

Data enia

Revista Jurídica Digital

5 Janeiro 2016

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 4 • N.º 05
Publicado em Janeiro de 2016

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registrada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



SOCIEDADE IRREGULAR

O ACORDO A QUE SE REPORTA O ARTIGO 36.º, n.º 2, DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS – NATUREZA E VALIDADE

Hígina Orvalho Castelo

Juíza de Direito

SUMÁRIO

O texto tem como objeto o acordo de constituição de uma sociedade comercial, nos casos em que, antes da celebração do contrato formal de sociedade comercial, os sócios desenvolvem a atividade correspondente. Trata-se aqui apenas da realidade prevista no artigo 36.º, n.º 2, do CSC, e que este submete às disposições sobre sociedades civis. A realidade em causa tem sido apelidada de sociedade irregular e sociedade em formação, entre outras designações (ainda que todas elas abrangam também sociedades comerciais com outras irregularidades no seu processo formativo e que não são tratadas no texto).

Considerando o direito português vigente, a sociedade em causa é válida e não está sujeita a qualquer espécie de sanção que vá além da insuscetibilidade de personalidade jurídica e da permanente responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos seus sócios.

SOCIEDADE IRREGULAR

O ACORDO A QUE SE REPORTA O ARTIGO 36.º, n.º 2, DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS – NATUREZA E VALIDADE

Higina Orvalho Castelo

Juíza de Direito

Nota prévia:

O texto que segue acabou de ser escrito em 2009, e foi publicado em 2011, nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, IV volume, com o título «O acordo a que se reporta o artigo 36.º, 2, do Código das Sociedades Comerciais – Natureza e validade».

Na presente reedição, além de ter retificado a grafia em conformidade com o Acordo Ortográfico de 1990, e de ter efetuado uma ou outra precisão, tive em consideração a legislação processual e de organização judiciária presentemente em vigor (outubro de 2015), o que me levou a alterações sobretudo nos pontos 4, *Tese da liquidação compulsória e sua refutação – o âmbito do art. 172.º do CSC*, e 6, *Questões processuais: personalidade judiciária, representação e competência do tribunal*.

—

1. Introdução 1.1. Objeto e objetivo 1.2. Origens na história recente 1.3. Sociedade irregular e sociedade em formação – mera questão terminológica? 2. Origem contratual da sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2 2.1. Conteúdo do contrato presente nesta sociedade 2.2. Distinção do contrato de sociedade civil: redução da atividade económica a atos de comércio 2.3. Distinção perante os contratos de sociedade civil e de sociedade comercial 2.3.1. Efetiva atividade 2.3.2. Necessária informalidade 2.4. Distinção do contrato de sociedade comercial: irrelevância do acordo quanto ao tipo de sociedade comercial 3. Teses da nulidade e sua refutação 3.1. Ponto da situação na doutrina e na jurisprudência 3.2. Refutação dos argumentos 4. Tese da liquidação compulsória e sua refutação – o âmbito do art. 172.º do CSC 5. Conformidade com as diretivas comunitárias 5.1. Art. 36.º, n.º 2, do CSC versus art. 12.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 11.º da revogada Diretiva 68/151/CEE) 5.2. Art. 36.º, n.º 2, do CSC versus art. 8.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 7.º da revogada Diretiva 68/151/CEE) 6. Questões processuais: personalidade judiciária, representação e competência do tribunal 7. Conclusões

1. Introdução

1.1 Objeto e objetivo

Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração do contrato de sociedade, os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis – artigo 36.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.

Estamos em presença de uma das modalidades de funcionamento societário, com pretensão a sociedade comercial, que têm sido designadas por *sociedades irregulares*. Alvo de secular paixão por parte da doutrina comercialística, de aquém e além-fronteiras, poucas realidades sociais terão sido objeto de tantas divergências doutrinárias.

Tendo por objetivo inicial estudá-la sob a ótica do acordo que lhe subjaz, o caminho leva-nos mais longe, saltando inevitavelmente para a organização nascida desse acordo¹ e para a sua posição face ao direito.

Tencionamos, a final, desdramatizar um regime cuja interpretação, hoje como ontem, se tem revelado particularmente difícil, com consequentes prejuízos para a certeza jurídica.

Não é demais lembrar que o nosso problema é apenas o do acordo de constituição de uma sociedade comercial em que, *antes da celebração do contrato de sociedade*, os sócios iniciam a atividade; e que a solução legislativa em vigor consiste na aplicação às relações entre os sócios e com terceiros das disposições sobre sociedades civis.

Existem, por certo, alternativas legislativas para o mesmo problema. Se imaginação nos faltasse, bastar-nos-ia olhar para as soluções encontradas noutros lugares ou noutro tempo. Também, por certo, podemos discutir se a que vigora no nosso ordenamento é a mais acertada. No entanto, considerando o direito português vigente, propomo-nos demonstrar que a sociedade em causa

¹ Sobre as duas realidades jurídicas a que o termo *sociedade* é atribuído (sociedade-contrato e sociedade-organização) vide PINTO DUARTE, *Escritos sobre direito das sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 9-11.

é válida e não está sujeita a qualquer espécie de sanção que vá além da insuscetibilidade de personalidade jurídica e da permanente responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos seus sócios.

1.2 Origens na história recente

Antes do CSC vigorava para esta matéria o art. 107.º do CCom que dizia *ter-se-ão por não existentes as sociedades com um fim comercial que se não constituírem nos termos e segundo os trâmites indicados neste código, ficando todos quantos em nome delas contratarem obrigados pelos respetivos atos, pessoal, ilimitada e solidariamente.*

Foi a partir desta disposição legal do Código Veiga Beirão (1888) que a doutrina e a jurisprudência construíram o conceito de *sociedade irregular*².

O art. 107.º do CCom mereceu várias interpretações diferentes quer no que respeita ao leque de situações a ele subsumíveis, quer sobre o regime jurídico aplicável às mesmas. Discutia-se, por um lado, quando é que uma sociedade *não se constituía nos termos e segundo os trâmites do código* (segundo uns quando afetada por vícios de forma ou omissão de menções essenciais, para outros também nos casos de falta de registo, matrícula e publicação de estatutos, para outros, ainda, quando afetada por vícios de fundo)³; e, por outro lado, o que significava *ter-se por não existente* (sociedade inexistente quer como pessoa jurídica quer como organização, sociedade assente em contrato nulo e sujeita a liquidação compulsória, contrato social válido mas a sociedade é inexistente como pessoa jurídica)⁴. Esta discussão enriqueceu-se a partir do momento em que o Código

² Debalde procuraríamos no Código Ferreira Borges (1833) a origem desta problemática. Embora aí se prevísse uma «sociedade tácita», a especificidade desta não se relacionava com qualquer irregularidade do processo constitutivo (formava-se «por convenção expressa das partes, ou por operação da lei» - Art. XLII), mas com o facto de um dos sócios não aparecer ao público, como sócio (Art. XLI). Quando fosse descoberto, a sua responsabilidade seria solidária, pessoal e absoluta, como a do sócio ordinário (Art. XLV).

³ Sobre os vícios suscetíveis de ocasionar a irregularidade, vide FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, reprint de I, II e III, respetivamente de 1973, 1968 e 1975, Lisboa, Lex, 1994, pp. 357-9; e, narrando detalhadamente várias posições da doutrina e várias decisões judiciais sobre o assunto, JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, «O problema das sociedades irregulares», in *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1947, pp. 9-19, bem como BARBOSA DE MAGALHÃES, «Quando é que uma sociedade comercial é irregular», in *Separata do Jornal do Fôro*, Ano 16 (1952), Lisboa, 1953.

⁴ Sobre as várias posições doutrinárias acerca da *condição jurídica da sociedade irregular*, vide FERRER CORREIA, *Lições...*, cit., pp. 361-7; PINTO COELHO, «O problema...», cit., pp. 19-29; e BARBOSA DE MAGALHÃES, «Da natureza jurídica das sociedades comerciais irregulares», in *Separata do Jornal do Fôro*, Ano 17 (1953), Lisboa, 1953.

de Processo Civil de 1939 (DL 29637, de 28/05/1939) nasce com um artigo 8.º no qual confere às «sociedades e associações que não se acharem regularmente constituídas, mas que procederem de facto como se o estivessem» personalidade judiciária passiva, e ativa em reconvenção⁵.

O Código das Sociedades Comerciais de 1986 teve por objetivo, declarado no seu preâmbulo, superar as divergências na matéria, através de um regime que se quis claro: «O discutido e complexo problema das sociedades irregulares é objeto dos artigos 36.º a 52.º, que, respeitando a 1.ª Diretiva Comunitária, resolvem a generalidade das dúvidas que têm preocupado a doutrina e a jurisprudência»⁶.

Vamos centrar este estudo apenas na sociedade com objeto comercial, em funcionamento, sem que tenha sido formalizado o contrato de sociedade comercial (art. 36.º, n.º 2, do CSC), e vamos deixar de parte as sociedades já constituídas por contrato de sociedade comercial ainda não registado (arts. 37.º a 40.º do CSC). Uma e outras subsumem-se indubitavelmente ao conceito doutrinário de *sociedade irregular*, constituindo o seu núcleo pacífico.

Fora do nosso estudo estão também as sociedades cujo contrato social (por registar ou já registado) padece de invalidade por vício de forma ou de vontade (arts. 41.º a 52.º).

1.3 Sociedade irregular e sociedade em formação – mera questão terminológica?

O Código das Sociedades Comerciais evitou utilizar a expressão *sociedade irregular*⁷, limitando-se a descrever estas sociedades como *anteriores à celebração*

⁵ Segundo ALBERTO DOS REIS, este artigo 8.º «resolve, no seu aspeto judiciário, o problema das *sociedades irregulares*. (...) Quem haja de propor a ação pode, conforme mais lhe convier, ou dirigi-la contra a própria sociedade ou contra aqueles que, em nome dela, praticaram o respetivo ato ou facto» - ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 25. Esta disciplina manteve-se, no essencial, no art. 8.º do Código de Processo Civil de 1961 (DL 44129, de 28/12/1961), bem como na Reforma do mesmo de 1967 (DL 47690, de 11/05/1967).

⁶ Último § do ponto 7 do preâmbulo do DL n.º 262/86, de 2 de setembro, que aprovou o CSC.

⁷ A expressão é utilizada uma única vez no art. 174.º, n.º 1 e) - «Os direitos da sociedade contra os fundadores, os sócios (...) bem como os direitos destes contra a sociedade, prescrevem no prazo de cinco anos contados a partir da (...) prática do ato em relação aos atos praticados em nome de sociedade irregular por falta de forma ou de registo».

do contrato de sociedade (art.36.º, n.º 2) ou como sociedades no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo (arts. 37.º a 40.º).

A doutrina tem procurado designações alternativas para estas realidades, chamando-lhes, entre outras, também *sociedades em formação*⁸, *incompletas*⁹, *imperfeitas*¹⁰.

A todas elas, bem como à velha *sociedade irregular*, podem levantar-se objeções. Tentaremos, neste particular, seguir o legislador, não nomeando a sociedade do art. 36.º, n.º 2. Quando estritamente necessário será empregar a expressão *sociedade irregular* por ser a mais enraizada no nosso ordenamento. Tenha-se, no entanto, presente que mesmo o *domínio nuclear* do conceito abrange quer a sociedade do art. 36.º, n.º 2 (anterior à celebração do contrato de sociedade comercial), objeto deste estudo, quer as sociedades dos arts. 37.º a 40.º (entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo), podendo o *domínio marginal*¹¹ abranger ainda outras realidades.

O uso da expressão *sociedade em formação* em substituição de *sociedade irregular* carece de algumas explicações. Isto porque, na sequência de diretiva comunitária, em ordenamentos jurídicos que nos são próximos, *sociedade em formação* e *sociedade irregular* são duas realidades distintas, quer do ponto de vista do conceito, quer do regime aplicável. A expressão *sociedade em formação* foi introduzida pelo art. 7.º da primeira Diretiva do Conselho sobre sociedades, de

⁸ Na doutrina portuguesa, a expressão foi adotada por MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, in *As sociedades comerciais em formação*, datilografado, 1990, dissertação apresentada à FDUL. TARSO DOMINGUES também a adotou no artigo «O regime jurídico das sociedades de capitais em formação», in *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 965-998. MENEZES CORDEIRO também fala em «sociedades em formação», distinguindo nelas as «irregulares por incompletude» e as «irregulares por invalidez» – in *Manual de direito das sociedades*, I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 467, 477 e 503.

⁹ SOARES DA VEIGA designa-as por «sociedades com processo constitutivo incompleto» - in *Direito bancário*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 455-469.

¹⁰ PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades*, 5.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 209, opta por sociedade imperfeita «por ser esta a designação que melhor exprime a ideia de *inacabado*, que caracteriza o regime jurídico correspondente aos distintos estádios do seu *processo formativo* ainda por completar».

¹¹ O *sentido literal* do texto comporta várias interpretações linguísticas que oscilam entre o *domínio nuclear* da representação, o mais restrito significado que o termo ou expressão comporta, e o *domínio marginal* ou *sentido literal possível* que engloba todos os significados possíveis daquele termo ou expressão, e que indica o *limite da interpretação* (em sentido restrito) – KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, Trad. da 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, pp. 367-9.

9 de março de 1968 (68/151/CEE)¹²: «se foram praticados atos em nome de uma *sociedade em formação*, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica, e a sociedade não vier a assumir as obrigações daí decorrentes, *as pessoas que os realizaram* serão solidária e ilimitadamente responsáveis por tais atos, salvo convenção em contrário».

