

As sociedades não lucrativas. Breve análise do direito dos sócios aos lucros

DR. JOÃO MIGUEL ASCENSO

«O único lucro na poesia é o lucro semântico.»
Gonçalo M. Tavares, *A perna esquerda de Paris*,
Relógio d'Água, 2004.

SUMÁRIO: 1. *Introdução*: 1.1. *Razão e interesse do tema*; 1.2. *Metodologia utilizada e iter da investigação*. 2. *O conceito de sociedade*: 2.1. *Os elementos constantes do artigo 980.º do Código Civil*: 2.1.1. *A contratualidade*; 2.1.2. *O elemento pessoal*; 2.1.3. *O elemento patrimonial*; 2.1.4. *O elemento formal*; 2.1.5. *O exercício comum*; 2.1.6. *O elemento teleológico*; 2.2. *A superação do conceito de sociedade do artigo 980.º do Código Civil: em especial do elemento teleológico*. 3. *As sociedades não lucrativas*: 3.1. *As sociedades instrumentais*; 3.2. *As SGPS*; 3.3. *Os Agrupamentos Europeus de Interesse Económico e os Agrupamentos Complementares de Empresas*; 3.4. *As sociedades anónimas desportivas*; 3.5. *As cooperativas*; 3.6. *As non profit corporations*. 4. *O direito aos lucros no Direito português*: 4.1. *Os tipos de lucro*; 4.2. *O problema da proibição do pacto leonino*; 4.3. *O direito aos lucros nas sociedades não lucrativas*. 5. *Conclusões*.

1. Introdução

1.1. Razão e interesse do tema

A ideia de *sociedades não lucrativas* surge muitas vezes ligadas ao *Terceiro Sector*¹ e à figura das *non profit corporations*, principalmente através da experiência anglo-

¹ Sobre o *Terceiro Sector* veja-se AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS e GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, *Conceito e Regime do Terceiro Sector. Alguns aspectos*, em Prof. Doutor Ino-

americana². Se é verdade que assim é em alguns casos, particularmente neste específico tipo societário de matriz anglo-saxónica, é também verdade que nos surgem entes não lucrativos com uma actividade relevante nos demais sectores. Exemplo disso são as associações e fundações que desenvolvem uma actividade económica comercial³, apesar de prosseguirem fins *não lucrativos*.

Do mesmo modo, há muito tempo que se têm vindo a desenvolver tipos societários cujo escopo principal não é o lucro directo e imediato, mas sim as vantagens económicas e organizacionais que geram na esfera dos seus associados.

Estes tipos societários vêm colidir com um dos elementos tradicionalmente considerados fundamentais para a definição do conceito de sociedade, que é o escopo lucrativo, levando alguma doutrina a reclamar por uma conceptualização distinta da legal e da que tem sido desenvolvida tradicionalmente na Europa, em particular nos ordenamentos jurídicos latinos.

Esta problemática tem vindo a ganhar uma importância crescente à medida que se vão procurando e construindo modelos organizacionais para as sociedades cada vez mais diferentes e eficientes. Ao mesmo tempo, não nos podemos esquecer a importância que as empresas que revestem a forma societária têm no desenvolvimento económico-social, levando o legislador a reconhecer este papel e a evidenciar algumas preocupações com os interesses da comunidade face ao papel desempenhado pelas sociedades⁴. De facto as sociedades têm criado, frequentemente, e de forma paralela, verdadeiras empresas⁵ com responsabilidades sociais significativas no seio das comunidades.

Trata-se de figuras jurídicas que têm uma importância socio-económica bastante relevante e que têm um interesse jurídico especial, na medida em que parecem abalar os fundamentos da teoria geral das pessoas colectivas e dos direitos dos sócios.

cêncio Galvão Telles: 90 Anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2007, p. 7-37 e RAQUEL CAMPOS FRANCO, S. WOJCIECH SOKOLOWSKI, EILEEN M. H. HAIREL e LES-TER M. SALAMON, *O Sector Não Lucrativo Português Numa Perspectiva Comparada*, Universidade Católica Portuguesa e John Hopkins University.

² Falamos em particular das *public benefit non profit corporations* que estão frequentemente associadas à prática de actividades não lucrativas como sejam os museus, escolas, etc. Veja-se a este propósito HOWARD L. OLECK e MARTHA E. STEWART, *Nonprofit Corporations, Organizations, & Associations*, 6.ª ed., Prentice Hall, 1994.

³ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo III, Almedina, 2004, p. 652.

⁴ Veja-se a este propósito, RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, 2008, pp. 51 e 52.

⁵ Independentemente da forma que assumem.

1.2. Metodologia utilizada e iter da investigação

O presente trabalho está dividido em duas partes principais, a primeira é dedicada à identificação e delimitação do *conceito de sociedade*, seguindo-se a discussão da qualificação de algumas entidades como sociedades; na segunda parte abordaremos brevemente um dos mais importantes direitos dos sócios, que é o *direito aos lucros* e a forma como este direito se manifesta na dogmática das *sociedades não lucrativas*.

Na primeira parte, procurando delimitar o *conceito de sociedade* recorreremos a um método baseado, sobretudo, no processo tipológico.

Os *conceitos* são construídos através de uma pluralidade de elementos e características que, posteriormente, são unificados através de um processo mental que identifica os elementos comuns e os elementos distintos, aproveitando os primeiros e prescindindo dos últimos⁶.

Assim, por se basearem numa construção abstracta os *conceitos* distinguem-se dos *tipos*⁷. De facto, ao passo que os *conceitos* pressupõem a abstracção do processo de unificação através da aglomeração das características comuns e afastamento das características específicas, os *tipos jurídico-estruturais*, que serão essencialmente *tipos reais*⁸, são essencialmente empíricos⁹, descrições da realidade¹⁰⁻¹¹.

Os tipos e os conceitos, apesar de serem figuras distintas, estão umbilicalmente ligadas, não tendo o intérprete de optar entre o conceito e o tipo, na medida em que são figuras que se complementam¹².

Deste modo, procuraremos fazer uma análise tipológica dos principais elementos e características das sociedades, para que possamos confrontar estes elementos com a definição conceptual encerrada pelo legislador no artigo 980.º do Código Civil (CC), como defende a maioria da doutrina. Um maior deta-

⁶ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª ed., Almedina, 2009, p. 25.

⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *idem*, p. 38. Além desta característica, costumam ser apontadas outras para distinguir os *conceitos* dos *tipos* como sejam a *abertura*, a *graduabilidade*, a *totalidade*, o *sentido* e a *plasticidade*, veja-se a este propósito *idem*, pp. 42 e 43.

⁸ Sobre isto veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade dos Direitos Reais*, 1968, pp. 24 e ss. e RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, 2000, p. 33.

⁹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, (trad. José Lamego), 4.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 657.

¹⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 58 e ss e 46.

¹¹ Os tipos podem ser classificados de inúmeras maneiras. No nosso trabalho trabalharemos sobretudo com os *tipos reais*, sendo a esta classificação que nos referimos quando falamos em *tipos*.

¹² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 88 e 89.

lhe das características da sociedade aproximar-nos-á do tipo, que permite uma maior graduabilidade entre figuras. Porém, como pretendemos verificar a existência de sociedades que têm um *fim não lucrativo* necessitaremos, depois de analisado o tipo, delimitar a figura e identificar os seus elementos essenciais, possibilitando a formulação de um conceito que seja suficientemente abrangente, de modo a englobar os tipos societários existentes na ordem jurídica portuguesa e que permita a subsunção de algumas figuras, que posteriormente analisaremos, no conceito de sociedade.

Desta análise resultará a identificação dos elementos essenciais que deverão presidir à definição de sociedade, momento em que chegaremos à conclusão de que a definição constante do artigo 980.º do CC não é suficientemente abrangente para albergar todas as realidades societárias, pelo que não deverá ser tido em conta na identificação de um conceito de sociedade.

Neste âmbito terá particular importância a doutrina dos “elementos do contrato”¹³ permitindo-nos identificar quais os elementos essenciais de sociedade, na medida em que estes permitem a subsunção, ou a não subsunção, das figuras que analisaremos num segundo momento da primeira parte no conceito de sociedade.

Na segunda parte do nosso trabalho, diferentemente, limitar-nos-emos a proceder a uma análise dos diferentes preceitos através dos quais deve ser entendido o direito aos lucros no ordenamento jurídico português e proceder à sua compatibilização com a realidade das *sociedades não lucrativas*, que frequentemente têm disposições específicas nesta matéria, adaptadas ao escopo ou ao objecto que prosseguem.

2. O conceito de sociedade

Quando falamos do instituto da *sociedade* temos de ter em conta que estamos perante uma figura que abrange o Direito Civil e o Direito Comercial¹⁴, consoante estejamos a falar de sociedades civis puras ou de uma sociedade comercial¹⁵.

¹³ Para desenvolvimentos sobre a evolução desta doutrina e os termos em que deve ser entendida veja-se Pedro PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 73 e ss.

¹⁴ Para uma breve distinção entre Direito Civil e Direito Comercial veja-se, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2.ª ed., Almedina, 2007, p. 37 e ss.

¹⁵ Ou de uma sociedade civil sob forma comercial.

A distinção é feita consoante a forma que a sociedade reveste e a actividade a que se dedica. Neste sentido, estaremos perante uma sociedade comercial sempre que adopte uma das formas previstas no Código das Sociedades Comerciais (CSC) e a sua actividade principal seja uma actividade comercial, o que implica a prática de actos de comércio¹⁶⁻¹⁷. Estaremos perante uma sociedade civil, quando a actividade económica da sociedade não se traduz na prática de actos de comércio e a sua forma seja a que está estipulada nos artigos 980.º e seguintes¹⁸⁻¹⁹.

Apesar desta distinção, podemos procurar alcançar o conceito de *sociedade* no âmbito do Direito Privado, que abranja tanto o Direito Privado Comum (ou Direito Civil) como o Direito Comercial²⁰.

Procuraremos alcançar esta conceptualização a partir dos elementos que nos são dados pela legislação e pela interpretação que a doutrina faz obre esses mesmos dados.

Neste sentido, diz-nos o CSC, no seu artigo 1.º, n.º 2, que “*são sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio (...)*”. Ora, como vimos, este artigo permite-nos aferir se uma determinada sociedade deve ou não ser considerada comercial, ficando sobre a esfera deste direito especial. Porém, não podemos retirar deste preceito uma noção de *sociedade*, na medida em que o artigo apenas identifica as sociedades que terão natureza comercial.

Dado o carácter especial do Direito Comercial face ao Direito Civil e o facto de o CSC não apresentar qualquer definição de *sociedade*, a maioria da doutrina baseia-se no artigo 2.º para considerar a *sociedade comercial* como uma espécie do género *sociedade* (civil pura) constante do artigo 980.º do CC, ou seja, o artigo 980.º do CC corresponderia ao conceito geral de sociedade²¹.

¹⁶ Cf. artigo 1.º, n.º 2 do CSC.

¹⁷ Prescindiremos de apresentar e tomar posição sobre a teoria dos actos de comércio por crermos que é desnecessária ao nosso trabalho. Ainda assim, a este propósito veja-se, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, pp. 187 e ss.

¹⁸ No mesmo sentido da distinção feita por nós veja-se JOSÉ TAVARES, *Sociedades e Empresas Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra, 1924, pp. 212 e 213 e LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, Vol. II (Sociedades Comerciais), AAFDL, 1989, p. 5.

¹⁹ Sem prejuízo de pontualmente estas sociedades poderem praticar actos comerciais, Cf. RUI PINTO DUARTE, *Escritos...*, pp. 23 e ss.

²⁰ Sobre esta distinção veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Almedina, 2005, p. 343 e ss.

²¹ Neste sentido veja-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. IV (Sociedades Comerciais), 1993, p. 13 e ss., PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed. (colab. Nelson Rocha), Almedina, 2004, p. 93, PUPO CORREIA, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 10.ª ed. (colab. António José Tomás e Octávio Castelo Paulo), Ediforum, 2007, pp. 116 e 117.

Embora não adiramos a esta orientação, ela bastar-nos-á, de momento, como ponto de partida da análise da problemática do conceito de *sociedade*²², sem prejuízo de posteriormente explicarmos a nossa posição²³.

Feito este esclarecimento prévio, diz-nos o artigo 980.º o seguinte:

Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade.

A partir daqui retiramos que de acordo com a definição de sociedade prevista no artigo 980.º do CC – e que constitui, para a generalidade da doutrina, o conceito geral de sociedade – verificamos a existência de alguns elementos essenciais do conceito, como é o caso do elemento contratual, o elemento pessoal, o elemento patrimonial, o elemento formal, o elemento teleológico e a necessidade de exercício comum. São estes elementos que passaremos a analisar, com o objectivo de verificar a correspondência do conceito do artigo 980.º do CC com a realidade societária.

2.1. Os elementos constantes do artigo 980.º do Código Civil

2.1.1. A contratualidade

O artigo 980.º surge sistematicamente no Título II, do Livro II, do Código Civil (CC), destinado aos contratos em especial. Além deste enquadramento sistemático, o artigo 980.º refere expressamente no seu articulado que a sociedade se trata de um contrato²⁴. A este propósito, surgem imediatamente algumas dificuldades.

Como salienta Menezes Cordeiro²⁵, i) os *contratos comuns* têm declarações negociais contrapostas, contrariamente no *contrato de sociedade* as declarações serão idênticas e confluentes; ii) nos *contratos comuns* produzem-se efeitos na esfera dos contratantes, ao passo que nos *contratos de sociedade* os efeitos produzem-se numa nova e terceira entidade.

²² Seguimos aqui a metodologia de FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 208 e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. I, p. 243.

²³ Vide ponto 4.2.

²⁴ O CSC manteve a mesma posição no seu artigo 7.º, n.º 2 quando obriga um número mínimo de duas partes para a celebração do negócio jurídico. Porém, tem a bondade de ressaltar as situações em que a lei permite a unipessoalidade (artigo 7.º, n.º 2, 2.ª parte).

²⁵ *Manual de Direito das Sociedades*, I, pp. 435 e ss.

