

## *A necessidade de um elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal e a aplicação indiferenciada do regime das sociedades civis (I Parte)*

ANTÓNIO GARCIA ROLO\*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Caracterização geral do regime das sociedades informais*: 2.1. *As sociedades irregulares e as sociedades informais*: 2.1.1. *Sociedades irregulares. Tipologia*; 2.1.2. *Delimitação do objeto. A sociedade informal como a situação regulada pelo n.º 2 do artigo 36.º*; 2.2. *Pressupostos. Acordo de constituição de sociedade comercial? (Remissão)*; 2.3. *Pressupostos (Cont.). Atividade efetiva*; 2.4. *A sujeição das sociedades informais ao regime das sociedades civis*; 2.5. *Natureza da sociedade informal. Remissão*. 3. *O conteúdo do contrato de sociedade informal. Em especial, a necessidade de verificação de um elemento volitivo-sequencial*: 3.1. *Introdução*; 3.2. *Conteúdo mínimo do contrato de sociedade informal*: 3.2.1. *O entendimento da doutrina*; 3.2.2. *O entendimento da jurisprudência*; 3.2.3. *A necessária informalidade do contrato*; 3.2.4. *A pluralidade de sócios. A informalidade societária e a sociedade unipessoal por quotas*; 3.2.5. *Conclusão preliminar: o contrato de sociedade informal*; 3.3. *O elemento volitivo-sequencial como elemento essencial do contrato de sociedade informal?* 3.4. *Indícios da necessidade do elemento volitivo-sequencial*: 3.4.1. *Indício literal. A letra do n.º 2 do artigo 36.º e a visão maximalista dos elementos mínimos do contrato de sociedade informal*; 3.4.2. *Indício sistemático-teleológico. A inadmissibilidade da eternização da situação de informalidade e tipicidade societária*; 3.4.3. *Indício sistemático. A sujeição dos contratos sem elemento volitivo-sequencial ao regime das sociedades aparentes*; 3.4.4. *Conclusão preliminar*; 3.5. *Indícios da desneces-*

\* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Jurista no Banco de Portugal.

As opiniões expressas no presente trabalho são exclusivas do Autor.

O presente trabalho corresponde a uma versão mais reduzida do relatório escrito pelo Autor para o Seminário de Direito das Sociedades Comerciais I, lecionado pelo Professor Doutor Pedro de Albuquerque, no âmbito do Doutoramento em Direito – Especialidade de Ciências Jurídico-Civis, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2018/2019.

*RDS XI (2019), 3-4, 537-574*

*idade do elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal: 3.5.1. Indício sistemático-teleológico. O regime português como um sistema de constituição livre e aquisição de capacidade sem dependência do registo. A inaplicabilidade do artigo 172.º do CSC; 3.5.2. Indício sistemático. O alcance mais reduzido do n.º 1 do artigo 36.º e as fronteiras ténues com o n.º 2 do artigo 36.º; 3.5.3. Indício teleológico. Os interesses em jogo; 3.5.4. Indício prático. Normalização jurisprudencial das sociedades informais? 3.5.5. Conclusão preliminar. O regime aponta no sentido da desnecessidade de verificação do elemento volitivo-sequencial*

RESUMO: O artigo 36.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais prevê o regime aplicável às relações estabelecidas entre os sócios e com terceiros antes da celebração do contrato de sociedade, parecendo exigir uma vontade dos sócios em vir a constituir uma sociedade comercial. Ora, face a vários dados no sistema e à prática mais recente, fará sentido exigir tal elemento volitivo-sequencial? Ou pode o regime do artigo 36.º, n.º 2, aplicar-se mesmo sem a verificação de tal intenção? Afastando-se tal exigência, importará aferir qual a relação entre este regime e o regime do contrato de sociedade civil, com o qual há uma sobreposição significativa e, talvez, uma aplicação indiferenciada.

ABSTRACT: Article 36(2) of the Portuguese Companies' Code provides for a special framework applicable to the relationships entered upon between partners and with third parties before the execution of the articles of association, and it seems to require the intention of the partners in eventually incorporating a company. Considering systematic elements and the most recent praxis, this paper aims at reflecting on the pertinence of requiring such elements of volition and sequence? Can the framework foreseen in Article 36(2) apply even without such intent? If such requirement is scrapped, it is crucial to assess the nature of the relationship between this regime and the civil partnership framework, with which there is significant overlap and, perhaps, an indifferential application.

## 1. Introdução

O n.º 2 do artigo 36.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, consoante o contexto, sem referência ou “CSC”) prevê que *“se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração do contrato os sócios iniciarem a sua atividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis”*.

Tal regime tem sido variavelmente apelidado de pré-vida da sociedade, sociedade pré-contrato, sociedade irregular ou sociedade informal (termo que aqui se adotará por razões explicadas *infra*), sendo geralmente percecionado como aplicável a uma fase específica no processo de constituição de uma sociedade comercial, à qual se segue o momento entre a celebração do contrato de sociedade e o registo (regulado nos artigos 37.º e ss. do CSC) e, finalmente, a plena constituição da sociedade comercial com o registo.

O regime do n.º 2 do artigo 36.º tem sido objeto de intenso estudo, sendo muitos dos temas levantados pelo seu regime amplamente discutidos na doutrina. No entanto, um ângulo de análise deste regime parece ainda carecer de discussão e de estudo.

Com efeito, apesar da perceção comum do regime do n.º 2 do artigo 36.º como aplicável a uma fase meramente preparatória e temporária, a realidade mostra que tal nem sempre acontece. Uma leitura de alguma jurisprudência sobre este regime revela que é comum tal situação – teoricamente temporária – manter-se durante vários anos, sem qualquer intenção sequencial, ora por mero descuido dos sócios ora por vontade mais ou menos explícita.

Assim, torna-se importante tentar perceber qual a natureza, os elementos constitutivos, o conteúdo e o alcance do acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º.

O presente trabalho será dividido em duas partes objeto de publicação separada mas sequencial.

Na Parte I, após uma caracterização geral do regime do n.º 2 do artigo 36.º, que regula o que se chamará a sociedade informal ou a situação de informalidade societária, procurar-se-á determinar o conteúdo mínimo do acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º e, em especial, se ele exige um elemento volitivo-sequencial, ou seja, se é necessária a verificação de uma intenção dos participantes em vir a constituir uma sociedade comercial, sendo que a conclusão a tal pergunta dependerá da conciliação da letra do n.º 2 do artigo 36.º com indícios dados pelo sistema jussocietário.

Na Parte II, procurar-se-á confrontar o acordo do n.º 2 do artigo 36.º com o contrato de sociedade civil, para o qual o legislador remete, determinar a sua natureza e, finalmente, determinar como e se se distingue do contrato de sociedade civil.

Fora do âmbito do presente trabalho encontram-se considerações aprofundadas sobre outros temas do regime das sociedades informais, nomeadamente o alcance da remissão para o regime das sociedades civis, a sua eventual personalidade jurídica ou o debate sobre a sua natureza civil ou comercial.

## 2. Caracterização geral do regime das sociedades informais

### 2.1. *As sociedades irregulares e as sociedades informais*

#### 2.1.1. *Sociedades irregulares. Tipologia*

Conforme disposto no artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais, as sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica a partir da data do registo definitivo<sup>1</sup> do contrato pelo qual se constituem<sup>2</sup>. Apesar de a entrada em funcionamento da sociedade coincidir – em tese – com esse momento, não é incomum que os futuros sócios, antes da completude do processo de constituição da sociedade, iniciem a atividade que projetaram para esta, possibilidade não negada expressamente pela lei<sup>3</sup>.

Com efeito, a secção III do Capítulo III do Título I do CSC, intitulada “Regime da sociedade antes do registo, invalidade do contrato”, prevê vários

<sup>1</sup> A propósito da relevância do registo definitivo para a aquisição de personalidade jurídica pelas sociedades comerciais, *vide*, entre outros, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais: Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*, Almedina, Coimbra (2015), 594-597; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, *Parte Geral*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra (2016), 372-374; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra (2016), 80-81; JORGE COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (org. Jorge Coutinho de Abreu) I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2017) 102-116, 104; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (org. António Menezes Cordeiro) 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2014), 86-90, 88; propondo uma releitura, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Personalidade e Capacidade das Sociedades Comerciais*, Principia, Cascais (2019), 35-38

<sup>2</sup> Em ordem a constituir uma sociedade comercial, os interessados deverão celebrar um contrato de sociedade válido em conformidade com o disposto no artigo 7.º e seguintes do CSC, devendo o contrato de sociedade, nos termos do seu n.º 1, ser reduzido a escrito, e devendo as assinaturas dos seus subscritores ser reconhecidas presencialmente (salvo casos em que a lei exija forma mais solene). Após a celebração do contrato de sociedade em conformidade com as exigências de forma (artigo 7.º), com os elementos obrigatórios gerais ou especiais, consoante o tipo social (previstos nos artigos 9.º, 176.º, 199.º e 272.º do CSC) deve proceder-se ao registo do mesmo na Conservatória do Registo Comercial competente (artigo 18.º do CSC e 3.º al. a) do Código de Registo Comercial), seguindo-se as restantes publicações e inscrições obrigatórias.

<sup>3</sup> Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, cit., 521-522: “os sócios podem, antes de completado o processo de constituição de uma sociedade, iniciar a atividade visada por esta (...) [não] havendo nenhuma proibição nesse sentido e estando em direito privado, nada obsta a tal facto”; MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime da Sociedade Irregular e a Integridade do Capital Social*, Almedina, Coimbra (2004), 284: “a lei permite que antes da outorga da escritura pública, os sócios iniciem a atividade social, considerando as relações jurídicas emergentes de tal atividade válidas e eficazes, criando direitos e obrigações e merecendo a tutela do direito”; e OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 238.

regimes aplicáveis a um conjunto de situações geralmente apelidadas de sociedades irregulares<sup>4</sup>.

No entanto, a noção de “sociedade irregular” não tem consagração legal expressa no direito vigente, tendo o legislador de 1986 evitado utilizá-la, limitando-se a descrever, por exemplo, sociedades anteriores à celebração do contrato de sociedade (no caso do artigo 36.º, n.º 2) ou sociedades no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo (artigos 37.º a 40.º)<sup>5</sup>, sem prejuízo de uma referência direta constante do artigo 174.º, n.º 1, al. e)<sup>6</sup>.

Muitos nomes autorizados na doutrina fazem a irregularidade societária corresponder à situação, à sociedade ou à característica desta que emerge do incumprimento das regras legais sobre a sua constituição<sup>7</sup>, enquanto outros adotam uma perspetiva com mais tónica na incompletude do processo formativo da sociedade comercial<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime cit., passim*; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, cit., 525-527, empregando a expressão “sociedades irregulares por incompletude”; Olavo Cunha, *Direito das Sociedades cit.*, 247-248; DIOGO COSTA GONÇALVES, em *Pessoa Coletiva cit.*, 604 e ss.; sem prejuízo do emprego de outras expressões, tais como “pré-vida da sociedade”, por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, *Sociedades Comerciais* (1993), 135.

<sup>5</sup> HIGINA CASTELO, “O acordo a que se reporta o artigo 36.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. Natureza e validade” (2011) disponível em <https://www.verbojuridico.net>, 4.

<sup>6</sup> O que segundo MENEZES CORDEIRO, em *Direito das Sociedades cit.*, 526, seria uma “forma cómoda” usada para o legislador transmitir a realidade do contrato vitimado por vício de forma.

<sup>7</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial cit.*, 135 diz-nos que, em sentido técnico e por recurso à categoria geral da irregularidade do negócio jurídico, a sociedade irregular será “a sociedade cuja constituição infringiu alguma cominação relativa ao processo constitutivo...”; MANUEL ANTÓNIO PITA, em *O Regime cit.*, 283, define a irregularidade societária como a “característica de uma sociedade comercial que atua no mercado sem ter previamente cumprido todas as regras legais relativas à sua constituição” e que entra em relações com terceiros, que aceitam, conscientemente ou não, celebrar negócios com esse parceiro irregular; JOÃO LABAREDA, “Sociedades irregulares. Algumas reflexões”, em *Novas perspetivas de direito comercial*, Almedina, Coimbra (1988), 179-204, 181, fala de situações em que a sociedade nasceu “sem respeito pelo processo constitutivo próprio das sociedades comerciais, ou seja, enfermando de irregularidades na sua génese”, continuando ao dizer que uma sociedade irregular será uma sociedade que, tendo por objeto a prática de atos de comércio, não se formou segundo o processo legalmente estabelecido para o efeito, ou seja, “irregular é a sociedade que na sua génese não obedeceu – ou não cumpriu ainda – as formalidades estabelecidas por lei”, tais como as formalidades do contrato de sociedade e o seu registo definitivo.