Várias legislações, na adaptação a esta Diretiva, passaram a distinguir a *sociedade irregular* e a *sociedade em formação*, conferindo-lhes regimes jurídicos distintos, que, não obstante, passam sempre pela responsabilidade ilimitada e solidária, seja dos sócios, no primeiro caso, seja de quem pratica os atos, no segundo.

É o caso do ordenamento espanhol que, nos arts. 15.º e 16.º da Lei das Sociedades Anónimas¹³, respetivamente epigrafados *sociedad en formación* e *sociedad irregular*, confere a estas sociedades dois regimes diferentes: pelos atos praticados em nome da primeira respondem, solidariamente, os que os tiverem

¹² Recentemente revogada pela Diretiva 2009/101/CE, de 16/09/2009, que manteve no essencial as disposições da primeira. Ambas consultáveis em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹³ Aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de dezembro.

«Artículo 15. Sociedad en formación.

1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. 2. No obstante, si la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincide con la de otorgamiento de la escritura fundacional, y salvo que los estatutos sociales o la escritura dispongan otra cosa, se entenderá que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado. 3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores. 4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Artículo 16. Sociedad irregular.

1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continua sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado 3 del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad.»

praticado; à segunda aplicam-se as normas da sociedade coletiva, ou da sociedade civil, conforme o seu objeto seja comercial ou civil¹⁴.

Enquanto a *sociedad en formación* é toda a que ainda não está registada, mas visa o registo; a *sociedad irregular* é aquela em que se verifica a vontade de não a registar¹⁵ ou em que já decorreu um ano sobre a celebração da escritura.

Quando, mais tarde, Espanha legislou sobre sociedades de responsabilidade limitada (equivalentes às nossas sociedades por quotas), remeteu para aqueles artigos da Lei das Sociedades Anónimas (art. 11.º, n.º 3, da Lei n.º 2/95, de 23 de março, publicada no Boletim Oficial de 24 de março).

Também no direito francês se distingue a *société en formation*, prevista no art. 1843.º do Code Civil¹⁶, da *société en participation*, prevista nos arts. 1871.º e

¹⁴ Referindo-se a parte do n.º 2 do art. 16.º, VALPUESTA GASTAMINZA afirma «se tem objeto mercantil, considerar-se-á sociedade coletiva, se tem objeto civil considerar-se-á sociedade civil. Neste ponto é unânime toda a doutrina que se pronunciou sobre o tema» - *La sociedad irregular*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 194.

¹⁵ Segundo VALPUESTA GASTAMINZA, «a irregularidade depende da falta de registo, e nada mais. Que exista ou não escritura é ponto irrelevante» - ob. cit., p. 122. Segundo esta interpretação são subsumíveis à sociedade irregular espanhola as situações subsumíveis ao art. 36.º, n.º 2, do CSC. O autor reconhece que a doutrina espanhola se divide quanto a esta matéria, havendo quem defenda só haver sociedade irregular no período posterior à escritura e anterior ao registo (p. 123). É o caso de M. ISABEL SÁEZ LACAVE, *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 68-77 e 405-6 – para quem no período anterior à escritura existe apenas uma sociedade «pré-fundacional» que se reconduz a uma sociedade personalista, e cujo regime não se distingue, portanto, do previsto no art. 16.º do Real Decreto Legislativo 1564/1989 para a «sociedade irregular».

¹⁶ «Art. 1843: Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.»

1872.^o ¹⁷ do mesmo código, e da *créée de fait* prevista no art.1873.^o ¹⁸ e à qual se aplica o regime da *société en participation*. Todos estes artigos têm a redação introduzida pela Lei 78-9, de 4 de janeiro, que modificou o Título IX do Livro III do *Code Civil* – arts. 1832.^o a 1873.^o – e revogou os arts. 419.^o a 422.^o da Lei 66-537, de 24 de julho, sobre sociedades comerciais, relativos à *société en participation*.

A *société en formation* é aquela que ainda não está registada, mas que tenciona vir a registar-se¹⁹. Neste caso, as pessoas que agem em nome da sociedade são solidariamente responsáveis pelos seus atos (à semelhança do que sucede no direito espanhol).

Já na *société en participation* os associados celebraram um contrato de sociedade, mas convencionaram, imediatamente ou mais tarde, não proceder ao respetivo registo²⁰. Aplicam-se-lhe as regras sobre sociedades civis, se o seu objeto for civil, ou sobre sociedades em nome coletivo, se o seu objeto for comercial. Nunca pode ser dotada de personalidade coletiva. O regime é, também aqui, idêntico ao adotado em Espanha.

A *société créée de fait* resulta de uma construção da doutrina francesa e corresponde a uma situação de sociedade em que os sócios se comportam como

¹⁷ «Art. 1871: Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens. Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2ème alinéa), 1841, 1844 (1er alinéa) et 1844-1 (2ème alinéa).

Art. 1871-1 : A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif. (...)

Art. 1872-2 : Lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps. A moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis en application de l'article 1872 tant que la société n'est pas dissoute.»

¹⁸ «Art. 1873 : Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux sociétés créées de fait.»

¹⁹ Sobre a distinção entre esta e a *société créée de fait*, v. DEEN GIBIRILA, «Société en formation et société créée de fait», *La Semaine Juridique*, n.º 10, 4 mars 1998, pp. 392-395.

²⁰ Sobre a distinção entre a *société en participation*, a *société créée de fait* e a *société de fait*, vide, YVES CHARTIER, *Droit des affaires, 2/ sociétés commerciales*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 405-410; GEORGES HUBRECHT *et al*, *Droit Commercial*, 10.ª ed., Editions Sirey, 1986, pp. 130-1.

tal, afetando bens e serviços ao exercício de uma atividade comum, partilhando lucros e perdas, sem que tenham celebrado um contrato formal²¹. Tem o mesmo regime da *société en participation*. Boa parte das situações qualificáveis como *sociétés créées de fait* são também subsumíveis ao art. 36.º, n.º 2, do CSC – mas não todas, na *société créée de fait* os sócios podem não ter sequer consciência de manterem entre eles uma sociedade, como o caso de pessoas que vivem em união de facto e que trabalham ambas no comércio de uma delas, exemplo recorrentemente dado pela doutrina francesa²². Tal falta de consciência não é concebível na sociedade do art. 36.º, n.º 2, na qual as partes *acordam celebrar um contrato* de sociedade.

A lei portuguesa não autonomizou a *sociedade em formação* e a *sociedade irregular*, o que, por um lado, compreende-se na medida em que a distinção assenta sobretudo num critério subjetivo (a intenção de vir a proceder ao registo, ainda que essa intenção se possa objetivar pelo decurso do tempo) mas, por outro lado, pode suscitar questões sobre a adaptação à Diretiva, como melhor veremos.

O CSC distingue os regimes jurídicos com base na circunstância de já ter sido celebrado, ou ainda não, o contrato de sociedade comercial, independentemente de haver ou não (ou de ter havido e ter, entretanto, deixado de haver) intenção de proceder ao registo. A *sociedade em formação*, com o significado que tem vindo a sedimentar-se noutros ordenamentos tem, face à lei portuguesa, o mesmo regime que a sociedade ativa sem contrato de sociedade comercial ou sem registo, e em que a intenção de proceder ao registo nunca esteve no horizonte dos sócios. As previsões dos arts. 36.º, n.º 2, a 40.º do CSC abarcam ambas as realidades.

Fora do conceito fica a previsão do art. 36.º, n.º 1, do CSC. Segundo este *se dois ou mais indivíduos, quer pelo uso de uma firma comum quer por qualquer outro*

²¹ O conceito foi criado por JOSEPH HÉMARD, no início do séc. XX, para designar sociedades que, além de não serem publicitadas, não tinham contrato escrito. O objetivo foi distinguir estas situações das «*sociétés de fait*» em sentido estrito, formalmente constituídas mas afetadas de uma causa de nulidade - HENRI TEMPLE, *Les sociétés de fait*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 13. TEMPLE vem a definir as *sociedades criadas de facto* como «celles qui n'existent que par le comportement des parties soit que ces dernières aient exprimé oralement leur accord soit même qu'elles n'aient pas eu conscience de former une société» - *ob. cit.*, p. 236.

²² *V.g.*, HENRI TEMPLE, *ob. cit.*, p. 2; YVES CHARTIER, *ob. cit.*, p. 406; GEORGES HUBRECHT *et al.*, *ob. cit.*, p. 131.

meio, criarem a falsa aparência de que existe entre eles um contrato de sociedade responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas nesses termos por qualquer deles. A interpretação mais consentânea com a letra da disposição, fazendo descaso da tautológica *falsa aparência*, é a de reportar a situações em que não existe sociedade, *nem mesmo irregular*, nem, portanto, qualquer património social²³. Será uma situação rara, que provavelmente seria resolvida pelas disposições relativas à responsabilidade civil²⁴. Não se conhece jurisprudência que tenha feito aplicação isolada do art. 36.º, n.º 1, do CSC.

2. Origem contratual da sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2

2.1 Conteúdo do contrato presente nesta sociedade

Apesar da expressa intenção clarificadora do CSC, a norma contida no art. 36.º, n.º 2, quer isoladamente, quer em articulação com todo o complexo normativo semanticamente associado, tem sido objeto de díspares, e até antagónicas, interpretações por parte da doutrina e da jurisprudência. A sua leitura suscita, de facto, várias interrogações. Será o acordo nela mencionado vinculativo?

Que *contrato de sociedade* é aquele que a norma diz ainda não ter sido celebrado? Como interpretar a parte final da norma segundo a qual se aplicam às relações entre os sócios e deles com terceiros as disposições sobre sociedades civis?

Serão todas as disposições sobre sociedades civis aplicáveis a esta sociedade?

²³ Neste sentido: COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, cit., p. 119; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, II, Lisboa, AAFDL, 1989, p. 185; PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 460; TARSO DOMINGUES, ob. cit., pp. 965-998 (971); PINTO DUARTE, «As sociedades irregulares do ponto de vista do direito comercial», in *Fisco*, n.º 1, 1988, pp. 16-20 (19); MARIA LAURA LEONARDO, «Sociedades irregulares: sua responsabilidade», in *Textos*, propriedade do Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1990-91, pp. 105-117 (108); MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 198-9.

²⁴ MENEZES CORDEIRO parece chegar a idêntica conclusão depois de uma análise algo extensa da norma: «o campo de aplicação do art. 36.º, n.º 1, reduz-se, acantonando-se na parte mais interessante: a da responsabilidade civil solidária, pelos danos causados» - *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., p. 483.

Será a sociedade que emerge daquele acordo uma sociedade comercial a que se aplica o regime da sociedade civil²⁵? Uma sociedade comercial que a lei converte em sociedade civil²⁶? Uma sociedade civil²⁷? Uma sociedade *sui generis*²⁸?

Analisemos o texto da norma – *ponto de partida e limite da interpretação*²⁹. A sua primeira parte parece inculcar a ideia de uma origem não contratual da

²⁵ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. I, Lisboa, ULFD, 1986/87, p. 453: «Aplicar as disposições das sociedades civis não significa qualificar as sociedades irregulares sociedades civis. As sociedades irregulares têm necessariamente objeto comercial; pelo que são sociedades comerciais, irregulares embora, e não sociedades civis. Significa apenas que lhes é aplicável o regime das sociedades civis». Também COUTINHO DE ABREU parece pronunciar-se pela qualificação como comercial, ou pelo menos afasta a qualificação como sociedade civil: «O n.º 2 do art. 36.º, ao remeter para as disposições sobre as sociedades civis, não deve ser interpretado de modo a qualificarem-se como sociedades civis as sociedades com objeto comercial mas sem o contrato celebrado pela forma legal. (...) uma sociedade com objeto comercial não pode ser civil», *in Curso de direito comercial*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 118-9.

²⁶ PINTO FURTADO, ob. cit., p. 211: «o art. 36.º-2 CSC [...] opera a conversão da sociedade comercial de facto em sociedade sob a forma civil (conversão ope legis)».

²⁷ Parece ser esse o entendimento de FERRER CORREIA - «se as partes não lograram alcançar (ainda) o objetivo de dar vida a uma sociedade comercial, algo já resultou do seu agir – e do que tão somente necessitamos é de qualificar esse quid, de que apenas sabemos que não é uma sociedade comercial. Ora, a qualificação que logo se oferece é a de sociedade civil» - no artigo «O processo de constituição das sociedades de capitais», *in Colóquio "Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais"*, Coimbra, 2003, pp. 19-27 (21).

²⁸ MENEZES CORDEIRO parece inclinar-se para esta conclusão, entendendo não haver qualquer conversão «não é esse o teor da lei; tão-pouco nos parece vantajoso proceder, doutrinariamente, às construções que permitiriam apoiar tal asserção e isso admitindo que elas fossem possíveis». Por outro lado, também lhe parece não se tratar de sociedade comercial, nem de sociedade civil: «Há, pois, uma aplicação de regras civis: não uma conversão de uma (inexistente) sociedade comercial numa (porventura impossível) sociedade civil». Continuando a discorrer sobre a mesma questão, afirma: «Comercial não pode ser: o artigo 1.º, n.º 2, formaliza essa categoria (...) bem pode acontecer que se tenha "acordado" na constituição de uma sociedade comercial e que se inicie, desde logo, uma atuação comum sem que se tenha, sequer e ainda, optado por um concreto tipo de sociedade. Ergo, a haver elementos suficientes para se poder falar de sociedade, ela será civil. Isso não impede, todavia, que a situação globalmente considerada seja comercial» - *in Manual de direito das sociedades*, I, cit., pp. 485 e 486.

MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO também afasta as hipóteses do acordo previsto no art. 36.º, n.º 2, do CSC ser contrato de sociedade comercial, de sociedade civil ou de uma convertida na outra – ob. cit., pp. 198, 214-8.

²⁹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 189: «A letra (o enunciado linguístico) é (...) o ponto de partida. Mas não só, pois exerce também a função de um limite nos termos do art. 9.º, 2: não pode ser considerado como compreendido entre os sentidos possíveis da lei aquele pensamento legislativo (espírito, sentido) "que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso"».

sociedade em causa, que surgiria por via um mero acordo, *antes da celebração do contrato de sociedade*³⁰.

No entanto, a génese contratual da sociedade a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, do CSC não é posta em crise, nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Na doutrina, essa origem, ora é expressamente afirmada³¹, ora resulta implicitamente assumida em considerações sobre a (in)validade desse contrato³² e sobre a sua eventual conversão noutra espécie contratual³³.

Na jurisprudência dos nossos tribunais superiores, o primeiro passo da argumentação jurídica tendente a enquadrar uma situação de facto na norma do art. 36.º, n.º 2, do CSC tem sido, invariavelmente, a averiguação da presença na situação concreta dos elementos do contrato de sociedade civil simples, previstos no art. 980.º do CC. Ou seja, a jurisprudência portuguesa tem decidido, de forma constante, que a sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC só existe se se verificarem, entre outros, os elementos do contrato de sociedade civil³⁴.

³⁰ Antes da atual redação, introduzida pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, dizia-se «antes da celebração da escritura pública». O sentido era o mesmo uma vez que, então, o contrato de sociedade celebrava-se por escritura pública (art. 7.º, n.º 1, do CSC na redação anterior ao mencionado diploma) e a sociedade constituía-se, como atualmente, pelo contrato (art. 5.º do CSC).

³¹ Pronunciando-se expressamente sobre esta questão, MENEZES CORDEIRO, no *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., p. 502, conclui que «as sociedades irregulares, que o sejam por incompletude são, em todo o caso, verdadeiras sociedades, assentes em equivalentes contratos de sociedade. Tais contratos, por razões endógenas (falta de escritura) ou exógenas (falta de registo) não equivalem aos modelos finais legalmente fixados. Não deixam de ser contratos. De categoria inferior? Não propriamente: apenas diferente».

BRITO CORREIA, ob. cit., 1989, p. 186: «nesta hipótese há um verdadeiro contrato, mas sem a forma legalmente exigida».

³² MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular e a Integridade do Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2004, defende que «o regime do n.º 2 do art. 36.º não tem o efeito de afastar a nulidade dos contratos de sociedade comercial celebrados sem a forma legal» (p. 313) e que essa nulidade deve ser oficiosamente conhecida pelos tribunais (pp. 316-7). Em escritos posteriores continua a defender a mesma interpretação – vide «Sociedade nula e sociedade irregular, Código das Sociedades Comerciais, jurisprudência e doutrina de Ferrer Correia», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 13, 2008, pp. 63-86.

Extraindo consequências diferentes, mas pressupondo a existência de um contrato, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, cit., p. 117.

³³ PINTO FURTADO, ob. e loc. cit. (nota 26).

³⁴ Foi por não se verificarem aqueles elementos que, no acórdão do STJ de 17/05/95, relatado por Cortez Neves, proc. 004097, consultável em www.dgsi.pt (como todos os que se mencionarem sem indicação de outra proveniência), se concluiu que a exploração pelos herdeiros de um estabelecimento comercial do *de cujus*, até à partilha, não constitui uma «sociedade irregular». Também no acórdão do STJ de 06/11/2003, relatado por Pires da Rosa, proc. 03B2220, foi a falta de um dos elementos do contrato de sociedade (o acordo de contribuição de bens ou serviços para o mesmo fim de obtenção e partilha de lucros) que levou à decisão de não se estar perante sociedade, «ainda que irregular». Inversamente, foi a verificação da presença daqueles

Esses elementos estão descritos no art. 980.º do CC e arrumam-se do seguinte modo³⁵:

- Pessoas³⁶ – *duas ou mais pessoas (que se obrigam)*;
- Objeto³⁷ – *bens ou serviços (com que contribuem)*;
- Função eficiente (ou função jurídica)³⁸ – *obrigação (de contribuição)*;
- Função económico-social (ou função metajurídica)³⁹ – *cooperação – contribuição para o exercício em comum de certa atividade*;
- Circunstância (no caso, a finalidade da função económico-social)⁴⁰ – *finalidade de repartição de lucros*.

elementos que permitiu que, no acórdão do STJ de 07/10/99, relatado por Noronha do Nascimento, proc. 99B494, se concluisse que a situação se enquadrava na sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC, apesar de as partes terem subscrito um acordo que intitularam de contrato-promessa de compra e venda. A título meramente exemplificativo, refiro apenas que também nos acórdãos do STJ de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, proc. 03B1255, de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, proc. 05A2740, e de 31/05/2007, relatado por Salvador da Costa, proc. 07B1628, se concluiu pela existência de uma «sociedade irregular» prevista no art. 36.º, n.º 2, por, entre outros fatores, se verificarem os elementos do contrato de sociedade insertos no art. 980.º do CC.

³⁵ Seguimos nomenclatura de FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 18-19; e *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 342-357.

³⁶ As pessoas não são apenas declarantes e declaratórias das propostas negociais, sendo também elementos do próprio negócio «cujo conteúdo ficaria incompleto sem a sua individualização, porque é indispensável saber quem se vinculou e a favor de quem o vínculo se estabeleceu» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., pp. 573-4. Em *Contratos II*, cit., v. pp. 29 e ss.

³⁷ O objeto negocial enquanto elemento do contrato é «a referência a cada um dos bens a que dizem respeito as funções negociais e sobre os quais incidem os seus efeitos» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., pp. 601-2. Em *Contratos II*, cit., v. pp. 65 e ss.

³⁸ Trata-se do elemento «com aptidão para gerar a performatividade do ato negocial quanto aos seus efeitos jurídicos diretos, isto é, quanto à mutação das situações sob um ponto de vista estritamente jurídico. (...) [É] instrumental em relação às funções económico-sociais que geralmente a completam, referindo-se tão somente ao modo, mas não ao conteúdo nem à relevância económico-social final dos efeitos produzidos» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., p. 449. Em *Contratos II*, cit., v. pp. 105-111.

³⁹ A função económico-social designa os «elementos específicos do texto de um negócio jurídico, através dos quais se predica o seu conteúdo proposicional, indicando a finalidade metajurídica, fundamental e global prosseguida pelo negócio jurídico» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., p. 497 (v. quadro com as funções no contrato de sociedade civil na p. 444). Em *Contratos II*, cit., v. pp. 111 e ss.

⁴⁰ As circunstâncias «constituem um conjunto diversificado de elementos suscetíveis de figurarem, em copresença, no texto de um mesmo negócio jurídico», e podem completar a função eficiente (tempo, espaço, eventualidade) ou a função económico-social (tempo, espaço, eventualidade, finalidade, conformidade). As circunstâncias próprias da função económico-social podem «ser necessárias de um certo tipo negocial ou apenas selecionadas para negócios jurídicos particulares» - FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado...*, vol. I, cit., pp. 348-352. «[A] estrutura descritiva do texto em negócios jurídicos dotados de (...) função económico-social [de cooperação] não prescinde de uma *circunstância de finalidade*, que especifica a finalidade geral de cooperação (...)» - *Idem*, p. 536.

Estes elementos, não obstante não estarem descritos no art. 36.º, n.º 2, do CSC, têm sido entendidos no direito vivido, praticado, aplicado, como sendo os necessários (ainda que com especificidades infra explicadas) para que numa dada situação de facto se aplique a consequência prevista naquela norma: a sujeição ao regime jurídico das sociedades civis simples.

Verificando-se esses elementos e aplicando-se às relações entre os sócios e deles com terceiros o regime das sociedades civis, significa que os sócios conseguem os seus intentos de desenvolver uma atividade comercial através de uma sociedade personalista, não dotada de personalidade coletiva.

Podemos concluir, desde já, e sem prejuízo de continuarmos a testar esta conclusão nas páginas seguintes, que o acordo a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, é, mais que mero acordo, um verdadeiro contrato – «acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido»⁴¹.

Todavia, o art. 36.º, n.º 2, diz-nos que o acordo levado à prática, a que se aplica o regime jurídico das sociedades civis, acontece *antes da celebração do contrato de sociedade*.

Importa então delimitar com clareza o contrato que foi efetivamente celebrado e posto em prática, e o contrato que ainda não se celebrou. E, relativamente ao primeiro que, recordamos, é o objeto deste estudo, reconduzi-lo a uma das categorias conhecidas (sociedade civil ou sociedade comercial), ou distingui-lo de ambas.

Apesar da referida coincidência entre elementos necessários do contrato de sociedade civil e do contrato que subjaz à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC, há aspetos fundamentais no primeiro que não se verificam no segundo, e vice-versa. Tais aspetos são de tal forma importantes que não permitem afirmar que as duas sociedades pertencem ao mesmo tipo⁴²⁻⁴³.

⁴¹ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 38.

⁴² Sobre a possibilidade de, simultaneamente, uma situação ser subsumível a um dado conceito jurídico, mas não pertencer ao tipo correspondente, exemplificando até com situação análoga à que é objeto deste texto – v. KARL LARENZ, *ob. cit.*, p. 530 e, retomando a mesma situação, p. 551.

⁴³ Sobre a distinção entre conceito e tipo *vide*, além de LARENZ, *ob. e loc. cit.*, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 41-52, e PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos Contratos*, Coimbra,

Resumem-se da seguinte forma: a) enquanto o contrato de sociedade civil nunca tem por objeto a prática de atos de comércio, o contrato de sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC tem sempre por objeto a prática desses atos; b) enquanto o contrato de sociedade civil simples beneficia do regime jurídico respetivo desde o momento da sua celebração, o contrato que está na origem da sociedade do art. 36.º, n.º 2, só se submete ao mesmo regime a partir do momento em que o acordo é posto em prática; e, c) enquanto o contrato de sociedade civil simples é consensual (pode assumir qualquer forma), exceto quando forma especial seja obrigatória para a transmissão dos bens que são levados para a sociedade, o contrato de sociedade do art. 36.º, n.º 2, é não escrito, ou, pelo menos, celebrado por um escrito que não respeita as exigências previstas para o contrato de sociedade comercial (art. 7.º do CSC).

A efetiva atividade e a informalidade do contrato que dá origem à sociedade a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, permitem distingui-lo também do contrato de sociedade comercial.

Objeto, atividade e forma são índices do tipo, ou seja, «características que têm capacidade para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos, na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e na concretização»⁴⁴.

2.2 Distinção do contrato de sociedade civil: redução da atividade económica a atos de comércio

Enquanto a sociedade civil (olhando apenas ao conceito inserto no CC) pode ter por objeto qualquer atividade económica que não de mera fruição; a sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC só pode ter por objeto a prática de atos de comércio, ou seja, atos *especialmente regulados* no Código Comercial (art. 2.º do CCom), com a interpretação atualista que se imponha à expressão,

Almedina, 2000, pp. 79-107. Correndo o risco da falta de rigor inerente a uma síntese simplista, podemos resumir dizendo que o *conceito* é formado por um conjunto fechado de características essenciais, tendo de se verificar todas elas para se considerar que uma situação concreta se lhe subsume; o *tipo (aberto)* descreve-se através de várias características de diferentes graus de importância (essenciais, naturais e mesmo acidentais) e para a recondução de uma situação de facto ao tipo não é necessária a verificação de todas elas, podendo em compensação ser necessárias outras que não resultam do conceito respetivo.

⁴⁴ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., p. 114; o «objeto como índice do tipo» e a «forma como índice do tipo» são tratados pelo autor (pp. 137-140 e 155-160, respetivamente).

considerando a idade do código, de há muito centenário, e a evolução legislativa, económica e social nesta matéria.

É pacífico que todos os atos de comércio cabem no conceito de atividade económica orientada ao lucro, embora a inversa não seja verdadeira. Assim, a atividade da sociedade do art. 36.º, n.º 2, cabe no conceito da atividade económica do art. 980.º do CC, sendo apenas de conteúdo mais limitado⁴⁵.

Podemos concluir que *a prática de atos de comércio* cabe no *conceito de atividade económica, que não seja de mera fruição*. Não obstante, está excluída do *tipo* sociedade civil, uma vez que, noutras disposições legais que não aquela em que definiu o *conceito*, a lei reservou a prática de atos de comércio para as várias sociedades comerciais (art. 1.º, n.º 1 e 2, do CSC). Assim, uma sociedade que se dedique à prática de atos de comércio está sempre afastada do tipo sociedade civil⁴⁶.

2.3 Distinção perante os contratos de sociedade civil e de sociedade comercial

2.3.1 Efetiva atividade

Nos termos do art. 36.º, n.º 2, a sociedade aí prevista só surge se, e quando, *os sócios iniciarem a sua atividade*. A efetiva atividade da sociedade é, pois, condição necessária para que se lhe aplique o regime jurídico da sociedade civil – neste sentido, encontramos jurisprudência⁴⁷ e doutrina⁴⁸.