A expressão *sociedade* é utilizada num duplo sentido, marcando duas realidades jurídicas distintas, embora ligadas uma à outra. Assim, *sociedade* é utilizado para designar o contrato que cria o ente (sociedade-contrato) e para designar o ente em si mesmo (sociedade-organização/entidade)²⁶.

Efectivamente, a sociedade é criada, a maior parte das vezes, por contrato, sendo este o acto institutivo²⁷ da mesma. Ainda assim, mesmo este contrato não será um *contrato comum*, será sim uma categoria especial de contrato de colaboração/organização²⁸, na medida em que as declarações negociais das partes são confluentes e os efeitos jurídicos do contrato repercutem-se, essencialmente, na esfera jurídico-societária.

Porém, após a sua criação, o ente autonomiza-se do contrato. De facto, embora exista uma ligação entre o ente e o contrato²⁹, a verdade é que a sociedade, depois de constituída, torna-se num sujeito com personalidade e património autónomo do dos sócios³⁰.

A contratualidade não é, porém, um esquema adequado se pretendemos uma conceptualização rigorosa e suficientemente ampla de *sociedade*, que nos permita englobar todas as realidades existentes. De facto, se é verdade que a maioria das sociedades são criadas por meio de contrato, é igualmente verdade que existem outros mecanismos para a criação destas entidades.

Os contratos resultam do encontro de duas [ou mais³¹] vontades, através duma proposta e da sua aceitação³² (realce nosso).

A partir desta noção de *contrato* verificamos que a realidade e o próprio ordenamento jurídico não são consentâneos com a solução prevista no conceito de sociedade do artigo 980.º.

O primeiro problema que nos surge a este propósito, prende-se com o elemento pessoal que analisaremos *infra*³³. Efectivamente, a necessidade de se

²⁶ Cf. RUI PINTO DUARTE, *Escritos...*, pp. 9 e ss.

²⁷ Seguimos aqui o entendimento de RUI PINTO DUARTE que considera o contrato de sociedade um negócio institutivo e não constitutivo, *Escritos...*, p. 19.

²⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 442.

²⁹ Principalmente no ordenamento português que regista o contrato e os estatutos no mesmo documento. Cf. RUI PINTO DUARTE, *Escritos...*, p. 17.

³⁰ Seguimos a posição de MENEZES CORDEIRO que atribui personalidade a este tipo societário. Para desenvolvimentos sobre este ponto veja-se *Manual de Direito das Sociedades*, I, pp. 321 e ss.

³¹ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo I (Parte Geral), Almedina, 1999, p. 254 e CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, 2010, pp. 63 e ss.

³² MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Vol. I, Tomo I (Parte Geral), Almedina, 1999, p. 255.

³³ Pontos 4.1.2.

recorrer a um negócio jurídico plurilateral, como é o contrato, impediria a existência de sociedades unipessoais, na medida em que são, por regra, criadas mediante negócio unilateral, feito pelo sócio único. Ao mesmo tempo, impediria a constituição de uma sociedade através de uma *oferta ao público*, como é o caso da criação de sociedade anónima com apelo à subscrição pública [artigos 279.º a 283.º do CSC e 168.º do Código dos Valores Mobiliários (CVM)]³⁴, e não englobaria a constituição de uma sociedade mediante fusão, cisão ou transformação (artigos 7.º, n.º 4 e 97.º e ss. CSC)³⁵.

Além desta primeira incompatibilidade, que se traduz no facto de o conceito de sociedade previsto no artigo 980.º do CC não permitir a criação de sociedades mediante negócio jurídico unilateral³⁶ ou mediante negócios não contratuais, identificamos, ainda, as seguintes modalidades de criação de uma sociedade:

- a) Constituição por diploma legal;
- b) Constituição por decisão judicial.

Efectivamente, encontramos alguns casos de sociedades constituídas por Decreto-Lei³⁷, Lei da Assembleia da República e Decreto Legislativo Regional³⁸.

A constituição de sociedades por diploma legal pode ser feita para a transformação de uma empresa pública já existente em sociedade de Direito Privado, ou para criação originária de uma sociedade³⁹.

Do mesmo modo, podem existir sociedades constituídas mediante decisão judicial, como poderá ocorrer nos processos de insolvência.

Do exposto resulta que a definição prevista no artigo 980.º não abrange todos os casos previstos na lei para constituição da sociedade, pelo que neste ponto é insuficiente numa conceptualização consentânea com a realidade, pelo que a contratualidade não será um elemento essencial do conceito de sociedade.

³⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, 427.

³⁵ *Idem*, p. 442.

³⁶ Ainda que de estrutura deliberativa, Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 443.

³⁷ Como é o caso do Decreto-Lei n.º 103-A/89, de 4 de Abril que cria a Petrogal S.A.

³⁸ Como é o caso do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2001/M, de 4 de Agosto, que cria a Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, S.A.

³⁹ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 443 e 444.

2.1.2. O elemento pessoal

O elemento pessoal refere-se ao factor humano que está na base societária e tem duas dimensões principais, que traduzem a distinção entre o momento da sociedade–contrato e da sociedade–organização. A primeira prende-se com o facto de para se constituir uma sociedade ser necessário que existam pessoas, singulares ou colectivas, que expressem essa vontade através de um determinado acto jurídico. A segunda dimensão implica que existam pessoas, que serão os sócios, que se envolvam nos processos decisórios que ditam os destinos da sociedade.

O artigo 980.º refere que para que se possa constituir uma sociedade é necessária a participação e intervenção de duas ou mais pessoas. Esta intervenção de duas ou mais pessoas conformar-se-ia com a regra geral dos contratos, que necessita de uma intervenção bilateral.

Esta exigência que nos surge no artigo 980.º do CC é acompanhada pelo CSC no artigo 7.º, n.º 2, que exige, como regra geral, um número mínimo de partes no contrato de sociedade de dois, salvo disposição legal em contrário⁴⁰. É nomeadamente o caso das sociedades anónimas que exigem um número mínimo de cinco sócios para a sua constituição (artigo 273.º, n.º 1).

O Decreto-Lei n.º 76/2006, de 29 de Março (DLSQU) veio introduzir um importante desvio a esta regra geral da obrigatoriedade de existirem, pelo menos, dois sócios para a constituição de uma sociedade, ao criar as sociedades por quotas unipessoais.

Ainda assim, mesmo antes do DLSQU o Código Civil e o Código das Sociedades Comerciais já permitiam a unipessoalidade superveniente e transitória e algumas situações de unipessoalidade inicial, o que por si só já contrariava a lógica pluripessoal do artigo 980.º do CC.

Efectivamente, por variadas razões, naturais ou jurídicas, – morte, incapacidade, exoneração, etc. – a sociedade poderia ficar numa situação em que perderia os seus sócios até restar apenas um. A solução que resultaria de uma lógica contratual pura seria a de, a partir desse momento, dissolver a sociedade⁴¹. Porém, a solução adoptada permite que a unipessoalidade superveniente seja

⁴⁰ Note-se que o legislador no artigo 7.º, n.º 2 do CSC, posterior ao 980.º do CC, teve já o cuidado de acautelar as situações em que a lei exige um número mínimo de sócios diferente da regra geral (dois sócios), aproveitando às exigências das sociedades anónimas e das situações de unipessoalidade permitidas pela lei.

⁴¹ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 246.

sanada, o que já denota que estamos perante uma situação de vicissitude da lógica pluripessoal.

Neste sentido, os artigos 142.º, n.º 1, al. a) do CSC e o 1007.º, al. d) do CC vêm referir a possibilidade de a situação de unipessoalidade se manter durante um período de tempo (um ano no caso das sociedades comerciais, seis meses no caso das sociedades civis), devendo ser sanada durante esse prazo, sob pena de se poder requerer a dissolução administrativa da sociedade comercial⁴² ou de esta se dever dissolver automaticamente no caso das sociedades civis.

Apesar de tudo, o legislador, no caso da unipessoalidade superveniente, não abandonava, sem mais, a lógica pluripessoal. De facto, para que o contrato fosse celebrado teriam de estar reunidos dois ou mais sócios, pelo que a primeira dimensão do elemento pessoal estaria verificada. Deste modo, apenas a segunda dimensão é que manifestaria um desvio. Ainda assim, o legislador considerou que estaríamos perante uma vicissitude que deveria ser sanada, optando por uma solução que, embora contrariasse a sua lógica, seria um *remédio* mais equilibrado.

Diferentemente, o legislador em matéria de grupos societários possibilita que uma sociedade constitua uma (outra) sociedade anónima, sendo titular da totalidade das acções (488.º, n.º 1 CSC). Neste caso, estamos perante uma situação de unipessoalidade inicial, que afecta a primeira dimensão do elemento pessoal.

A evolução do Direito das Sociedades Comerciais e a própria importância que o modelo societário foi ganhando nas economias modernas, levou a uma evolução mais significativa no sentido de permitir a unipessoalidade inicial nas sociedades por quotas unipessoais, através do DLSQU.

Trata-se de uma evolução importante, na medida em que o legislador criou um tipo societário em que existe apenas um único sócio (artigo 270.º-A, n.º 1), permitindo a unipessoalidade nas duas dimensões enunciadas. Por conseguinte, as sociedades por quotas unipessoais apresentam-se como um claro desvio ao conceito de sociedade previsto no artigo 980.º do CC, na medida em que quer a sua constituição quer a sua *vida societária* é feita mediante a participação de um único sócio.

Todas estas situações de unipessoalidade servem para justificar, mais uma vez, a insuficiência do conceito *sociedade* previsto no artigo 980.º CC e a con-

⁴² Note-se que no caso das sociedades comerciais a dissolução não é automática, ela deve antes ser requerida.

sideração da pluripessoalidade como um elemento *não essencial* da figura societária: o elemento pessoal continua a ser essencial, na medida em que para se constituir uma sociedade é necessária a intervenção e participação de pelo menos uma pessoa, mas o elemento pessoal não será essencial nos termos em que vem previsto no artigo 980.º, que é numa lógica de pluripessoalidade necessária.

2.1.3. O elemento patrimonial

Outro dos elementos que consta do conceito de sociedade é o *patrimonial*. O património pode ser analisado, à semelhança do elemento pessoal, em dois momentos diferentes: o momento da constituição da sociedade e o da vida societária⁴³.

Na sua primeira dimensão o elemento patrimonial identifica-se com a obrigação de entrada dos sócios, prevista nos artigos 980.º, 981.º, n.º 1 e 983.º, n.º 1 do CC e que tem o seu correspondente no artigo 20.º, *a*) do CSC.

Na segunda dimensão, identificamos o elemento patrimonial com o património *per se*, ou seja, com o património societário estabilizado na esfera jurídica da sociedade. Trata-se de um dos mecanismos essenciais para a limitação da responsabilidade dos sócios e sobretudo para a autonomização da sociedade face a estes.

A obrigação de entrada vem prevista com algum pormenor no CSC, sendo que o seu regime varia consoante o tipo social em causa⁴⁴. Esta obrigação assume um relevo muito grande na constituição e início da vida societária, visto que a entrada passa a integrar o património societário, podendo a sociedade, só após este acontecimento, iniciar a sua actividade.

Devemos a este propósito referir o Decreto-lei n.º 33/2011, de 7 de Março, que no seu artigo 1.º, *a*) e na alteração que faz do artigo 201.º do CSC vem permitir que a sociedade se constitua com um capital social livremente fixado pelo sócio, sendo que o valor mínimo será de € 1, por conjugação do artigo 201.º com o artigo 219.º, n.º 3 do CSC. Não confundimos património societário com capital social, mas a razão pela qual o elemento patrimonial da sociedade se costuma desdobrar nas duas vertentes apresentadas é pelo facto de, pelo

⁴³ O confronto entre o artigo 983.º e 989.º do CC dá-nos uma boa pista para identificar estas duas dimensões do elemento patrimonial.

⁴⁴ Por exemplo, no caso das sociedades por quotas e anónimas é possível existir o diferimento parcial das entradas (artigos 202.º, n.º 2 e 277.º, n.º 2, respectivamente).

menos inicialmente, a entrada do sócio, que permitirá identificar o valor do capital social, permitir a constituição do património societário.

Este regime visa simplificar a constituição de sociedades, bem como diminuir os encargos deste acto, permitindo a concretização de pequenos projectos e ideias com recurso à forma societária, em particular, das sociedades por quotas e sociedades unipessoais por quotas.

Quer isto dizer que também a este propósito parece avançar o direito das sociedades, na medida em que se dá um menor relevo ao capital social que, embora distinto do património societário, por vezes assumia uma função importante na constituição do património da sociedade, pelo menos num momento inicial.

Numa segunda fase em que a sociedade já está constituída e o património se encontra estabilizado na esfera jurídica societária – imediatamente a seguir ao cumprimento da obrigação de entrada – o elemento patrimonial apresenta-se como um elemento essencial do conceito de sociedade, na medida em que é um dos garantes da autonomia societária face aos sócios⁴⁵. De facto, caso a sociedade não tivesse um património próprio estaria constantemente dependente do património dos seus sócios, mitigando ou eliminando por completo a autonomia atribuída às sociedades.

Mesmo para quem entenda que as sociedades civis puras não têm personalidade jurídica⁴⁶, o elemento patrimonial está presente e é distinto do dos sócios⁴⁷. O mesmo ocorre com as sociedades comerciais incompletas ou irregulares⁴⁸.

Assim, o *elemento patrimonial* é um elemento essencial, «estrutural e de fácil percepção»⁴⁹ no conceito de sociedade. A sociedade é criada para prosseguir um determinado fim, tendo para isso um objecto determinado. Para que a sociedade possa cumprir este objecto tem de exercer uma determinada actividade que tem, necessariamente, de ser suportada por um património que, segundo as normas jurídicas, é próprio da sociedade e distinto do dos sócios.

⁴⁵ No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 251.

⁴⁶ Sobre esta problemática veja-se, por todos, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, 2.ª ed., Almedina, 2007, pp. 93 e ss.

⁴⁷ Neste sentido, RUI PINTO DUARTE, *Escritos...*, pp. 60 e 61.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 251.

2.1.4. O elemento formal

Por elemento formal da sociedade costuma-se querer designar o facto de a sociedade, para exercer a sua actividade, necessitar de revestir uma das formas jurídicas legalmente previstas, como de resto impõe, por exemplo, o artigo 1.º, n.º 2 do CSC.