<sup>8</sup> Para OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades cit.*, 248, o que a doutrina habitualmente designa por “sociedade irregular” será uma “entidade ou sociedade que, tendo por objeto uma atividade comercial, adote um tipo comercial, mas cujo contrato não está ainda definitivamente celebrado”, seja porque há um mero acordo de princípio com vista à constituição de uma sociedade, mas ainda não foi celebrado o contrato de sociedade (situação abrangida pelo artigo 36.º, n.º 2) ou porque o contrato já foi celebrado, mas ainda não se encontra definitivamente registado (situação abrangida pelos artigos 37.º e ss.

Apesar das diferenças nas definições avançadas, a incompletude do processo formativo e o incumprimento de exigências legais serão duas faces da mesma moeda, a primeira sendo consequência da última e vice-versa, sendo o termo “sociedade irregular” amiúde empregue para denotar vários fenómenos de incompletude ou de incumprimento ao longo de tal sequência formativa, pressupondo a existência de uma organização societária em funcionamento<sup>9</sup>.

A lei acaba por dividir os fenómenos geralmente designados de sociedade irregular em sentido amplo em dois regimes: (i) o regime aplicável à chamada *sociedade material ou de facto*<sup>10</sup>, *sociedade em formação*, *sociedade pré-contrato*<sup>11</sup> ou, mais comumente, *sociedade irregular* (mas empregue em sentido restrito)<sup>12</sup>, a que neste trabalho se chamará sociedade informal por razões explicadas *infra*, regida pelo n.º 2 do artigo 36.º, que regula a hipótese em que foi acordada a constituição de uma sociedade comercial e os sócios iniciaram a atividade social antes da formalização do contrato<sup>13</sup> e as relações jurídicas emergentes de tal atividade<sup>14</sup>; e (ii) os regimes aplicáveis aos diferentes tipos de sociedade entre a data da válida celebração do contrato e do registo do mesmo (disposições gerais no artigo 37.º, artigo 38.º relativamente às sociedades em nome coletivo, artigo 39.º relativamente às sociedades em comandita simples e artigo 40.º relativamente às sociedades de capitais)<sup>15</sup>. Ambos os preceitos sujeitam os participantes ou sócios em causa – com intensidades variáveis – a um regime mais oneroso

<sup>9</sup> *Vide*, em termos semelhantes, MENEZES CORDEIRO, em *Direito das Sociedades* cit., 526-527, onde indica que o termo “sociedade irregular” pode abranger um número significativo de situações, tendo a ideia da sociedade irregular um “(...) um potencial descritivo que a habilita a cobrir todas estas situações”, sendo útil nessa qualidade e devendo ser assim preservada, e que a presença da irregularidade societária será indicada pela (i) a não-conclusão do processo formativo, que pressupõe acordo solene e registo definitivo; e (ii) a efetiva presença de uma organização societária em funcionamento com relações atuantes.

<sup>10</sup> COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva* cit., 604; e, indiretamente, ou de forma mais generalizada, PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (2006), 306-307

<sup>11</sup> SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 179; e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 532, descrevem a situação regulada pelo n.º 2 do artigo 36.º como “pré-sociedade antes do contrato”.

<sup>12</sup> Expressão empregue por ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 583, usando também as expressões “sociedade irregular”, “sociedade em formação” ou “pré-sociedade”; HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 3; JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares* cit., 179-180.

<sup>13</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 583; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 238

<sup>14</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 284.

<sup>15</sup> *Vide* MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 535-542; MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 399-531; *CSC em Comentário I* cit., 587-629; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 238-247; SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 180-190.

e desfavorável do que aquele que seria aplicado caso a sociedade comercial em causa tivesse sido válida e plenamente constituída<sup>16</sup>.

Regularmente referido em conjunto com as disposições referidas no parágrafo anterior é o n.º 1 do artigo 36.º, que regula as chamadas sociedades aparentes ou putativas, reportáveis a situações em que não existe sociedade, nem mesmo irregular, nem qualquer património social<sup>17</sup>.

### 2.1.2. *Delimitação do objeto. A sociedade informal como a situação regulada pelo n.º 2 do artigo 36.º*

Conforme já apontado na introdução, o objeto do presente trabalho foca-se essencialmente no regime das sociedades regidas pelo n.º 2 do artigo 36.º, geralmente denominadas sociedades irregulares (*stricto sensu*), sociedades pré-contrato<sup>18</sup>, em formação ou materiais<sup>19</sup>, ou seja, o complexo de relações, internas e externas, ao qual é aplicável o n.º 2 do artigo 36.º do CSC.

O artigo 36.º, n.º 2 parte do pressuposto de que nem sempre é possível a dois ou mais prospetivos sócios, que acordaram ou apalavraram constituir uma sociedade ou “começar um negócio juntos”, celebrar o contrato de sociedade de imediato<sup>20</sup>.

Pode a futura sociedade, nessa altura, constituir uma ideia já concretizada e a constituição da sociedade pode já estar acordada e, por isso, os sócios podem encontrar-se em condições para darem início à atividade<sup>21</sup>, pode-lhes ser conveniente fazê-lo de imediato (por exemplo, quando a entrada de um deles seja um estabelecimento comercial cuja exploração não poderá ficar suspensa até que seja ultimado o processo de constituição da sociedade, sob pena de prejuízo sério)<sup>22</sup> ou pode mesmo existir entre os sócios uma relação de confiança muito

<sup>16</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 521-522.

<sup>17</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 8. *Vide* análise mais aprofundada *infra*.

<sup>18</sup> SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 179, descreve a situação regulada pelo n.º 2 do artigo 36.º como “pré-sociedade antes do contrato”

<sup>19</sup> COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva* cit., 604; e, indiretamente, ou de forma mais generalizada, PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais* cit., 306-307.

<sup>20</sup> SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 179; e TARSO DOMINGUES, “O regime jurídico das sociedades de capital em formação”, em *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra (2001), 964-998, 972, que se refere à situação em que duas ou mais pessoas, pretendendo efetivamente constituir a sociedade, tenham a necessidade ou conveniência em iniciar a atividade da sociedade antes da formalização do contrato.

<sup>21</sup> OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 238.

<sup>22</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 583.

forte, tal como o parentesco, que permite que um ou alguns submetam património ou trabalho ao serviço do desenvolvimento de uma atividade comercial cujos principais ativos estão em nome exclusivo de outro(s)<sup>23</sup>.

Com efeito, a lei permite que antes da celebração do contrato em conformidade com os requisitos formais aplicáveis – nos termos do artigo 7.º, redução a escrito e reconhecimento presencial das assinaturas dos subscritores<sup>24</sup> – os sócios iniciem a atividade social, considerando as relações jurídicas emergentes de tal atividade válidas e eficazes, criando direitos e obrigações e merecendo a tutela do Direito<sup>25</sup>.

É crucial, e parece ter sido essa a intenção do legislador, que tal período e a realidade que lhe está subjacente sejam objeto de valoração pelo Direito<sup>26</sup>, havendo uma preocupação em “*salvar o que pode ser salvo*” de um *iter* formativo incompleto, através da aproximação de regimes<sup>27</sup> e da convocação do regime das sociedades civis, regime esse que assegura “*superiores níveis de tutela*”<sup>28</sup>.

Empregar-se-á a expressão “*contrato de sociedade informal*” para designar o contrato societário regido pelo n.º 2 do artigo 36.º e “*sociedade informal*” para o feixe de relações que desse contrato emergem. Optou-se por esta designação porque: (i) a locução sociedade irregular, apesar de amiúde empregue para estas situações, é por vezes utilizada para designar a categoria mais ampla que abrange a sociedade aparente e a sociedade pré-registo mas pós-contrato<sup>29</sup> podendo dar azo a alguma confusão conceptual; e (ii) a locução “sociedade pré-contrato” pode indiciar a inexistência de qualquer entendimento ou acordo e, como veremos, não é requisito de aplicação do n.º 2 do artigo 36.º a ausência de qualquer contrato, mas tão-só de contrato de sociedade comercial celebrado em cumprimento com as formalidades legalmente aplicáveis, havendo uma necessidade de *informalidade*, sem prejuízo de, como veremos, haver entendimentos vários quanto à configuração do acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º.

<sup>23</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 16.

<sup>24</sup> *Vide*, a propósito dos requisitos de forma do contrato de sociedade, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 480-482; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 212-213; ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 148-150; ADELAIDE MENEZES LEITÃO/JOSÉ ALVES DE BRITO, *Código das Sociedades Anotado*, 99.

<sup>25</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 284.

<sup>26</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial* cit., 141.

<sup>27</sup> JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares* cit., 179-180.

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 531; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial* cit., 141.

<sup>29</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Direito Comercial* cit., 135: “*em sentido técnico, sociedade irregular, por recurso à categoria geral da irregularidade do negócio jurídico, só poderia ser a sociedade cuja constituição infringiu alguma cominação relativa ao processo constitutivo*”.



## **2.2. Pressupostos. Acordo de constituição de sociedade comercial? (Remissão)**

Após a introdução feita *supra*, o passo lógico seguinte seria a descrição dos pressupostos de aplicação do n.º 2 do artigo 36.º: (i) o acordo de constituição de sociedade comercial sem respeito às exigências legais de forma já mencionadas; e (ii) o início da atividade social. Tendo em conta a centralidade do primeiro tema no presente trabalho, ele será abordado em maior detalhe em capítulo autónomo *infra*<sup>30</sup>.

## **2.3. Pressupostos (Cont.). Atividade efetiva**

Quanto a este pressuposto, o n.º 2 do artigo 36.º limita a sua aplicação aos casos em que os sócios já tenham iniciado a sua atividade, pelo que a efetiva atividade é condição necessária para que se lhe aplique o regime jurídico da sociedade civil. É a atividade social que gera relações entre os sócios e com terceiros, tornando necessário um regime jurídico que permita às partes e a terceiros relacionarem-se em segurança e obterem soluções equitativas para os seus litígios, tendo sido aqui encontrada a solução da aplicação do regime das sociedades civis<sup>31</sup>. Antes do início da atividade não se porá qualquer problema de aplicação da disciplina das sociedades informais e não haverá nada a tutelar.

## **2.4. A sujeição das sociedades informais ao regime das sociedades civis**

Conforme indica a parte final do n.º 2 do artigo 36.º, se reunidos os pressupostos de aplicação do regime, para os quais olharemos com maior detalhe *infra*, “são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as disposições sobre sociedades civis”.

Assim, a lei não se opõe e não mostra hostilidade ao início da atividade social antes da formalização do contrato de sociedade, antes submetendo as relações externas e internas à disciplina das sociedades civis, independentemente do tipo social que os sócios tenham convencionado adotar<sup>32</sup>, podendo tal solução ser configurada como uma solução de compromisso entre a nulidade

<sup>30</sup> Capítulo 3.

<sup>31</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 12; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades cit.*, 533: “o essencial é o início da atividade societária”; ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I cit.*, 583 e Acórdão do TRG de 05.06.2008 (AUGUSTO CARVALHO), Proc. N.º 1091/08-1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>32</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I cit.*, 583

do contrato de sociedade provocada pelo vício de forma e a necessidade de correspondência à realidade e consequente necessidade de reconhecimento de certos efeitos jurídicos<sup>33</sup>.

Os efeitos da sujeição da sociedade informal ao regime da sociedade civil refletem-se, como sugere uma leitura atenta do n.º 2 do artigo 36.º, nas *relações internas* (entre os “sócios”) e nas *relações externas* (dos “sócios” ou da “sociedade” com terceiros)<sup>34</sup>.

No que diz respeito às relações internas, valerão principalmente os artigos 983.º e ss. do Código Civil, relativos às entradas, administração, direitos e obrigações dos administradores, fiscalização dos sócios, uso das coisas sociais, divisão de lucros e cessão de quotas, e os artigos 1001.º e ss. do Código Civil relativos à morte, exoneração<sup>35</sup> e exclusão dos sócios. Tal como as sociedades civis, as sociedades informais têm uma administração confiada a todos os sócios, conforme determinado pelo artigo 985.º, n.º 1, do Código Civil, também dispondo de um património próprio, distinto do património dos sócios<sup>36 37</sup>.

No que respeita às *relações externas*, são aplicáveis as normas dos artigos 996.º e ss. do Código Civil relativas à representação da sociedade: em regra, responde a sociedade e, pessoal e solidariamente, mas de modo subsidiário, os sócios.

Com efeito, as sociedades informais respondem pelas dívidas sociais, nos termos do artigo 997.º, n.º 1 do Código Civil<sup>38</sup>, podendo ser demandadas ou

<sup>33</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 583.

<sup>34</sup> Distinção feita por ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 583-584.