⁴⁵ Isto é expressamente reconhecido por MANUEL ANTÓNIO PITA: «em termos conceituais, a atividade económica prevista no art. 36.º, n.º 2 preenche os requisitos da noção de sociedade recortada no art. 980.º do Código Civil: quanto ao objeto, na definição legal cabem certamente todas as atividades económicas, civis ou comerciais», in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., p. 308.

⁴⁶ Sobre a possibilidade de o *tipo* ser *descrito* «por referência a critérios de seleção de classes que ultrapassem a simples enunciação conceitual», FERREIRA DE ALMEIDA, in *Texto e enunciado...*, vol. I, cit., p. 409.

⁴⁷ No acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05/06/2008, relatado por Augusto Carvalho, proc. 1091/08-1, lê-se «apenas se poderá reclamar a aplicação da disciplina jurídica das sociedades irregulares, em primeiro lugar, se for celebrado um negócio jurídico de constituição de uma sociedade comercial, sem escritura pública e, em segundo lugar, que esse negócio jurídico sofra começo de execução ou, como se diz no n.º 2, do citado artigo 36.º, do C.S.C., se “os sócios iniciarem a sua atividade”. Antes deste momento, isto é, do início da atividade social, não se porá qualquer problema de aplicação da disciplina jurídica das sociedades irregulares».

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, no seu *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., p. 479, aborda a questão dizendo que «as situações a reconduzir às sociedades irregulares têm, em comum, duas importantes circunstâncias:

Sem atividade podemos estar perante atos preparatórios de uma futura sociedade comercial, perante contrato-promessa de sociedade, ou mesmo perante um contrato associativo atípico, mas nunca perante uma sociedade a que se justifique aplicar as normas das sociedades civis.

É a atividade social que gera relações entre os sócios e com terceiros, tornando necessário um regime jurídico que permita às partes e a terceiros relacionarem-se em segurança e obterem soluções equitativas para os seus litígios. A solução encontrada foi a sujeição ao regime das sociedades civis, dada a analogia das situações. Pode dizer-se que, neste contrato, a atividade faz parte do tipo, na medida em que sem ela não se aplica o regime.

Já a sociedade civil simples nasce por mero efeito da celebração do contrato, com os elementos previstos no art. 980.º do CC, não carecendo, para a aplicação do regime próprio previsto nos artigos subsequentes, que inicie a atividade para a qual se constituiu.

O mesmo se passa com a sociedade comercial que pode subsistir sem atividade durante anos, sem prejuízo de a dissolução poder ser requerida quando esteja inativa durante dois anos consecutivos (art. 142.º, n.º 1 c) do CSC).

A *atividade* necessária à sociedade do art. 36.º, n.º 2, poderá ser a destinada à constituição da sociedade comercial, mas não poderá deixar de fora a atividade normal objeto da sociedade projetada – a letra da lei aponta nesse sentido (*antes da celebração do contrato de sociedade, os sócios iniciarem a sua atividade*).

Era também esta a ideia de Ferrer Correia, autor dos Anteprojetos dos quais a norma provém⁴⁹: embora nesta *primeira fase ou período pré-constitutivo*, a

- a não conclusão do processo formativo, o qual pressupõe um acordo solene e o registo definitivo;

- a efetiva presença de uma organização societária em funcionamento, com relações atuantes: quer entre os sócios interessados, quer com terceiros».

⁴⁹ O Código das Sociedades Comerciais foi precedido de vários anteprojetos parcelares da responsabilidade de vários autores. Após a conclusão do Código Civil de 1966, foi encarregue de rever a legislação sobre sociedades uma comissão composta por Vaz Serra, Ferrer Correia, Fernando Olavo e Raul Ventura. De cada um destes autores, e em colaboração com terceiros, saíram vários anteprojetos parcelares.

Para a matéria que ora nos ocupa releva apenas o Anteprojeto de Lei das Sociedades Comerciais, Disposições gerais, da autoria de Ferrer Correia, com a colaboração de António Caeiro (publicado em *BMJ* 185

atividade dos sócios tenha sobretudo por objeto «a constituição de uma outra sociedade – uma sociedade comercial de certo tipo»⁵⁰, admite também que possa acontecer «que logo nesta primeira fase inicial os sócios resolvam dar começo às atividades compreendidas no objeto da futura sociedade. Caso típico é o de a entrada de um dos sócios consistir num estabelecimento comercial, que é logo posto em comum»⁵¹.

e 191, respetivamente de abril e dezembro de 1969). Praticamente todas as normas relevantes para definir e situar a sociedade do atual art. 36.º, n.º 2, do CSC (nomeadamente os atuais arts. 36.º, n.º 2, a 52.º) saíram deste Anteprojeto de Ferrer Correia, ainda da década de sessenta.

Após 1974, foi nomeada uma outra comissão com a incumbência de rever a legislação comercial. Desta feita a comissão foi composta por Ferrer Correia, Lobo Xavier, António Caeiro e Maria Ângela Correia. Esta comissão veio a apresentar o Anteprojeto de Lei das Sociedades por Quotas (*RDE*, Ano 2 – 1976, e *RDE*, Ano 3 - 1977), e uma segunda redação do mesmo (*RDE*, Ano 5 – 1979). No que respeita à sociedade do atual art. 36.º, n.º 2, do CSC não houve alterações de fundo, relativamente ao Anteprojeto de Ferrer Correia de 1969.

Em 1981, o então Ministro da Justiça Meneres Pimentel encarregou Raul Ventura de rever a legislação comercial, o que este autor fez apresentando um Anteprojeto de Lei Geral das Sociedades. Este Anteprojeto de Raul Ventura foi revisto pelo próprio, por Fernando Olavo e por António Caeiro. Este texto revisto foi publicado como Código das Sociedades (Projeto) no *BMJ* 327 (junho 1983). As normas nele consignadas e que relevam para o objeto deste estudo têm uma orientação completamente diferente da dos Anteprojetos de Ferrer Correia e não passaram para o CSC (com exceção das que deram origem aos atuais artigos 36.º, n.º 1, 172.º e 173.º).

Em 1984-85, o texto foi novamente revisto, desta vez por António Caeiro, Maria Ângela Coelho e Nogueira Serens. Terá sido nesta revisão que foram recuperadas as normas dos Anteprojetos de Ferrer Correia sobre sociedades ativas antes da formalização do contrato de sociedade comercial, sociedades com contrato formal mas não registado, e sociedades com contrato inválido. Este texto foi ainda objeto de sucessivas revisões por Raul Ventura e Brito Correia. A história aqui sumariada pode ler-se com detalhe num artigo de ANTÓNIO CAEIRO, «A parte geral do Código das Sociedades Comerciais» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1988, pp. 621-664.

O art. 36.º, n.º 2, do CSC corresponde ao art. 5.º do Anteprojeto (Disposições Gerais) – Ferrer Correia, de 1969 («Se após a conclusão do contrato mas antes da celebração da escritura pública os sócios derem início às atividades sociais, aplicam-se às relações entre os sócios e às relações com terceiros as normas das sociedades civis,...» - *BMJ* 185/43), e ao art. 16.º do Anteprojeto Sociedade por Quotas – Ferrer Correia, de 1976-79 («Se, após a conclusão do acordo tendente à constituição da sociedade, mas antes da celebração da escritura pública, os sócios derem início às atividades sociais, são aplicáveis à relações estabelecidas entre eles e com terceiros as normas das sociedades civis» - *RDE* ano V, n.º 1, p. 147).

⁵⁰ *BMJ* 185/47.

⁵¹ *BMJ* 185/48.

Com frequência, nos casos levados a juízo, a entrada de um dos sócios é constituída por um seu estabelecimento, já em funcionamento⁵²; acontecendo também as entradas dos vários sócios serem constituídas por estabelecimentos de várias sociedades comerciais⁵³; mesmo quando o estabelecimento, ou o bem de cuja exploração comum se pretende lucrativa para todos, é adquirido *ab initio* com vista à formação da nova sociedade, a aquisição é formalizada apenas por um dos sócios, que fica com o estabelecimento, ou com o bem, em seu nome pessoal⁵⁴. Por outro lado, muitas destas sociedades ativas funcionam durante décadas⁵⁵, ultrapassando largamente o que se poderia considerar uma situação de *sociedade em formação*. Não obstante, os tribunais não hesitaram, por isso, em subsumi-las ao art. 36.º, n.º 2, do CSC.

⁵² Assim se conformavam as situações dos acórdãos do STJ de 06/11/2003, relatado por Pires da Rosa, processo 03B2220, e do TRE de 29/11/2007, relatado por Mário Serrano, processo 2372/07-3, embora em ambos os casos se tenha decidido que as relações em litígio não se qualificavam como sociedades irregulares.

⁵³ Caso do ac. TRL, de 10/11/2005, relatado por Fátima Galante, processo 6557/2005-6, no qual várias pessoas, sócias de duas diferentes sociedades comerciais, acordaram constituir uma outra sociedade para a qual levaram dois estabelecimentos já ativos, e cujas atividades continuaram, agora em conjunto.

⁵⁴ Assim sucedeu na situação do ac. STJ, de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255: duas pessoas acordaram oralmente constituir uma sociedade para exploração de uma farmácia, um deles adquiriu um estabelecimento de farmácia com o qual entrou para a sociedade e o outro fez obras no estabelecimento e procedeu ao aprovisionamento, com o que constituiu a sua entrada; durante décadas, a farmácia funcionou, ambos tomando as decisões importantes sobre a gestão da mesma e dividindo os lucros. O litígio despoletou-se quando o sócio que não tinha o estabelecimento em seu nome faleceu.

No ac. STJ, de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740, todo o património imobiliário explorado em comum com intuito lucrativo pelos dois sócios, irmãos, foi adquirido sempre em nome exclusivo de um dos sócios, situação que se arrastou por décadas.

Também no ac. STJ, de 31/05/2007, relatado por Salvador da Costa, processo 07B1628, os sócios acordaram na exploração de um estabelecimento de restaurante que foi adquirido apenas por um deles (trata-se da mesma situação relatada no ac. TRC, de 28/11/2006, relatado por Távora Vítor, processo 1325/06).

⁵⁵ As relações societárias, não suportadas por qualquer contrato de sociedade comercial, mantiveram-se durante décadas nas situações descritas nos acórdãos: STJ de 07/10/99, relatado por Noronha do Nascimento, processo 99B494; STJ de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255; STJ de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740; TRP de 08/07/2004, relatado por Emídio Costa, processo 0423549.

2.3.2 Necessária informalidade

O contrato que origina a sociedade do art. 36.º, n.º 2, não pode considerar-se um contrato de sociedade civil nem um contrato de sociedade comercial por mais uma razão: a sua necessária *informalidade*.

Com esta expressão queremos significar que não se celebrou na forma, em *sentido técnico-jurídico, ou forma vinculada*⁵⁶, prescrita na lei para um contrato de sociedade comercial, ou seja, que não se celebrou por escrito com as assinaturas dos seus subscritores reconhecidas presencialmente, ou pela forma mais solene que for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade (art. 7.º do CSC). Num sentido amplo, *não há contrato sem forma*, abrangendo esta «tanto a *forma significativa* (isto é, a parte sensível dos sinais usados na mensagem) como a *forma de emissão* (isto é, o conjunto de meios humanos e mecânicos usados na comunicação)»⁵⁷. A forma, neste sentido, pode ser meramente oral, consistir num aceno de cabeça ou num aperto de mão.

A forma que não chega à que é exigida para a celebração de um contrato de sociedade comercial, e que nessa medida designámos por *informal*, é crucial à sociedade de que tratamos, a ponto a podermos considerar *interna – pertença do próprio tipo*⁵⁸.

Normalmente, a forma exigida por lei é uma *forma externa* que o ato deve revestir para ser válido (forma *ad substantiam*) ou para ser provado (forma *ad probationem*). É desta *forma* que a lei trata nos arts. 219.º a 223.º e 364.º do CC. A forma (externa) requerida como requisito de validade ou de prova constitui sempre *um mínimo*, que pode ser substituído por forma mais solene – *o excesso de forma é legal*⁵⁹.

Da *forma externa* devemos distinguir a *forma interna* sem a qual negócio não se celebra ou não se qualifica como de determinado tipo. Trata-se de uma «forma absoluta, que vale por si própria, porque pertence ao próprio tipo do ato

⁵⁶ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1992, p. 669.

⁵⁷ FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, cit., p. 101.

⁵⁸ Sobre a forma interna como pertença do tipo, vide PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 155-160.

⁵⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, teoria geral*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 51.

ou do negócio e, portanto, não permite redução teleológica»⁶⁰; a sua falta produz «a *inexistência* do respetivo negócio – forma que pode qualificar-se como *constitutiva (hoc sensu)*»⁶¹.

A forma do contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2 – forma não escrita ou, pelo menos, inferior à exigida para a celebração de um contrato de sociedade comercial – é imprescindível ao contrato em questão. Podemos considerá-la uma forma absoluta ou interna, não porque não permita *redução*, mas porque não permite *ampliação* para forma mais solene.

Com efeito, a partir do momento em que um contrato de sociedade com objeto comercial é celebrado pela forma exigida pelo art. 7.º do CSC, transitamos do regime do art. 36.º, n.º 2 (regime das sociedades civis, aplicável *no período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial*), para o regime especial previsto nos arts. 37.º a 40.º do CSC (*período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade comercial e o seu registo definitivo*).

