

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

ANTÓNIO GARCIA ROLO\*

SUMÁRIO: 4. *A deslocação da informalidade societária para o regime da sociedade civil: 4.1. Introdução – o problema; 4.2. A natureza e validade do contrato de sociedade informal. A discussão na doutrina e na jurisprudência: 4.2.1. A tese da nulidade limitada nos efeitos; 4.2.2. A tese da conversão; 4.2.3. A tese da dualidade contratual; 4.2.4. O contrato de sociedade informal como ato preparatório; 4.2.5. Conclusão preliminar; 4.3. A confusão entre o contrato de sociedade informal e o contrato de sociedade civil; 4.4. Posição adotada. A aplicação indiferenciada do regime das sociedades civis e o contrato de sociedade informal como contrato de sociedade civil. 5. Conclusão.*

## **4. A deslocação da informalidade societária para o regime da sociedade civil**

### **4.1. Introdução – o problema**

Face à conclusão a que se chegou na I Parte<sup>1</sup> no sentido da desnecessidade da verificação de um elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade

\* 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.

informal, devemos perguntar o seguinte – se se considerasse a presença de um elemento volitivo-sequencial como essencial, quais seriam as consequências da sua não-verificação?

Tendo em conta que tal situação corresponderia, em muitos casos, a um acordo entre duas ou mais pessoas para exercerem em comum uma determinada atividade económica e partilharem os ganhos e participarem nas respetivas perdas, então muito provavelmente estaríamos perante um contrato de sociedade civil. Tal conclusão pode causar perplexidade – qual o interesse da determinação da necessidade de verificação do elemento volitivo-sequencial se a consequência prática da sua não verificação é a mesma do que a da sua verificação, *i.e.*, a aplicação do regime da sociedade civil? Será que o contrato de sociedade informal não é um contrato de sociedade comercial com vício de forma, mas antes um contrato de sociedade civil?

Para abordar estas preocupações, o presente capítulo procurará: (i) perceber como é que a doutrina tem configurado a natureza e validade do contrato de sociedade informal referido no n.º 2 do artigo 36.º; (ii) se existem diferenças entre o contrato de sociedade informal e o contrato de sociedade civil e se são significativas para distinguir as duas figuras; e (iii) face à irrelevância do elemento volitivo-sequencial, ensaiar uma reconfiguração do contrato de sociedade informal previsto no n.º 2 do artigo 36.º e tentar determinar qual a sua relação com o contrato de sociedade civil.

#### **4.2. *A natureza e validade do contrato de sociedade informal. A discussão na doutrina e na jurisprudência***

Um dos problemas centrais do regime da informalidade societária é a determinação da natureza da relação entre duas constatações aparentemente incompatíveis: (i) o facto da falta de formalização do contrato de sociedade constituir um vício de forma sancionado com nulidade nos termos gerais do artigo 220.º do Código Civil e nos termos especiais dos artigos 7.º, 41.º e 42.º, n.º 1, al. e) do CSC; e (ii) o “tempero” imposto pelo n.º 2 do artigo 36.º através da sujeição de tais situações ao regime da sociedade civil<sup>2</sup>.

Assim, cabe determinar que mecanismo está realmente subjacente ao n.º 2 do artigo 36.º. A doutrina e a jurisprudência têm dado várias respostas: (i) um regime de nulidade limitada nos efeitos; (ii) um regime de conversão *ope legis*

<sup>1</sup> Publicada no último número da *Revista de Direito das Sociedades*, Ano XI 3/4, 537-574.

<sup>2</sup> Conforme posto por ENGRÁCIA ANTUNES, “As sociedades em formação: sombras e luzes”, em *Cadernos Direito Privado* 14 (2006), 34

de um contrato de sociedade comercial inválido em contrato de sociedade civil válido; ou (iii) um regime que prevê a celebração de um contrato distinto.