<sup>35</sup> O Acórdão do TRC de 08.09.2015 (CARLOS MOREIRA), Proc. N.º 1262/13.9TBFIG.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), já testou a possibilidade de exoneração de sócios de uma sociedade informal, dizendo o TRC que, aplicando-se o regime da sociedade civil e não tendo sido convencionado prazo para a duração da sociedade, todo o sócio tem o direito de se exonerar da mesma livremente (nos termos do artigo 1002.º, n.º 1 do Código Civil), só produzindo efeitos no final do ano social em que é feita a comunicação.

<sup>36</sup> O artigo 989.º do Código Civil refere expressamente a existência de “coisas sociais”, os artigos 995.º, n.º 2 e 1016.º, n.º 2 referem-se “bens da sociedade” e o artigo 997.º, n.º 2 refere a excussão prévia do “património social”.

<sup>37</sup> Ver, a propósito do regime das relações internas da sociedade civil, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, XI, *Contratos em Especial*, 1.ª Parte, Almedina, Coimbra (2018), 534-539, 547-551, 554-558; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1987), 292-306, e 313-317.

<sup>38</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, “Contributo para a interpretação da regra da responsabilidade limitada dos sócios das sociedades de capitais irregulares” em *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas* 16 (2010) 39-67, 46-48; PEREIRA DE ALMEIDA, em *Sociedades Comerciais* cit., 304, acrescenta que é possível opor a terceiros a limitação da responsabilidade dos sócios que não sejam gerentes, nos termos do artigo 997.º, n.º 3, do Código Civil; *vide*, com profundidade considerável, RAÚL VENTURA, *Apontamentos sobre Sociedades Civis*, Almedina, Coimbra (póstumo, 2006), 179-214.

demandar e tendo capacidade judiciária (artigo 996.º)<sup>39</sup>. As sociedades informais estão ainda sujeitas a responsabilidade civil aquiliana, nos termos do artigo 998.º do Código Civil. Conforme indicado no artigo 999.º do Código Civil, o credor do sócio não é credor da sociedade informal, não sendo admitida a compensação de débitos à sociedade informal com créditos sobre os sócios, conforme disposto no artigo 1000.º do Código Civil<sup>40</sup>.

Assim, as sociedades informais respondem pelas dívidas que forem contraídas no desenvolvimento da sua atividade, respondendo por tais dívidas preferencialmente o património social. Tal regime também impõe a exclusão da concorrência de outros credores dos sócios com os credores da sociedade (nos termos do artigo 999.º do Código Civil). Além do património social, os credores poderão ainda atacar o património pessoal dos sócios quando aquele se mostre insuficiente, sendo lícito aos sócios opor aos credores sociais, quando demandados, a falta de excussão prévia do património social que, “*por constituir verdadeiramente o suporte da atividade social*” tem de responder primeiro por ela<sup>41</sup>.

A ideia do regime ora descrito é proteger terceiros, não sujeitando a situação ao regime da nulidade e configurando o património comum e afetado pelos contratantes à sociedade informal como um património autónomo<sup>42</sup>, reconhecendo que os terceiros que interagiram com a sociedade tenham contratado com ela e não com os sócios que agiram em seu nome, fazendo-o na convicção razoável de que o património social seria garante preferencial dos seus créditos<sup>43</sup>.

## 2.5. *Natureza da sociedade informal. Remissão*

Conforme se disse no capítulo introdutório, aqui não se tratará dos temas da natureza da sociedade informal – saber se é uma pessoa coletiva plena, rudi-

<sup>39</sup> Vide, a propósito do tratamento deste assunto no direito pretérito, MANUEL ANTÓNIO PITA, “Contributo para o Estudo do Regime da Sociedade Irregular no Direito Português”, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra Editora, Coimbra (2003), 495-545, 533.

<sup>40</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário* I cit., 584. Ver, a propósito do regime das relações externas da sociedade civil, MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1* cit., 539-546, 552-553; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil* cit., 306-313.

<sup>41</sup> JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares* cit., 197; MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1* cit., 544; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil* cit., 309-310.

<sup>42</sup> TARSO DOMINGUES, *O Regime* cit., 673; e no mesmo sentido, Acórdão do TRP de 13.10.2010 (DEOLINDA VARÃO), Processo n.º 52.08, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>43</sup> JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares* cit., 194-195.

mentar ou qualquer outra figura afim<sup>44</sup> e saber se tem natureza civil ou comercial<sup>45</sup>, temas objeto de rica discussão na doutrina, para a qual se remete.

### 3. O conteúdo do contrato de sociedade informal. Em especial, a necessidade de verificação de um elemento volitivo-sequencial

#### 3.1. *Introdução*

Feita a caracterização geral do regime das sociedades informais previsto no n.º 2 do artigo 36.º do CSC é importante autonomizar um tema que não se desenvolveu na secção relativa ao regime do n.º 2 do artigo 36.º – o conteúdo mínimo e típico do acordo referido na própria disposição sendo, para esse efeito, analisados contributos da doutrina e da jurisprudência.

Em secção autónoma, procurar-se-á analisar em profundidade se a verificação de uma *vontade dos sócios em vir a constituir, de forma plena e válida, uma sociedade comercial* constitui ou não elemento essencial do acordo previsto artigo 36.º, n.º 2, ao qual também se chamará contrato de sociedade informal.

#### 3.2. *Conteúdo mínimo do contrato de sociedade informal*

##### 3.2.1. *O entendimento da doutrina*

Uma leitura do n.º 2 do artigo 36.º revela que a disposição prevê um “acordo” cuja presença espoleta a sua aplicação – “*se for acordada a constituição de uma sociedade*”. Quais os elementos mínimos desse acordo? Com efeito, a letra da disposição não esclarece o perímetro mínimo para espoletar a sua aplicação.

<sup>44</sup> No sentido da personalização das sociedades irregulares *vide* MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 549-551: “*a sociedade irregular por incompletude é uma pessoa coletiva erigida pela vontade das partes (...) já após o acordo de constituição (...) pode haver personalidade mais ampla: depende do nível de organização alcançado*”; no sentido oposto, *i.e.*, perspetivando a sociedade informal como mero património autónomo sem personalidade jurídica, cf. PINTO COELHO, *O Problema* cit., 4; JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares* cit., 188 e ss; ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 584; PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais* cit., 305; TARSO DOMINGUES, *O Regime* cit., 673; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 238.

<sup>45</sup> Pela natureza civil, JORGE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra (2004), 211-212 e, ainda à luz do pretérito 107.º do Código Comercial, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Reimpressão, Lex, Lisboa (1994), 370; pela natureza comercial OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial* cit., 141 e COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, *Das sociedades*,

Em primeiro lugar, há que enfatizar que o acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º corresponde a um contrato, constituindo um negócio jurídico bi- ou plurilateral<sup>46</sup>, vinculativo, “*assente sobre duas ou mais declarações (...) de vontade contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses*”<sup>47</sup>, pressupondo uma obediência a todos os requisitos gerais dos contratos<sup>48</sup>, ainda que, dependendo da perspectiva, possa ser considerado nulo<sup>49</sup>. Não basta dois ou mais indivíduos comportarem-se perante terceiros como sócios, gerando a aparência de sociedade, mas “*requer-se que entre tais sujeitos se tenha firmado um verdadeiro contrato de sociedade, ainda que de modo tácito*”<sup>50</sup>.

Quanto ao seu *conteúdo*, estando nós no domínio do direito privado, deve *prevalecer a autonomia privada das partes*. Em princípio, e parece ser essa a orientação da maioria da doutrina (e da jurisprudência, como veremos *infra*) que sobre o tema se pronuncia, bastará um acordo muito simples e incipiente, que deverá incluir um número mínimo de elementos para se poder identificar a própria situação, o que *implicará pelo menos a indicação das partes, das suas contribuições e a determinação da atividade comum em causa*<sup>51</sup>. Com efeito, tendo em conta a remissão do n.º 2 do artigo 36.º para o regime das sociedades civis, tem-se referido que os elementos mínimos do contrato de sociedade informal coincidem com os elementos mínimos do contrato de sociedade civil tal como indicados pelo artigo 980.º do Código Civil, segundo o qual o contrato de sociedade “*é aquela em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício*

6.ª ed., Almedina, Coimbra (2019), 118; não reconduzindo diretamente a nenhuma das categorias, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 534, SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 180; ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 586; e BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, Vol. II, AAFDL, Lisboa (1989), 186.

<sup>46</sup> Sobre a necessidade da informalidade societária se reportar a uma relação pluripessoal, cf. 3.2.4

<sup>47</sup> Empregando-se aqui a clássica definição de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra (2005), 212 e ss.; *Vide* ainda MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, *Parte Geral: Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra (2014), 90 e ss.; ALEXANDRE MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1999), 388.

<sup>48</sup> FERRER CORREIA/ANTÓNIO CAEIRO, “Anteprojeto de Lei de Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada” em *Boletim do Ministério da Justiça* 185, 25-83, 27; segundo HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 10, o acordo previsto no artigo 36.º, n.º 2 é um contrato, no entanto, um contrato que tem lugar antes da celebração do contrato de sociedade.

<sup>49</sup> Tema desenvolvido *infra* em 5.2.

<sup>50</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *As Sociedades Comerciais no Período da Constituição*, em *Estudos Vários de Direito* (coord. Ferrer Correia), Universidade de Coimbra, Coimbra (1982) 507-545, 513

<sup>51</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 533.

*em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa atividade*”<sup>52</sup>.

Assim, o contrato exige a reunião de três condições<sup>53</sup>: contribuições das partes<sup>54</sup>, exercício comum de uma atividade<sup>55</sup> que não seja de mera fruição<sup>56</sup> e o fim da repartição de lucros<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Neste sentido, HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 10, ao dizer os elementos do artigo 980.º do Código Civil, apesar de não estarem descritos no n.º 2 do artigo 36.º, têm sido entendidos como sendo os necessários para que numa dada situação de facto se aplique a consequência prevista naquela norma – a sujeição ao regime jurídico das sociedades civis simples.

<sup>53</sup> MENEZES LEITÃO, em *Direito das Obrigações*, III, *Dos Contratos em Especial*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra (2014), 231-232, crê a definição lacunosa por não incluir o elemento organização como elemento essencial da sociedade civil, propondo que seja incluído como quarto elemento da figura, definindo-a como a “*forma coordenada de prossecução do objeto*”; MENEZES CORDEIRO, em *Tratado XI-1* cit., 517, ao falar da *affectio societatis*, ou intenção de formar a sociedade, enquanto eventual quarto elemento, diz-nos que ela se reconduz à própria vontade contratual de formar a sociedade e de concluir o contrato, não tendo “*especial relevo como elemento*”.

<sup>54</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em *Código Civil* cit., 285 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1* cit., 514, vêm dizer que, quanto às contribuições das partes, a lei admite que fossem ser feitas em bens ou serviços ou qualquer vantagem de tipo patrimonial, também não exigindo que as contribuições sejam imediatas, nem que se constate a existência de um fundo patrimonial comum imediato, não havendo também restrição ao número de sócios de capital ou indústria. *Vide* também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações* cit., 232-233.

<sup>55</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em *Código Civil* cit., 286, diziam que a atividade a exercer em comum, como “*fim comum a todos os sócios*” deve ser determinada e individualizada no contrato, devendo também constituir uma atividade económica de onde resulte um lucro patrimonial; MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1* cit., 514-516, refere que, quanto ao exercício em comum de certa atividade que não de mera fruição, deve entender-se aqui um exercício por conta de todos, sendo que a natureza económica da atividade exigida se prende com a ideia da repartição de lucros, essencial para distinguir a sociedade da associação; MENEZES LEITÃO, em *Direito das Obrigações* cit., 235 refere que o exercício em comum da atividade pelos sócios pressupõe, por sua vez, que os sócios assumam em conjunto o risco da atividade e que concorram na direção da mesma atividade; RAÚL VENTURA, em *Apontamentos* cit., 17-20, referia que a palavra “atividade” tem, no artigo 980.º, um “*sentido amplíssimo*”, abrangendo a comunhão de direitos sobre as coisas com o mero fim de fruição, havendo a necessidade de distinguir as “atividades” de mera fruição para as excluir do campo das sociedades e que devia ser económica e implicar o exercício em comum.

<sup>56</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em *Código Civil* cit., 286, referiam que não basta que haja interesses patrimoniais de todos em relação a certos bens, sendo “*necessário que os resultados sejam produto de uma atividade dos sócios*”; MENEZES CORDEIRO, em *Tratado XI-1* cit., 516, refere que o legislador terá pretendido, com isso, excluir a sociedade de meras situações de compropriedade de coisas, acabando por relativizar tal exigência face à autonomia privada; RAÚL VENTURA, *Apontamentos* cit., 20, referia que a circunstância de uma comunhão *poder ser* incidental ou voluntária, enquanto a sociedade é sempre voluntária, seria muito relevante para distinguir as duas figuras, sendo que a situação jurídica de sociedade deverá corresponder *apenas* a uma fonte constitutiva voluntária.