Por esta razão, o elemento formal surge associado com o princípio da *tipicidade das sociedades*, que no presente caso se traduz em três consequências fundamentais⁵⁰: a existência de um *numerus clausus* de figuras societárias; a delimitação dessas figuras e os limites ao uso da analogia.

A primeira consequência – a existência de *numerus clausus* – implica que os sujeitos que pretendam constituir uma sociedade tenham de optar por um dos tipos ou subtipos societários previstos legalmente, na medida em que estamos perante um sistema de tipicidade taxativa fechada⁵¹.

No que toca à *delimitação* dos tipos e subtipos legais, verificamos que a cada forma societária está associado um determinado modelo organizativo⁵², ou seja, cada tipo societário tem a sua estrutura orgânica relativamente elástica⁵³, não podendo os sócios optar por outro modelo organizativo⁵⁴ que julguem mais próprio e eficaz⁵⁵.

Em terceiro lugar, o princípio da tipicidade societária implica uma limitação do uso da analogia, que se traduz na impossibilidade de se adoptar esta metodologia para criar tipos societários distintos dos legalmente previstos.

⁵⁰ Seguimos aqui MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. I, pp. 254 e ss.

⁵¹ Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Têoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Almedina, 2008, p. 144. Admitindo uma tipicidade *não* absolutamente fechada, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 255.

⁵² MENEZES LEITÃO entende que o artigo 980.º do CC é lacunoso por considerar que o elemento organização é um elemento autónomo e essencial, conformador de toda a actividade societária e que, portanto, deveria constar do conceito de sociedade previsto no artigo 980.º do CC. Se é verdade o que o autor diz relativamente ao artigo 980.º (sociedades civis), o mesmo não acontece relativamente às sociedades comerciais, cuja lei obriga a que sigam uma forma específica (artigo 1.º, n.º 2 do CSC), sendo que é nosso entendimento que o elemento formal absorve o elemento organizacional. Como veremos posteriormente, não entendemos que o artigo 980.º nos dê a definição de sociedade, pelo que não é lacunoso, na medida em que o artigo 980.º apenas se refere apenas ao aspecto negocial do contrato de sociedade civil. *Direito das Obrigações*, Vol. III, 6.ª ed., Almedina, 2009, pp. 250 e 255.

⁵³ Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Têoria Geral...*, p. 148.

⁵⁴ Entendemos modelo organizativo numa acepção ampla, incluindo organização em sentido estrito, modelos de responsabilização patrimonial, organização fiscal, etc.

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 254.

As razões que se têm avançado para a manutenção desta rigidez organizacional prendem-se com justificações de *interesse público, protecção dos sócios e tutela dos credores*⁵⁶.

O *elemento formal* surge, assim, como um elemento essencial do conceito sociedade, na medida em que estas, para existirem, têm de assumir um dos tipos legais existentes, sendo certo que, apesar disso, o legislador poderá em qualquer momento criar um novo (sub)tipo societário, como de resto são exemplos as SGPS, as Sociedade por Quotas Unipessoais (SQU) e as SAD.

2.1.5. O *exercício comum*

O *exercício comum* é outro dos elementos enunciados no artigo 980.º para definir o conceito de sociedade. Porém, mais uma vez, trata-se de uma característica típica das sociedades civis em que o elemento pessoal é muito preponderante e a pluripessoalidade obrigatória. De facto, se é verdade que o *exercício comum* pode existir nas pequenas sociedades de pessoas, torna-se muito difícil identificar um *exercício comum* nas grandes sociedades de capitais.

Efectivamente, nas sociedades de capitais os sócios têm muito pouca capacidade de *exercerem em comum* determinada actividade. A actividade societária, nestes casos, é feita, normalmente, com recurso a profissionais contratados, sendo que a intervenção dos sócios se resume a uma intervenção indirecta através de deliberações de sócios que, na maior parte dos casos, nem se conhecem⁵⁷⁻⁵⁸.

Se porém nestes casos que acabámos de referir o *exercício comum* ainda poderá existir, embora não seja a situação mais típica, o que só por si será o suficiente para tornar o conceito do artigo 980.º insuficiente, será impossível identificar o *exercício comum* nas sociedades unipessoais.

Apesar disto, não se podem deixar de considerar como sociedades estas entidades que, apesar de não exercerem a sua actividade através de um *exercício*

⁵⁶ Cf. MENEZES CORDEIRO, *idem*, p. 255.

⁵⁷ COUTINHO DE ABREU nota que «“exercício em comum” não significa que os sócios (...) hão-de intervir directamente na actividade social. Significa que os sócios poderão participar na condução [directa ou indirecta da mesma]», *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 3.ª ed., Almedina, 2009, pp. 13 e 14. Apesar disso, no caso das sociedades cotadas, por exemplo, embora os sócios possam intervir na actividade societária, não o farão *em comum*.

⁵⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS refere, ainda, e bem, que nas sociedades abertas é simplesmente impossível verificar este *exercício comum*, na medida em que o substrato pessoal está em constante mutação, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, 2006, p. 29.

comum e efectivo dos sócios, são consideradas pela lei como tal. Mais uma vez falha o conceito do artigo 980.º do CC ao não abranger uma parte significativa dos tipos societários, pelo que o exercício comum não é uma característica essencial para estarmos perante uma sociedade.

2.1.6. *O elemento teleológico*

As pessoas colectivas existem para prosseguir um determinado fim/objectivo/objecto humano. Neste sentido, costuma-se apontar o elemento teleológico como o elemento definidor do fim que determinada pessoa colectiva, no caso as sociedades, prosseguem.

A caracterização deste elemento teleológico é de grande importância, na medida em que é a partir dele que poderemos definir, posteriormente, o objecto da sociedade, ou seja, o fim específico que uma sociedade concreta pode prosseguir.

Tradicionalmente aponta-se como fim teleológico das sociedades o fim lucrativo, ou seja, as sociedades existem para prosseguirem o lucro.

É a própria noção do artigo 980.º do CC que refere que a sociedade deverá prosseguir uma actividade económica, com o fim de distribuir os lucros pelos seus sócios.

Por isso, a doutrina tem entendido que a prossecução de uma actividade económica com fim lucrativo é um elemento essencial do acordo societário, ficando, conseqüentemente o seu objecto limitado a uma determinada actividade económica que cumpra a estipulação legal.

Contudo, tem havido uma tendência doutrinária cada vez mais forte, extremamente influenciada por necessidades práticas e realidades emergentes que têm surgido nos últimos tempos, que aponta no sentido de superar esta imposição do escopo lucrativo das sociedades ou de pelo menos, mitigá-lo.

Efectivamente, não existe nenhuma razão substancial que justifique que uma actividade não lucrativa não possa ser exercida por uma sociedade, sendo apenas a formalização legal e a construção dogmática do legislador que poderão surgir como elementos impeditivos destas realidades⁵⁹.

Esta é, de facto, uma área em que o legislador se tem mantido bastante conservador, apesar dos esforços feitos em sentido diverso.

⁵⁹ Exemplo disso é o regime Alemão que não exige que o fim lucrativo seja um elemento necessário de uma sociedade.

Recorde-se que já no *Anteprojecto da Lei das Sociedades Comerciais* de Ferrer Correia e António Caeiro⁶⁰, propunha-se uma abertura da definição de conceito de sociedade prevista no artigo 980.º do CC e que procurava mitigar a rigidez da formulação do CC, nomeadamente na determinação do escopo lucrativo e na distribuição de lucros prevista e pressuposta naquele artigo.

O anteprojecto dizia o seguinte:

Artigo I.º
(*Natureza Comercial*)
(...)

3. São para todos os efeitos consideradas sociedades as empresas colectivas que tenham por fim o **proveito económico dos associados, embora se não proponham obter lucros a repartir por estes**. (realce nosso)

Esta versão não pretendia enunciar os elementos essenciais do conceito de sociedade⁶¹, mas tinha a virtude de contrariar a visão muito rígida que nos aparece no artigo 980.º do CC. De facto, com este articulado, a constituição de «instituições de tipo associativo, normalmente até sob a forma e a designação de sociedades comerciais, que no entanto se não destinam a distribuir dividendo, mas apenas a proporcionar aos sócios os meios de realizarem eles próprios o lucro que pretendem»⁶² estaria coberta pela previsão normativa.

Porém, o legislador não seguiu esta opção.

A doutrina tem discutido esta matéria, existindo actualmente uma tendência para mitigar o escopo lucrativo, pelo menos no sentido que tradicionalmente teria o artigo 980.º do CC.

De facto, embora apresentem construções distintas, autores como Raúl Ventura⁶³, Oliveira Ascensão⁶⁴, Lobo Xavier⁶⁵, Coutinho de Abreu⁶⁶, Pupo Correia⁶⁷ e Cassiano dos Santos⁶⁸, têm entendido o artigo 980.º do CC no

⁶⁰ *Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais, Parte Geral I*, Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, 1973, p. 5.

⁶¹ Cf. FERRER CORREIA e ANTÓNIO CAEIRO, *Anteprojecto...*, p. 10.

⁶² *Idem*.

⁶³ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas. Comentário ao CSC*, Vol. I, 2.ª ed. Almedina, 1989, pp. 326 e ss.

⁶⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, pp. 32 e ss.

⁶⁵ VASCO LOBO XAVIER, *Sociedades Comerciais, Lições ao 4.º ano jurídico*, Coimbra, 1987, pp. 25 e ss.

⁶⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, pp. 14 e ss.

⁶⁷ PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, (colab. António J. Tomás e Octávio Castelo Paulo), 10.ª ed., Ediforum, 2007, pp. 127 e ss.

sentido de considerar a obtenção de um lucro directo um elemento essencial do contrato de sociedade, nomeadamente pela referência que faz à distribuição de lucros, já que os lucros indirectos não são passíveis de ser distribuídos⁶⁹.

Pelo contrário, outros autores, como Ferrer Correia⁷⁰, Menezes Cordeiro⁷¹, Pedro Pais de Vasconcelos⁷², Rui Pinto Duarte⁷³, Jorge Pinto Furtado⁷⁴, Brito Correia⁷⁵ e Fátima Gomes⁷⁶, entendem, que o elemento lucrativo não é um elemento essencial do conceito de sociedade.

Segundo estes autores, o lucro não se apresenta como um elemento essencial do conceito de sociedade, o que nos é demonstrado pela realidade sócio-económica onde existem diversas figuras que são consideradas sociedades e que não têm um objecto imediato de produção de lucro, além de que nada impedirá que se crie uma sociedade que desempenhe uma actividade económica que, muito embora não prossiga um escopo lucrativo, crie economias e poupanças que se traduzem em ganhos para os seus associados. Existem, efectivamente, vantagens para uma empresa em assumir a forma jurídica de sociedade, ainda que não produza um lucro directo, mas apenas um lucro indirecto na esfera jurídica dos sócios.

Autores como Pinto Furtado têm procurado fazer uma interpretação ampla do elemento lucrativo previsto no artigo 980.º do CC, referindo que este elemento se refere quer às actividades com fim lucrativo directo, quer às actividades que têm um fim meramente mutualístico⁷⁷. Porém, não consideramos que seja este o entendimento que resultará do artigo 980.º do CC. De facto, e os autores são praticamente unânimes neste sentido, o elemento lucrativo surge nos no artigo 980.º numa dupla vertente, quer na vertente do lucro objectivo, quer na vertente do lucro subjectivo, porquanto obriga a que os lucros sejam

⁶⁸ CASSIANO DOS SANTOS, *O Direito aos Lucros no Código das Sociedades Comerciais* (à luz de 15 anos de vigência), Problemas do Direito das Sociedades, Almedina, 2002, pp. 184 e ss.

⁶⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS esclarece a este propósito que esta tendência vem desde o Código de Seabra que, pela primeira vez, refere o «*intuito de repartirem entre si os proveitos*» (itálico próprio), *A Participação...*, p. 81.

⁷⁰ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial, Reprint*, Lex, 1994, pp. 213 e ss.

⁷¹ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 290.

⁷² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação...*, pp. 15 e ss.

⁷³ RUI PINTO DUARTE, *Escritos...*, pp. 26 e ss.

⁷⁴ PINTO FURTADO, *Curso...*, pp. 138 e ss.

⁷⁵ BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, Vol. II, AAFDL, 1989, pp. 29 e ss.

⁷⁶ FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, Almedina, 2011, pp. 83 e ss.

⁷⁷ PINTO FURTADO, *Curso...*, pp. 143 e 144.

distribuídos. De resto, como refere Pedro Pais de Vasconcelos⁷⁸, a própria evolução legislativa leva-nos a compreender o elemento lucrativo do 980.º nesses termos, ou seja, a sociedade teria de prosseguir uma actividade primordial apta a prosseguir um lucro directo, de modo a ser distribuível.

Apesar da opção legislativa e de não existirem razões substantivas para que se limite o escopo das sociedades a um fim lucrativo, existem ainda algumas situações jurídicas no ordenamento jurídico português qualificadas, a nosso ver bem, como sociedades, mas que não respeitam esta exigência do elemento teleológico imposta pelo artigo 980.º o que demonstra a fragilidade do entendimento que considera que este artigo apresenta o conceito geral de sociedade.

Dito isto, é nosso entendimento que o elemento lucrativo, entendido de acordo com as coordenadas do artigo 980.º não é um elemento essencial do conceito de sociedade. Ainda assim, parece-nos que este artigo nos oferece algumas pistas relevantes, nomeadamente no sentido de impor que a sociedade desenvolva uma actividade económica.

Efectivamente, é neste sentido que o elemento teleológico nos parece ser um elemento essencial: o fim que uma sociedade terá de desempenhar para que seja considerada enquanto tal é o desenvolvimento de uma actividade económica que poderá gerar, ou não, um lucro directo, sendo certo que trará sempre mais-valias e desenvolvimento económico aos seus associados, bem como à comunidade circundante.

2.2. *A superação do conceito de sociedade do artigo 980.º do Código Civil: em especial do elemento teleológico*

O *sentido e valor* das definições legais tem sido discutido pela doutrina desde há muito tempo⁷⁹. De um modo geral, a doutrina, em particular a portuguesa, tem entendido que as definições legais são destituídas de valor normativo, ou pelo menos, não têm um valor normativo pleno⁸⁰.