O contrato de sociedade civil simples, por seu turno, pode ser celebrado por escrito, com as assinaturas reconhecidas presencialmente, ou por escritura pública, pois, mesmo nos casos em que a lei não impõe forma especial, as partes podem adotá-la (forma voluntária mencionada no art. 222.º do CC) ou convencioná-la (forma convencional prevista no art. 223.º do CC). E deve ser celebrado por forma especial quando a lei a exija para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade (forma legal imposta pelo art. 981.º, n.º 1 *in fine* do CC).

⁶⁰ A distinção entre a forma externa e a forma interna tem sido trabalhada por PAIS DE VASCONCELOS, em várias obras, nomeadamente no artigo «Superação judicial da invalidade formal no negócio jurídico de direito privado», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 313-338 (de cuja p. 319 foi extraída a frase), e em *Contratos atípicos*, cit., pp. 155-160. A distinção é reconhecida por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. II, cit., pp. 53, nota 51.

⁶¹ MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1960, p. 142 – o autor, embora não tratando deste tipo de forma, refere-a *en passant*: «só cuidamos agora da forma necessária para a validade ou para a prova do negócio. Não da que constitua elemento do próprio conceito dum certo tipo negocial, por maneira que a sua falta produza a *inexistência* do respetivo negócio». Exemplifica com o casamento civil e com o formalismo testamentário. Encontramos outros exemplos da forma interna na letra de câmbio, na livrança, no cheque ou no endosso que, não sendo praticados na forma prescrita não existem enquanto tais – um “endosso oral” não é nulo, é inexistente (PAIS DE VASCONCELOS, «Superação...», cit., p. 318).

Quando o contrato de sociedade civil seja celebrado por escritura pública e contenha determinadas especificações – seja esta forma legal, convencional ou voluntária –, a sociedade civil será dotada de personalidade coletiva. Esta é hoje a posição maioritariamente aceite na doutrina⁶². O fundamento positivo radica na aplicação do art. 158.º, n.º 1, do CC⁶³ às sociedades, por via do disposto na parte final do art. 157.º do mesmo código⁶⁴.

A sociedade do art. 36.º, n.º 2, CSC nunca pode ter personalidade jurídica⁶⁵, ao contrário do que sucede com a sociedade civil. A partir do momento em que as partes celebram o contrato de sociedade comercial, a sociedade deixa de estar sob a alçada do art. 36.º, n.º 2, e passa a estar sob a dos arts. 37.º a 40.º do CSC. E, mesmo nesta fase, não terá personalidade jurídica pois, tendo objeto comercial, só poderá adquiri-la com o registo definitivo do título constitutivo (art. 5.º do CSC). Tanto significa que nem todas as normas do regime das sociedades civis se aplicam às sociedades do art. 36.º, n.º 2, do CSC⁶⁶.

⁶² Neste sentido *vide*, entre outros neles citados, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, II, 2.ª ed.*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 96-99 («as sociedades civis puras, desde que constituídas por escritura pública e com as especificações prescritas, nos seus estatutos, são pessoas coletivas plenas» - p. 99); e, CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, I, 3.ª ed.*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001, pp. 560-3 («a constituição da sociedade civil simples, para obter personificação, depende sempre de o respetivo ato ser reduzido a escritura pública, pela aplicação análogica do art. 158.º, n.º 1, do C.Civ., ainda quando essa forma não seja imposta pelo regime específico do contrato de sociedade (art. 981.º, n.º 1). Para além disso, têm de ser observadas as demais formalidades indicadas a respeito das associações» - p. 560).

⁶³ «As associações constituídas por escritura pública (...) que contenham as especificações referidas no n.º 1 do artigo 167.º, gozam de personalidade jurídica».

⁶⁴ «As disposições do presente capítulo são aplicáveis (...) às sociedades, quando a analogia das situações o justifique».

⁶⁵ Referimo-nos sempre à personalidade jurídica plena que permite a elevação de um escudo praticamente impenetrável entre os patrimónios da sociedade e dos sócios. Não descaramos que outras entidades, e nomeadamente a sociedade civil simples e a sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC têm facetas ou parcelas de personalidade, nomeadamente pela existência de um património autónomo que responde em primeira linha (mas não exclusivamente) pelas dívidas sociais. Sobre estas *peças rudimentares* ou *figuras afins da pessoa coletiva*, por todos *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo III, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 521 e ss., e CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, pp. 536 e ss.

⁶⁶ O art. 36.º, n.º 2, do CSC saiu com a seguinte redação: «Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração da escritura pública, os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis que não pressuponham a personalidade jurídica destas». Desconhecemos a autoria deste último segmento (*que não pressuponham a personalidade jurídica destas*). Sabemos que não constava dos Anteprojetos de Ferrer Correia, nem por certo terá sido introduzido na revisão do Projeto do Ministério da Justiça feita por António Caeiro,

Retenhamos este aspeto de suma importância e que nos vai acompanhar em vários pontos do raciocínio: a sociedade do art. 36.º, n.º 2, nunca adquire personalidade jurídica.

Se a sociedade (de capitais, pois normalmente é destas que se trata) tivesse sido constituída pelo respetivo contrato de sociedade comercial e se este tivesse sido registado, os credores sociais só se poderiam satisfazer por via do património social, e não já através dos patrimónios pessoais dos sócios⁶⁷. Logo, com uma sociedade do art. 36.º, n.º 2, nunca se pode obter o mesmo efeito de constituição de pessoa coletiva, com inerente desresponsabilização dos sócios, que se obtém com uma sociedade comercial, ou com uma sociedade civil sob forma comercial, ou, ainda, com uma sociedade civil personalizada.

Podemos, então, questionar que razões que levam os sócios a dar início à atividade num regime que lhes é menos favorável. O motivo prende-se, quase sempre, com uma forte relação de confiança entre eles, muitas vezes mesmo de parentesco⁶⁸. É essa relação próxima que permite que um (ou alguns) coloque património ou trabalho ao serviço do desenvolvimento de uma atividade

Maria Ângela Coelho e Nogueira Serens, pois António Caeiro manifestou-se, após publicação do CSC, contra a sua introdução («não se conhecem quaisquer disposições sobre sociedades civis que pressuponham a personalidade jurídica destas, pelo que a norma não tinha qualquer sentido» - ANTÓNIO CAEIRO, «As modificações ao Código das Sociedades Comerciais», in *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 369-400 (374-5). A observação é certa, embora se perceba que o legislador da primitiva versão terá querido enfatizar que a sociedade do art. 36.º, n.º 2, nunca pode ter personalidade. O segmento em causa, com que nasceu o CSC terá, por certo, sido introduzido nas últimas revisões, e veio a cair na segunda alteração ao CSC (DL n.º 280/87, de 8 de julho), mercê das justas objeções que lhe foram apontadas.

⁶⁷ Salvo casos excecionais em que se permite a «desconsideração da personalidade coletiva» (MENEZES CORDEIRO opta por «levantamento da personalidade»), através da qual se derroga, a título excecional, a separação de patrimónios (social e pessoal) com a finalidade de correção de comportamentos ilícitos, fraudulentos, de abuso da personalidade coletiva da sociedade, em prejuízo de terceiros. De realçar, todavia, que em matéria de desconsideração, o CSC de 1986 prevê vários casos em que, por atos juridicamente imputáveis à pessoa coletiva, respondem diretamente perante terceiros os titulares dos órgãos sociais (as situações previstas nos arts. 78.º a 84.º do CSC podem considerar-se abrangidas no conceito). As principais referências bibliográficas e jurisprudenciais sobre o tema podem consultar-se em MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., pp. 375-404.

⁶⁸ Assim foi nas situações do ac. STJ de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740, do ac. TRP de 17/01/2006, relatado por Alziro Cardoso, proc. 0524262, e do ac. TRP de 23/03/2006, relatado por Deolinda Varão, processo 0533844 – em todos eles os sócios eram irmãos. Também eram irmãos os alegados sócios nos casos do ac. STJ de 06/11/2003, relatado por Pires da Rosa, processo 03B2220, e do ac. TRE de 29/11/2007, relatado por Mário Serrano, processo 2372/07-3 – embora nestes as decisões tenham sido no sentido de não se verificar entre eles qualquer sociedade.

comercial cujos principais ativos estão em nome exclusivo de outro (ou outros). O conflito surge quando um dos sócios (ou os seus herdeiros⁶⁹) quer negar a sociedade, por o património social ser excedentário e estar registado em seu nome pessoal, ou por o património social ser deficitário e estar em nome alheio. No fundo, o litígio despoleta-se habitualmente por um (ou mais) dos sócios querer aproveitar-se de uma situação jurídica formal que não corresponde ao acordo que mantinha com o outro (ou com os demais) e que efetivamente foi implementado por eles.

2.4 Distinção do contrato de sociedade comercial: irrelevância do acordo quanto ao tipo de sociedade comercial a constituir

O acordo de constituição de sociedade comercial logo posto em funcionamento a que se reporta o art. 36.º, n.º 2, do CSC não constitui, portanto, um contrato de sociedade comercial nulo, nem sequer juridicamente inexistente. Porque, simplesmente, o conjunto de atos em causa tem, *ab initio*, outra qualificação, uma natureza jurídica e um regime próprios. A inexistência jurídica supõe que «o ato sob observação esteja afetado por insuficiência ou por contradição significativas»⁷⁰, o que não é o caso quando o ato é suficiente e coerente como constitutivo de um outro negócio. Se A quer presentear B com x e lhe faz a correspondente entrega, sem obter nem pretender nada em troca, não podemos dizer que o ato é uma compra e venda juridicamente inexistente!

A doutrina exposta é a que melhor quadra com a letra do preceito que prevê, por um lado, um acordo de sociedade posto em prática, ao qual se aplicam as normas das sociedades civis, e por outro lado, um contrato de sociedade (comercial) que não chega a celebrar-se.

Não se formalizando o contrato de sociedade comercial, estamos perante um outro negócio, nomeadamente perante um que dá vida à sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, ao qual se aplicam simplesmente as normas das sociedades civis.

⁶⁹ No ac. STJ, de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255 e no ac. TRP de 17/01/2006, relatado por Alziro Cardoso, proc. 0524262, os desentendimentos só surgem após a morte de um dos sócios, entre herdeiros e sócio sobrevivente.

⁷⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e Enunciado ...*, vol. I, cit., p. 426.

Importa deixar uma última nota sobre este *outro negócio* no seu confronto com o contrato de sociedade comercial. O contrato de sociedade no art. 36.º, n.º 2, que a norma designa por *acordo* pode ser *muito simples e incipiente*⁷¹, podendo parte das declarações negociais ser tácitas, dedutíveis de factos que, com probabilidade, as revelem. Os elementos essenciais do contrato de sociedade civil têm de estar presentes, ainda que não necessariamente de forma expressa, nada mais sendo exigido. Nomeadamente não tem de haver acordo sobre aspetos específicos do futuro contrato de sociedade comercial que se pretende celebrar, como seja a opção por um dos tipos de sociedade comercial previstos na lei – «acontecerá algumas vezes, nas situações que levamos em estudo, os sócios não se terem ainda entendido definitivamente sobre a natureza da sociedade comercial a constituir»⁷².

O tipo de sociedade comercial (sociedade em nome coletivo, sociedade por quotas, sociedade anónima, sociedade em comandita simples ou sociedade em comandita por ações) não tem de estar definido⁷³. Mesmo que o esteja, as partes podem vir a alterar a sua intenção quanto a ele durante o período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial.

Com efeito, a definição do tipo neste período não passa de um elemento intencional, irrelevante para a atividade da sociedade e para as relações que a mesma estabelece com terceiros. O tipo de sociedade comercial só releva na medida em que encerra um regime próprio; cada tipo societário tem regras diferentes que influem nos direitos e obrigações dos sócios, entre eles e perante terceiros. Ora, no período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial, o regime aplicável à sociedade é o mesmo independentemente do tipo que tencionam vir a atribuir-lhe, ou de não terem mesmo formado decisão sobre ele. Trata-se do regime previsto para as sociedades civis.

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, cit., pp. 484. Na página seguinte: «A doutrina parece muitas vezes pressupor que o acordo aqui em causa prefiguraria o clausulado a inserir, depois, na escritura. Tudo se passaria como se a sociedade estivesse combinada, faltando apenas a formalização contratual. Mas nada, na lei, aponta para tais exigências. (...) O essencial é o início da atividade societária».

⁷² FERRER CORREIA, em nota aos arts. 5.º a 10.º do Anteprojecto, no *BMJ* 185 (abril 1969), p. 49.

⁷³ MARIA LAURA LEONARDO, ob. cit., p. 109, também se pronuncia neste sentido.

Na doutrina, há quem se pronuncie em sentido contrário⁷⁴. Porém, entender que a sociedade do art. 36.º, n.º 2, só existe quando os sócios tenham acordado ou adotado um dos tipos legais previstos para as sociedades comerciais, significa deixar fora do alcance da norma, e sem qualquer regime (expresso), uma enorme quantidade de sociedades atuantes, em detrimento dos interesses de todos os envolvidos, sejam sócios ou credores, e sem qualquer vantagem. No que respeita à jurisprudência, não temos notícia de alguma vez se ter deixado de aplicar o regime das sociedades civis, por via do art. 36.º, n.º 2, do CSC, com fundamento na falta de acordo quanto ao tipo de sociedade comercial visada.

3. Teses da nulidade e sua refutação

3.1 Ponto da situação na doutrina e na jurisprudência

A doutrina majoritária tem entendido que a sociedade do art. 36.º, n.º 2, assenta num contrato de sociedade comercial nulo por não ter respeitado a forma legalmente prescrita para o contrato de sociedade comercial. Quanto às consequências dessa *nulidade*, os entendimentos divergem.