<sup>57</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, em *Código Civil* cit., 287, referiam, a este propósito, que o “*lucro*

Para Hígina Castelo, e em linha com a jurisprudência mencionada *infra*, para além dos elementos essenciais do contrato de sociedade civil deverem estar presentes, ainda que não necessariamente de forma expressa, *nada mais é exigido*, nem acordo sobre aspetos específicos do futuro contrato de sociedade comercial, nem, por exemplo, a escolha do tipo social a contratar<sup>58</sup>.

Tem havido alguma pronúncia no sentido de o contrato de sociedade informal pressupor ainda uma escolha do tipo social a contratar, condicionando a aplicação deste regime se o entendimento entre os contraentes incluir a intenção de vir a constituir uma sociedade com um tipo social já escolhido<sup>59</sup> ou um acordo que prefigure o clausulado a inserir no contrato de sociedade (com falta de formalização), promessa de celebração do contrato de sociedade definitivo ou um acordo simples dos participantes quanto à constituição da sociedade<sup>60</sup>.

Contra estes argumentos, sempre se dirá que o n.º 2 do artigo 36.º não impõe tais restrições e que, ao convocar o regime das sociedades civis, também convoca o conteúdo mínimo desse contrato, e ainda que restringir o âmbito de aplicação desse regime é deixar de fora do seu alcance um número considerável de sociedade atuantes, em detrimento dos interesses de todos os envolvidos, sejam sócios ou credores, sem qualquer vantagem<sup>61</sup>.

*é alguma coisa mais do que o simples corresponsivo ou contraprestação da atividade despendida pelos sócios, visto que ele visa não só remunerar a organização da sociedade, como compensar os riscos de perda que os sócios correm através da sociedade, não sendo essencial uma repartição igualitária ou proporcional dos lucros entre os sócios*"; MENEZES CORDEIRO, em *Tratado XI-1 cit.*, 516 considera que a repartição dos lucros tem um alcance "parcialmente injuntivo" através da proibição dos pactos leoninos prevista no artigo 994.º do Código Civil, relativizando tal exigência face à "atual tendência de permissão de sociedades nonprofit"; vide também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações cit.*, 236

<sup>58</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 17

<sup>59</sup> MARIA DO CÉU RUEFF NEGRÃO, *As sociedades comerciais em formação*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1990), 203-204: "o n.º 2 do artigo 36.º pressupõe a existência de um "acordo válido de sociedade, que tenha por objeto a prática dos atos de comércio e haja adotado qualquer um dos tipos referidos no CSC"; para MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime cit.*, 283, o acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º implica que as partes já escolheram os elementos obrigatórios gerais e especiais do tipo de sociedade que pretendem constituir, tais como o tipo de sociedade, a firma, o objeto, a sede, o capital social, a quota de capital e a natureza de entrada de cada sócio, falta apenas declarar essa vontade no contrato devidamente formalizado; JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares cit.*, 184: "...para haver sociedade comercial irregular, é necessário existir uma sociedade que, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do CSC, tenha por objeto a prática de atos de comércio e adote um dos tipos legais previsto"; FERRER CORREIA, FERRER CORREIA/ANTÓNIO CAEIRO, *Anteprojeto: Parte Geral cit.*, 27

<sup>60</sup> Nesse sentido, SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado cit.*, 179

<sup>61</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 17

### 3.2.2. O entendimento da jurisprudência

Na jurisprudência dos tribunais superiores, o primeiro passo para o enquadramento de dada situação no n.º 2 do artigo 36.º tem sido a averiguação da presença, na situação *sub judice*, dos elementos do contrato de sociedade civil simples, previstos no artigo 980.º do Código Civil. Assim, segundo o entendimento maioritário, o acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º só existe se se verificarem, entre outros, os elementos do contrato da sociedade civil.

Os tribunais superiores têm reconduzido situações muito variadas ao regime da sociedade informal.

Em acórdão de 13 de janeiro de 2005<sup>62</sup>, o STJ veio analisar um caso em que dois irmãos decidiram constituir uma “*sociedade não devidamente formalizada*” com objeto de exploração da atividade de transporte rodoviário de mercadorias, tendo adquirido, para o efeito, um automóvel pesado utilizado por ambos no transporte. Segundo o STJ, os irmãos visavam exercer em comum a atividade referida, que não seria obviamente de simples fruição, e para a qual contribuíram com dinheiro e trabalho em ordem a repartir os lucros, reconduzindo tais pressupostos ao artigo 980.º do Código Civil. Assim, considerou-se que tal entendimento ia para além de uma “*simples promessa*”, constituindo realmente uma “*sociedade comercial de facto ou irregular, porque não formalizada por escritura pública*”, tendo exercido tal atividade durante três anos.

Em acórdão de 31 de maio de 2007<sup>63</sup>, o STJ debruçou-se sobre uma relação estabelecida entre vários indivíduos para a exploração de um estabelecimento de restaurante e café, suportando em comum os encargos de funcionamento e quinhando nos lucros. Considerando que os sócios haviam iniciado a atividade do restaurante antes da redução do contrato a escritura pública (como era então exigível), o STJ determinou a existência de uma sociedade informal ou irregular, como lhe chamou. Continuou o STJ ao dizer que a “*lei não protege a existência de sociedades irregulares, mas a elas se refere, pelo que prevê a sua existência*”, mas como a lei não traça o conceito de sociedade irregular, o STJ teria de o interpretar. Com referência ao conceito de contrato de sociedade do artigo 980.º do Código Civil, o STJ determinou quais os elementos essenciais do contrato de sociedade (contribuições, exercício comum de atividade económica que não seja de mera fruição e o objeto de realizar e distribuir lucros), afastando a exigência de prova do tipo, da firma, da sede, do capital social, das quotas de cada sócio e da natureza das entradas. Considerou então o STJ que o

<sup>62</sup> Acórdão do STJ de 13.01.2005 (FERREIRA GIRÃO), Proc. N.º 04B3799, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>63</sup> Acórdão do STJ de 31.05.2007 (SALVADOR DA COSTA), Proc. N.º 07B1628, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)



entendimento referido constituía um acordo de vontades no sentido da constituição de sociedade comercial, na sequência do qual as partes deram início a uma atividade com vista à sua implementação, reconduzindo-se por isso ao n.º 2 do artigo 36.º.

Em acórdão de 5 de junho de 2008<sup>64</sup>, o TRG olhou para um caso em que duas pessoas haviam celebrado um contrato a que deram o nome de “contrato de sociedade irregular”, onde acordavam criar uma “*sociedade em partes iguais para gestão por ambos e rentabilização do investimento que resulta da junção de diversas propriedades de ambos, as quais foram adquiridas ou [estava] a ser adquiridas, especificamente, com o fim de integrarem os bens da referida sociedade, com o capital social de cinquenta mil euros, integralmente realizado em dinheiro, pelo que está vedado a qualquer dos contraentes dispor ou onerar qualquer das propriedades em questão, sem conhecimento e consentimento do outro contraente, atentos os fins da sociedade*”. Identificam-se ainda imóveis destinados a integrar o património social e imóveis prometidos por um dos sócios – um contrato com um grau de formalização já considerável.

O TRC, em acórdão de 8 de setembro de 2015<sup>65</sup>, refletiu sobre uma situação em que uma técnica oficial de contas havia informado outra que lhe havia sido cedida uma carteira de clientes de outro colega, bem como o equipamento que integrava o gabinete do técnico oficial de contas cedente. O acordo entre as técnicas oficiais de contas envolvia a possibilidade de estas ocuparem o espaço onde funcionava o gabinete de contabilidade do cedente, que se vinculava a aparecer no gabinete cedido para apresentar aos antigos clientes e criar laços de confiança, tendo as técnicas oficiais de contas entregue ao cedente quantias pecuniárias como contrapartida. As técnicas oficiais de contas passaram a exercer, no referido gabinete, os serviços de contabilidade aos tais clientes, repartindo, equitativamente, os rendimentos provenientes dos serviços, abrindo uma conta conjunta para onde tais quantias seriam depositadas e que seria usada para pagar despesas de telefone e *internet*, bem como rendas e outros custos de funcionamento, operando, posteriormente, a repartição entre elas do remanescente. O TRC, confirmando a decisão da primeira instância, constatou a existência de uma sociedade irregular regida pelo n.º 2 do artigo 36.º, retirando, dos factos provados, que as partes teriam eventualmente a ideia de constituir uma sociedade por quotas.

<sup>64</sup> Acórdão do TRG de 05.06.2008 (AUGUSTO CARVALHO), Proc. N.º 1091/08-1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>65</sup> Acórdão do TRG de 08.09.2015 (CARLOS MOREIRA), Proc. N.º 1262/13.9TBFIG.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Em acórdão do TRP de 22 de janeiro de 2002<sup>66</sup>, analisou-se uma situação em que duas pessoas se associaram, “*com vista a fazer funcionar, com fins lucrativos, uma sociedade por quotas*”, mas o “*acordo de vontades a que chegaram não foi formalizado*” por ter sido oral, tendo sido formalizado por escrito particular posteriormente, sem prejuízo de poder ter havido intenção de formalização desde o início. O TRP chamou a esta realidade “*sociedade irregular*”, reconduzindo-a ao n.º 2 do artigo 36.º.

O STJ veio ainda considerar, em acórdão de 27 de maio de 2004, que o regime das sociedades informais se aplicava à situação em duas pessoas que haviam constituído verbalmente uma sociedade para explorar uma escola de condução que entretanto havia entrado em funcionamento<sup>67</sup>.

O STJ teve ainda a oportunidade de olhar para outra situação, em acórdão de 8 de novembro de 2005<sup>68</sup>, em que dois indivíduos haviam celebrado um contrato nos termos das quais se acordou o exercício em conjunto da atividade de construção civil, cabendo a um deles contribuir com capital e a outro com indústria, negociando e adquirindo terrenos, contratando e administrando as obras e vendendo o produto acabado, repartindo-se, a final, os respetivos ganhos, deduzidos os custos, tendo o STJ considerado que tal contrato constituiria um contrato de sociedade (e não associação em participação, como uma das partes havia alegado) por se reconduzir ao conceito geral de contrato de sociedade, confirmando assim a qualificação do tribunal *a quo* da situação como uma situação sujeita ao n.º 2 do artigo 36.º.

Assim, parece assente entre a jurisprudência que, para aplicação do regime das sociedades informais, basta *apenas* estarem reunidos os elementos essenciais do contrato de sociedade civil previstos no 980.º do Código Civil, conforme já se desenvolveu *supra*. Além disso, o autor não encontrou nenhum acórdão em que se tenha deixado de aplicar o regime do n.º 2 do artigo 36.º por falta de outros elementos, tais como o acordo quanto ao tipo social visado, não se tendo exigido elementos que não os do artigo 980.º do Código Civil.

### 3.2.3. *A necessária informalidade do contrato*

Vistos e esclarecidos quais os elementos mínimos do contrato de sociedade informal previsto no artigo 36.º, n.º 2, quais então os seus requisitos de

<sup>66</sup> Acórdão do TRP, de 22.01.2002 (MANSO RAÍNHO), Proc. N.º 0121073, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>67</sup> Acórdão do STJ de 27.05.2004 (AFONSO DE MELO), Proc. N.º 04A1661, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>68</sup> Acórdão do STJ de 08.11.2005 (AZEVEDO RAMOS), Proc. N.º 05A2740, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

forma? Como resposta preliminar, dir-se-á que não existem, podendo-se falar até numa *necessária informalidade* do contrato de sociedade informal, informalidade determinada por referência aos requisitos de forma do contrato de sociedade comercial.

A aplicação do próprio regime pressupõe que o contrato não se pode ter sido celebrado na forma prescrita na lei para um contrato de sociedade comercial nos termos do artigo 7.º. O contrato de sociedade informal poderá revestir forma não escrita ou até escrita, desde que não cumpra as formalidades exigidas para a celebração do contrato de sociedade comercial.

A celebração deste contrato exigido pela norma pode ser muito simples e incipiente, podendo parte das declarações negociais ser tácitas, dedutíveis de factos que, com probabilidade, as revelem<sup>69</sup>.

Com efeito, a partir do momento em que um contrato de sociedade com objeto comercial é celebrado pela forma exigida no artigo 7.º transitamos do n.º 2 do artigo 36.º para o regime especial previsto nos artigos 37.º a 40.º, relativo ao período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade comercial e o seu registo definitivo<sup>70</sup>.