#### 4.2.1. *A tese da nulidade limitada nos efeitos*

Que o autor do presente trabalho saiba, nenhum autor ou tribunal alguma vez se pronunciou a favor da aplicação plena do regime geral da nulidade ao contrato de sociedade comercial celebrado em desconformidade com os requisitos de forma, até porque tal asserção colidiria necessariamente com a estatuição do artigo 36.º, n.º 2, que manda aplicar o regime das sociedades civis às relações internas e externas das partes.

Com efeito, os artigos 41.º, 42.º, n.º 1, al. e) e 172.º do CSC preveem um regime especial de nulidade do contrato de sociedade por inobservância de regras de forma, levando alguns autores a caracterizar o regime das sociedades informais como um regime de nulidade *com efeitos mitigados ou limitados*, considerando que o regime do n.º 2 do artigo 36.º (que se encontra em relação de especialidade com o regime geral do artigo 220.º do Código Civil) cria um *regime especial de nulidade*, onde os efeitos gerais da declaração de nulidade<sup>3</sup> previstos no artigo 289.º do Código Civil, tais como o dever de restituição, são substituídos por um regime especial. Segundo este entendimento, a remissão para o regime das sociedades civis terá emergido do facto de o legislador ter entendido que seria nefasto submeter tal realidade ao regime geral da nulidade, tendo preferido, para melhor tutela de terceiros e de credores, que a validade dos negócios celebrados pela sociedade não fosse posta em causa e que os terceiros não estivessem impedidos de reclamarem dos sócios a responsabilidade pelas dívidas sociais<sup>4</sup>.

Manuel António Pita, em opinião integrável nesta corrente mas relativamente diferenciada, começa por esclarecer que o artigo 36.º, n.º 2, no que diz respeito aos vícios do contrato, nomeadamente a invalidade por falta de forma, é uma norma “neutra”, pois o seu regime de responsabilidade aplicar-se-á tanto a situações em que a invalidade tenha sido declarada como a situações em que a invalidade tenha sido superada<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> *Vide*, para uma introdução, MENEZES CORDEIRO, *Tratado II* cit., 921 e ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil* cit., 262-266; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra (2015), 646 e ss.; MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., 608-612

<sup>4</sup> ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário I* cit., 585; TARSO DOMINGUES, *O Regime* cit., 969 e 974

<sup>5</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 306-307, diz que a função da norma é a definição do regime de responsabilidade aplicável a uma atividade social que, habitualmente, tem lugar na fase prepara-

O autor prossegue dizendo que a “sociedade irregular” por falta de cumprimento de requisitos de forma seria “*nula como contrato*”, tal nulidade sendo invocável a todo o tempo por qualquer interessado nos termos gerais, distinguindo, no entanto, dois planos – o plano do contrato de sociedade, onde se verificaria a nulidade (sanável)<sup>6</sup> nos termos gerais; e o plano da atividade exercida pelos sócios e regida pelo n.º 2 do artigo 36.º, atividade que seria valorada e cujos atos não poderiam ser invalidados com fundamento na nulidade do contrato de sociedade, tese que apoia com referência adicional ao artigo 52.º, n.º 2, nos termos do qual a eficácia dos negócios anteriores não é afetada pela declaração da nulidade do contrato<sup>7</sup>.

Pelo menos um tribunal pronunciou-se num sentido alinhável com as opiniões expostas acima, ao rejeitar expressamente a tese da conversão explicada abaixo. Com efeito, o TRP, em acórdão de 22 de janeiro de 2002<sup>8</sup>, relativo a uma situação em que duas pessoas se haviam associado em ordem a eventualmente constituir uma sociedade por quotas mas em que o acordo nunca havia sido formalizado, reconduzindo a situação ao n.º 2 do artigo 36.º, veio dizer que seria errado pensar que a sociedade irregular “se transmuda” (rejeitando a próxima tese, a tese da conversão) enquanto o contrato não for reduzido a escritura pública (segundo as normas então vigentes) em sociedade civil, subcrevendo a tese de que a falta de forma implica a nulidade do contrato de sociedade comercial. Segundo o tribunal, quando as partes dão início à atividade social imediatamente, a lei é sensível à teia de relações negociais que se estabelecem, pelo que as consequências da declaração de nulidade nos termos gerais não se revelariam adequadas, conciliando a lei os interesses em jogo e remetendo a solução para as sociedades civis nas relações internas e externas. No referido acórdão, o TRP acrescenta ainda que o artigo 172.º CSC diz que a falta de forma do contrato de sociedade impede a sociedade de existir,