Segundo a solução mais radical, a nulidade deve ser decretada oficiosamente pelo tribunal, sem prejuízo deste dever previamente conceder prazo para a sua sanção⁷⁵.

Noutra vertente, a nulidade do contrato não inviabiliza a atuação da sociedade - «o regime desta “nulidade” é especial, bem diverso do regime geral aplicável aos negócios jurídicos»⁷⁶.

A aplicação ao caso do instituto da conversão também é defendida: «o art. 36-2 CSC configura a hipótese como uma *invalidade do contrato*, por *vício de*

⁷⁴ MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular ...*, cit., p. 283; JOÃO LABAREDA, «Sociedades irregulares – algumas reflexões», in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 177-204 (184); MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 198, 201-2, 203.

⁷⁵ Esta solução é defendida por MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., pp. 305-317.

⁷⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, cit., p. 117.

forma, e opera a conversão da sociedade comercial de facto em sociedade sob forma civil (conversão ope legis)»⁷⁷.

Ainda noutra versão, «o acordo efetuado pelos contratantes para a constituição de uma sociedade comercial é nulo por falta de forma», mas «o nosso legislador entendeu (...) sujeitar aquele contrato de sociedade não ao regime da nulidade (...) mas ao regime das sociedades civis»⁷⁸.

Na jurisprudência, não se conhece qualquer acórdão que tenha declarado nulo *ex officio* um contrato de sociedade enquadrável no art. 36.º, n.º 2, do CSC. Os tribunais apenas declararam a nulidade de contratos de sociedade quando isso lhes foi pedido⁷⁹.

Por outro lado, os tribunais têm julgado procedentes pedidos de prestação de contas e de inquérito judicial no âmbito de sociedades que funcionam nos moldes previstos no art. 36.º, n.º 2, do CSC⁸⁰. Os factos levados a juízo nesses acórdãos incluem sociedades em plena atividade e pressupõem que as mesmas assim continuarão; em todos eles, os tribunais entenderam que a obrigação de prestar contas ou de se submeter a inquérito não está dependente do termo da administração de bens alheios ou da dissolução da sociedade *irregular*.

3.2 Refutação dos argumentos utilizados em defesa da nulidade

Quer na doutrina quer na jurisprudência, os argumentos positivos invocados para defender a nulidade do contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2, são três:

- A conjugação dos arts. 220.º do CC e 7.º, n.º 1, do CSC;
- O disposto no art. 41.º do CSC; e

⁷⁷ PINTO FURTADO, ob. cit., p. 211.

⁷⁸ TARSO DOMINGUES, ob. cit., pp. 965-998 (969).

⁷⁹ O que sucedeu nos acórdãos: STJ, de 15/05/2003, relatado por Araújo de Barros, processo 03B1255; STJ, de 08/11/2005, relatado por Azevedo Ramos, processo 05A2740; e TRP, de 22/01/2002, relatado por Manso Rainho, processo 0121073.

⁸⁰ Acórdãos STJ, de 19/11/1996, relatado por Machado Soares, in *CJASTJ* 1996, III, 107; STJ, de 07/10/1999, relatado por Noronha do Nascimento, processo 99B494; TRL, de 12/11/98, relatado por Teixeira Ribeiro, in *CJ* 1998, V, 91; e TRP, de 23/03/2006, relatado por Deolinda Varão, processo 0533844.

- Um argumento *por maioria de razão* extraído do art. 42.º, n.º 1 e) do CSC⁸¹.

A refutação do primeiro resulta de tudo quanto se disse acima sobre a natureza da forma no contrato de sociedade comercial, por um lado, e no contrato que efetivamente suporta a sociedade ora em estudo, por outro, que não é um contrato de sociedade comercial, nem um contrato de sociedade civil, mas um *tertium genus*. Em síntese, o acordo previsto no art. 36.º, n.º 2, do CSC, e que concluímos ser um contrato, forma-se e vigora antes da celebração do contrato de sociedade comercial, o qual só se formará se e quando celebrado pela forma prescrita na lei.

O segundo argumento peca por pretender aplicar ao contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2, uma norma que apenas se aplica a contratos de sociedade comercial, já formados mas ainda não definitivamente registados – o art. 41.º do CSC.

O CSC trata apenas do regime de invalidades do contrato de sociedade (comercial), discernindo duas situações, consoante se trate de contrato de sociedade comercial ainda não registado (art. 41.º) ou já registado (arts. 42.º a 51.º). O contrato que subjaz à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC está completamente fora do alcance daquelas normas, devendo eventuais invalidades ser submetidas às disposições sobre sociedades civis.

O entendimento de que o art. 41.º do CSC se aplica não apenas ao contrato de sociedade comercial não registado (arts. 37.º a 40.º), como também ao contrato que dá origem à sociedade do art. 36.º, n.º 2, dificilmente se harmoniza com a presunção de que o legislador *consagrou a solução mais acertada e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados* (art. 9.º, n.º 3, do CC). Com efeito, para acompanhar tal doutrina teríamos de concluir que o *contrato de sociedade* que o art. 36.º, n.º 2, diz que ainda não se celebrou é, afinal, nulo por

⁸¹ Fazendo uso deste argumento, MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular...*, cit., p. 309: «se até nas sociedades de capitais, depois de ter passado pela fiscalização do registo comercial, o contrato de sociedade a que falte a escritura pública pode ser declarado nulo, essa consequência não pode deixar de significar o carácter insuprível da forma legal imposta a todas as sociedades comerciais pelo art. 7.º do Código».

Já anteriormente OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, Lisboa, ULFD, 1993, p. 139: «se, depois do registo, o contrato de sociedade é nulo se não tiver sido reduzido a escritura pública, por maioria de razão o será quando não houver a segurança do registo».

falta de forma por via do art. 41.º. Ou, alternativamente, que o legislador usou a expressão *contrato de sociedade* nos arts. 36.º, n.º 2, e 41.º com dois sentidos distintos: no art. 36.º, n.º 2, o *contrato de sociedade* que não se celebrou seria o contrato de sociedade comercial, com a forma prevista no art. 7.º; já no art. 41.º, a mesma expressão *contrato de sociedade* abrangeria não apenas aquele sentido, mas também o acordo *informal* de constituição de sociedade comercial⁸².

Finalmente, vejamos o terceiro argumento. O art. 42.º, n.º 1 e) pressupõe um contrato de sociedade de capitais (por quotas, anónima ou em comandita por ações) definitivamente registado. Estipula que, depois de efetuado o registo definitivo do contrato de sociedade, este (contrato) pode ser declarado nulo por não ter sido observada a forma legalmente exigida para o contrato de sociedade.

Embora de difícil verificação na prática, imaginemos a seguinte situação subsumível à norma: duas pessoas celebram por escrito particular um contrato de sociedade por quotas em que as suas entradas são constituídas por imóveis, e conseguem (por improvável distração do conservador) registar esse contrato. Neste caso (em que era exigida forma mais solene), o contrato celebrado por mero escrito particular e registado é nulo. O que faz todo o sentido já que, com o registo, a sociedade adquire personalidade jurídica (art. 5.º do CSC), e os seus sócios (no caso das sociedades de capitais a que se reporta o art. 42.º do CSC) deixam de ser ilimitadamente responsáveis pelas dívidas da sociedade, passando a ter a sua responsabilidade limitada às entradas (art. 197.º - sociedade por quotas) ou ao valor das ações que cada um subscreveu (art. 271.º - sociedades anónimas -, e art. 478.º - sociedades em comandita por ações). Justifica-se então que se exija a constituição da sociedade comercial nos exatos moldes previstos na lei, sob pena de não se poderem considerar transferidos para a sociedade os

⁸² Não se pense que estas dificuldades só surgiram com o legislador de 2006. O DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, alterou o art. 36.º, n.º 2, passando a ler-se «antes da celebração do contrato de sociedade» onde antes se lia «antes da celebração da escritura pública». A razão radica na alteração ao art. 7.º, n.º 1, operada pelo mesmo diploma. Antes, o contrato de sociedade só podia ser celebrado por escritura pública; com a alteração passou a poder ser celebrado por escrito com as assinaturas reconhecidas presencialmente, ou pela forma mais solene que seja imposta pela transmissão dos bens que os sócios levam para a sociedade. Considerando a anterior redação dos arts. 36.º, n.º 2, e 7.º, n.º 1, alterados em 2006, as perplexidades seriam as mesmas de hoje. O contrato de sociedade não registado a que se reportava o art. 41.º só poderia ser o contrato de sociedade comercial celebrado por escritura pública (pois nos termos do art. 7.º, n.º 1, o contrato de sociedade era celebrado por escritura pública) e a sociedade do art. 36.º, n.º 2, vivia «antes da celebração da escritura pública».

bens imóveis, ficando esta esvaziada de património, com a inerente desproteção dos credores.

Bem vistas as coisas, as razões subjacentes à norma do art. 42.º, n.º 1 e) (permitir a queda da personalidade jurídica da sociedade e a satisfação dos credores através dos patrimónios pessoais dos sócios) nunca se verificam na sociedade do art. 36.º, n.º 2.

Estas não têm personalidade jurídica e os seus credores estão sempre acautelados pela responsabilidade ilimitada dos sócios, na *dupla vertente patrimonial e temporal*.

Responsabilidade *patrimonialmente ilimitada* na medida em que, não sendo o património autónomo da sociedade suficiente para satisfazer os credores, estes terão à sua disposição a totalidade dos bens que integram os patrimónios pessoais dos sócios (art. 997.º do CC), sem prejuízo dos casos de impenhorabilidade e dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios (art. 601.º do CC).

Responsabilidade *temporalmente ilimitada* porque, mesmo que estes sócios venham a constituir a sociedade comercial, eventualmente prevista desde o início, e que mantenham a mesma atividade, os sócios da primitiva sociedade responderão sempre, solidária e ilimitadamente pelas dívidas contraídas antes da constituição da sociedade comercial. E será assim ainda que a sociedade comercial entretanto constituída pelo correspondente contrato assuma as obrigações emergentes de negócios anteriormente concluídos, e que este contrato de sociedade comercial venha a ser definitivamente registado.

É o que se designa por um regime de *descontinuidade*⁸³ entre a sociedade do art. 36.º, n.º 2, e a eventual sociedade comercial que os mesmos sócios venham a constituir e que dê continuação à atividade iniciada pela primeira. Este regime decorre do disposto no art. 19.º, n.º 1 c) e 3 do CSC, e é também um imperativo comunitário. Vejamos.

⁸³ Sobre os princípios da continuidade e da descontinuidade na articulação das fases do processo constitutivo de uma sociedade, *vide* MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., pp. 330-1. Sobre o mesmo princípio de descontinuidade entre a sociedade «pré-fundacional», que atua antes da constituição da sociedade comercial através do correspondente contrato, e a sociedade comercial, *vide* M. ISABEL SÁEZ LACAVE, ob. cit., pp. 82-3.

O n.º 1, al. c), do art. 19.º do CSC prevê que, com o registo definitivo do contrato, a sociedade assume de pleno direito os direitos e obrigações emergentes de negócios jurídicos concluídos antes do ato de constituição e que neste sejam especificados e expressamente ratificados. O n.º 3 do mesmo artigo e diploma diz que a assunção pela sociedade dos negócios indicados nos n.ºs 1 e 2 retroage os seus efeitos à data da respetiva celebração e libera as pessoas indicadas no art. 40.º da responsabilidade aí prevista. O art. 40.º reporta-se apenas a sociedades de capitais já constituídas por contrato de sociedade comercial, no período anterior ao registo do contrato, e não a sociedades que funcionaram sem contrato de sociedade comercial.

Os sócios das sociedades do art. 36.º, n.º 2, são, *a contrario*, para sempre responsáveis pelas obrigações contraídas antes da celebração do contrato constitutivo da sociedade comercial⁸⁴.

O art. 8.º da Diretiva 2009/101/CE, de 16/09/2009, que mantém a redação do art. 7.º da revogada Diretiva 68/151/CEE, de 09/03/68, também exige que os responsáveis pelos atos praticados *em nome de uma sociedade em formação, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica*, mantenham essa responsabilidade depois de constituída a sociedade comercial, se esta *não vier a assumir as obrigações daí decorrentes*.

Em países que nos são próximos foram abandonadas as teses da nulidade, aplicando-se às sociedades que funcionam com atividade comercial, sem que tenha sido celebrado o contrato de sociedade comercial, regimes de sociedades personalistas⁸⁵, sem prejuízo de os sócios, e apenas eles, poderem pedir a dissolução da sociedade⁸⁶.

⁸⁴ A esta conclusão chegou MANUEL ANTÓNIO PITA, *in O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., p. 360: «se os negócios anteriores à escritura pública vierem a ser assumidos pela sociedade por aplicação do regime do artigo 19.º, como se conclui do n.º 3 deste artigo, as pessoas que eram individualmente responsáveis por aplicação do art. 36.º, n.º 2, não se libertarão dessa responsabilidade por causa daquela assunção. VIII. Neste contexto normativo, a escritura pública é o primeiro ato jurídico do processo de constituição da sociedade comercial. IX. Este quadro normativo é compreensível à luz do princípio da descontinuidade entre a sociedade antes da escritura e a entidade criada com a escritura».

⁸⁵ Vide, no caso espanhol, o art. 16.º do Real Decreto Legislativo n.º 1564/1989, e, no caso francês, os arts. 1871, 1871-1 e 1873 do Code Civil – notas 13, 17 e 18.

⁸⁶ Art. 16.º do Real Decreto Legislativo n.º 1564/1989, e arts. 1872-2 e 1873 do Code Civil.