### 3.2.4. *A pluralidade de sócios. A informalidade societária e a sociedade unipessoal por quotas*

Neste ponto será pertinente a seguinte pergunta – tendo-se afirmado *supra* a natureza *contratual* do acordo referido no n.º 2 do artigo 36.º, reconduzindo-se tal acordo ao conceito geral de contrato da lei civil, ancorado na pluralidade de sujeitos, será que este regime se aplica à pré-vida das sociedades unipessoais por quotas<sup>71</sup>, previstas nos artigos 270.º-A e seguintes do Código das Sociedades Comerciais?

<sup>69</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 17 e, no mesmo sentido, MARIA R. NEGRÃO, *As Sociedades* cit., 205

<sup>70</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 14-15

<sup>71</sup> *Vide*, para uma introdução e enquadramento geral, RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra (2002) 25-104; MARIA ELISABETE RAMOS, “Sociedades unipessoais – perspetivas da experiência portuguesa”, em *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil* (coord. Fábio Ulhoa Coelho/Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, Coimbra (2012) 365-396, *passim*; CATARINA TAVARES, *Sociedades Unipessoais por Quotas: da Tolerância ao Reconhecimento*, Relatório de Mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2000), *passim*; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades* cit., 204-205

Com efeito, o artigo 270.º-G refere que às sociedades unipessoais por quotas se aplicam as normas que regulam as sociedades por quotas, “*salvo as que pressupõem a pluralidade de sócios*”. Ora, sendo o artigo 36.º, n.º 2 de aplicação general a todo o tipo de sociedades, como compatibilizá-lo com a unipessoalidade?

Parece consensual que o artigo 36.º, n.º 2 fala em sociedade pluripessoal informal, pois, antes de ser formalizado o negócio jurídico que constitui a sociedade unipessoal, “*não há modo de distinguir entre (...) a sociedade anunciada e o exercício individual da atividade negocial-empresarial*”<sup>72</sup>. Ricardo Costa, que dedica algumas páginas ao tema, vem dizer que o regime do artigo 36.º, n.º 2 não tem “*maneira de se moldar à situação de unipessoalidade*”, porque, ao contrário da pré-vida da sociedade pluripessoal, o início da atividade não leva a uma situação de comunhão de atividades apreendida externamente como algo muito diferente de uma atuação isolada<sup>73</sup>. Com efeito, diz o autor, não se verá com razoabilidade uma pessoa proclamar-se sócio a atuar em nome de uma sociedade unipessoal, não havendo diferença entre a sociedade unipessoal anunciada e a atuação individual de tal pessoa<sup>74</sup>.

### 3.2.5. *Conclusão preliminar: o contrato de sociedade informal*

Neste ponto será pertinente dar como assente que o acordo mencionado no n.º 2 do artigo 36.º – o contrato de sociedade informal – independentemente da perspetiva que se adote relativamente à sua validade<sup>75</sup> – é um *verdadeiro contrato* (excluindo do seu âmbito a ideia de uma sociedade unipessoal informal) cujos elementos mínimos se reconduzem aos *elementos mínimos do contrato de sociedade civil*, sem requisitos de forma que não o *requisito negativo de não respeitar a forma estabelecida para o contrato de sociedade comercial*. Na secção seguinte analisar-se-á se, para a aplicação do regime do n.º 2 do artigo 36.º, é necessário atestar a presença de uma vontade dos contraentes em vir a constituir uma sociedade comercial na sua plenitude.

<sup>72</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 584

<sup>73</sup> RICARDO COSTA, *A Sociedade Unipessoal* cit., 462, opinião semelhante perfilhada a propósito do direito alemão, por HELMUT SCHWAIGER, “Gründung und Kapitalaufbringung” em *Beck’sches Handbuch der GmbH* (org. Welf Müller/Norbert Winkeljohann), Verlag C.H. Beck, Munique (2009), 55-119, 118

<sup>74</sup> RICARDO COSTA, *A Sociedade Unipessoal* cit., 462

<sup>75</sup> Tema explorado *infra* em 5.2

### 3.3. **O elemento volitivo-sequencial como elemento essencial do contrato de sociedade informal?**

A configuração geral do regime das sociedades informais baseia-se no pressuposto de que se tratarão de situações pré-societárias, ou seja, pressupõe que a situação será eventualmente sanada com a constituição da sociedade nos termos gerais. Assim, o tratamento deste problema muitas vezes tem como fundamento a ideia de que o regime do n.º 2 do artigo 36.º tutela as relações internas e externas emergentes de uma situação temporária e contingente em que as partes preparam a constituição da sociedade, constituição essa que desejam.

No entanto, será que se deve verificar, para aplicação do regime do n.º 2 do artigo 36.º, um pressuposto *volitivo-sequencial*? Ou seja, para se aplicar tal regime, deve verificar-se se as partes têm intenção de vir a constituir uma sociedade comercial na sua plenitude?

Com efeito, o n.º 2 do artigo 36.º, na sua primeira parte, parece pressupor tal elemento volitivo-sequencial, ao dizer “*se for acordada a constituição de uma sociedade comercial*” – a componente volitiva “*mas, antes da celebração do contrato...*” – a componente sequencial.

A componente volitiva diz respeito a um *estado subjetivo das partes* no acordo relevante, ou seja, saber se estas queriam constituir uma sociedade comercial na sua plenitude.

A componente sequencial do pressuposto volitivo-sequencial diz respeito à inserção da situação de informalidade societária numa *sequência de eventos com relevância jurídica*, seguindo-se a esta a celebração do contrato de sociedade em conformidade com os requisitos de forma previstos na lei e, finalmente, o registo da sociedade comercial. A inserção da informalidade societária nesta sequência de eventos resultaria numa situação necessariamente temporária.

No entanto, é perfeitamente possível que as partes não desejem: (i) *ab initio*, vir a constituir uma sociedade comercial; ou que (ii) mesmo tendo essa intenção no momento da celebração do acordo, a tenham perdido no curso da vida societária informal.

Este problema não é desprovido de importância prática – como se constatou *supra*, os tribunais têm vindo a analisar casos em que a situação de informalidade societária se prolonga durante anos, muitas vezes sem uma vontade clara e originária<sup>76</sup> das partes em ordem a vir a formalizar o seu entendimento e a constituir uma sociedade comercial.

<sup>76</sup> Acórdão do STJ de 13.01.2005 (FERREIRA GIRÃO), Proc. N.º 04B3799, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em que foi analisado um caso em que dois irmãos decidiram constituir, uma “*sociedade não devidamente*”

Classicamente, tais casos têm sido valorados como resultado de falta de diligência das partes em regularizar uma situação que pede regularização. No entanto, a situação de informalidade não tem de emergir necessariamente de partes descuidadas ou não diligentes – ela até pode corresponder a uma vontade explícita ou implícita das partes, já tendo a jurisprudência analisado casos em que os contraentes pareceram querer sujeitar determinada atividade expressamente ao regime do n.º 2 do artigo 36.<sup>o</sup><sup>77</sup>.

Para esse efeito, deve ser analisado se o acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.<sup>o</sup> – o contrato de sociedade informal – *pressupõe* esse elemento volitivo-sequencial para aplicação do respetivo regime. Para além do argumento literal, têm sido tecidas outras considerações nesse sentido, que serão analisadas em maior detalhe *infra*.

Para empreender tal aferição, a interpretação-aplicação do n.º 2 do artigo 36.<sup>o</sup> deverá ser orientada pelos elementos sistemáticos e teleológicos que suportem a exigência de tal elemento ou que o relativizem ou reduzam o seu alcance. Assim, após a análise dos principais indícios que apontam a necessidade do elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal, tentar-se-á aventar indícios no sentido contrário.

### 3.4. *Indícios da necessidade do elemento volitivo-sequencial*

#### 3.4.1. *Indício literal. A letra do n.º 2 do artigo 36.<sup>o</sup> e a visão maximalista dos elementos mínimos do contrato de sociedade informal*

O argumento que em primeira linha apoia a exigência da verificação do elemento volitivo-sequencial na situação de informalidade societária é a própria letra do n.º 2 do artigo 36.<sup>o</sup> do CSC, cuja previsão refere muito claramente “*se for acordada a constituição de uma sociedade comercial, mas, antes da celebração do contrato de sociedade...*”. Daqui pode facilmente retirar-se que o acordo referido deve ter por objeto a constituição regular de uma sociedade *comercial* e que o regime parece pressupor que a sua própria aplicação é meramente temporária e contingente, enquanto o contrato de sociedade não for celebrado.

*formalizada*” com objeto de exploração da atividade de transporte rodoviário de mercadorias, para o qual foi adquirido um automóvel pesado e que passaram a ser utilizados pelos dois irmãos no transporte

<sup>77</sup> Acórdão do TRG de 05.06.2008 (AUGUSTO CARVALHO), Proc. N.º 1091/08-1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), onde duas pessoas haviam celebrado um contrato a que deram o nome de “contrato de sociedade irregular”.

A letra do n.º 2 do artigo 36.º apoia sobretudo a componente volitiva do elemento volitivo-sequencial.

Recuperando a discussão tida *supra* relativa à necessidade de os sócios terem de escolher o tipo societário a constituir para espoletar a aplicação do n.º 2 do artigo 36.º, os autores que se pronunciam nesse sentido pressupõem, à partida, a existência de um pressuposto volitivo-sequencial materializado numa vontade *originária* de constituição de sociedade comercial, ou seja, que a escolha prévia do tipo social pressupõe a vontade de vir a constituir uma sociedade comercial<sup>78</sup>, apesar de tal vontade se poder vir a perder. Segundo tal conceção, a sociedade civil resultante da aplicação do n.º 2 do artigo 36.º apenas teria por objeto a constituição de uma outra sociedade – uma sociedade comercial de certo tipo<sup>79</sup>, ideia a que também aludem alguns autores alemães a propósito da sociedade pré-constituição resultante de um pré-contrato de constituição, *i.e.*, a sociedade pré-constituição em sentido restrito<sup>80</sup>.

### 3.4.2. *Indício sistemático-teleológico. A inadmissibilidade da eternização da situação de informalidade e tipicidade societária*

A quebra do *iter* formativo da sociedade como sequência *habitual* de eventos pode levar a uma situação de eternização da informalidade societária, eternização essa que tem sido vista com hostilidade por alguma doutrina<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> MARIA R. NEGRÃO, *As Sociedades* cit. 203-204: “o n.º 2 do artigo 36.º pressupõe a existência de um acordo válido de sociedade, que tenha por objeto a prática dos atos de comércio e haja adotado qualquer um dos tipos referidos no CSC”

<sup>79</sup> Ideia sufragada expressamente por MANUEL ANTÓNIO PITA, “Sociedade Nula e Sociedade Irregular (Código das Sociedades Comerciais, Jurisprudência e Doutrina de Ferrer Correia)” em *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra (2006), 249-271, 265; e também evidente em FERRER CORREIA/ANTÓNIO CAEIRO, *Anteprojecto: Parte Geral* cit., 27

<sup>80</sup> Neste sentido, *vide* KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colónia (2004), 1012; KLAUS HOPT/GÜNTER HEHL, *Gesellschaftsrecht*, 3.ª ed., Verlag C.H. Beck, Munique (1987), 250; especificamente sobre AG, *vide* ROGER ZÄTSCH/SILJA MANUL, “Die Gründung der AG nach AktG”, em *Beck’sches Handbuch der AG* (org. Welf Müller/Thomas Rödder), Verlag C.H. Beck, Munique (2009), 41-213, 127

<sup>81</sup> OLIVEIRA ASCENÇÃO, em *Direito Comercial* cit., 140, vem dizer que a sociedade que não for “*dirigida ao iter normal de formação*” não poderá gozar de um regime mais favorável do que aquela que o está; JOÃO LABAREDA, em *Sociedades Irregulares* cit., 180, diz, a propósito dos princípios orientadores do n.º 2 do artigo 36.º, que o regime adota uma visão mais positiva da irregularidade, mas fá-lo “*sem conceder que a situação de irregularidade se possa eternizar*”

Manuel António Pita é o autor que se pronuncia de forma mais aprofundada sobre este tema, dedicando-lhe várias páginas em trabalho publicado na obra coletiva *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*<sup>82</sup>.

Com efeito, o autor questiona-se sobre se as sociedades comerciais informais podem viver “*ad aeternum*” sob o regime do artigo 36.º, n.º 2, ou se o regime da sociedade civil é aplicável sem prejuízo da sujeição às causas e aos efeitos da invalidade estabelecidas noutra lugar<sup>83</sup>, e se o sistema mostra abertura suficiente para validar a “(...) *sociedade [informal] como organização económica, que veio a ser criada de facto, pela atividade desenvolvida, deixando-a viver com o regime da sociedade civil enquanto for vontade dos agentes económicos*”<sup>84</sup>.