tória da constituição da sociedade. Segundo o autor, tal situação provisória poderá evoluir em dois sentidos: (i) o sentido normal levará à concretização da intenção de celebrar o contrato por escritura pública, sendo que os direitos e as obrigações emergentes daquela atividade poderão ser especificados no contrato e expressamente ratificados, conforme previsto no artigo 19.º, n.º 1, al. c); ou (ii) as pessoas que acordaram a constituição de uma sociedade comercial podem continuar a desenvolver a sua atividade por algum tempo, como se o contrato fosse válido e a sociedade regular – nesse caso, diz o autor, “*saímos do quadro da fase preparatória da constituição da sociedade*”, tendo-se ultrapassado a “*fase da pré-vida da sociedade*” e tendo-se entrado “*na irregularidade*”.

<sup>6</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, em *O Regime* cit., 312, densifica este ponto dizendo que a nulidade por falta de forma da sociedade comercial é sanável e que, nesta possibilidade de sanção está o meio que permite à sociedade iniciada sob a proteção provisória do n.º 2 do artigo 36.º continuar a viver.

<sup>7</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 310

<sup>8</sup> Acórdão do TRP, de 22.01.2002 (MANSO RAÍNHO), Proc. N.º 0121073, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

obrigando à liquidação da mesma, por iniciativa dos sócios ou do Ministério Público.

#### 4.2.2. *A tese da conversão*

Outro entendimento possível é a chamada teoria da conversão, ou seja, a ideia segundo a qual o artigo 36.º, n.º 2 prevê a invalidade do contrato de sociedade comercial, mas opera uma conversão *ope legis* da sociedade inválida em sociedade civil, emergindo daí uma sociedade civil e sendo-lhe aplicável o artigo 981.º do Código Civil, não podendo a sociedade informal ser posteriormente declarada nula por falta de forma<sup>9</sup>.

De relembrar que, pela conversão<sup>10</sup>, um negócio jurídico nulo ou anulado pode aproveitar-se, como negócio diverso, desde que reunidos determinados requisitos legais. A conversão é, regra geral, condicionada pelo artigo 293.º do Código Civil, e os seus pressupostos são (i) a existência de uma invalidade; (ii) a manutenção dos requisitos substanciais e formais essenciais; e (iii) o respeito pela vontade conjetural ou hipotética das partes<sup>11</sup>. Num caso como o do n.º 2 do artigo 36.º, a conversão em causa seria uma *conversão legal*, modalidade de conversão na qual estes requisitos podem sofrer uma relativização<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> PINTO FURTADO, *Curso de Direito* cit., 211, empregando a expressão “sociedades imperfeitas” dizia que o artigo 36.º, n.º 2 configurava a hipótese como uma invalidade do contrato, por vício de forma, e operava a conversão da sociedade comercial de facto em sociedade sob forma civil *ope legis*, incluindo o seu regime jurídico e a falta de personalidade jurídica, apesar de ser dotada de personalidade judiciária.

<sup>10</sup> Que CARVALHO FERNANDES, em *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, Quid Juris, Lisboa (1993), 472, faz corresponder a uma “re-valoração do comportamento negocial das partes mediante a atribuição de uma eficácia sucedânea da que a ela se se ajustaria se respeitasse os requisitos de validade e eficácia do negócio que eles intentaram celebrar”.