Porém, mesmo para aqueles que têm uma posição diferente, que entendem que a definição legal terá uma função útil de fixação do sentido em que se usa o termo definido, a definição será vinculativa na medida em que corresponda ao sentido que se lhe retira da relação com as restantes normas que integra⁸¹.

⁷⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação...*, p. 20.

⁷⁹ Sobre isto veja-se, RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade...*, pp. 71 e ss.

⁸⁰ Neste sentido veja-se, por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...*, p. 507.

⁸¹ Neste sentido, RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade...*, p. 77.

Quer isto dizer que, em qualquer dos casos, o artigo 980.º do CC não tem normatividade para impor os seus *elementos essenciais* a outras figuras conexas, como são, por exemplo, as sociedades comerciais.

Além disso, como referem Pires de Lima e Antunes Varela, o artigo 980.º do CC não nos dá uma definição do conceito de sociedade, dá-nos, antes, uma definição do contrato de sociedade, pelo que este articulado não pode ser aproveitado para dele se retirar um conceito geral de sociedade⁸².

No sentido de recusar que o escopo lucrativo é um elemento essencial do conceito de sociedade manifestam-se Pedro Pais de Vasconcelos, Rui Pinto Duarte e José António Pinto Ribeiro. A diferença, significativa, destes autores para os demais é que defendem que a sociedade comercial não é uma espécie ou um subtipo da sociedade, tal como é definida pelo artigo 980.º⁸³. Pelo contrário, este artigo corresponde ao tipo sociedade civil, sendo que cada um dos tipos de sociedade comercial é autónomo face ao outro⁸⁴. Consequentemente, o artigo 980.º não é apto a oferecer uma definição do conceito geral de sociedade, pelo que teríamos de chegar a este conceito por via interpretativa e doutrinária⁸⁵.

Após a análise realizada dos elementos essenciais de uma sociedade, somos levados a aderir à posição destes autores

De facto, o artigo 980.º não é capaz de nos oferecer uma resposta satisfatória na definição do conceito de sociedade, na medida em que, como vimos, os elementos que naquele artigo são essenciais para a qualificação de uma entidade como sociedade não têm correspondência com a realidade jurídica, económica e social que abrange um número mais vasto de figuras do que aquelas que podem ser subsumidas na previsão do 980.º. Assim, como fomos referindo ao longo deste ponto e contrariamente do que vem expresso no artigo 980.º, consideramos que os elementos essenciais para estarmos na presença de uma sociedade são: o elemento pessoal (entendido nos termos referidos no ponto 2.1.2.) que consiste na intervenção de pelo menos uma pessoa (singular ou colectiva) na constituição da sociedade e na definição da actividade societária; o elemento patrimonial, enquanto garante da autonomia do ente societário face ao sócio; o elemento formal e o elemento teleológico (no sentido pro-

⁸² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, p. 285.

⁸³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 95 e ss. e RUI PINTO DUARTE e JOSÉ ANTÓNIO PINTO RIBEIRO, *Dos Agrupamentos Complementares de Empresas*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1980, pp. 27 e ss, em nota de rodapé.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*.

posto em 2.1.6.), na medida em que a sociedade terá de desenvolver uma actividade económica.

Assim, as situações jurídicas em que estejam verificados estes elementos poderão ser qualificados como sociedade.

3. As sociedades não lucrativas

As sociedades que aqui nos propomos a tratar são alguns exemplos de entidades expressamente reguladas ou que nos surgem na realidade no ordenamento jurídico português.

Procuraremos analisar brevemente o seu regime de modo a poder qualificá-las, ou não, como sociedades, para posteriormente as classificarmos, ou não, como não lucrativas, sendo que entendemos como sociedades não lucrativas, todas as sociedades que, apesar de serem qualificadas como tal, não têm um escopo lucrativo directo que permita produzir lucros objectivos e subjectivos. Classificamos estas entidades como *não lucrativas*, visto que tradicionalmente a doutrina entende que as sociedades são entidades com escopo lucrativo, entendido este escopo lucrativo no sentido anteriormente referido no ponto 2.1.6.

3.1. As sociedades instrumentais

As sociedades instrumentais ou *special purpose entities* são figuras que desempenham funções variadas na vida societária, funções que vão desde desenvolver, ser proprietária ou operar num grande e complexo negócio⁸⁶. Nos últimos anos, as sociedades instrumentais têm tido um crescimento acentuado, na medida em que facilitam a *angariação de fundos*; permitem alguma *flexibilização contabilística*⁸⁷, por exemplo através do parqueamento de participações sociais, ou deslocalização de lucros ou perdas fiscais, e aumentam a eficiência do *governo societário*⁸⁸.

⁸⁶ Cf. BRYAN A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 7.^a ed., West Group, 1999, p. 1405.

⁸⁷ A este propósito é patente o uso indevido da Enron na utilização deste tipo de instrumentos jurídicos. Sobre isto veja-se, por exemplo, STEVEN L. SCHARWCZ, *Enron and the Use and Abuse of Special Purpose Entities in Corporate Structures*, University of Cincinnati Law Review, Vol. 70, 2002, pp. 1309-1318.

⁸⁸ Sobre estas funções veja-se, MEI FANG, JEFFREY D. GRAMLICH e SANJAY GUPTA, *Special Purpose Entities: Empirical Evidence on Determinants and Earnings Management*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=717301, acedido pela última vez em 7. Set. 2011, pp. 15 e ss.

As vantagens deste instrumento são inúmeras. Se por um lado, pode permitir o desenvolvimento de mecanismos de gestão, por outro, pode facilitar o investimento na medida em que se trata de uma pessoa autónoma da sociedade que a instrumentaliza, permitindo que os investidores obtenham um retorno directo do investimento realizado, diminuindo os riscos de investimento⁸⁹.

Nestes casos que acabamos de enunciar, as sociedades instrumentais costumam ter uma função de maximização de lucro, embora não seja assim em todas as situações, e estão associadas à ideia de propósito único, ou seja, a sociedade instrumental é criada para desempenhar apenas uma função, como seja uma grande empreitada⁹⁰.

Porém, com outra função, normalmente associada à arquitectura e gestão de grupos, a sociedade instrumental não tem, normalmente, a função de obter e distribuir lucros⁹¹.

De facto, na esfera de um grande grupo societário poderá fazer sentido, numa lógica de gestão, a concentração e personalização de serviços de várias sociedades-filhas⁹². Ora, a partir daqui a sociedade instrumental prestará serviços às outras sociedades do grupo, não procurando a maximização dos seus lucros. Na verdade o objectivo principal será o de aumentar os lucros do grupo, através da criação de economias de escala que permitirão uma poupança significativa. Neste sentido, o fim destas sociedades não será lucrativo⁹³.

Resta dizer que estas sociedades são classificadas de instrumentais pela função que assumem, que será sempre instrumental da actividade principal da sociedade que a controla, não correspondendo a nenhum tipo específico de sociedade. Efectivamente, estas sociedades serão sociedades comuns que assumirão a forma societária que se entender na sua criação, sendo classificadas de instrumentais pela função *instrumental* que assumem face à actividade da sociedade instrumentalizadora.

⁸⁹ Neste sentido, veja-se, BRYAN A. GARNER, *Black's...*, p. 1404.

⁹⁰ Nestes casos, a sociedade instrumental surge frequentemente ligada a um negócio de *project finance*.

⁹¹ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação...*, p. 83.

⁹² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS dá o exemplo do serviço de contabilidade, que nos parece um exemplo feliz, *A Participação...*, p. 83.

⁹³ No mesmo sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *idem*.

3.2. As SGPS

As sociedades gestoras de participações sociais (SGPS) são reguladas actualmente pelo Decreto-Lei n.º 495/88 de 30 de Dezembro⁹⁴ (DL SGPS).

Estamos perante um tipo societário criado pelo legislador cuja sua principal característica é ter um objecto social limitado à gestão de participações sociais noutras sociedades, como *forma indirecta de exercício de actividades económicas* (artigo 1.º, n.º 1 do DL SGPS).

As SGPS podem ser de vários tipos, como sejam as SGPS de controlo, de investimento e de aplicação de capitais⁹⁵. Estas sociedades inserem-se numa classificação doutrinária que distingue as *holding* tipo casa-mãe; *holding* de direcção; *holding* de tipo misto e *holding* de tipo financeiro.

O DL SGPS, como resulta do artigo 1.º, n.º 1, 2 e 3, visa regular o que correspondia às sociedades de controlo previstas no anterior Decreto-Lei 271/72⁹⁶ e podem assumir a forma de sociedade por quotas ou de sociedade anónima (artigo 2.º, n.º 1). Estas sociedades poderão, ainda, prestar serviços técnicos de administração e gestão às sociedades por elas participadas, podendo ser remuneradas por esta prestação de serviços (artigo 4.º, n.º 1 e 2).

O facto de as SGPS deterem participações sociais de outras sociedades com o objectivo principal de *exercer indirectamente* uma actividade económica, faz com que as classifiquemos como *holding* de direcção⁹⁷.

Para que o exercício da actividade da *holding* seja indirecto a lei exige que as participações que a SGPS detém não tenham carácter ocasional e que atinjam, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da empresa participada, por si só, ou através de outras sociedades em que a SGPS seja dominante (artigo 1.º, n.º 2). Para que a participação não seja considerada ocasional é necessário que a SGPS a detenha há mais de um ano (artigo 1.º, n.º 3).

Ninguém questiona que as SGPS são *sociedades*, o próprio legislador o refere explicitamente ao impor no artigo 2.º, n.º 1, que devem adoptar a forma de sociedade por quotas ou anónima⁹⁸. A grande questão coloca-se, portanto,

⁹⁴ Com as alterações feitas pelo Decreto-Lei 318/94, de 24 de Dezembro e Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de Novembro.

⁹⁵ O Decreto-Lei n.º 271/72, de Agosto oferece-nos esta tipologia bem elucidativa, Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, p. 826.

⁹⁶ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Sociedades Gestoras de Participações Sociais*, O Direito, Ano 133.º, n.º III, Almedina, 2001, p. 571.

⁹⁷ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Sociedades Gestoras...*, p. 574.

⁹⁸ Além de terem características que lhes permite preencher os demais elementos que consideramos essenciais para estarmos perante uma sociedade.

no saber se estas sociedades têm ou não um escopo lucrativo, no sentido clássico que tem sido dado pela doutrina na definição do conceito de sociedade.

Como vimos, o objecto social da SGPS será o exercício de uma actividade económica, exercício esse que terá de ser *indirecto*. Este exercício indirecto traduzir-se-á na gestão de participações sociais noutras sociedades ou no parqueamento de participações sociais⁹⁹, não resultando desta actividade um dever de prosseguir um lucro. Efectivamente, trata-se de uma actividade cujo objecto principal não é a prossecução de um lucro, mas sim permitir uma técnica de gestão que produza ganhos e economias nas empresas controladas, pelo que o *lucro* não será um requisito essencial das SGPS¹⁰⁰.

É verdade que o artigo 4.º do DL SGPS permite que a sociedade possa prestar serviços de administração e gestão, podendo ser remunerada por isso. Porém, este não será o objecto social da SGPS, sendo apenas uma actividade que o legislador permite que estas sociedades desenvolvam, pelo que não contraria o que anteriormente ficou dito.

Finalmente, refira-se que as SGPS contrariamente ao disposto no artigo 980.º poderão desenvolver uma actividade de mera fruição¹⁰¹.

3.3. Os Agrupamentos Europeus de Interesse Económico e os Agrupamentos Complementares de Empresas

O Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE)¹⁰² é regulado por fonte comunitária, mais concretamente pelo Regulamento n.º 2137/85, de 25 de Julho, do Conselho, e por fonte nacional: o Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio e o Decreto-Lei n.º 1/91, de 5 de Janeiro, enquanto que o Agrupamento Complementares de Empresas (ACE) é regulado pela Lei n.º 4/73, de 4 de Junho (LACE) e pelo Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto (DLACE). Por ter um regime mais desenvolvido, ao contrário do que costuma ser feito, partiremos da análise da figura dos AEIE.

⁹⁹ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, p. 27.

¹⁰⁰ Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, p. 27 e PINTO FURTADO, *Curso...*, p. 139. Diferentemente, FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 215.

¹⁰¹ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social...*, p. 85. Diferentemente, FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 215. Admitindo que as sociedades podem exercer uma actividade de mera fruição veja-se RUI PINTO DUARTE, *Escritos...*, pp. 31 e 32.

¹⁰² Na Alemanha chamado *europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung* (EWIV), em França groupement européen d'intérêt économique (GEIE) e em Espanha agrupación europea de interés económico (AEIE).

A, à época, Comunidade Europeia inspirou-se na figura jurídica francesa do *goupemen d'intérêt économique* (GIE) – criada em 1967 – para desenvolver os AEIE. As vantagens deste instituto, tal como a dos ACE (Base I, LACE), seriam, essencialmente, as de permitir que as empresas se pudessem agrupar no sentido de aumentar o espectro geográfico da sua actuação, permitindo, concomitantemente, partilhar serviços comuns, beneficiando de economias de escala¹⁰³, fomentando o desenvolvimento de um mercado comum¹⁰⁴.

O artigo 1.º, n.º 3 do Regulamento refere que os Estados Membros definirão se o registo de um AEIE lhe confere, ou não, personalidade jurídica. Isto deve-se ao facto de alguns Estados atribuírem personalidade jurídica a figuras semelhantes, optando outros por não o fazer. O Legislador português optou por conferir personalidade¹⁰⁵ aos AEIE (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 140/90). Neste sentido, há uma correspondência face aos ACE que também têm personalidade jurídica (Base II, n.º 1 da LACE)

O artigo 3.º, que define a *raison d'être* do AEIE, é o principal responsável para a aproximação desta figura à do ACE (cfr. Base I LACE). De facto, em ambos os casos o que se pretende é o melhoramento e o aumento da actividade económica dos associados através da criação de uma plataforma através da qual estes associados possam beneficiar, entre outras coisas, de economias de escala e uma amplitude geográfica de actuação maior, melhorando os seus resultados.