Apesar de admitir que não se pode rejeitar liminarmente a construção segundo a qual a sociedade informal não é uma sociedade inválida aos olhos da nossa lei<sup>85</sup>, o autor enfatiza que a sociedade informal regida pelo regime da sociedade civil tem, por natureza, um tempo de vida limitado, necessário para levar a seu termo os atos de criação da sociedade comercial e extinguindo-se com a realização do seu objeto, sendo “*contra a sua natureza*” servir de quadro legal para o desenvolvimento da atividade económica que constituiria o objeto da sociedade que os sócios pretendiam constituir<sup>86</sup>.

Adiante, o autor põe em causa o funcionamento duradouro de uma sociedade com objeto comercial sob o regime da sociedade civil, por tal levantar problemas com o princípio da tipicidade previsto no artigo 1.º, n.º 3 do CSC<sup>87</sup>.

Sem prejuízo de admitir a suscetibilidade de algumas regras poderem afastar a rigidez do n.º 3 do artigo 1.º do CSC<sup>88</sup>, Manuel António Pita é enfático ao dizer que permitir que uma atividade comercial seja desenvolvida de forma duradoura no quadro do regime da sociedade civil representa a introdução de “*fatores de desorganização na economia*”, especialmente na ausência de contabilidade organizada e da prestação de contas, potenciando a economia paralela e a concorrência desleal<sup>89</sup>. Adicionalmente, noutra obra, o autor defende que *fundar na vontade dos sócios a existência de uma sociedade civil pode ser um pouco “arti-*

<sup>82</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., *passim*

<sup>83</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., 253

<sup>84</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 310

<sup>85</sup> O tema da invalidade do contrato por falta de forma será discutida *infra* em 4.2, para onde se remete.

<sup>86</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., 264-265

<sup>87</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., 267

<sup>88</sup> Dizendo MANUEL ANTÓNIO PITA, em *Sociedade Nula* cit., 267-268, que basta ter, em conformidade com o artigo 980.º do Código Civil, uma atividade económica e “*enquanto não se constituir segundo a forma e os trâmites da lei aplicável às sociedades comerciais, reúne os elementos necessários para ser qualificada como sociedade civil*”.

<sup>89</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., 268



ficioso”, especialmente tendo em conta o *princípio de aquisição de personalidade previsto no artigo 5.º*, não sendo sistematicamente coerente com o CSC a validação de uma organização que não respeite tais princípios. Admitir-se-ia a validação da atividade para efeitos de segurança do tráfego jurídico, mas não para efeitos de permissão de “*continuação em funcionamento como organização válida, o que representaria para o tráfego jurídico uma insegurança contínua*”<sup>90</sup>.

Na opinião do autor, os valores e os interesses gerais prosseguidos pelo sistema através da tipicidade das sociedades com objeto comercial são de tal monta que não permitem a existência duradoura de uma sociedade com objeto comercial sob o regime da sociedade civil, sublinhando que no direito português a sociedade do Código Civil é uma sociedade com objeto civil<sup>91</sup>.

Em complemento a esta tese pode sempre dizer-se que a situação de informalidade societária é necessariamente precária e temporária em virtude do regime do artigo 172.º do CSC, que dispõe que “*se o contrato de sociedade não tiver sido celebrado na forma legal (...) deve o Ministério Público requerer, sem dependência de ação declarativa, a liquidação judicial da sociedade, se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal.*”

Segundo esta disposição, ao Ministério Público caberá intervir para repor a legalidade em casos em que o contrato de sociedade não revista a forma legal ou tenha um objeto ilícito ou contrário à ordem pública, devendo aquele requerer, de imediato, a liquidação judicial da sociedade<sup>92</sup>.

Este artigo parece indiciar a natureza precária e temporária da sociedade informal regida pelo n.º 2 do artigo 36.º, sempre sujeita a liquidação compulsória por via da referida disposição. João Labareda parece ir nesse sentido, ao dizer que tal artigo, sem prejuízo de reconhecer a existência de uma realidade patrimonial que sustenta a sociedade irregular ou informal, acaba por, detetada a irregularidade da sociedade e “*havendo necessidade de lhe pôr fim*”, reconhecer ser necessário proceder à liquidação do património social<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime cit.*, 310-311

<sup>91</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula cit.*, 268; em opinião diversa, MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1 cit.*, 520-521, ao dizer que a “*não comercialidade*” das sociedades civis puras é essencialmente formal por não se reconduzirem ao conceito de sociedade comercial do artigo 1.º, n.º 2 do CSC, enfatizando, no entanto, que têm fins lucrativos e que a sua atividade é essencialmente comercial e a organização que elas implicam está destinada ao benefício, tratando-se de matéria que “*não pode deixar de ser integradas no universo das sociedades*”.

<sup>92</sup> MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Anotado cit.*, 573; BRITO CORREIA, *Direito Comercial cit.*, 188; MARIA R. NEGRÃO, *As Sociedades cit.*, 212-213; OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades cit.*, 732; CAROLINA CUNHA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (org. Jorge Coutinho de Abreu) II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2015), 809-810

<sup>93</sup> JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares cit.*, 192

Tal entendimento parece ter sido seguido em pelo menos um acórdão, proferido pelo TRP de 22 de janeiro de 2002<sup>94</sup>, no qual o tribunal refere que o artigo 172.º CSC diz que a falta de forma do contrato de sociedade impede a sociedade de existir, obrigando à liquidação da mesma, seja por iniciativa dos sócios ou do Ministério Público. De forma menos perentória, o STJ, em acórdão de 27 de maio de 2004, veio afirmar, perante um caso que reconduziu ao n.º 2 do artigo 36.º (em que teria havido um contrato de sociedade meramente verbal) que a invalidade do contrato de sociedade, mesmo nesse contexto, é causa da liquidação desta, podendo haver um momento, antes da decisão que declara nulo o contrato, em que se aplicam as regras da sociedade civil<sup>95</sup>.

### 3.4.3. *Indício sistemático. A sujeição dos contratos sem elemento volitivo-sequencial ao regime das sociedades aparentes*

Outro argumento, de natureza mais sistemática, que se pode aventar para excluir do âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 36.º situações em que não haja uma vontade clara dos sócios em vir a constituir uma sociedade é o facto de tais situações já se encontrarem cobertas pelo n.º 1 do artigo 36.º, onde se prevê que “*se dois ou mais indivíduos, quer pelo uso de uma firma comum quer por qualquer outro meio, criarem a falsa aparência de que existe entre eles um contrato de sociedade, responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas nesses termos por qualquer um deles.*”

O n.º 1 abrange casos em que alguém passa a usar na sua firma as firmas ou nomes civis de outrem para gerar a falsa aparência de que existe uma sociedade, podendo gerar junto de terceiro a convicção de que entre os tais indivíduos existe uma sociedade, tal uso não correspondendo à vontade de constituir qualquer sociedade<sup>96</sup>. Apesar do que possa parecer, o n.º 1 do artigo 36.º não

<sup>94</sup> Acórdão do TRP, de 22.01.2002 (MANSO RAÍNHO), Proc. N.º 0121073, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>95</sup> Acórdão do STJ de 27.05.2004 (AFONSO DE MELO), Proc. N.º 04A1661, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>96</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 581-582; e SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 179, ambos concluindo que, por não existir contrato de sociedade, não existe sociedade, não há nulidade a proclamar, nem anulabilidade a decidir, nem liquidação e partilha a realizar, mas só responsabilizar os falsos sócios pela aparência criada, não podendo estes reclamar a aplicação das normas das sociedades civis, nem o benefício da excussão prévia do património social por simplesmente não existir qualquer sociedade nem património comum.

parece exigir uma intenção de lesar ou enganar terceiros<sup>97</sup>, desde que tais terceiros estejam de boa-fé<sup>98</sup>.

Com efeito, alguns autores<sup>99</sup> vêm distinguir a situação prevista no n.º 1 do artigo 36.º e a pré-sociedade antes do contrato prevista no n.º 2 através de um critério de natureza volitivo-sequencial, reconduzindo ao primeiro dos números as situações em que não há intenção de constituir a sociedade ou um acordo com vista à sua constituição.

Assim, poderá ser avançado o argumento segundo o qual o n.º 1 do artigo 36.º já tutela as situações em que os putativos sócios agem de forma plural e aparentemente societária mas não têm em vista a constituição de uma sociedade e o n.º 2 quando a atuação dos sócios já tenha em vista a constituição da sociedade. *Infra*, ver-se-á quais os contra-argumentos convocáveis<sup>100</sup>.

#### 3.4.4. Conclusão preliminar

Assim, os principais argumentos que suportam a necessidade da verificação de um elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal são: (i) um forte elemento literal, face à previsão do n.º 2 do artigo 36.º, do qual se pode retirar com facilidade a exigência de uma vontade, mais ou menos explícita, de celebração do contrato de sociedade *comercial* e registo da mesma, bem como eventualmente a necessidade do objeto de tal acordo apenas ser a constituição de futura sociedade; (ii) um indício simultaneamente sistemático e teleológico, que resultaria de uma disposição hostil do sistema à eternização da situação de informalidade societária, com forte ênfase no princípio da tipicidade das sociedades comerciais e na aquisição de personalidade e capacidade jurídica societária com o registo, complementado com o facto de o regime do artigo 172.º do CSC tornar a situação de informalidade societária numa situação necessariamente precária e temporária; e (iii) em argumento de cariz mais sistemático, a melhor aptidão do n.º 1 do artigo 36.º para lidar com situações em que não haja uma vontade em vir a constituir uma sociedade.

<sup>97</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 582

<sup>98</sup> SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 179

<sup>99</sup> SANTOS JÚNIOR, *Código das Sociedades Anotado* cit., 178; ISIDORA MARTINHO, *As sociedades comerciais irregulares*, Relatório de Mestrado para a cadeira de Direito Comercial I apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2001), 27

<sup>100</sup> *Infra* em 3.5.2

### 3.5. *Indícios da desnecessidade do elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal*

Revistos os indícios que apontam para a necessidade de verificação de um elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal previsto no n.º 2 do artigo 36.º do CSC, cabe agora verificar se poderão estes ser rebatidos e, adicionalmente, que indícios se podem avançar para defender que a referida disposição não carece da verificação de uma vontade das partes em vir a constituir uma sociedade comercial.

#### 3.5.1. *Indício sistemático-teleológico. O regime português como um sistema de constituição livre e aquisição de capacidade sem dependência do registo. A inaplicabilidade do artigo 172.º do CSC*

A hostilidade expressa por alguns autores à eternização da situação de informalidade societária parece radicada em considerações relativas à tipicidade societária, ao interesse público na segurança jurídica, ao princípio da aquisição da personalidade com o registo e à eternização da situação de informalidade societária. Tal postura parte da visão tradicional segundo a qual o direito societário nacional obedece a uma lógica estrita de atribuição normativa da personalidade jurídica<sup>101</sup>, como se poderia retirar *prima facie* do artigo 5.º do CSC.

No entanto, alguma doutrina nacional mais recente, como Menezes Cordeiro, Costa Gonçalves e Pedro de Albuquerque, rejeita, face à atribuição de capacidade às sociedades informais (e ainda às sociedades não registadas previstas nos artigos 38.º a 40.º), *que o momento aquisitivo de capacidade jurídica da sociedade seja o registo, aproximando o sistema de atribuição normativa à ideia de um sistema de constituição livre*<sup>102</sup>.

Em fundamentação de tal aproximação, Costa Gonçalves sublinha que os dois elementos caracterizadores do sistema de constituição livre podem ser

<sup>101</sup> COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva* cit., 597-598, explica que tal sistema, nos termos do qual só se pode falar de capacidade e personalidade da sociedade após o registo, ditou o entendimento dominante acerca da natureza jurídica das sociedades irregulares/informais como carecendo de qualquer subjetividade jurídica.

<sup>102</sup> *Vide*, no geral, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva* cit., 603, 612 e 630-631, que a propósito do sistema da constituição livre, refere que este assenta no reconhecimento de capacidade jurídica às corporações não registadas e na compreensão do registo não como fator de atribuição de subjetividade jurídica mas sim como fator de atribuição de responsabilidade limitada, sendo que “o privilégio das sociedades comerciais, atribuído pelo registo, não é já o da capacidade mas sim o da limitação da responsabilidade.”; em complemento, COSTA GONÇALVES, *Personalidade e Capacidade* cit., 38-39

encontrados no ordenamento jurídico português (pois os artigos 36.º a 41.º reconhecem capacidade jurídica a sociedades não registadas e porque o registo terá essencialmente um papel liberatório previsto no artigo 19.º, n.º 3<sup>103</sup>, bem como a sujeição às regras relativas ao tipo respetivo e à limitação da responsabilidade, quando aplicável<sup>104</sup>), pelo que a diferença *crucial* entre uma sociedade irregular (*lato sensu*) e uma sociedade registada reside no modo como os sócios respondem pelas situações jurídicas reconduzíveis à sociedade<sup>105</sup>.