<sup>11</sup> *Vide*, para uma análise aprofundada dos pressupostos da conversão, CARVALHO FERNANDES, *A Conversão* cit., 237-346; apenas autonomizando os dois últimos pressupostos, mas pressupondo a invalidade como requisito, MENEZES CORDEIRO, *Tratado II* cit., 953-955; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil* cit., 269; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral* cit., 662-664, enfatizando a conversão como uma das mais importantes manifestações do *favor negotii*; MOTA PINTO, *Teoria Geral* cit., 630-34

<sup>12</sup> CARVALHO FERNANDES, em *A Conversão* cit., 648, vem dizer que a nota particular da conversão legal, que a demarca da conversão comum, prende-se com o facto de aquela não depender de uma vontade conjetural favorável; em sentido distinto, MENEZES CORDEIRO, em *Tratado II* cit., 957, vem dizer que, nas hipóteses de conversão legal – o que, segundo os partidários da teoria da conversão, seria o caso do n.º 2 do artigo 36.º – o facto de a lei indicar o destino dos negócios atingidos não quer dizer que não é possível bloquear a conversão legal pela não ocorrência dos requisitos do 293.º do Código Civil.

A doutrina da conversão foi inicialmente proposta por Ferrer Correia ainda à luz do direito pretérito, ou seja, do entretanto revogado artigo 107.º do Código Comercial, que dispunha que se teriam por não existentes as sociedades com fim comercial que não se constituíssem “*nos termos e segundo os trâmites indicados [no Código], ficando todos quantos em nome dela contratarem obrigados pelos respetivos atos, pessoal, ilimitada e solidariamente*”, abrangendo situações diversas como a falta de escritura pública, falta de menção essencial, nulidade de cláusula, falta de registo e falta de publicações obrigatórias<sup>13</sup>.

Ferrer Correia começava por dizer que a nulidade prevista no preceito então em vigor não seria inconciliável com a responsabilidade “*do que quer que seja que possa considerar-se subsistente no lugar da sociedade comercial que os contraentes pretenderam constituir*”. Ao qualificar a tal “*outra coisa*”, Ferrer Correia dizia logo que não seria uma sociedade civil, reconhecendo que se tal fosse o caso, a situação seria mais favorável aos credores<sup>14</sup>. Tal doutrina aparecia na altura como contraponto à doutrina da comunhão de facto, defendida por Abranches Ferrão e Pinto Coelho<sup>15</sup>, tese que, segundo Ferrer Correia, não assegurava tanta proteção aos credores como a conversão em sociedade civil<sup>16</sup>.

Segundo este entendimento, a lei, admitindo a responsabilidade da “*sociedade irregular*” procede, implicitamente, a uma conversão, convertendo o contrato celebrado (nulo como ato constitutivo de uma sociedade comercial de certo tipo) noutra contrato, válido, de natureza e fim análogos, contrato esse que Ferrer Correia dizia ser um contrato de sociedade civil<sup>17</sup>.

A tese da conversão encontra também adesão na jurisprudência dos tribunais superiores. Um dos primeiros acórdãos a pronunciar-se sobre o regime

<sup>13</sup> Vide JOSÉ TAVARES, *Sociedades e empresas comerciais*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra (1924), 370; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, “O problema das sociedades irregulares”, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (1947), 9–10; BARBOSA DE MAGALHÃES, “Quando é que uma sociedade comercial é irregular?”, *Jornal do Fôro*, 16, Afonso e Moita, Lisboa (1952), 1–78, 10–11, 24–25; Com divergências relativamente à questão da inclusão de vícios de fundo ou substanciais, cf., para um resumo de posições, MANUEL ANTÓNIO PITA, *O Regime* cit., 192 e, mais especificamente, pela inclusão de vícios de forma apenas, ABRANCHES FERRÃO, *Das sociedades comerciais irregulares: exegese dos artigos 107.º do Código Comercial e 61.º da lei de 11 de abril de 1901*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra (1913), 4–6; JOSÉ TAVARES, *Sociedades* cit., 370; e, pela inclusão adicional de vícios de “fundo” ou de substância, CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. I, Editora José Bastos, Lisboa (1914), 218; e BARBOSA MAGALHÃES, *Quando* cit., 25–26.