O Legislador comunitário pretendeu, ainda, que o substrato pessoal dos Agrupamentos Europeus pudesse ser o mais amplo possível, como de resto surge logo indicado no Considerando VI.

Neste sentido, no artigo 4.º, n.º 1, optou-se por permitir que quer pessoas singulares (desde que sejam comerciantes ou exerçam uma actividade afim ao comércio) [artigo 4.º, n.º 1, al. b)], quer pessoas colectivas [al. a)], *maxime* sociedades, pudessem ser membros de um AEIE. Além disto, o Regulamento optou por adoptar um conceito bastante amplo de sociedade englobando as diferentes realidades societárias dos Estados Membros e estendendo a possibilidade de outras entidades jurídicas não societárias poderem constituir um Agrupamento, independentemente da sua natureza pública ou privada. Apesar das dificuldades

¹⁰³ Sobre estas razões e para uma configuração breve dos GIE veja-se Menezes Cordeiro, *ob. Cit.*, pp. 843 ss.

¹⁰⁴ Veja-se o Considerando I do Regulamento.

¹⁰⁵ À semelhança da maioria dos restantes Estados-Membros, MARIA HELENA CARDOSO FERREIRA, *O Regime Jurídico do Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE)*, Relatório de Mesurado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1993, p. 24.

interpretativas que surgem a propósito da identificação do género de membros que se pode associar num ACE, a tendência vai no sentido de permitir a máxima amplitude, permitindo que quer pessoas singulares, quer pessoas colectivas recorram a este mecanismo jurídico¹⁰⁶.

Embora o AEIE e o ACE não prossigam, imediatamente, um objectivo lucrativo para si próprio, embora procure aumentar os resultados dos seus membros, pode ser que através da sua actividade obtenha lucros. Nestes casos, manda o artigo 21.º, n.º 1 que os lucros sejam distribuídos pelos sócios na proporção prevista contratualmente ou em partes iguais, caso falte previsão. O ACE não tem nenhuma disposição semelhante, o que não significa que os lucros obtidos não possam ser distribuídos. De facto, a distribuição de lucros poderá estar regulada no contrato constitutivo (Base III, n.º 2 da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho), que permite a regulação dos direitos dos agrupados. Esta distribuição deverá ser feita nos termos do contrato ou, não havendo, nos termos de uma deliberação que concretize a distribuição.

Note-se que a responsabilidade dos membros do Agrupamento pelas dívidas deste é ilimitada e solidária, o que significa que, não tendo o Agrupamento património para garantir o pagamento das suas dívidas ou, tendo, não cumprir a obrigação dentro do prazo estipulado, podem os credores exigir a qualquer membro do AEIE que cumpra a obrigação por inteiro, ficando o devedor-pagador com direito de regresso sobre o Agrupamento e restantes membros. Além disso, existe uma pós-eficácia da responsabilidade dos participantes, na medida em que o artigo 34.º estabelece, em articulação com o artigo 37.º, n.º 1, que os membros do agrupamento são responsáveis pelas dívidas deste num prazo de cinco anos após o momento em que perderam essa condição, desde que a dívida respeite a momento anterior.

Facilmente nos apercebemos que o regime de responsabilidade dos AEIE tutela bastante os interesses de terceiros, na medida em que desenvolve uma série de mecanismos que visam garantir o cumprimento das obrigações por parte do Agrupamento. Segundo a Comissão Europeia, este regime “constitui a contrapartida natural da liberdade contratual que está na base do AEIE e da ausência de requisitos de capital social”¹⁰⁷, além de que, sendo o Agrupamento um ente transnacional, dá uma maior confiança aos terceiros que contactam com o AEIE, visto que se podem socorrer de um conjunto maior de garantias (em sentido impróprio) de pagamento. Note-se que este regime de responsa-

¹⁰⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, p. 30.

¹⁰⁷ Comunicação de 9 de Setembro de 1997, p. 9.

bilidade em nada afecta o elemento patrimonial, no sentido em que foi por nós interpretado para que se possa qualificar uma determinada entidade como sociedade, porquanto, quer o património dos AEIE quer dos ACE é autónomo do dos sócios.

Uma questão importante que tem sido discutida pela doutrina nacional e que é da máxima relevância para o nosso trabalho, prende-se com a qualificação do AEIE e do ACE como sociedade ou não.

No sentido de não qualificar o AEIE como uma sociedade pronuncia-se, por exemplo, Coutinho de Abreu¹⁰⁸ que encerra a questão referindo que o Agrupamento e o ACE não prosseguem um fim directa e imediatamente lucrativo, pelo que, considerando que este é um elemento essencial do conceito de sociedade, exclui a subsunção destas figuras a este conceito.

Em sentido contrário pronunciam-se, por exemplo, Menezes Cordeiro¹⁰⁹ e Pinto Furtado¹¹⁰ que entendem que a personalidade jurídica do Agrupamento, a sua capacidade, o seu objectivo de gerar lucros na esfera dos seus membros, a autonomia patrimonial e a distribuição de lucros quando os haja, são elementos essenciais para se caracterizar os AEIE e os ACE como sociedades. Estes autores contrariam Coutinho de Abreu, na medida em que não consideram, como nós, que o *fim lucrativo* é um elemento essencial do conceito de sociedade.

Da análise regimental que fizemos aderimos à posição destes últimos autores, na medida em que, para além dos argumentos invocados pelos autores os elementos essenciais para se qualificar determinada entidade como sendo uma sociedade estão preenchidos. Ao mesmo tempo, trata-se de uma sociedade não lucrativa, na medida em que, como referem os próprios diplomas que regulam estas figuras, o objectivo dos AEIE e dos ACE não é a prossecução de um lucro directo e imediato.

3.4. *As sociedades anónimas desportivas*

As sociedades anónimas desportivas foram referidas primeiramente pela Lei 1/90, de 13 de Janeiro, conhecida como Lei de Bases do Sistema Desportivo. Posteriormente, esta Lei foi desenvolvida pelo Decreto-Lei 146/95, de 21 de Junho que regulamentava as *sociedades desportivas*. Entretanto, a Lei de Bases do

¹⁰⁸ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, pp. 32 e 34.

¹⁰⁹ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, pp. 364 e 365.

¹¹⁰ PINTO FURTADO, *Curso...*, pp. 165 ss.

Sistema Desportivo foi alterada pela Lei n.º 19/96, de 25 de Junho que vinha permitir que os clubes profissionais, e só estes, se pudessem organizar adoptando a forma de sociedade desportiva com fins lucrativos (artigo 20.º, n.º 3).

Actualmente, as Sociedades Anónimas Desportivas (SAD) são reguladas pela Lei de Bases do Sistema Desportivo, com as alterações por nós referidas, e pelo Decreto-Lei n.º 67/97, de 3 de Abril (DL SAD).

Tal como as SGPS, as SAD são sociedades com um objecto social específico e com uma forma pré-determinada pela lei. Assim, a SAD terá de ter como objecto social a *participação numa modalidade em competições desportivas de carácter profissional, a promoção e organização de espectáculos desportivos e o fomento e desenvolvimento de actividades relacionadas com a prática desportiva profissionalizada dessa modalidade*, exceptua-se o caso do artigo 10.º que permite a constituição de sociedades desportivas para competições não profissionais (artigo 2.º DL SAD). As SAD terão de revestir a forma de sociedade anónima (artigo 2.º DL SAD).

As SAD podem ser criadas por *transformação de um clube desportivo; personificação de equipas* ou por *criação de raiz* (artigo 3.º DL SAD), sendo que deverá manter esta forma para participar nas competições profissionais (artigo 4.º DL SAD).

O anterior Decreto-Lei n.º 146/95, de 21 de Junho proibia a distribuição de lucros, sendo este regime apontado como uma das razões para o insucesso da figura SAD nesta altura¹¹¹. O actual DL SAD, diferentemente, veio permitir a distribuição de lucros pelos accionistas (23.º DL SAD).

Porém, contrariamente do que ocorre com as sociedades anónimas comuns, a redacção dada pelo artigo 23.º do DL SAD refere que a sociedade desportiva *pode* distribuir lucros, ao passo que o artigo correspondente das sociedades anónimas comuns (artigo 294.º CSC) refere que nas sociedades anónimas *não pode* deixar de ser distribuído aos accionistas uma determinada parcela do lucro.

Segundo Antónia Pereira, o artigo 23.º do DL SAD, pretende regular os poderes da sociedade e não os direitos dos accionistas, como acontece no artigo 294.º¹¹². Os termos em que o legislador se exprimiu no artigo 23.º do DL SAD (“*podem*”) permitiria que os lucros fossem distribuídos, mas que pudessem, igualmente, *não ser distribuídos*¹¹³.

¹¹¹ Neste sentido, ANTÓNIA PEREIRA, *O direito aos lucros nas sociedades desportivas*, Quid Juris, 2003, p. 22.

¹¹² ANTÓNIA PEREIRA, *O direito aos lucros...*, p. 186.

¹¹³ Neste sentido, ANTÓNIA PEREIRA, *O direito aos lucros...*, p. 187.

Outra diferença relevante relativamente ao destino do activo patrimonial das SAD face ao regime comum das sociedades anónimas é o disposto no artigo 22.º do DL SAD que estabelece que os bens da sociedade, em caso de extinção da sociedade, deverão ficar afectos a uma actividade análoga à que era exercida anteriormente pela SAD, divergindo do regime comum que permite a repartição do activo remanescente pelos sócios (artigo 156.º, n.º 1 CSC).

Que dizer disto?

Mais uma vez não há dúvidas que estamos perante uma figura societária, de facto, a própria lei, como vimos, obriga a que a sociedade desportiva assuma a forma de sociedade anónima, mas estaremos perante uma sociedade lucrativa ou não lucrativa?

Giorgio Marasà distingue sociedades *declaradamente* sem escopo lucrativo e sociedades *de facto* sem escopo lucrativo¹¹⁴. As primeiras serão aquelas cujo tipo legal assume que não prossegue um escopo lucrativo. Já as segundas serão aquelas que, embora formalmente prossigam um fim lucrativo, operam sem prosseguir esse fim. De acordo com esta classificação, e tendo em conta que o regime das SAD imposto pela redacção da Lei de Bases do Sistema Desportivo considera as SAD sociedades com fins lucrativos, este tipos societário só se poderia integrar nas sociedades não lucrativas *de facto*.

Estas sociedades não lucrativas *de facto* serão consideradas sociedades, na medida em que assumem forma societária e modelo organizativo de sociedade, sendo que na sua actividade, ou seja, funcionalmente, não tenham como objectivo principal a produção de lucro¹¹⁵.

O fim lucrativo, conforme é entendido tradicionalmente de acordo com o estipulado no artigo 980.º e como já referimos, abrange o lucro objectivo – que será aquele que a sociedade se propõe a produzir com a sua actividade – e o lucro subjectivo – que será a situação em que a sociedade se propões a distribuir os lucros obtidos pelos associados.

Ora, se é claro que existe lucro objectivo nas SAD, visto que o próprio legislador caracteriza estas sociedades desta forma, nomeadamente pela promoção e organização de espectáculos desportivos, já quanto ao lucro subjectivo nem sempre tal acontece¹¹⁶. De facto, durante a vida societária, não havendo um direito aos lucros, a distribuição dependerá de deliberação dos accionistas, que poderá nunca acontecer. Além disso, como vimos, em caso de extinção da SAD os sócios não têm direito aos proveitos retirados da actividade social,

¹¹⁴ GIORGIO MARASÀ, *Le “Società” Senza Scopo di Lucro*, Giuffrè, 1984, p. 105.

¹¹⁵ GIORGIO MARASÀ, *Le “Società”*..., p. 106.

¹¹⁶ Neste sentido, ANTÓNIA PEREIRA, *O direito aos lucros*..., p. 196.

tendo estes de ser afectos a fins análogos ao da sociedade desportiva. Significa isto que a *ratio* deste regime é o de valorizar o lucro objectivo, prescindindo o lucro subjectivo, pelo que não estamos perante uma sociedade com fim lucrativo, pelo menos nos termos em que se deve entender o artigo 980.^o¹¹⁷. Assim, comparando o regime das SAD com o do artigo 980.^o estaremos perante uma sociedade não lucrativa (ainda que de facto).

3.5. *As cooperativas*

A qualificação das cooperativas como sociedades é uma questão que tem levantado bastante discussão na doutrina portuguesa e estrangeira.

As cooperativas são reguladas pelo Código Cooperativo (CCoop)¹¹⁸. Ao contrário do que aconteceu com as SGPS e as SAD, em que estávamos perante uma figura societária, mas importava aferir se tinham ou não um escopo lucrativo, nos termos em que é interpretado o artigo 980.^o do CC, no caso das cooperativas estamos perante uma figura que sabemos não ter escopo lucrativo, importando verificar se a devemos qualificar ou não como sociedade.

Que a cooperativa não tem escopo lucrativo resulta claramente do seu regime e directamente do artigo 2.^o, n.^o 1 do CCoop que refere que “as cooperativas são pessoas colectivas autónomas (...) que (...) visam, *sem fins lucrativos*, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles” (itálico nosso). Importa começar por esclarecer que o facto de as cooperativas não terem fins lucrativos não significa que não possam ter lucro, nem que os cooperadores não possam prosseguir fins lucrativos¹¹⁹.

O artigo 3.^o do CCoop consagra os princípios adoptados pela Aliança Cooperativa Internacional e que as cooperativas deverão respeitar, são eles: o princípio da *adesão voluntária e livre; gestão democrática pelos membros; participação económica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação e interesse pela comunidade*.

As cooperativas podem ser de primeiro grau ou de grau superior, sendo que as de primeiro grau serão aquelas que sejam constituídas por pessoas singulares ou colectivas (artigo 5.^o, n.^o 2 CCoop) e as de grau superior as que

¹¹⁷ Neste sentido, ANTÓNIA PEREIRA, *O direito aos lucros...*, p. 197.

¹¹⁸ Lei n.^o 51/96, de 7 de Setembro, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.^o 76-A/2006, de 29 de Março, rectificado pela Declaração de Rectificação n.^o 28-A/2006, de 26 de Maio.