Assim, num sistema de constituição livre, a capacidade jurídica existe muito antes do registo do contrato – a *gênese da capacidade é a vontade das partes, sendo que o regime das sociedades informais e das outras sociedades geralmente qualificadas como irregulares denota um aproveitamento máximo da vontade das partes por parte da ordem jurídica*. Sendo uma dada manifestação de vontade insuficiente para ser constitutiva do contrato de sociedade comercial, o sistema jussocietário aproveita-a para nela encontrar uma sociedade civil – a *declaração de vontade é a gênese da capacidade jurídica*.

Menezes Cordeiro também aponta num sentido semelhante e, a propósito das sociedades informais, vem dizer que o n.º 2 do artigo 36.º e a sua “permissão” para o início da atividade social sob o regime das sociedades civis basta para concluir que as sociedades informais dispõem de uma *capacidade geral semelhante à das sociedades ditas “definitivas”*, sendo que a principal diferença reside na responsabilidade de quem pratica os atos relevantes<sup>106</sup>, acabando por afirmar que as sociedades irregulares (incluindo as sociedades informais) são, “*muito claramente*”, *sociedade assentes na vontade das partes*, aproveitadas pela lei até aos limites do possível, constituindo “*peças coletivas erigidas pela vontade das partes e na base da autonomia privada*”, retirando a sua jurídico-positividade de tal von-

<sup>103</sup> COSTA GONÇALVES, em *Pessoa Coletiva* cit., 631, começa por dizer que o registo definitivo do contrato de sociedade não atribui capacidade jurídica às sociedades comerciais, tão-só concedendo o efeito liberatório previsto no artigo 19.º, n.º 3 do CSC, onde se consagra a retroatividade da assunção, pela sociedade regularmente constituída, dos negócios jurídicos celebrados antes do registo, bem como pela liberação do regime de responsabilidade previsto no artigo 40.º do CSC, sendo que tal efeito liberatório não é nada senão a atribuição de uma limitação de responsabilidade que não existia até então, própria do tipo societário em causa. *Vide* a propósito da disposição, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 592; ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 352-353; COSTA GONÇALVES, *Personalidade e Capacidade* cit., 38-44

<sup>104</sup> Neste sentido, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A vinculação das sociedades comerciais anónimas e por quotas*, Vol. I, By the Book, Lisboa (2017), 760-761

<sup>105</sup> COSTA GONÇALVES *Pessoa Coletiva* cit., 631

<sup>106</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 542-543

tade e resultando num contrato que, perante a cláusula geral do artigo 980.º do Código Civil, só poderá ser um contrato de sociedade<sup>107</sup>.

Pedro de Albuquerque, a propósito da construção de Costa Gonçalves, vem subscrever como acertada a “*evidência de manifestações de capacidade de (...) sociedades ainda antes do registo definitivo do contrato e, antes, mesmo, da observância da forma legalmente prevista para a sua celebração*”<sup>108</sup>, afirmando a abundância de existência de “*formas de imputação a sociedades não registadas*”<sup>109</sup> e que, face ao regime das sociedades irregulares *lato sensu*, o direito português prevê um sistema de livre formação para as sociedades comerciais<sup>110</sup>. Adicionalmente, o autor enfatiza que não existe incompatibilidade entre a tipicidade de pessoas coletivas no geral e das sociedades comerciais em particular e a livre constituição, usando os direitos reais (onde “*numerus clausus e liberdade de constituição de situações jurídicas reais partilham plácida e serenamente o mesmo espaço*”) como lugar paralelo<sup>111</sup>, tirando força à ideia segundo a qual a tipicidade é incompatível com a eternização da informalidade societária.

Com efeito, a lei, ao atribuir a uma manifestação de vontade como o contrato de sociedade informal relevância jurídica para a atribuição de capacidade à sociedade informal, *não apresentará hostilidade ao prolongamento da situação de informalidade*. O único ato relevante é a vontade de uma pluralidade de sujeitos em iniciar uma atividade sujeita aos termos entre eles acordados, termos esses de carácter societário e não reconduzíveis a outras figuras contratuais – tal vontade é suficiente para atribuir capacidade jurídica, *não sendo necessário exigir que as partes tenham em mente a futura constituição de uma sociedade comercial*.

Adicionalmente, o entendimento segundo o qual o artigo 172.º torna a situação de informalidade societária necessariamente temporária e precária pode ser objeto de contestação. Tal como referido *supra*, o artigo 172.º diz-nos, na sua parte final, que o requerimento de liquidação judicial pelo Ministério Público quando o contrato de sociedade padeça de *vício de forma* deverá ser feito

<sup>107</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 550-551

<sup>108</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Vinculação* cit., 760

<sup>109</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Vinculação* cit., 761, nomeadamente referências materiais e valorativas do direito privado, nomeadamente a autonomia privada e a vontade “*juridicamente relevante como alicerce da imputabilidade jurídica à sociedade*”, pelo que o princípio da livre constituição se situa no espaço da liberdade jurígena. Segundo o autor, livre constituição deve ser ainda apoiada na liberdade de associação e de iniciativa económica.

<sup>110</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Vinculação* cit., 951-952, reiterando que o princípio da livre constituição mostra-se “*perfeitamente inserido no universo valorativo do [direito civil] e manifesta referências materiais e valorativas fundamentais do direito privado e recebe deles influxo e substancial (...) em especial da autonomia privada (...) [e] a vontade juridicamente relevante como alicerce da imputabilidade jurídica à sociedade*”.

<sup>111</sup> PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Vinculação* cit., 762

se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal.

Com efeito, e conforme se desenvolverá melhor *infra*<sup>112</sup>, o artigo 172.º e a possibilidade de ação que é concedida ao Ministério Público está sempre funcionalmente dependente de um evento prévio, a verificação da nulidade do contrato de sociedade nos termos gerais do CSC – 42.º, n.º 1, al. e)<sup>113</sup>. Como o seu regime só é aplicável ao contrato nulo por falta de forma que já tiver sido registado (o n.º 1 do artigo 42.º refere “*depois de efetuado o registo*”), então o argumento segundo o qual o artigo 172.º traduz necessariamente a natureza precária e temporária da sociedade informal não procede.

Para além do referido *supra*, Hígina Castelo relata nunca ter sido, por iniciativa de um tribunal, declarada a nulidade do contrato de sociedade informal, não indicando nenhum acórdão em que tenha estado em causa uma ação de liquidação judicial proposta pelo Ministério Público com base num contrato de sociedade informal<sup>114</sup>, não tendo o autor também encontrado nenhuma decisão judicial nesse sentido. Pelo contrário, já se encontram acórdãos que convocam a aplicação do regime da liquidação das sociedades civis (previsto nos artigos 1010.º e ss. do Código Civil) e não o regime do CSC quando esteja em causa a dissolução e liquidação de uma sociedade informal<sup>115</sup>.

*A aplicação do regime da liquidação das sociedades civis à sociedade informal*, tal como feito pelo TRC nos dois acórdãos recentes acabados de referir, é relevante na medida em que acaba por afastar a liquidação da sociedade dos fundamentos e do regime do CSC, nomeadamente porque *não determina a existência de uma liquidação emergente de uma eventual nulidade do contrato de sociedade comercial celebrado sem respeito pelos requisitos de forma, mas apenas aplica o regime das sociedades civis*, parecendo sugerir uma certa “normalização” da sociedade informal ao não adotar uma perspetiva patológica desta.

<sup>112</sup> *Infra*, em 4.2.3 e 4.2.5

<sup>113</sup> Vide CAROLINA CUNHA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (org. Jorge Coutinho de Abreu) I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra (2017), 640, que enfatiza que se trata de uma hipótese de ocorrência muito rara e pouco provável, atendendo ao controlo exercido por ocasião do registo.

<sup>114</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 21-22

<sup>115</sup> Acórdão do TRC de 08.09.2015 (CARLOS MOREIRA), Proc. N.º 1262/13.9TBFIG.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): “...provada a existência de sociedade irregular dissolvida por exoneração de uma sócia, e formulado pedido indemnização contra esta pela outra sócia, por exploração em benefício próprio de património social – clientes avançados – após a dissolução, a questão tem de ser decidida não por reporte às regras gerais do incumprimento – artigos 406 e 798º do Código Civil – mas por consideração do regime da liquidação da sociedade – artigos 1010º e ss. do Código Civil ex vi do artigo 36º nº2 do CSC”; em sentido semelhante, Acórdão do TRC de 09.01.2012 (MOREIRA DO CARMO), Processo n.º 335/09.7TJCBR-B, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

3.5.2. *Indício sistemático. O alcance mais reduzido do n.º 1 do artigo 36.º e as fronteiras ténues com o n.º 2 do artigo 36.º*

Em contraposição ao argumento da possível recondução de situações de informalidade societária das quais não resulte claro a intenção dos sócios em vir constituir uma sociedade comercial ao regime do n.º 1 do artigo 36.º do CSC, devem ser referidos dois aspetos importantes: (i) a total ausência de sociedade, tanto sociedade-contrato como sociedade-atividade, do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 36.º; e (ii) a absorção de parte do regime do n.º 1 do artigo 36.º pelo n.º 2.

Quanto ao primeiro, o n.º 1 do artigo 36.º tem sido caracterizado, por alguns autores, como implicando uma ausência de qualquer atividade comum, havendo apenas uma *mera organização societária perceptível por terceiros como uma aparência*, aplicável a situações em que não existe sociedade, informal ou irregular, nem património, nem atividade<sup>116</sup>, ideia que aqui se subscreve. Como se constatou *supra*<sup>117</sup>, a aplicação do regime do n.º 2 do artigo 36.º pressupõe um contrato e uma efetiva atividade.

Quanto ao segundo ponto, deve ser referido que pode ser defendido que, independentemente da posição que se tome quanto aos requisitos de aplicação do n.º 1 do artigo 36.º, as fronteiras entre as situações dos dois números do artigo são algo ténues. Com efeito, Menezes Cordeiro tem uma visão crítica da sua estrutura, dizendo que *não foi “conseguida”, devendo ser aperfeiçoada* através de interpretação sistemática, porque o legislador acabou por consagrar dois regimes de responsabilidade vastamente diferente para situações que, embora distintas, convocam em parte os mesmos interesses a tutelar, até porque em ambos os casos terceiros que interajam com os participantes/sócios apenas estão convictos da existência da sociedade e o regime das sociedades civis é mais adequado e assegura superiores níveis de tutela, pois aí os credores sociais têm um privilégio perante os “bens sociais” face aos credores pessoais dos sócios, nos termos do artigo 999.º do Código Civil<sup>118</sup>. Assim, não haveria necessidade de diferenciar regimes em função da existência de um “acordo” cuja existência nenhum terceiro poderá saber, *pelo que a solução deverá ser a de aplicação das regras das sociedades civis puras, mais benéficas para as partes cujos interesses se procura tutelar*<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 529; HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 10

<sup>117</sup> Em 3.2.

<sup>118</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 529-531

<sup>119</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 531; no mesmo sentido, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva* cit., 604



### 3.5.3. *Indício teleológico. Os interesses em jogo*

O n.º 2 do artigo 36.º deve ser interpretado *em consonância e com respeito aos interesses que ele procura tutelar*. Tal como referido anteriormente, esta disposição procura tutelar, em primeira linha, *os interesses dos terceiros* que interajam com a sociedade informal e, em segunda linha, *os próprios sócios ou participantes*.

Tal tutela é conseguida essencialmente através da remissão para o regime das sociedades civis, conforme descrito *supra*. O regime de responsabilidade previsto no artigo 999.º do Código Civil impõe a exclusão da concorrência de outros credores dos sócios com os credores da sociedade. Além do património social, podem ainda os credores atacar o património pessoal dos sócios quando se mostre insuficiente o património social.

Os terceiros que interagiram com a sociedade informal *encontram-se bem protegidos* por este regime, face à aplicação do n.º 1 ou do regime geral da nulidade<sup>120</sup>, tendo tais terceiros contratado com a sociedade informal e não com os sócios que agiram em seu nome, fazendo-o na convicção razoável de que o património social seria garante preferencial dos seus créditos<sup>121</sup>.

Assim, os credores da sociedade informal, ao poderem executar o seu património em primeiro lugar, *não concorrem com os credores* dos sócios fora do âmbito da sua atividade na sociedade informal.

No entanto, o regime não existe só para proteção de terceiros. Não se retirando dele qualquer intenção de castigar os participantes ou os sócios, ele permite-lhes, através da sua remissão para o regime das sociedades civis, opor aos credores sociais, quando demandados, a falta de excussão prévia do património social que, *“por constituir verdadeiramente o suporte da atividade social”* tem de responder primeiro por ela<sup>122</sup>.