<sup>14</sup> FERRER CORREIA, *Lições* cit., 371

<sup>15</sup> *ide*, ABRANCHES FERRÃO, *Sociedades Comerciais* cit., 57 e 75–78; e PINTO COELHO, *O Problema* cit., 6, 26–28, 40–41

<sup>16</sup> FERRER CORREIA, *As Sociedades Comerciais* cit., 510–511

<sup>17</sup> FERRER CORREIA, *Lições* cit., 372

do CSC foi o acórdão do STJ de 19 de novembro de 1996<sup>18</sup>, que veio dizer que: “... [a] sociedade irregular não é uma sociedade inválida, perante a nossa lei, não se justificando, por isso, a declaração da sua invalidade (...) [a] sua existência poderá apenas quando ocorra o respetivo condicionalismo, postular a sua liquidação (...) [a] sociedade irregular não se confunde com os sócios, sendo algo que está para além deles, «um quid» por quem eles agem, consubstanciando como que um centro autónomo de interesses, distinto dos sócios e muitas vezes em oposição a eles e constituindo um património autónomo, subordinado a um regime próprio de responsabilidade por dívidas...”, ou o acórdão do mesmo tribunal de 8 de novembro de 2005, ao subscrever o entendimento do tribunal *a quo* segundo o qual “as sociedades comerciais irregulares se convertem em sociedades civis”<sup>19</sup>.

Nestes acórdãos, onde a base legal foi sempre o n.º 2 do artigo 36.º, concluiu-se que o contrato celebrado por falta de forma seria nulo (na altura por não ter sido celebrado com escritura pública), e que não se constituía uma sociedade comercial propriamente dita, mas que tal sociedade estaria sujeita ao regime das sociedades civis, com o segundo a ir mais longe ao dizer que as sociedades irregulares ou informais se convertiam em sociedades civis.

#### 4.2.3. *A tese da dualidade contratual*

Finalmente, há que atentar à tese de Hígina Castelo, que sustenta a existência de dois contratos distintos: o “acordo” referido no n.º 2 do artigo 36.º, celebrado antes da celebração válida do contrato de sociedade, e o contrato de sociedade comercial validamente celebrado<sup>20</sup>. A autora qualifica o acordo do n.º 2 do artigo 36.º como um “contrato associativo *sui generis* que não é [e] não pode vir a ser, contrato de sociedade comercial nem contrato de sociedade civil”, não estando sujeito a qualquer tipo de sanção, nomeadamente em temas relativos à sua forma, que não a inexistência de personalidade jurídica<sup>21</sup>.

Segundo a autora, as normas do CSC que dispõem sobre invalidades do contrato e liquidação da sociedade aplicam-se apenas a contratos de sociedade comercial celebrados em cumprimento dos requisitos de forma do artigo 7.º (bem como a regra geral do artigo 220.º) porque falamos de dois contratos

<sup>18</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>19</sup> Acórdão do STJ de 08.11.2005 (AZEVEDO RAMOS), Proc. N.º 05A2740, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>20</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 10

<sup>21</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 27

diferentes, o contrato de sociedade informal previsto no n.º 2 do artigo 36.º e o contrato de sociedade comercial propriamente dito<sup>22</sup>.

Quanto ao emprego do artigo 41.º, n.º 1, do CSC, onde se diz que “*enquanto o contrato de sociedade não estiver definitivamente registado, a invalidade do contrato ou de uma das declarações negociais rege-se pelas disposições aplicáveis aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis*”, diz a autora que tal argumento peca por querer aplicar ao contrato de sociedade informal uma norma que apenas se aplica a contratos de sociedade comercial já celebrados mas ainda não registados<sup>23</sup>.