No seguimento de tudo o exposto, concluímos que a nulidade de um contrato de sociedade comercial só tem sentido quando essa sociedade com contrato nulo é dotada de personalidade jurídica⁸⁷, o que, como vimos, não é o caso da sociedade em estudo⁸⁸.

4. Tese da liquidação compulsória e sua refutação – o âmbito do art. 172.º

Há autores que, apesar de afirmarem a validade do contrato base da sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC⁸⁹, afirmam, no entanto, que esta sociedade está sujeita a liquidação compulsória por aplicação do art. 172.º do

⁸⁷ Neste sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, ob. cit., p. 35 - «La vía de la nulidad se corresponde con un sistema registral deficiente que non comprueba la legalidad de los documentos ni asegura su adecuada publicidad» - e p. 155 - «Si sólo com la inscripción nace la sociedad anónima, a falta de ella no hay sociedad anónima alguna que pueda ni siquiera ser nula. Las causas de nulidad de la sociedad anónima sólo podrán predicarse de una sociedad ya inscrita».

Ligando também a nulidade à personalidade jurídica, HENRI TEMPLE, ob. cit., p. 236 - «Nous avons aussi indiqué que le défaut d'immatriculation, tout comme le défaut d'écrit, ne constituait pas une cause de nullité, le refus de la personnalité morale étant une sanction suffisante» - e p. 276 - «S'il s'agit d'une société créée de fait ou d'une société constituée mais non immatriculée – hypothèse voisine – la nullité prononcée n'ajouterait rien car ces sociétés de fait ne jouissent pas de la personnalité morale ce qui est, en soi, une sanction suffisante». De notar que Temple escreve na vigência da Lei n.º 66-537, de 24 de julho, sobre sociedades comerciais, que veio subordinar a personalidade jurídica ao registo, mas ainda antes da Lei n.º 78-9, de 4 de janeiro, que reformou o título do Code Civil sobre sociedades (cujo capítulo I – disposições gerais – abrange sociedades civis e comerciais, e cujo capítulo III dispõe sobre a *société en participation* acima mencionada). Com a reforma de 1978 ficou legislativamente claro que à *société en participation* (sociedade que os sócios decidem não registar e que nunca tem personalidade) bem como à *société créée de fait* (assente num acordo oral ou tácito, também sempre sem personalidade), caso tenham objeto comercial, aplica-se simplesmente o regime das *sociétés en nom collectif* (art. 1871-1 du Code Civil).

⁸⁸ Uma única voz dissonante na nossa doutrina, OLIVEIRA ASCENSÃO, in *Direito Comercial*, IV, cit., p. 171: «A personalidade jurídica já existe antes do registo. Existe mesmo antes da escritura, como resulta da remissão para as sociedades civis». Em nosso entender esta posição do autor exige uma visão da pessoa coletiva como realidade ontológica pré-existente ao reconhecimento estatal, que não tem suporte no nosso direito positivo.

⁸⁹ BRITO CORREIA, ob. cit., p. 187: «Não se pode, portanto, dizer que o acordo constitutivo seja totalmente nulo: constitui-se uma sociedade sujeita à lei civil; o que não se constitui é uma sociedade comercial, no sentido do art. 1.º, n.º 1, do CSC».

Sendo mais incisivo, JOÃO LABAREDA, ob. cit., pp. 177-204 (187): «À sociedade irregular a lei contrapõe a sociedade inválida, com um regime diverso, não sendo considerada inválida, para este efeito, a sociedade a que "só" falte a escritura ou o registo definitivo do contrato societário».

Igualmente assertiva, MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 211-2: «O acordo de sociedade mercantil não celebrado por escritura pública não é nulo. Nem legítimo se torna chamar à colação o art. 220.º do Código Civil».

CSC⁹⁰ (concordando, neste aspeto, também com os autores que defendem a nulidade daquele contrato).

Como vimos, nunca, por iniciativa do tribunal, foi declarada a nulidade do contrato de sociedade *informal* subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2; e, em várias decisões judiciais, proferidas em ações de prestações de contas e inquérito judicial, pressupõe-se a continuação da atividade social⁹¹. Não obstante, em apenas um acórdão foi afirmada a validade do contrato⁹², e ainda assim, referindo-se que a sociedade está sujeita a liquidação por iniciativa do Ministério Público nos termos do art. 172.º.

Todavia, também não se conhece um único acórdão em que esteja em causa uma ação de liquidação judicial proposta pelo Ministério Público com base num contrato de sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC, ou seja, sem a forma necessária ao contrato de sociedade comercial *e não registado*.

Vejamos se a disciplina do art. 172.º do CSC se aplica à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do mesmo código. O art. 172.º diz-nos que *se o contrato de sociedade não tiver sido celebrado na forma legal ou o seu objeto for ou se tornar ilícito ou contrário à ordem pública, deve o Ministério Público requerer, sem dependência de ação declarativa, a liquidação judicial da sociedade, se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal*.

O art. 172.º do CSC não contém em si mesmo todos os pressupostos da sua aplicação. Se atentarmos na parte final da norma apercebemo-nos de que o requerimento de liquidação judicial pelo Ministério Público deverá ser feito *se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal*.

A liquidação é constituída por um conjunto de operações tendentes a satisfazer o passivo e a partilhar o ativo remanescente, e pressupõe uma fase prévia de dissolução, declaração de nulidade ou anulação.

Estas últimas asserções, que não merecem discussão na doutrina, decorrem da interpretação conjugada de um conjunto de normas de várias

⁹⁰ BRITO CORREIA, ob. cit., p. 188, JOÃO LABAREDA, ob. cit., p. 192, e MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, ob. cit., pp. 212-3.

⁹¹ V. nota 80.

⁹² Acórdão STJ, de 19/11/1996, relatado por Machado Soares, in *CJASTJ* 1996, III, 107.

proveniências. Podemos destacar desde logo o art. 1010.º do CC, integrado no capítulo sobre o contrato de sociedade, que estabelece que, *dissolvida a sociedade, procede-se à liquidação do seu património*. No mesmo sentido, para o caso específico das sociedades comerciais, dispõe o art. 146.º, n.º 1, do CSC – *salvo quando a lei disponha de forma diversa, a sociedade dissolvida entra imediatamente em liquidação*.

Nos termos do art. 165.º, n.º 1, do CSC, *declarado nulo ou anulado o contrato de sociedade, devem os sócios proceder à liquidação*.

Ou seja, para que a sociedade possa ser liquidada, para que os sócios possam ter o dever de proceder à liquidação, para que a liquidação deva fazer-se em dado prazo (cfr. parte final do art. 172.º), é necessário que a sociedade tenha sido dissolvida ou que tenha sido declarado nulo (ou anulado) o respetivo contrato.

A declaração de nulidade só pode efetuar-se por decisão judicial.

Já a dissolução pode ser judicial (declaração de insolvência e ilicitude superveniente do objeto contratual ou impossibilidade superveniente do objeto), administrativa (esta apenas para as sociedades comerciais), por deliberação social, ou automática reconhecida por deliberação social (também pode ser esta a via no caso de ilicitude superveniente do objeto contratual ou impossibilidade superveniente do objeto; decurso do prazo fixado no contrato e realização completa do objeto social) – sobre as várias situações de dissolução, v. arts. 141.º a 143.º do CSC e art. 1007.º do CC.

A fiscalização pelo Ministério Público prevista no art. 172.º do CSC pode ter três causas:

- a) Declaração de nulidade do contrato de sociedade por falta de forma legal;
- b) Declaração de nulidade do contrato de sociedade por ter objeto ilícito ou contrário à ordem pública;
- c) Dissolução da sociedade por o seu objeto se ter tornado ilícito ou contrário à ordem pública.

Ao tema em análise apenas interessa o primeiro caso.

Em conclusão: para que o Ministério Público possa requerer a liquidação judicial da sociedade é necessário que os sócios tenham a obrigação de a ter iniciado e não o tenham feito, ou que se tenha esgotado o prazo legal da liquidação; e para tanto é necessário que o contrato de sociedade tenha sido declarado nulo (por não ter sido celebrado na forma legalmente prevista ou por o seu objeto ser ilícito ou contrário à ordem pública) ou que a sociedade se tenha dissolvido (por superveniência da ilicitude do objeto).

Ora, como vimos, o contrato de sociedade comercial só será nulo por falta de forma se já tiver sido registado (art. 42.º, n.º 1 e), do CSC). Antes do registo que confere a personalidade jurídica à sociedade, havendo atividade societária, com objeto comercial, sem que tenha sido celebrado contrato de sociedade comercial, com a forma imposta por lei, estamos perante uma sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC, à qual se aplicam as regras das sociedades civis, e não as regras do CSC.

5. Conformidade com as diretivas comunitárias

5.1 Art. 36.º, n.º 2, do CSC *versus* art. 12.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 11.º da revogada Diretiva 68/151/CEE)

A primeira Diretiva comunitária sobre sociedades (68/151/CEE, de 09/03/68) destinou-se à harmonização das legislações nacionais em matéria de publicidade, validade das obrigações assumidas pelas sociedades e invalidade do contrato de sociedade, sempre no que respeita apenas às chamadas sociedades de capitais (no caso português, a sociedade anónima, a sociedade por quotas e a sociedade em comandita por ações). Esta Diretiva foi revogada pela Diretiva 2009/101/CE, de 16/09/2009. Os preceitos de uma e de outra que interessam à problemática que ora nos ocupa têm idêntico conteúdo – em particular, os arts. 7.º e 11.º, n.ºs 1 e 2, al. a), da primeira, que correspondem aos arts. 8.º e 12.º, als. a) e b), subalínea i), da atual.

O art. 12.º estabelece alguns limites dentro dos quais os Estados-membros podem regular o regime das invalidades do contrato de sociedade. Nomeadamente, *a invalidade deve ser reconhecida por decisão judicial* e os seus fundamentos são taxativos. Entre eles conta-se a *falta de ato constitutivo ou*

inobservância quer das formalidades de fiscalização preventiva, quer da forma autêntica.

Estas normas destinam-se a ser aplicadas apenas se, e quando, a sociedade comercial existir como tal, ou seja após o registo definitivo do contrato pelo qual se constitui, registo esse através do qual a sociedade adquire personalidade jurídica.

Antes desse momento, o direito comunitário não se interessa pelas soluções que as várias legislações nacionais deem à sociedade que funciona sem contrato registado.

Foi neste sentido o acórdão do TJCE, de 20 de setembro de 1988, no processo n.º 136/87, caso Ubbink Isolatie BV contra Dak-En Wandtechniek BV⁹³, não se encontrando jurisprudência comunitária em sentido inverso.

Neste acórdão foi decidido que «o regime de invalidades das sociedades na aceção da primeira Diretiva 68/151 do Conselho, de 9 de março de 1968, não é aplicável no caso de os atos terem sido praticados em nome de uma sociedade de responsabilidade limitada cuja existência não consta do registo público devido ao facto de não terem sido cumpridas as formalidades de constituição exigidas pelo direito nacional».

Nos termos dos fundamentos 14 e 15 do acórdão, o regime de invalidades das sociedades estabelecido pela diretiva só é aplicável quando os terceiros tiverem sido levados, pelas informações publicadas, a considerar que existe uma sociedade na aceção da primeira diretiva. Os terceiros não se encontram em tal situação, quando as formalidades de constituição exigidas pelo direito nacional não foram cumpridas, nem foi efetuada qualquer formalidade de publicidade.

O que faz sentido: antes da sociedade ter personalidade jurídica, a responsabilidade pelos atos praticados em seu nome está sempre garantida pelos patrimónios dos sócios; apenas após a aquisição da personalidade se porá a questão da limitação da responsabilidade daqueles, pelo que é nesse momento que se tem que assegurar que a sociedade foi regularmente constituída, que adquiriu validamente o património integrado pelas entradas dos sócios, e que,

⁹³ Consultável em <http://eur-lex.europa.eu>.

caso a sociedade (pessoa jurídica) não assuma os atos antes praticados em seu nome, aqueles continuam a ser por eles responsáveis.

Isto não significa que as legislações nacionais não possam livremente criar os regimes de invalidade que entendam para contratos de sociedade que ainda não deram origem a uma pessoa jurídica, porque ainda não foram registados. Mas apenas que a interpretação do direito nacional efetuada neste texto tem na sua base argumentos idênticos àqueles que estão na origem do desinteresse do direito comunitário pelo período anterior à constituição da sociedade enquanto pessoa coletiva.

5.2 Art. 36.º, n.º 2, do CSC versus art. 8.º da Diretiva 2009/101/CE (art. 7.º da revogada Diretiva 68/151/CEE)

O art. 8.º da atual Diretiva estabelece que, tendo sido praticados atos em nome de uma sociedade em formação, antes de ela ter adquirido personalidade jurídica, caso a sociedade (após o registo/aquisição de personalidade) venha a declinar as obrigações deles decorrentes, as pessoas que os realizaram serão solidária e ilimitadamente responsáveis por tais atos, salvo convenção em contrário.

Em nenhuma das diretivas se encontra a definição de *sociedade em formação*, sendo legítimo questionar se, para o direito comunitário, o conceito se preenche apenas com as sociedades já constituídas pelo competente contrato de sociedade comercial, ou se abrange também aquelas em que não foi celebrado contrato de sociedade comercial, sobre as quais nos debruçamos. Na doutrina estrangeira, há quem se pronuncie no primeiro sentido⁹⁴. Alguns ordenamentos de Estados-membros definiram a *sociedade em formação* como abrangendo apenas as já constituídas por contrato de sociedade comercial⁹⁵.