O regime do artigo 36.º, n.º 2 tem uma *forte orientação teleológica no sentido da valoração dos substratos patrimoniais, pessoais e teleológicos já existentes*, fazendo corresponder à sociedade informal o estatuto mais organizado das sociedades civis<sup>123</sup>. Hígina Castelo vem enfatizar, e bem, que restringir o âmbito de aplicação no n.º 2 do artigo 36.º *é deixar de fora do seu alcance um número considerável de sociedade atuantes*, em detrimento dos interesses de todos os envolvidos, sejam sócios ou credores, sem qualquer vantagem<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> TARSO DOMINGUES, *O Regime cit.*, 673

<sup>121</sup> JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares cit.*, 194-195

<sup>122</sup> JOÃO LABAREDA, *Sociedades Irregulares cit.*, 197; e Acórdão do TRP de 13.10.2010 (DEOLINDA VARÃO), Processo n.º 52.08, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>123</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial cit.*, 141

<sup>124</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 17

Regressando ao ponto anterior – o da fronteira entre o regime das sociedades ditas aparentes e as sociedades informais – aplica-se aqui o mesmo raciocínio: o regime do n.º 2 do artigo 36.º, ao remeter para o regime das sociedades civis, está a tutelar os interesses tanto dos terceiros que contratam com a sociedade informal como dos seus participantes, não sacrificando os interesses daqueles em prol destes. Assim, uma interpretação que tenha em conta todos os dados do sistema não pode deixar de incluir situações de informalidade societária que não se reconduzam imediatamente à letra do n.º 2 do artigo 36.º. O alcance do regime é amplo e deve, por isso, também abranger as situações em que não se verifique uma vontade dos participantes em vir a constituir uma sociedade comercial.

Este argumento pode perder força caso se aceite a aplicação indiferenciada do regime das sociedades informais e das sociedades civis, conforme desenvolvido *infra*<sup>125</sup>.

#### 3.5.4. Indício prático. Normalização jurisprudencial das sociedades informais?

A jurisprudência dos tribunais nacionais tem seguido, na maioria dos casos a que se teve acesso, uma atitude favorável à continuidade das sociedades informais, não apresentando uma hostilidade explícita à eternização da informalidade societária.

Tal atitude de *tendencial normalização* é patente em muitas decisões que julgaram procedentes pedidos de *prestação de contas* e de *inquérito judicial* no âmbito de sociedades que funcionam nos moldes previstos no n.º 2 do artigo 36.º<sup>126</sup>, sem terem necessariamente decretado a nulidade da sociedade ou posto qualquer entrave à continuação da sua atividade. Apesar de tal poder indiciar uma

<sup>125</sup> *Infra*, em 5.4

<sup>126</sup> No Acórdão do STJ de 07.10.1999 (NORONHA DO NASCIMENTO), Proc. N.º 99B494, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em virtude da equiparação das sociedades irregulares a sociedades civis nos seus efeitos com terceiros, tese confirmada pelo artigo 36.º, n.º 2, que torna aplicável o artigo 988.º, n.º 2 do Código Civil; no Acórdão do STJ de 19.11.1996 (MACHADO SOARES), Proc. N.º 644/96, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), ao dizer que “qualquer sócio de uma sociedade irregular, tal como sucede (...) no âmbito das sociedades civis (...) pode exigir prestação de contas ao sócio gerente, enquanto não se proceda à liquidação”; e no Acórdão do STJ de 13.01.2005 (FERREIRA GIRÃO), Proc. N.º 04B3799, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), diz que “[a]té se verificar a sua legal formalização, a sociedade (...) rege-se pelas disposições das sociedades civis – n.º2 do artigo 36 do Código das Sociedades Comerciais –, pelo que o [sócio] e relativamente aos bens, entradas, lucros e prejuízos que a integram, só pode exigir do outro sócio (...), como gestor em nome alheio e próprio da atividade societária, a prestação de contas nos termos do artigo 1014 do Código de Processo Civil e ao abrigo do disposto nos artigos 987, n.º1 e 1161, alínea d), ambos do Código Civil.”; *idem* no Acórdão do TRP de 10.03.1997 (GUIMARÃES DIAS), Processo N.º 720/96, disponível em [www.jusnet.pt](http://www.jusnet.pt)

tolerância para com a continuidade da sociedade e um afastamento da nulidade do contrato de sociedade informal, uma das decisões consultadas sublinha que a sociedade informal em causa seria “*nula por falta de forma, já que não se constituiu por escritura pública*”, sendo que a não declaração da nulidade não prejudicaria a obrigação de prestação de contas<sup>127</sup>, e outra parece pressupor que a liquidação é o fim natural das sociedades informais<sup>128</sup>.

Também já foi testada em tribunal a possibilidade de *exoneração de sócios* de uma sociedade informal, dizendo o TRC, no já referido acórdão de 8 de setembro de 2015<sup>129</sup> que, aplicando-se o regime da sociedade civil, não tendo sido convenionado prazo para a duração da sociedade, todo o sócio tem o direito de se exonerar livremente (nos termos do artigo 1002.º, n.º 1 do Código Civil), só produzindo efeitos no final do ano social em que é feita a comunicação.

No já referido acórdão do STJ de 8 de novembro de 2005, o tribunal, após reconduzir determinada relação jurídica ao n.º 2 do artigo 36.º, *confirmou a condenação de uma das partes a integrar no património da sociedade informal um conjunto de bens*, pois tais bens foram adquiridos para o desenvolvimento do seu escopo social<sup>130</sup>.

O STJ, em acórdão de junho de 2012<sup>131</sup>, veio referir que a situação prevista no n.º 2 do artigo 36.º *foi considerada “normal” pelo legislador*, que expressamente manda aplicar o regime das sociedades civis, dando-lhe expresse tratamento jurídico, procedendo a considerar não abusiva a conduta de um dos participantes que exigiu a prestação de contas e a destituição de si mesmo do cargo de administrador da sociedade, situação à qual aplicou as normas relevantes no regime das sociedades civis. Este juízo de “normalidade” foi ecoado também pelo TRC em acórdão de 14 de abril de 2015<sup>132</sup>, ao dizer que as situações geralmente referidas como “sociedades irregulares” são situações que a lei “*reputa como situações normais e não como situações irregulares*”, conferindo-lhes, por isso, relevo jurídico, como se retira dos artigos 36.º a 40.º do CSC.

<sup>127</sup> Acórdão do STJ de 07.10.1999 (NORONHA DO NASCIMENTO), Proc. N.º 99B494, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>128</sup> Acórdão do STJ de 19.11.1996 (MACHADO SOARES), Proc. N.º 644/96, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>129</sup> Acórdão do TRC de 08.09.2015 (CARLOS MOREIRA), Proc. N.º 1262/13.9TBFIC.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>130</sup> Acórdão do STJ de 08.11.2005 (AZEVEDO RAMOS), Proc. N.º 05A2740, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>131</sup> Acórdão do STJ de 12.06.2012 (ANTÓNIO JOAQUIM PIÇARRA), Processo n.º 1267/03, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>132</sup> Acórdão do TRC de 14.04.2015 (BARATEIRO MARTINS), Processo n.º 959/11, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Em acórdão de 24 de janeiro de 2006<sup>133</sup>, o TRP afirmou que, “*enquanto não for sanado o vício da irregularidade ou for a sociedade liquidada [presumivelmente por vontade das partes] a sociedade irregular mantém a sua vitalidade, mas com subordinação ao regime fixado para as sociedades civis.*”

A listagem precedente de acórdãos parece levar a duas conclusões distintas mas relacionadas:

Em primeiro lugar, a jurisprudência que analisa as pretensões dos sócios de sociedades informais relativas a prestações de contas ou exoneração de sócios, ao fazê-lo através de um prisma de normalidade, *presume a possibilidade de continuidade da situação de irregularidade sem a sujeitar necessariamente a um juízo sequencial* nem exigindo expressamente que as partes queiram vir a constituir uma sociedade comercial.

Em segundo lugar, uma leitura conjugada desses acórdãos com os últimos três referidos, que põem *uma ênfase interessante na “normalidade” da informalidade societária, mais uma vez afastando a informalidade do domínio patológico*, permite que se retire a seguinte conclusão: a informalidade – ou irregularidade, como é normalmente referida – *não será necessariamente precária e temporária*. É certo que pode “avançar” para novas fases – a sociedade pré-registo ou a sociedade comercial plenamente constituída – mas não se retira destes acórdãos uma *ine-xorabilidade* desse desfecho, nada parecendo impedir os participantes de manter esta situação *ad aeternum* se assim julgarem conveniente.

### 3.5.5. *Conclusão preliminar. O regime aponta no sentido da desnecessidade de verificação do elemento volitivo-sequencial*

Como se viu nas páginas precedentes, uma interpretação literal do n.º 2 do artigo 36.º, conjugada com elementos sistemáticos e teleológicos, aponta no sentido do contrato referido no n.º 2 do artigo 36.º exigir a presença do tal elemento volitivo-sequencial – *as partes devem ter a intenção de vir a constituir uma sociedade comercial*. Assim, para que um determinado negócio jurídico entrasse no âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 36.º, seria pressuposto essencial que os participantes quisessem, através de tal acordo, vir a constituir uma sociedade comercial.

No entanto, e de forma preliminar, dir-se-á que os indícios do contrário – da desnecessidade de verificação de tal elemento volitivo-sequencial – são mais fortes e rebatem alguns dos argumentos apresentados em sentido contrário.

<sup>133</sup> Acórdão do TRP de 24.01.2006 (EMÍDIO COSTA), Processo n.º 6922/05, disponível em [www.jusnet.pt](http://www.jusnet.pt)

Em primeiro lugar, conforme demonstrado, ao subscrever-se a mais recente doutrina sobre a natureza do sistema jussocietário português como um sistema de tendencial livre constituição no qual a capacidade (e não necessariamente a personalidade) coletiva se adquire não por um ato ou um rito formal (como o registo) mas essencialmente através da vontade das partes, a suposta incompatibilidade da perpetuação da sociedade informal com o princípio da tipicidade e com a regra geral de atribuição de personalidade jurídica pelo registo torna-se muito mais *relativa*, sendo que o sistema apresenta abertura suficiente para considerar atos de vontade das partes como constitutivos de *uma relação de natureza societária valorada pelo direito como tal*. Em complemento, deve referir-se que o artigo 172.º do CSC se encontra instrumentalizado face às regras gerais da liquidação, subscrevendo-se aqui a tese segundo a qual o artigo 42.º, n.º 1 al. e) se aplica a casos de sociedades já registadas e não a casos de informalidade societária, o que reforça a ideia segundo a qual a sociedade informal não corresponde a uma situação necessariamente precária e temporária.

Em segundo lugar, defende-se aqui que o n.º 1 do artigo 36.º abrangerá as situações em que inexistir qualquer acordo de natureza societária e qualquer atividade associada e, mesmo que se concedesse tal ponto, a distinção radical feita entre as duas situações previstas no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 36.º – a dita sociedade aparente e a sociedade informal, respetivamente – é altamente questionável, absorvendo o n.º 2 um número considerável de situações normalmente reconduzíveis ao n.º 1 do artigo 36.º.

Adicionalmente, o regime que resulta da remissão do n.º 2 do artigo 36.º para o regime das sociedades civis *tutela os interesses das partes envolvidas, especialmente dos terceiros credores*, tendo um sentido amplo e não podendo de deixar abranger o maior número possível de situações, não fazendo sentido deixar de fora do seu alcance as situações em que não verifique a presença de tal elemento volitivo-sequencial.

Finalmente, a jurisprudência tem, na maioria dos casos, procurado enfatizar a “normalidade” da informalidade societária, afastando-a do domínio mais patológico da irregularidade ou da nulidade do contrato e perspetivando-a como um fenómeno valorativamente mais neutro.

Assim, retira-se de todos estes elementos que a perpetuação ou a eternização da informalidade societária não estão necessariamente desalinhasdas com o sistema e não são incompatíveis com os interesses que o regime procura tutelar. Como vimos, a sua situação não é precária e pode até ser considerada “normal”, a sua génese é perfeitamente admissível num sistema de constituição livre e o n.º 2 do artigo 36.º está teleologicamente orientado para abranger um vasto leque de situações, não fazendo sentido excluir situações de informalidade societária do seu âmbito apenas porque as partes não quiseram vir a constituir

uma sociedade comercial. Assim, o critério decisivo é a existência de um contrato – não necessariamente para constituir uma sociedade comercial – mas que reúna os elementos mínimos referidos *supra*.

Na II Parte veremos quais os problemas levantados pela conclusão a que ora se chegou, e como e se podem ser ultrapassados.