Adicionalmente, diz a autora, o artigo 42.º, n.º 1 e) (e, por extensão, o já visto artigo 172.º), que dispõe que, depois de efetuado o registo definitivo do contrato de sociedade, pode este ser declarado nulo por não ter sido observada a forma legalmente exigida, amiúde citado pelos defensores da invalidade do contrato, pressupõe um contrato de sociedade de capitais definitivamente registado que seja nulo por falta de forma, registo incompatível com a informalidade societária. Segundo o seu entendimento, tal regime será de rara aplicação, restrita a casos como a hipótese onde duas pessoas celebram por escrito particular um contrato de sociedade por quotas e parte das entradas são imóveis, conseguindo, através de uma “*muito improvável distração do conservador*”, registar tal contrato – nesse caso, sendo exigida forma mais solene, o contrato celebrado por escrito particular é nulo e aí aplica-se o artigo 42.º, n.º 1, al. e)<sup>24</sup>. Além disso, enfatiza a autora, a *ratio* da norma do artigo 42.º, n.º 1, al. e), conjugado com o artigo 52.º, é a de “*permitir a queda da personalidade jurídica da sociedade e a satisfação dos credores através dos patrimónios pessoais dos sócios*”, *ratio* essa que não se justifica na situação de informalidade societária, *porque não chegou a ser concedida personalidade jurídica à sociedade*<sup>25</sup>.

Assim, segundo esta tese, o contrato previsto no artigo 36.º, n.º 2, não constitui um contrato de sociedade comercial nulo porque o conjunto de atos em causa tem, *ab initio*, uma outra qualificação, uma natureza jurídica e um regime próprios,<sup>26</sup> podendo ser qualificado como um contrato associativo *sui generis*, que não é, nem pode vir a ser, contrato de sociedade comercial nem contrato de sociedade civil<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 27

<sup>23</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 19

<sup>24</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 19; no mesmo sentido, *vide* CAROLINA CUNHA, *CSC em Comentário I cit.*, 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>25</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 20

<sup>26</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 16

<sup>27</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 27



A autora conclui que não é justificável a aplicação das normas sobre invalidades do contrato de sociedade comercial e sobre a sua liquidação do CSC à sociedade informal, uma vez que os sócios desta são pessoal, solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas, protegendo bastante bem os credores nos termos já vistos *supra*, sendo uma situação não desejável, mas também só a eles imputável<sup>28</sup>.

#### 4.2.4. *O contrato de sociedade informal como ato preparatório*

Apesar de o autor do presente estudo não ter conhecimento de nenhum nome na doutrina que reconduza o contrato de sociedade informal ao tema dos atos preparatórios, o facto de estarmos perante um conjunto de atos que pode ser configurado como uma fase no *iter* cujo fim será a celebração do contrato de sociedade comercial na sua plenitude torna relevante dedicar alguns parágrafos ao tema da recondução deste acordo ao conceito de ato preparatório.

Com efeito, nem todos os negócios jurídicos, muito menos contratos de sociedade, se formam no âmbito do esquema clássico da formação do contrato – uma proposta e uma aceitação – podendo a liberdade das partes introduzir outros elementos nesse processo.

Tais atos são conhecidos por vários epítetos, consoante o autor em causa, podendo-se destacar conceitos mais amplos como “atos preparatórios”<sup>29</sup> e “expedientes pré-contratuais”<sup>30</sup> ou conceitos mais restritos, como “acordos pré-contratuais”<sup>31</sup> e “acordos intermédios”<sup>32</sup>. Nesta categoria ampla de “atos preparatórios”, locução que se utilizará por facilidade de expressão e pela sua

<sup>28</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 27-28

<sup>29</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado II cit.*, 296: “*todos aqueles [atos] que, inserindo-se, pelo seu objetivo, no processo de formação de um contrato, não possam reconduzir-se à proposta, à aceitação ou à rejeição, relativamente ao contrato definitivamente pretendido*”, dividindo-se entre atos preparatórios materiais e jurídicos, consoante se expressem como “*simples modificações do mundo material*” ou antes impliquem atividades de “*puro significado jurídico*”, enfatizando que os atos preparatórios materiais podem incluir, por exemplo, o ato de se sentar numa reunião; e os jurídicos podem incluir o pacto quanto à forma do futuro e eventual contrato.