¹¹⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 366.

sejam *uniões, federações e confederações de cooperativas* (artigo 5.º, n.º 3 CCoop), podendo exercer actividades nos ramos enumerados no artigo 4.º do CCoop e podendo realizar operações com terceiros (artigo 2.º, n.º 2 do CCoop).

O artigo 7.º do CCoop dedicado à *iniciativa cooperativa* é uma norma importante, na medida em que refere que nenhuma actividade económica pode ser vedada à iniciativa cooperativa (artigo 7.º, n.º 1), em particular aquelas actividades abertas às empresas privadas com ou sem fins lucrativos (artigo 7.º, n.º 2).

A constituição de cooperativas (de primeiro grau) pode ser feita por instrumento particular, sempre que a legislação complementar de cada ramo do sector não exigir escritura pública (artigo 10.º CCoop), sendo que a cooperativa adquire personalidade jurídica com o registo da sua constituição (artigo 16.º CCoop).

O capital social é um elemento essencial para a constituição de uma cooperativa. O valor desse capital será variável (artigo 18.º, n.º 1 CCoop), sendo que, por regra, o montante mínimo não poderá ser inferior a € 2500 (artigo 18.º, n.º 2). Este capital será realizado através das entradas dos sócios que vêm reguladas nos artigos 18.º e seguintes do CCoop. Além das entradas dos cooperadores, os estatutos podem exigir o pagamento de uma jóia pela entrada de um cooperador na cooperativa (artigo 25.º, n.º 1 do CCoop), nestes casos a jóia reverterá para as reservas que a cooperativa terá de constituir (artigo 25.º, n.º 2). As entradas dos sócios terão, no caso das cooperativas, a mesma função que enunciámos para as sociedades no ponto 2.1.3.

O Código Cooperativo exige, regra geral, um número mínimo de cinco sócios para a constituição de uma cooperativa de primeiro grau e de dois nas de grau superior (artigo 32.º, n.º 1), tendo os cooperadores os direitos previstos no artigo 33.º e os deveres enumerados no artigo 34.º. O artigo 35.º estabelece um mecanismo de limitação da responsabilidade dos cooperadores que se baseia no princípio de que cada cooperador é responsável limitadamente até ao valor do capital social subscrito, sem prejuízo de os estatutos preverem a possibilidade de existirem cooperadores com responsabilidade ilimitada.

Quanto à orgânica das cooperativas, verificamos que o artigo 39.º do CCoop considera que são órgãos (obrigatórios) das cooperativas a *assembleia geral* [n.º 1, al. a)]; a *direcção* [al. b)] e o conselho fiscal [al. c)], sem prejuízo de os estatutos poderem prever a possibilidade de criação de outros órgãos (artigo 39.º, n.º 2). A vincada ideologia que percorre o regime cooperativo é bem expresso no princípio de *um homem, um voto*, independentemente do capital subscrito, nas votações feitas em assembleia geral.

Esta mesma ideologia leva a que o legislador recuse a utilização da palavra *lucro* em favor de *excedente*, no artigo 73.º do CCoop, sendo que, em bom rigor,

estamos perante um artigo que regula a distribuição de eventuais lucros que venham a ser gerados. O n.º 1 do artigo 73.º, consagra a possibilidade de distribuição dos *excedentes* pelos cooperadores, sendo que tal só será possível após a compensação de perdas de exercícios anteriores (artigo 73.º, n.º 2).

Em caso de dissolução ou liquidação da cooperativa, que ocorrerá nos casos previstos no artigo 77.º e 78.º do CCoop, após satisfeitas as despesas correntes do processo de liquidação (artigo 79.º, n.º 1), o pagamento dos salários dos funcionários da cooperativa [artigo 79.º, n.º 1, al. a)] e o pagamento dos demais débitos da cooperativa e *títulos de investimento* (itálico nosso) [al. b)], deverão ser resgatados os *títulos de capital* (itálico nosso) [al. c)]. O resultado remanescente deverá reverter para outra cooperativa (79.º, n.º 3).

Após a análise breve do regime cooperativo estamos agora em condições de tomar posição quanto à qualificação ou não da cooperativa como sociedade.

Contra esta qualificação – i. e. não considerando as cooperativas como sociedades – têm-se manifestado na doutrina portuguesa, por exemplo, Lobo Xavier¹²⁰, Alberto Luís¹²¹, Oliveira Ascensão¹²², Coutinho de Abreu¹²³, Brito Correia¹²⁴ e, mais recentemente, Francisco Mendes Correia¹²⁵.

Os principais argumentos levantados por estes autores prendem-se com o facto de a partir do Código Cooperativo de 1980 o legislador ter deixado de classificar as cooperativas como sociedades (especiais); o facto de alguns princípios cooperativos se afastarem bastante do regime das sociedades¹²⁶; o facto de o artigo 80.º do CCoop considerar nula a transformação da cooperativa num

¹²⁰ LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais...*, pp. 24 e 25.

¹²¹ ALBERTO LUÍS, *Natureza jurídica das cooperativas em Portugal*, Revista da Ordem dos Advogados, 1966, pp. 172 e 173. A posição do autor coincide com a época em que o próprio Código Cooperativo qualificava expressamente as cooperativas como sociedades.

¹²² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Vol. IV – Sociedades Comerciais, 1993, p. 31.

¹²³ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, II, p. 28.

¹²⁴ BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, II, p. 62.

¹²⁵ FRANCISCO MENDES CORREIA, *Transformação de Sociedades Comerciais, Delimitação do Âmbito de Aplicação no Direito Privado Português*, Almedina, 2009, pp. 245-249.

¹²⁶ Exemplos desse afastamento é o princípio da adesão livre e voluntária (princípio da “porta aberta”) que se contrapõe ao regime de algumas sociedades, como as sociedades em nome colectivo, que condiciona a admissão de novos sócios (194.º, n.º 1 CSC); o princípio da gestão democrática da cooperativa, nomeadamente no princípio do voto por cabeça nas assembleias gerais, na medida em que o paradigma societário é o de votos por percentagem de capital e o princípio da participação económica dos membros, na medida em que, contrariamente do que ocorre nas sociedades, os lucros (excedentes) não se destinam em primeira linha aos cooperadores, mas sim ao refinanciamento da actividade cooperativa. Sobre estes princípios, com maior detalhe, veja-se, FRANCISCO MENDES CORREIA, *Transformação...*, pp. 246-248.

tipo de sociedade comercial e, principalmente, o facto de as cooperativas não terem um escopo lucrativo, exigido pelo artigo 980.^o¹²⁷.

Em sentido oposto – considerando que as cooperativas são verdadeiras sociedades – tem-se manifestado, por exemplo, Ferrer Correia¹²⁸, Menezes Cordeiro¹²⁹, Pedro Pais de Vasconcelos¹³⁰, Pinto Furtado¹³¹ e Pupo Correia¹³².

O panorama no sul da Europa, que nesta matéria é o que mais influencia o ordenamento jurídico português, tende a considerar as cooperativas como sociedades¹³³.

O facto de o legislador português, contrariamente ao que aconteceu noutros países como a França e a Itália, ter retirado a menção expressa de que as cooperativas eram sociedades não pode ser um argumento decisivo para tomar posição sobre a sua qualificação. Em primeiro lugar, não deve ser decisivo, na medida em que se trata de um argumento de ordem meramente formal, que não tem em conta a substância e o regime cooperativo e, em segundo lugar, pelo facto de os contornos que envolveram esta opção legislativa terem sido extremamente influenciados por razões ideológicas que não devem ser confundidos com uma questão da técnica jurídica, na definição do conceito de sociedade, além de serem, na sua essência, pouco compreensivos.

Efectivamente, o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 454/80, de 9 de Outubro, que aprova o Código Cooperativo retirando a qualidade de sociedade às cooperativas, refere no seu preâmbulo que

Um outro aspecto que feria e fere a sensibilidade dos cooperativistas: a inclusão das disposições referentes às cooperativas no Código Comercial de 1988 que (...) esvaziava aquelas organizações do seu conteúdo associativo.

Ora, daqui resulta que a opção do legislador se prende com constrangimento e “feridas na sensibilidade dos cooperativistas”, ignorando e ultrapassando

¹²⁷ De facto, a maioria destes autores parte do entendimento prévio que uma sociedade terá de ter um fim lucrativo nos termos em que tem sido entendido o artigo 980.^o do CC. Excepção feita a BRITO CORREIA que, porém, assenta a sua análise no argumento histórico-formal de o legislador ter deixado de qualificar a cooperativa como sociedade, *Direito Comercial*, II, p. 62.

¹²⁸ FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 217. O autor manifesta esta posição num enquadramento legal em que a cooperativa é qualificada pela lei como sociedade.

¹²⁹ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, pp. 365 e ss.

¹³⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação...*, p. 27.

¹³¹ PINTO FURTADO, *Curso...*, pp. 148 e ss.

¹³² PUPO CORREIA, *Direito Comercial...*, p. 140.

¹³³ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 369.

uma questão doutrinária, conceptual e técnica muito mais relevante para o funcionamento das próprias cooperativas.

Assim, parece-nos que este argumento formal não deverá ser acolhido, na medida em que para se apurar se uma cooperativa deve ser qualificada como sociedade importará, muito mais, fazer uma análise a partir da ordem jurídica e da realidade existente.

Neste sentido, o que verificamos que ressalta do regime das cooperativas é que estas se posicionam no mercado nos mesmos moldes que as sociedades, podendo, entre outras coisas, praticar negócios com terceiros (artigo 2.º, n.º 2 CCoop), distribuir anualmente lucros (excedentes) – artigo 73.º – e têm como direito subsidiário o regime das sociedades anónimas previsto no CSC, o que denota que estas figuras se aproximam muito mais da figura societária do que do esquema associativo¹³⁴.

Outro argumento invocado é o facto de a cooperativa ter um valor *ideal de serviço*, no sentido de ter preocupações de desenvolvimento cultural e social, como de resto resulta dos princípios cooperativos. Neste caso, importa não esquecer a função social que as sociedades devem assumir e assumem hoje em dia, dando contributos verdadeiramente determinantes no desenvolvimento social e na produção de riqueza para os seus sócios, mas também para as comunidades onde se inserem¹³⁵. Deste modo, verificamos que a actividade cooperativa não se aproxima sequer da capacidade que as sociedades têm no cumprimento destes mesmos objectivos.

Os demais argumentos, como o do escopo não lucrativo da cooperativa, são argumentos que não se inserem nos elementos essenciais do conceito de sociedade, que analisámos no ponto 3 do presente trabalho, pelo que não deverão ser considerados. No mesmo sentido vai Menezes Cordeiro¹³⁶ e Pedro Pais de Vasconcelos¹³⁷ que consideram não haver nenhum obstáculo conceptual para a qualificação das cooperativas como sociedades e que de um ponto de vista substancial será desta forma que deverão ser entendidas.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 370.

¹³⁵ Neste sentido, PINTO FURTADO, *Curso...*, p. 156. Veja-se também RUI PINTO DUARTE, que a este propósito refere brevemente os *interesses gerais* que a sociedade também prossegue, *Escritos...*, p. 51-53.

¹³⁶ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 370.

¹³⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação...*, p. 27.

3.6. *As non profit corporations*

Uma *corporation ou company*¹³⁸ é uma «entity (...) having authority under law to act as a single person distinct from the shareholders who own it and having rights to issue stock an exist indefinitely; a group or succession of persons established in accordance with legal rules into a legal or juristic person that has legal personality distinct from the natural persons who make it up, exists indefinitely apart from them, and has the legal powers that is constitution gives it»¹³⁹.

De acordo com David S. Clark e Tuğrul Ansay, quando nos referimos a *corporations* estamos, normalmente, a referir-nos a uma empresa que terá um escopo lucrativo, embora não tenham, necessariamente, de ter este fim específico¹⁴⁰. Neste sentido, estas figuras, pelas suas características, têm sido aproximadas da figura continental das sociedades, em particular, das sociedades anónimas, dado o modelo organizativo que costumam assumir¹⁴¹.

As *non profit corporations* são, portanto, *corporations* organizadas com o intuito de prosseguir fins que não os lucrativos¹⁴², recorrendo aos esquemas organizativos das *corporations* comuns. Trata-se de um tipo societário existente, desde há muitos anos, nos países de matriz anglo-saxónica, que assume as mais diversas funções, servindo para *dar forma a charities*, entidades religiosas, educacionais, culturais, entre outras¹⁴³.

Apesar de existirem várias legislações que regulam diferentemente este tipo de entidades, nomeadamente no ordenamento jurídico norte-americano, na medida em que quem tem competência para regular estas figuras são os Estados federados, podemos procurar uma *teoria geral* que caracterize os traços comuns das *non profit corporations*, apesar das especificidades que, como referimos, estas podem apresentar.

A principal característica deste tipo de associações é a proibição de distribuição de lucros (directos e indirectos) aos sujeitos que exercem controlo sobre

¹³⁸ Consoante estejamos perante o direito norte-americano ou inglês, respectivamente.

¹³⁹ Cf. BRYAN A. GARNER, *Black's...*, p. 341.

¹⁴⁰ DAVID S. CLARK e TUĞRUL ANSAY, *Introduction to the Law of the United States*, 2.ª ed., Kluwer, 2002, p. 314. No mesmo sentido, ALAIN A. LEVASSEUR, *Droit des États-Unis*, 2.ª ed. Dalloz, 1994, p. 201.

¹⁴¹ Neste sentido, ALAIN A. LEVASSEUR, *Droit des États-Unis*, p. 208.

¹⁴² Cf. BRYAN A. GARNER, *Black's...*, p. 343.

¹⁴³ Sobre os vários tipos de entidades não lucrativas existentes no direito norte-americano, incluindo alguns tipos especiais de *non profit corporations*, veja-se, HOWARD L. OLECK e MARTHA E. STEWART, *Nonprofit Corporations, Organizations & Associations*, 6.ª ed., Prentice Hall, 1994, pp. 106-135.

a entidade, o que não significa que estas entidades não possam ter lucro, nem que os trabalhadores ou os sujeitos que prestam capital à entidade não possam ser remunerados de acordo com os valores de mercado¹⁴⁴.