A legislação portuguesa, como vimos, não autonomizou a *sociedade em formação* daquela que já abandonou a intenção de concluir o processo formativo,

⁹⁴ CHRISTIAN KERSTING, citado por MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., p. 27, nota 22.

⁹⁵ Caso do ordenamento espanhol – vide art. 15.º do Real Decreto Legislativo 1564/1989 (nota 13), e M. ISABEL SAÉZ LACAVE, ob. cit., p. 105; sobre outros ordenamentos, veja-se a referência de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «As sociedades em formação: sombras e luzes», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14, 2006, pp. 25-42 (33).

ou que nunca teve tal propósito. Umas e outras gozam do mesmo regime, que se distingue consoante ainda não tenha sido, ou já tenha sido, celebrado o contrato de sociedade comercial. No primeiro caso, o regime é o previsto no art. 36.º, n.º 2, e, no segundo, os regimes previstos nos arts. 37.º a 40.º.

Não vemos razão, nem face à lei portuguesa, nem perante o direito comunitário para restringir o art. 8.º da Diretiva aos atos praticados no período entre o contrato de sociedade comercial e o registo⁹⁶.

Assumindo, portanto, que a imposição do art. 8.º se reporta a todos os atos praticados antes do registo, e, como tal, também aos praticados antes do contrato de sociedade comercial, importa averiguar se o regime instituído pelo CSC para estes últimos respeita a consequência consignada naquela disposição da Diretiva. Ou seja, caso a sociedade comercial, depois de adquirir personalidade jurídica através do registo, não assuma os atos praticados em seu nome antes da celebração do contrato de sociedade, *quid juris?*

Segundo a lei portuguesa são responsáveis os sócios, pessoal e solidariamente (art. 997.º do CC *ex vi* do art. 36.º, n.º 2, do CSC). Ainda que a sociedade venha a especificar no contrato e a ratificar expressamente, obrigações emergentes de negócios jurídicos concluídos antes do ato de constituição (art. 19.º, n.º 1 c), ou que a administração venha a assumir essas obrigações e a comunicar a decisão à contraparte nos 90 dias subsequentes ao registo (art. 19.º, n.º 2), ainda assim mantêm-se responsáveis os sócios pelo período anterior à celebração do contrato de sociedade comercial (art. 19.º, n.º 3, *a contrario sensu*).

De acordo com o art. 8.º da Diretiva respondem, solidária e ilimitadamente, as pessoas que praticaram os atos. Há, portanto, uma diferença entre os dois regimes.

No caso da sociedade do art. 36.º, n.º 2, assente em contrato *informal*, dificilmente essa diferença se manifestará, porquanto, não havendo convenção em contrário, a administração está a cargo de todos os sócios (art. 985.º, n.º 1, do CC). Assim, em regra, só estes atuarão em nome da sociedade (ainda que o

⁹⁶ No mesmo sentido, MANUEL ANTÓNIO PITA, in *O Regime da Sociedade Irregular...*, cit., pp. 26-8 e 376; e ENGRÁCIA ANTUNES, ob. cit., p. 37, nota 65, parte final.

possam fazer por intermédio de terceiros). Consequentemente, tende a haver coincidência entre sócios e pessoas que agem em nome da sociedade.

Se, em situações concretas, vier a verificar-se falta de identidade, ainda que parcial, entre as pessoas dos sócios e as que agiram em nome da sociedade, terá de ser ponderado o princípio da primazia do direito comunitário segundo o qual, na aplicação do direito, «as jurisdições nacionais estão obrigadas: a interpretar o direito nacional à luz do texto e da finalidade da diretiva, para que seja atingido o resultado pretendido (...); e a excluir (...) a aplicação de normas internas contrárias ao dispositivo da diretiva»⁹⁷.

Tem sido neste sentido a jurisprudência do TJCE, nomeadamente nos casos Von Colson (caso 14/83, de 10/04/1984), Marleasing (caso C-106/89, de 13/11/1990), Wagner-Miret (caso C-334/92, de 16/12/1993) e Dorsch (caso C-111/97, de 24/09/1998)⁹⁸. Consistentemente, o tribunal tem afirmado que, ao aplicar o direito nacional, quer as normas em causa tenham sido adotadas antes quer depois da diretiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da diretiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado.

6. Questões processuais – personalidade judiciária, representação e competência do tribunal

Por fim, revela-se útil perceber como o sistema adjetivo se articula com o art. 36.º, n.º 2, do CSC.

Nos termos do art. 12.º do CPC (que repete a redação do art. 6.º do anterior Código, com a redação que tinha sido introduzida pelo DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro), têm personalidade judiciária, entre outras, as sociedades civis [alínea c)] e as sociedades comerciais, até à data do registo

⁹⁷ JOÃO MOTA DE CAMPOS, *in Direito Comunitário*, vol. II, 5.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 127-8. *Idem* em JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *in Manual de Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 326.

⁹⁸ Todos consultáveis em <http://eur-lex.europa.eu>.

definitivo do contrato pelo qual se constituem, nos termos do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais [alínea d)].

A sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC não sendo comercial, não se subsume à hipótese da alínea d), ficando antes sob a alçada da alínea c) do art. 12.º do CPC, por via do art. 36.º, n.º 2, do CSC.

A personalidade judiciária é ativa e passiva.

A sociedade é representada em juízo pelos seus administradores (arts. 996.º, n.º 1, do CC e 26.º do CPC) que, na falta de convenção em contrário, são todos os sócios (art. 985.º, n.º 1, do CC). Assim, ao demandar a sociedade, o autor identificará os seus sócios, intentando a ação contra «X, sociedade com objeto comercial mas ainda não constituída pelo respetivo contrato, que funciona na morada y, representada pelos seus administradores, os sócios, A, B e C», todos identificados nos termos do disposto no art. 552.º, n.º 1, a) do CPC.

Uma vez que *pelas dívidas sociais respondem a sociedade e, pessoal e solidariamente, os sócios* (art. 997.º, n.º 1, do CC), querendo fazer valer o seu direito de crédito também contra estes últimos, e não apenas contra o património autónomo afeto à atividade comum, o credor terá de os demandar, também a eles, em seu nome pessoal. O litisconsórcio entre a sociedade e os sócios não é necessário, mas é aconselhável⁹⁹. Com isso poderá salvaguardar-se também a hipótese de não ser bem sucedida a prova dos factos que permitem enquadrar a situação no art. 36.º, n.º 2, do CSC. Estando esta sociedade imbuída da já descrita *informalidade*, pode revelar-se particularmente penosa a prova da sua existência, podendo suceder que o caso judicialmente assente seja qualificado noutra figura (por exemplo, numa associação em participação¹⁰⁰ ou em responsabilidade pré-contratual).

Provavelmente consciente da volatilidade destas sociedades e para evitar a ocupação de recursos na discussão sobre a realidade social, o CIRC determina

⁹⁹ Já a demanda apenas dos sócios ou de um deles, quando a causa de pedir integra a existência de uma sociedade irregular, é desaconselhável perante a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios prevista no art. 997.º, n.º 2, do CC (no entanto, foi a situação ocorrida no acórdão do STJ de 18/06/1991, relatado por Miguel Montenegro, BMJ 408/608).

¹⁰⁰ Nos acórdãos do STJ de 15/05/2003, proc. 03B1255, relatado por Araújo de Barros, e de 08/11/2005, proc. 05A2740, relatado por Azevedo Ramos, discutiu-se a qualificação do contrato entre sociedade irregular e associação em participação.

que os rendimentos gerados pela atividade comum também sejam tributados como rendimentos apenas da pessoa que formalmente é titular do estabelecimento ou do bem cuja exploração cria riqueza. A sociedade prevista no art. 36.º, n.º 2, do CSC só será diretamente sujeito de IRC se os rendimentos não forem tributáveis em imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) ou em imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (IRC) diretamente na titularidade de pessoas singulares ou coletivas; não ocorrendo a tributação por esta via, serão então tributados como rendimentos da sociedade sem personalidade (art. 2.º, n.º 1, b) do CIRC (conjugado com o n.º 2 do mesmo artigo).

Tem-se suscitado a questão de saber qual o tribunal competente para decidir litígios relativos a sociedades previstas no art. 36.º, n.º 2, do CSC. A questão coloca-se apenas perante a existência, na instância central, de uma secção especializada de comércio.

Nos termos do disposto no art. 128.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário)¹⁰¹, e para o que ora releva, compete às secções de comércio preparar e julgar:

- «b) As ações de declaração de inexistência, nulidade e anulação do contrato de sociedade;
- c) As ações relativas ao exercício de direitos sociais;
- d) As ações de suspensão e de anulação de deliberações sociais;
- e) As ações de liquidação judicial de sociedades»¹⁰².

Se o contrato subjacente à sociedade do art. 36.º, n.º 2, do CSC fosse, como muitos defendem, um contrato de sociedade comercial nulo por não ter sido celebrado na forma legalmente prescrita, não haveria dúvidas sobre a competência dos tribunais de comércio para preparar e julgar as ações referentes àquelas sociedades.

¹⁰¹ A Lei n.º 62/2013 entrou em vigor no dia 1 de setembro de 2014, com a entrada em vigor do DL n.º 49/2014, de 27 de março (Regime Aplicável à Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais), conforme decorre dos arts. 188.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2013, e 118.º, al. a), do DL n.º 49/2014.

¹⁰² A competência das atuais secções de comércio coincide com a que era atribuída antes aos tribunais e aos juízos de comércio, conforme se alcança da leitura do art. 89.º da Lei n.º 3/99, sobre a competência dos tribunais de comércio, e do art. 121.º da Lei n.º 52/2008, sobre a competência dos juízos de comércio.

No entanto, quase sempre as ações relativas ao contrato subjacente à sociedade irregular do art. 36.º, n.º 2, são propostas nos tribunais cíveis, e aí tramitadas e decididas sem que se suscitem, a requerimento ou oficiosamente, incidentes de incompetência material do tribunal. Nos casos em que foi levantada a questão da competência material, os tribunais decidiram ser da competência do tribunal comum, e não do tribunal de comércio, as ações relativas à existência e/ou à nulidade de uma sociedade não constituída por contrato de sociedade comercial¹⁰³.

7. Conclusões

O acordo de constituição de sociedade comercial previsto no art. 36.º, n.º 2, do CSC, a partir do momento em que é acompanhado de atividade social, constitui um contrato associativo *sui generis*, que não é, nem pode vir a ser, contrato de sociedade comercial nem contrato de sociedade civil.

Tal acordo é necessariamente celebrado por uma *forma que fica aquém* da que é imprescindível à celebração de um contrato de sociedade comercial; dirige-se à prática de atos *de comércio*; e é acompanhado de *atividade*.

Verificando-se essas características, as relações estabelecidas entre os sócios e com terceiros sujeitam-se *apenas* às disposições sobre sociedades civis, estando completamente fora do alcance do quadro normativo das sociedades comerciais.

O acordo societário que nos ocupa não está sujeito a qualquer espécie de sanção, nomeadamente relacionada com a sua forma, que vá além da insuscetibilidade de personalidade jurídica da organização que com base nele se desenvolve.

¹⁰³ Ac. TRP de 27/03/2007, relatado por Marques de Castilho, proc. n.º 0622437: «É da competência do Tribunal comum a ação em que se pede a declaração de nulidade de uma sociedade irregular»; e, decisão do Presidente do TRP sobre conflito negativo de competência, de 28/05/2008, proc. n.º 0833291: «A competência material do Tribunal de Comércio conforme legalmente preceituado limita-se às ações de declaração de inexistência, de nulidade e anulação do contrato de sociedade (...) e não às ações de declaração de existência de uma sociedade e/ou de nulidade da sociedade, e mais limita-se aos contratos relativos a sociedades comerciais».

As normas do CSC, incluindo as que regem sobre invalidades do contrato e liquidação da sociedade, aplicam-se a contratos de sociedade comercial (necessariamente celebrados pela forma prevista no art. 7.º) ainda não registados (art. 41.º) ou já registados (arts. 42.º a 51.º), ou a contratos de sociedade que, não obstante não terem aquela forma, lograram obter registo definitivo assim conseguindo a criação de uma pessoa jurídica e a desresponsabilização dos sócios com base num contrato insuficiente (arts. 42.º, n.º 1, e) e 172.º)¹⁰⁴.

Acresce que nada justificaria a aplicação das normas sobre invalidades do contrato de sociedade comercial e sobre liquidação da sociedade comercial, contidas no CSC, à sociedade do art. 36.º, n.º 2, uma vez que os sócios desta última são, para sempre, pessoal, solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas antes da celebração do contrato constitutivo da sociedade comercial, estando assim os credores da atividade social definitivamente protegidos.

O que os sócios conseguem com o acordo de que tratamos é apenas o desenvolvimento de uma atividade comercial através de uma sociedade desprovida de personalidade coletiva, e de cujas responsabilidades nunca se livrarão¹⁰⁵.

A situação não é desejável, sobretudo para os próprios sócios cujos patrimónios pessoais estão para sempre expostos à necessidade de satisfação das dívidas contraídas em nome da sociedade, mas também só a eles é imputável a situação societária. ■

Higina Orvalho Castelo
Juíza de Direito

¹⁰⁴ Supra 3.2. e 4.

¹⁰⁵ Art. 19.º, n.º 3, do CSC *a contrario sensu*, acima analisado em 3.2 e 5.2.



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 05 • Janeiro 2016