<sup>30</sup> FILIPE MATOS, em “A fase preliminar do contrato”, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, III, Coimbra Editora, Coimbra (2006), 309-368, 343-344

<sup>31</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, em “Contrato Formal e Pré-Contrato Informal”, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, II, Coimbra Editora, Coimbra (2006), 349-365, 358, define o que chama “acordos pré-contratuais” como “*acordos não-contratuais preparatórios da celebração de um contrato*”.

<sup>32</sup> SANTOS JÚNIOR, em “Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das Negociações para a Celebração de um Contrato”, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57 (1997), 565-604, 588,

amplitude, incluir-se-ão todos os entendimentos, de natureza contratual ou não, orientados para a preparação da celebração de um contrato, que se inserem ou têm um papel típico no processo de formação de um contrato dito “final”.

Parece ponto assente que os atos preparatórios se caracterizam pela presença de um duplo critério *cronológico* e *teleológico* – têm lugar *antes* da celebração de um contrato “final” e são *funcionalmente orientados* para celebração deste.

Tendo em conta o laconismo do legislador no preenchimento e na configuração unitária do conceito de atos preparatórios, diferentes autores avançam distinções e divisões distintas dos vários atos social e/ou legalmente típicos, levando à listagem de variadíssimas categorias e submodalidades<sup>33</sup>.

No conceito de atos preparatórios incluir-se-ão atos socialmente típicos, como documentos nos quais as partes vão exarando os diversos pontos a inserir no futuro contrato à medida que sejam acordados, as *letters of intent*<sup>34</sup>, as atas de reuniões ou trocas de correspondência de onde resultem acordos setoriais obtidos pelas partes<sup>35</sup> e outros legalmente tipificados, nomeadamente vários contratos instrumentais, *i.e.*, contratos que não visam regular, de modo direto,

define-os como os diversos acordos “*que, por ocorrerem entre o início e o termo das negociações, podem ser assim designados*”.

<sup>33</sup> MENEZES CORDEIRO, em *Tratado II* cit., 296, distingue os atos preparatórios jurídicos vinculativos e os não-vinculativos (também chamados de acordos pré-contratuais) conforme obriguem, ou não, as partes a práticas posteriores, sublinhando, por exemplo, que o contrato-promessa seria um ato preparatório vinculativo enquanto a proposta de qualquer pacto preparatório não adstringiria as partes a qualquer conduta. O autor fala ainda, em *Tratado II* cit., 308-311, da “contratação mitigada”, que ocupa o “*espaço que fica entre a completa ausência de compromissos e o contrato definitivo*”, onde inclui trocas de correspondência, cartas de intenção, acordos de negociação, acordos de base, acordos-quadro ou protocolos complementares; FERREIRA DE ALMEIDA, em *Contrato Formal* cit., 358-360, distingue o acordo informal, que se forma através da aceitação informal de uma proposta também informal, concluindo um processo materialmente faseado em conformidade com o modelo clássico de formação do contrato, do pré-contrato informal, definindo-o como o acordo pré-contratual final relativo a um contrato formal, que “*não é ainda um contrato válido, podendo servir de fundamento para alguns efeitos jurídicos importantes, que são diferentes conforme o correspondente contrato formal venha ou não a ser celebrado*”; FILIPE MATOS, em *Fase Preliminar* cit., 352-358 divide os atos preparatórios em outras submodalidades, como os acordos parciais – p.ex., consensos em torno de determinadas questões ou aspetos reputados como essenciais à economia do contrato em formação, de carácter parcial e de conteúdo vinculativo e os acordos pré-contratuais de conteúdo específico, tais como pactos de informação e acordos de confidencialidade, bem conhecidos do tráfico jurídico