Por esta restrição à distribuição de lucros a sociedade não lucrativa vê-se impedida de emitir acções que permitam a partilha de lucros e o controlo societário; por estas razões, normalmente, estas sociedades deverão ter outros mecanismos para nomeação dos seus administradores¹⁴⁵.

Uma classificação possível para estas entidades será a que distingue as *donative nonprofits* das *commercial nonprofits*. As primeiras caracterizam-se por terem uma angariação de fundos sustentada, em grande parte, por donativos, ao passo que as segundas serão aquelas, cujos fundos provém da prestação de bens e serviços¹⁴⁶. A preferência pela adopção deste tipo de esquema jurídico deverá basear-se na natureza do serviço prestado e nas circunstâncias segundo as quais se presta determinado serviço. Estamos, na maior parte dos casos, perante bens que só podem ser prestados de modo eficiente e da forma desejada, por entidades privadas, se o ente que presta esses serviços assumir esta forma¹⁴⁷.

Para mais, estas figuras não se confundem com as cooperativas porque têm uma forma substancialmente diferente, mas também pelo facto de os associados da *nonprofit corporation* não poderem receber qualquer tipo de lucro, contrariamente do que ocorre nas cooperativas¹⁴⁸.

Esta restrição tão absoluta de não distribuição de qualquer lucro em momento algum, embora o escopo lucrativo não seja um elemento essencial da sociedade, impede que estas entidades sejam consideradas sociedades perante o ordenamento jurídico português¹⁴⁹.

Além desta dificuldade, como vimos, o princípio da tipicidade das pessoas colectivas e a não consagração das *non profit corporations* como um tipo societário do ordenamento jurídico português impediria que estas entidades tivessem a natureza de sociedade, não sendo admitidas no ordenamento nacional, tal como ele está constituído presentemente¹⁵⁰.

¹⁴⁴ HENRY B. HANSMANN, *Reforming Nonprofit Corporation Law*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 129, n.º 3, 1981, p. 501.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 502.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Idem*, 504. O autor apresenta alguns exemplos nas pp. 505 e 506.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 508.

¹⁴⁹ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação...*, p. 82.

¹⁵⁰ Sem prejuízo de o legislador poder tomar uma iniciativa legislativa no sentido de criar este tipo de sociedades, tal como aconteceu com as SAD, por exemplo.

4. O direito aos lucros no Direito português

4.1. Os tipos de lucro

A palavra lucro tem um significado polissémico e é utilizada pelo Direito nessa vertente, podendo significar um conjunto diverso de realidades. Neste sentido, podemos entender *lucro* num sentido *amplo* ou num sentido *restrito*. No sentido amplo traduzirá a ideia de ganho/benefício/utilidade, podendo, num sentido restrito, ser definido enquanto lucro objectivo, subjectivo, lucro do exercício e lucro final, entre outras distinções¹⁵¹.

De facto, no âmbito do Direito das Sociedades, tem-se entendido o lucro numa acepção restrita como «*a verba positiva resultante da diferença entre os proveitos ou receitas e as despesas ou custos suportados por uma sociedade, (...) implicando um acréscimo de recursos financeiros*»¹⁵². Esta é, como vimos, a concepção de lucro que tradicionalmente tem sido entendida como constante do artigo 980.º. Num sentido amplo, diferentemente, são igualmente consideradas como lucros as economias e poupanças alcançadas¹⁵³.

De forma semelhante, surge a distinção entre *lucro directo* e *lucro indirecto*. *Lucro directo* seria aquele que corresponderia a um acréscimo patrimonial que se formaria na esfera jurídica da sociedade e que seria passível de ser distribuído, ao passo que a *lucratividade indirecta* seria aquela que permitiria o acréscimo patrimonial a constituir na esfera dos sócios, sem passar por outra esfera jurídica, ao contrário do que ocorre na lucratividade directa.

Outra classificação que tem sido utilizada para distinguir diferentes tipos de lucro é a de *lucro objectivo* e *lucro subjectivo*.

De acordo com esta distinção, seria *lucro objectivo* a situação em que uma determinada entidade, no caso um ente societário, se propusesse a desenvolver uma actividade que visasse a prossecução de um lucro, ainda que não o reparta com os seus sócios, enquanto que *lucro subjectivo* seria a situação em que, havendo lucro objectivo, a entidade (sociedade) se propõe a distribuir os lucros obtidos pelos sócios. De acordo com o artigo 980.º, como vimos, o elemento teleológico englobará estas duas situações, na medida em que o lucro alcançado deverá ser distribuído.

¹⁵¹ Em sentido idêntico, FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros...*, p. 33.

¹⁵² FÁTIMA GOMES, *idem*, p. 34.

¹⁵³ No mesmo sentido, FÁTIMA GOMES, *idem*.

Uma outra classificação que tem em conta o momento em que o lucro é apurado, mas com grande relevo no direito societário é a que distingue *lucro de exercício* e *lucro final*.

O *lucro do exercício* traduz-se no excedente patrimonial que é apurado, por referência aos documentos contabilísticos, no final do ano contabilístico das sociedades (período de exercício) e que resulta das actividades desenvolvidas durante esse período. Normalmente a distribuição de lucros incidirá sobre este resultado, na medida em que a distribuição costuma ser periódica. O *lucro final* será o excedente patrimonial que se apura na data da liquidação da sociedade e que permitirá proceder à distribuição do activo societário no momento da dissolução ou liquidação¹⁵⁴.

4.2. *O problema da proibição do pacto leonino*

Quer o artigo 980.º, *in fine*, do Código Civil quer os artigos 21.º, n.º 1, al. a) e 22.º, juntamente com os artigos 217.º e 294.º, do Código das Sociedades Comerciais atribuem ao direito do sócio em participar nos lucros da sociedade uma importância muito grande. De facto, embora consideremos que o escopo lucrativo não é um elemento essencial do conceito de sociedade, a verdade é que a realidade mostra-nos que a obtenção de lucros e a sua distribuição são factores determinantes e típicos no direito societário.

Problema particular que surge nesta sede é o da *proibição do pacto leonino*, situação que se tem visto regulada no artigo 22.º, n.º 3 do CSC e no artigo 994.º do CC.

A convenção leonina tem uma dupla vertente, proibindo, por um lado, a exclusão de um sócio da distribuição de lucros e, por outro, a isenção de participar nas perdas da sociedade, cominando com nulidade qualquer convenção que vá num destes sentidos. Esta dupla vertente está presente quer no artigo 994.º do CC quer no 22.º do CSC.

Para se poder interpretar esta proibição torna-se necessário compreender os fundamentos que a justificam, para se poder, posteriormente, apurar a sua extensão. A doutrina tem apresentado várias posições quer no que concerne ao fundamento da proibição, quer à extensão da nulidade e da própria proibição.

Pires de Lima e Antunes Varela entendem que o fundamento para a proibição de afastar um determinado sujeito dos lucros prende-se com a própria

¹⁵⁴ FÁTIMA GOMES, *idem*, p. 38.

natureza da *sociedade*. Entendendo que o artigo 980.º exige que a sociedade prossiga uma actividade directamente lucrativa, para estes autores, faz todo o sentido que não se possa afastar um sócio da participação nos lucros, caso contrário não estaríamos perante uma sociedade¹⁵⁵. Já a proibição de afastamento de um sócio das perdas societárias teria uma justificação diferente, de facto, neste caso são razões de ordem *moral* e *social* e não de ordem *jurídica* que justificam a posição do legislador¹⁵⁶.

Mantendo uma justificação distinta consoante a vertente do pacto leonino em presença (afastamento da participação nos lucros e afastamento da participação nas perdas) Ferrer Correia entende que a proibição de afastar o sócio da comunhão nos lucros se funda na falta de *causa*, na medida em que a participação não corresponderia ao escopo do contrato de sociedade, que é o *fin comum*¹⁵⁷. Diferentemente, a cláusula que isenta o sócio da participação nas perdas da sociedade não se fundará na mesma razão, já que o objectivo da constituição de uma sociedade não é a produção de prejuízos (só benefícios). Assim, entende o autor que a justificação desta isenção baseia-se em critérios de *Justiça*: «*é justo que, assim como todos os sócios comungam nos lucros esperados, assim todos suportem as perdas que eventualmente se produzem*»¹⁵⁸.

Diferentemente, Menezes Cordeiro entende que o fundamento da proibição é e deve ser unitário. Neste sentido, a resposta do autor procura apresentar uma justificação única para a dupla vertente leonina, baseada em fundamentos de ordem sistemática. Deste modo, o autor expõe a tradição histórica e sociológica de Portugal e dos países que influenciam directamente a nossa ordem jurídica nesta matéria, entendendo que daí decorre que a proibição de pactos leoninos se funda num «*misto de renúncia antecipada aos direitos e de doação do que (ainda) não se tem*»¹⁵⁹.

Propondo uma resposta unitária, surge, ainda, Pinto Furtado que entende que a proibição leonina é um afloramento da figura do abuso de direito¹⁶⁰.

Segundo Luís Vasconcelos Abreu, a proibição do pacto leonino carece de fundamento¹⁶¹, na medida em que, segundo o autor, não estaríamos perante

¹⁵⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, pp. 327 e 328.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ FERRER CORREIA, *Pacto leonino: espécies; proibição e seus fundamentos*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 115.º ano, 1983, pp. 106 e 107.

¹⁵⁸ FERRER CORREIA, *idem*, p. 106.

¹⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, pp. 602 e 603.

¹⁶⁰ PINTO FURTADO, *Curso...*, p. 61 e pp. 140 e ss.

¹⁶¹ LUÍS VASCONCELOS ABREU, *A Sociedade Leonina*, Revista da Ordem dos Advogados, Vol. II, 1996, p. 649.

uma sociedade leonina no caso de o sócio ficar temporária ou definitivamente afastado da participação nos lucros, desde que participasse na distribuição dos lucros de liquidação, além de que o pacto leonino não visa a tutela de terceiros, pelo que deveria valer a liberdade de estipulação dos sócios¹⁶². A autonomia privada dos sócios, entendida nos termos defendidos pelo autor, levam-no a crer que estes não deveriam ter restrições como a que impõe a proibição de isenção de um sócio nas perdas.

Quanto à extensão da nulidade da convenção leonina, também a doutrina tem dado diferentes respostas.

Pires de Lima e Antunes Varela entendem que o pacto leonino não torna o contrato nulo, atingindo somente a participação do sócio abrangido pela cláusula¹⁶³.

Ferrer Correia, é do entendimento de que a nulidade da convenção leonina afecta toda a participação social do sócio a quem a cláusula respeita¹⁶⁴. De acordo com o autor, esta seria a solução que resultaria dos princípios gerais da invalidade, porquanto, por regra, aquele clausulado será, presumivelmente, condição essencial para a celebração do negócio. Porém, haverá a possibilidade de demonstrar que o negócio teria sido concluído se, apesar de ser esta a vontade conjectural do sócio, não tenha sido a sua vontade concreta¹⁶⁵.

Menezes Cordeiro, seguindo a interpretação que faz do fundamento da proibição da convenção leonina, entende que o sócio poderá vir a dar lucros ou a suportar prejuízos, mas só o poderá fazer no momento em que possa dispor deles¹⁶⁶. O autor parece aproximar-se da interpretação de Ferrer Correia quanto aos efeitos que a cláusula nula deve ter no negócio, afirmando que o instituto da *redução* não poderá aproveitar a sociedade leonina, apenas a conversão, nos termos propostos no artigo 293.º CC.

Contrariamente, Pinto Furtado¹⁶⁷, Luís Vasconcelos Abreu¹⁶⁸ e Fátima Gomes¹⁶⁹ entendem que a nulidade referida no artigo 994.º do CC e no 22.º, n.º 3 do CSC afectará apenas a cláusula leonina, aplicando-se o instituto da redução, expurgando-se o clausulado nulo do contrato de sociedade e apli-

¹⁶² LUÍS VASCONCELOS ABREU, *idem*, p. 650.

¹⁶³ *Ob. cit. loc. Cit.*

¹⁶⁴ FERRER CORREIA, *Pacto Leonino...*, p. 107.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 108.

¹⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 603.

¹⁶⁷ PINTO FURTADO, *Curso...*, pp. 147 e ss.

¹⁶⁸ LUÍS VASCONCELOS ABREU, *A Sociedade Leonina*, pp. 659 e ss.

¹⁶⁹ FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros...*, pp. 164 e 165.

cando a cláusula supletiva, permitindo que o contrato e a participação do sócio se mantenham válidos na ordem jurídico-societária. No sentido de suportar esta tese vale a interpretação estrita da letra dos artigos em análise, bem como a tutela dos credores.

A grande dificuldade que se nos coloca neste ponto, depois de analisarmos as reflexões doutrinárias que incidem sobre a proibição do pacto leonino é a de saber como articular a proibição de pacto leonino com a *sociedade não lucrativa*.

Os fundamentos apresentados para a nulidade do pacto leonino vão todos no sentido de tutelar a posição do sócio que seria afectado por uma cláusula deste género. De facto, independentemente de esta proibição estar ou não associada à natureza do conceito de sociedade, como defendem alguns autores, ela dever-se-á aplicar independentemente a todas as sociedades, na medida em que se trata de um princípio que resulta da sistemática da ordem jurídica portuguesa e da tradição que ela segue¹⁷⁰. Neste sentido, embora entendamos que o escopo lucrativo não é um elemento essencial do conceito de sociedade, aceitamos que a maioria das sociedades prossegue fins desta natureza.

Da análise que fizemos e dos exemplos que demos de sociedades não lucrativas, verifica-se que sempre rejeitámos a qualificação como sociedade das entidades que rejeitem qualquer distribuição de lucros pelos sócios¹⁷¹. De facto, as *sociedades não lucrativas* a que nos referimos e que qualificámos como sociedades são exemplos de entidades cujo objecto directo e principal não é a prossecução de um lucro, mas que podem realizar lucros na sua esfera jurídica ou na dos seus associados. Assim, nos casos em que são gerados lucros distribuíveis entendemos que a proibição de pacto leonino se deve aplicar em toda a sua extensão. De facto, havendo lucros nas *sociedades não lucrativas* entendemos que não poderá existir uma cláusula que proíba a distribuição de lucros a um sócio.

