris* a que a identificação entre *fim e interesse* conduz não é, portanto, saber se as sociedades são capazes para a prática de liberalidades e para a constituição de garantias mas, outrossim, saber quando é que a prática de tais atos consubstancia uma violação do artigo 64.º.

II – Compreende-se, portanto, que na doutrina continental, em particular na doutrina alemã, a noção de lucro seja essencialmente tratada a propósito da conduta da administração¹⁰⁷.

Com efeito, a maioria da doutrina, no espaço germânico, parte de um conceito de lucro em sentido amplo, visto como o escopo do contrato de sociedade (associado à maximização dos proveitos económicos dos sócios) e tratado, por regra, a propósito do objeto social¹⁰⁸.

Contudo, a relação que se estabelece entre o lucro e o fim legal-tipológico do contrato de sociedade (que não deixa de ser questionada¹⁰⁹), tem sido colocada *ab initio* a propósito da prossecução do interesse da sociedade.

É ilustrativo o que afirma Semler quando afronta a questão de saber se o escopo lucrativo pode ser considerado uma máxima de conduta (*Handlungsmaxime*) para administração da sociedade:

¹⁰⁷ Como vemos suceder em GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., 1980, por exemplo.

¹⁰⁸ Veja-se, por todos, WOLFGANG SERVATIUS, *Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung*, 2004, 34; HANS WÜRDINGER, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 1981, 40-42; WALTER PAEFGEN, *Struktur und Aufsichtsratsverfassung der mitbestimmten AG*, 1982, 50 e ss.; HERBERT WIEDEMANN, “Grundfragen der Unternehmensverfassung”, *ZGR* 4 (1975), 385-432, 413 e ss.; WOLFGANG ZÖLLNER, “Treupflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht”, *ZHR* 162 (1998), 235-248; DIETER REUTER, “Die Änderung des Vereinszwecks”, *ZGR* 16 (1987), 475-488, 482 e HARRY WESTERMANN, “Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht”, in *FS Ludwig Schnorr von Carolsfeld 70. Geburtstag*, 1972, 517-532.

¹⁰⁹ Assim, por exemplo, OLFANG SERVATIUS, *Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung*, 2004, 35 e ss. e HARRY WESTERMANN, “Zweck der Gesellschaft ...” cit., 517-532, *passim*. Com interesse, veja-se também KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., 2002, 107-108, acerca das sociedades com “*atypische Verbandszwecke*”, entre os quais se incluiriam fins de natureza ideal. Veja-se ainda GROSSMANN, *Unternehmensziele im Aktienrecht* cit., 1980, 30 e JOHANNES SEMLER, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, 2.ª ed., 1996, 31 e ss.

«Em geral – afirma –, a busca de um escopo lucrativo agrega todos os interesses da empresa»; ainda que depois precise: «podem surgir constelações de interesses que não são, ou não são totalmente compatíveis com a prossecução do lucro».¹¹⁰

III – Independentemente das variações de construção, escopo lucrativo está intimamente associado à noção de interesse social e à determinação da conduta da administração normativamente devida.

Em Portugal – sem prejuízo das similitudes quanto à presença do lucro na ponderação do fim legal-tipológico das sociedades e da relação entre tal aceção de fim e o objeto social – a consagração do princípio da especialidade importou um significativo desvio à rota germânica: o lucro, como *Handlungsmaxime*, não foi diretamente equacionado a propósito da determinação normativa da conduta dos administradores, mas antes deslocado para o âmbito da capacidade das sociedades.

A trajetória pode e deve ser corrigida, no respeito pelos dados positivos do sistema: o escopo lucrativo pode ser devolvido pacificamente ao que se afigura ser o seu ambiente natural, enquanto elemento coadjuvante para a determinação da conduta da administração normativamente devida.

§ 5.º **Sinopse**

É tempo de concluir.

Volvamos à interrogação central com que iniciámos a nossa exposição: *podemos imputar às sociedades comerciais todas as situações jurídicas compatíveis com a sua natureza ou, ao contrário, a instrumentalidade da pessoa jurídica exige uma limitação da sua capacidade? Em que medida é possível conceber, e com que critério, uma capacidade de gozo limitada das sociedades comerciais?*

A tentativa de limitar a capacidade das sociedades em razão do seu escopo lucrativo foi uma tentativa que fez carreira no Direito português e que encontrou eco na experiência jurídica brasileira. Cremos, no entanto, que se encontra dogmaticamente superada.

O Direito societário português permite, sem alteração das fontes, a recondução do escopo lucrativo a uma máxima de atuação das administrações. Tal envolve, fundamentalmente: (i) uma leitura positiva do princípio da especiali-

¹¹⁰ JOHANNES SEMLER, *Leitung und Überwachung*, 2.ª ed. cit., 31-32. Sustentando a primeira afirmação, o autor apoia-se em FRITZ RITTNER, “Zur Verantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG 1965”, *FS Ernest Gessler* 65. *Geburtstag*, 1971, 139-158, 151).

dade; (ii) e interpretação dos n.º 2 e 3 do artigo 6.º como presunções legais de violação do artigo 64.^{o111}.

Se bem avaliamos, este trilho pode também ser explorado no Direito brasileiro, talvez até mais facilmente, tendo em conta o silêncio das fontes.

As limitações à capacidade das sociedades comerciais só pode, em nosso entender, ser imposta *ab extra*: mediante a criação de normas proibitivas de imputação¹¹².

A instrumentalidade da pessoa coletiva, como afirmámos no início, continua a ser um dado central da dogmática das pessoas coletivas. Mas as eventuais perversões de tal instrumentalidade devem ser resolvidas, dentro do sistema, pelo recurso a outros institutos que não a limitação da capacidade.

¹¹¹ Com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 782 e ss.

¹¹² Com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais* cit., 761 e ss.