Deste modo, passar-se-á o mesmo quer estejamos perante uma sociedade lucrativa ou uma sociedade não lucrativa. O facto de a actividade de uma sociedade não lucrativa poder não gerar lucros não altera o princípio da proibição do pacto leonino, na medida em que, embora o seu objecto não seja o de produzir lucros, estes podem sempre surgir na esfera jurídica da sociedade. Nestes casos, mantém-se os fundamentos para impedir as cláusulas leoninas.

¹⁷⁰ Como aliás bem demonstra MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, p. 603.

¹⁷¹ Como fizemos a propósito das *sociedades não lucrativas*.

4.3. O direito aos lucros nas sociedades não lucrativas

O direito do sócio em quinhonar nos lucros vem previsto no artigo 21.º, n.º 1, al. a), no artigo 22.º do CSC e no artigo 991.º do CC de forma genérica. Como regras específicas de distribuição dos lucros temos os artigos 992.º do CC, que regula a distribuição de lucros das sociedades civis simples e os artigos 217.º e 294.º do CSC que regulam a distribuição de lucros nas sociedades por quotas e anónimas, respectivamente.

Os artigos 217.º e 294.º têm uma estrutura equivalente, emanando os mesmos normativos, embora adaptados ao tipo societário a que se aplicam. O artigo 992.º, embora seja distinto, obedece aos mesmos princípios da proporcionalidade na distribuição dos lucros (992.º, n.º 1). Pelo relevo que assumem face ao preceito do Código Civil, abordaremos, neste ponto, apenas as disposições específicas do Código das Sociedades Comerciais.

Cumpre referir que o lucro que aqui nos referimos é o lucro distribuível, ou seja, aquele que é entendido nos termos do artigo 33.º do CSC. Assim, o lucro distribuível será aquele que resta depois de serem cobertos os prejuízos transitados e os necessários para formar ou reconstituir as reservas impostas pela lei e pelos estatutos (33.º, n.º 1). O artigo 33.º, n.º 2 refere, ainda, que não podem ser distribuídos lucros do exercício enquanto as despesas de constituição, investigação e desenvolvimento não estiverem totalmente amortizadas, desde que o montante de reservas livres e resultados transitados for, pelo menos, igual ao dessas despesas não amortizadas. Além disto, as reservas ocultas não podem ser distribuídas (33.º, n.º 3), devendo as deliberações especificar expressamente quais as reservas que são distribuídas, se tal ocorrer (33.º, n.º 4).

Outra precisão importante prende-se com a distinção entre lucro do exercício e lucro final. Tradicionalmente entendia-se que os sócios, de acordo com o artigo 980.º do CC, apenas teriam direito aos lucros finais, na medida em que antigamente as sociedades eram, frequentemente, constituídas por um período limitado de tempo, por regra de curta duração, pelo que a distribuição do lucro final seria a remuneração da afectação de recursos dos sócios ao objecto societário, que só deveria ser feita depois de a sociedade ter prosseguido esse objecto¹⁷². Hoje em dia já assim não é. De facto, as sociedades contemporâneas constituem-se, regra geral, por um tempo indeterminado, sendo tendencialmente perenes, pelo que se justifica que os lucros a que os sócios deverão ter primordialmente direito são os lucros do exercício, que remunerarão o risco do

¹⁷² Cf. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3.ª ed. Almedina, 2007, p. 264.

investimento assumido pelo sócio¹⁷³. Deste modo, neste ponto limitar-nos-emos a compreender a dimensão do direito dos sócios ao lucro do exercício.

A última precisão é terminológica para esclarecer que os lucros distribuíveis das sociedades por quotas mantêm a designação de lucros, ao passo que os lucros distribuíveis das sociedades anónimas são considerados dividendos, sendo que utilizaremos a expressão lucros indiferenciadamente para nos referirmos a uma ou outra situação, de modo a simplificar a exposição¹⁷⁴.

De acordo com a maioria dos autores¹⁷⁵ a própria natureza lucrativa da sociedade, conforme estipulado no artigo 980.º do CC, é o fundamento do direito aos lucros previsto no artigo 21.º, n.º 1, al. a) do CC. Com o que ficou dito anteriormente, parece-nos mais rigoroso entender com Paulo Olavo Cunha que o direito aos lucros «corresponde a uma expectativa subjacente à constituição de qualquer sociedade comercial, se esta não for **totalmente instrumental de outra**»¹⁷⁶ (realce nosso) ou quando, acrescentamos nós, o objecto societário seja diferente do referido no artigo 980.º.

Uma das principais questões que se colocam neste ponto é se existe um verdadeiro direito do sócio aos lucros. Aproveitaremos a necessidade de dar uma resposta a esta pergunta para fazermos uma breve análise do regime do direito aos lucros no CSC.

Tendo em conta a natureza do trabalho não seremos exaustivos nas posições manifestadas pela doutrina (portuguesa) que é vasta a este respeito¹⁷⁷.

A primeira dificuldade com que nos deparamos prende-se com a articulação interpretativa que se tem de fazer entre os artigos 217.º e 294.º do CSC e o artigo 31.º, n.º 1 que obriga a que, para se proceder a uma distribuição de bens da sociedade, os sócios tenham de deliberar nesse sentido, ainda que seja a título de distribuição de lucros.

Da leitura prévia do artigo 31.º e da sua articulação com os artigos 217.º e 294.º, parece resultar que não existe, um direito subjectivo *per se* nestes últimos artigos, sendo necessário uma previa deliberação dos sócios para que os lucros sejam distribuídos¹⁷⁸.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ Neste ponto faremos o mesmo relativamente aos lucros das cooperativas que são denominados de *excedentes*.

¹⁷⁵ Por todos, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II, pp. 581 e ss.

¹⁷⁶ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 264.

¹⁷⁷ Para uma exposição geral sobre as principais posições da doutrina manifestadas a este propósito veja-se, FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros...*, pp. 309 e ss.

¹⁷⁸ Neste sentido veja-se, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *O Direito aos Lucros no Código das Sociedades Comerciais (à Luz de 15 anos de Vigência)*, Problemas do Direito das Sociedades, Almedina,

Faz aqui sentido recorrer às distinções feitas por Menezes Cordeiro entre o *direito abstracto aos lucros*, inerente à qualidade de sócio; o *direito potestativo aos lucros*, que se traduz na possibilidade de o sócio poder exigir, mediante deliberação, sobre a distribuição de lucros e o *direito de crédito* – verdadeiro direito subjectivo – após a deliberação de distribuição de lucros¹⁷⁹.

O fundamento que se costuma apontar para estas normas prende-se com a tutela das minorias, porém parece-nos, como a Filipe Cassiano dos Santos¹⁸⁰, que a justificação é mais difusa, visto que uma minoria significativa pode impedir que os lucros deixem de ser distribuídos. No fundo, o que está em causa será uma remuneração mínima do capital investido pelo sócio, havendo uma tutela da dimensão do investimento característico da participação social¹⁸¹.

De acordo com o exposto, e tendo em conta que os artigos 217.º e 294.º se apresentam como regras supletivas, na medida em que os estatutos podem dispor de forma diferente¹⁸², verifica-se que os lucros para serem distribuídos têm os sócios de tomar uma deliberação que concretize tal distribuição, bem como os termos em que esta deverá ser feito, nomeadamente o valor percentual a distribuir.

Porém, à partida, nada na lei impedirá que os estatutos alterem a regra de votação para a não distribuição de lucros para, por exemplo, a maioria simples, em vez de aceitarem a regra supletiva dos três quartos¹⁸³. No mesmo sentido, nada impedirá que os sócios possam deliberar no sentido de renunciar ao direito abstracto de distribuição de lucros, sendo que, não havendo regra especial, cumprir-se-á a regra supletiva dos três quartos dos votos para que a deliberação de *não distribuição dos lucros* seja tomada¹⁸⁴.

2002, p. 192, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, pp. 266 e ss., FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros...*, pp. 313 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II, p. 583 e EVARISTO FERREIRA, *Direito ao lucro de exercício no CSC (Arts. 217/294)*, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa, Universidade Católica Portuguesa, 2002, pp. 509 e ss. Contra veja-se, por exemplo, MANUEL PITA, *Direito aos Lucros*, Almedina, 1989, pp. 113 e 135 e ss.

¹⁷⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II, p. 583.

¹⁸⁰ Cf. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *O Direito aos Lucros*, p. 194.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Posição especial a este propósito tem PAULO OLAVO CUNHA que, apesar de concordar com a natureza supletiva destes artigos e com a possibilidade de os estatutos disporem de forma diferente, entende que a regra supletiva não poderá deixar de corresponder ao mínimo previsto, pelo que os estatutos societários não poderão optar por limitar a distribuição de lucros abaixo dos 50%, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 268.

¹⁸³ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, MENEZES CORDEIRO (coord.), Almedina, 2009, p. 569.

¹⁸⁴ *Idem*.

Feita esta pequena excursão a propósito do direito aos lucros no Código das Sociedades Comerciais, que dizer do direito aos lucros nas *sociedades não lucrativas*?

Começemos por referir que a inexistência de um escopo lucrativo não significa que o lucro não exista, significa, simplesmente, que a actividade principal da sociedade não está destinada a esse fim específico, nos termos em que tradicionalmente é entendido de acordo com o artigo 980.º do CC. Assim, o escopo não lucrativo não é, de todo, incompatível com o direito aos lucros. Havendo lucros, o direito abstracto poder-se-á tornar concreto mediante deliberação nesse sentido. O mesmo acontece, de resto, nas sociedades com escopo lucrativo, visto que o direito abstracto não deixará de existir quando não existam lucros, embora o lucro só possa ser distribuído se estes existirem.

Como ficou demonstrado no ponto 3., as sociedades não lucrativas podem revestir as mais diversas formas, já que a sua classificação enquanto tal não depende, de acordo com os critérios por nós enunciados, da forma que revestem mas do escopo funcional que assumem. Deste modo, aquelas que assumam uma das formas específicas enunciadas no artigo 1.º, n.º 2 do CSC, como será o caso das sociedades instrumentais e das SGPS, terão o regime de distribuição de lucros imposto pela sua forma – sociedade por quotas ou anónima no caso das SGPS e qualquer forma para as sociedades instrumentais, que, ainda assim, revestirão, normalmente, uma dessas formas.

As outras *sociedades não lucrativas* que referimos têm os seus próprios regimes de distribuição de lucros.

No caso das cooperativas a distribuição de lucros (excedentes) será regulada nos termos do artigo 73.º do CCoop. De acordo com o n.º 1 deste preceito os excedentes anuais podem retornar aos cooperadores, depois de pagos os juros pelos títulos de capital e da constituição das reservas, não podendo fazer-se a distribuição antes de se terem compensado as perdas de exercícios anteriores (73.º, n.º 2).

Nos ACE a distribuição de lucros poderá estar regulada no contrato constitutivo (Base III, n.º 2 da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho), que permite a regulação dos direitos dos agrupados. Esta distribuição deverá ser feita nos termos do contrato ou, não havendo estipulação contratual, nos termos de uma deliberação que concretize a distribuição. Quanto ao AEIE a distribuição será feita nos termos do artigo 21.º do Regulamento AEIE, que esclarece que os lucros provenientes das actividades do agrupamento serão considerados lucros dos membros, devendo ser repartidos de acordo com a regra da proporcionalidade prevista no contrato; caso o contrato nada diga, a distribuição deverá ser feita em partes iguais (21.º, n.º 1).

Finalmente, a distribuição de lucros nas Sociedades Anónimas Desportivas, embora revistam a forma de sociedades anónimas, estão sujeitas a uma regra especial prevista no artigo 23.º do DL SAD que permite a distribuição de lucros, não sendo esta distribuição obrigatória¹⁸⁵.

Assim, como verificamos, o direito aos lucros também existe nas sociedades por nós classificadas como não lucrativas, com a particularidade de existirem, nalguns casos, regras específicas, que têm em conta os diferentes objectos e objectivos que cada sociedade prossegue.

5. Conclusões

1. O artigo 980.º do Código Civil não é apto a proporcionar um conceito de sociedade geral, de modo a englobar todas as realidades existentes no ordenamento jurídico português.

2. Consequentemente, torna-se necessário identificar os elementos essenciais que nos permitam qualificar determinada entidade como sociedade. Os elementos essenciais para podermos proceder a esta qualificação são: o elemento pessoal, o elemento patrimonial, o elemento formal e o elemento teleológico.

3. O elemento pessoal deve ser entendido como a necessidade de intervenção de uma pessoa singular ou colectiva para a constituição da sociedade e para a condução da actividade societária; o elemento patrimonial deve ser entendido no sentido da necessidade de os sócios contribuírem, num momento inicial, para a constituição do património social e no sentido de o património societário ser totalmente independente do património dos sócios; o elemento formal deve ser entendido na necessidade de existir uma previsão legal que tipifique a entidade e no sentido de esta respeitar a tipificação legal; o elemento teleológico no sentido de que uma sociedade, para que seja qualificada enquanto tal, tem de prosseguir uma actividade económica.

4. Sendo que o elemento teleológico de uma sociedade deixa de ser entendido nos termos em que era feito pela doutrina em virtude do disposto no 980.º do CC, verificamos que existem algumas figuras societárias cujo escopo não é lucrativo.

5. Alguns exemplos dessas figuras são: as sociedades instrumentais, as Sociedades Gestoras de Participações Sociais, os Agrupamentos Europeus de Inte-

¹⁸⁵ Neste sentido, MARIA ANTÓNIA PEREIRA, *O Direito aos Lucros...*, p. 186.

resse Económico, os Agrupamentos Complementares de Empresas, as Sociedades Anónimas Desportivas e as Cooperativas. As *non profit corporations* não são consideradas sociedades à luz do ordenamento jurídico português.

6. A proibição de pacto leonino aplica-se em toda a sua extensão às sociedades não lucrativas.

7. Os sócios das sociedades não lucrativas têm direito aos lucros, quando os haja e nos termos que estão definidos na lei. A distribuição de lucros nas sociedades instrumentais e nas Sociedades Gestoras de Participações Sociais é regulada pelo Código das Sociedades Comerciais, ao passo que as Sociedades Anónimas Desportivas, os AEIE, os ACE e as Cooperativas dispõem de regras específicas nessa matéria.