<sup>34</sup> Conforme refere FILIPE MATOS, em *Fase Preliminar* cit., 350-351, são minutas ou punctações, onde não se podem descortinar acordos de conteúdo específico, nem intenção jurídico-negocial dos intervinientes no *iter negotii*, pelo que devem ser incluídas no elenco dos instrumentos pré-contratuais sem relevância jurídico-negocial

<sup>35</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado II* cit., 297

o conteúdo que integrará o convênio definitivo mas tão-só aspetos que a ele se irão reconduzir, de onde se destaca o contrato-promessa<sup>36</sup>.

Tendo sido determinada a natureza desta categoria de atos, cabe agora tentar perceber como dar um tratamento jurídico unificado aos mesmos. Com efeito, as partes têm, durante todo o processo negocial, liberdade para aceitar ou rejeitar propostas, desde que pautem a sua conduta pela boa-fé<sup>37</sup>.

Consequentemente, é particularmente desafiante delimitar a área meramente pré-contratual e a zona onde já se regista uma vinculação contratual, contribuindo para tal fenómeno a usual incapacidade das partes em qualificarem devidamente as relações entre si entabuladas<sup>38</sup>. Não dispondo o Código Civil, de forma expressa, sobre o enquadramento jurídico dos atos preparatórios em geral, parece ser consensual que tudo dependerá da vontade das partes. De facto, qualquer uma das figuras mencionadas *supra* é juridicamente relevante, cabendo determinar, através da interpretação, *qual a vontade dos participantes* e, designadamente, se eles se consideram vinculados pelos seus termos e em que termos, tratando-se, no fim do dia, de um problema de interpretação e de qualificação em ordem a apurar a existência ou não de um contrato vinculativo (passe a redundância)<sup>39</sup>. Se o contrato final acabar por ser celebrado, os atos preparatórios podem servir como um importante elemento de interpretação daquele<sup>40</sup>.

Consoante o resultado deste exercício de interpretação e qualificação, o regime de responsabilidade varia – se se considerar que determinado ato preparatório ou acordo pré-contratual não reveste natureza vinculativa e não constitui, por isso, um contrato *proprio sensu*, então a responsabilidade que possa emergir de uma conduta de má-fé de algum dos participantes será responsabilidade pré-contratual, regime previsto no artigo 227.º do Código Civil; se estivermos perante um ato preparatório ou acordo pré-contratual que seja um

<sup>36</sup> Mas onde ainda se pode incluir, conforme refere MENEZES CORDEIRO, em *Tratado II cit.*, 298, a convenção das partes sobre a forma do futuro e eventual contrato (artigo 223.º do Código Civil), a convenção das partes sobre o valor do silêncio (artigo 218.º do Código Civil), a convenção das partes sobre o prazo de subsistência de eventuais propostas (artigo 228.º, n.º 1, al. a) do Código Civil) e o pacto de preferência (artigo 414.º e ss. do Código Civil).

<sup>37</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado II cit.*, 297

<sup>38</sup> FILIPE MATOS, *Fase Preliminar cit.*, 343

<sup>39</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado II cit.*, 298 e 311; FILIPE MATOS, *Fase Preliminar cit.*, 368; SANTOS JÚNIOR, *Acordos Internédmios cit.*, 590, este enfatizando que se estaria perante uma “pré-interpretação”, não vinculada ao critério legalmente consagrado para a interpretação dos negócios jurídicos, não estando o intérprete obrigado a empregar o critério objetivista de interpretação do artigo 236.º, podendo e devendo adotar um critério essencialmente subjetivo – apurada a intenção das partes.

<sup>40</sup> SANTOS JÚNIOR, *Acordos Internédmios cit.*, 598

contrato, então entraremos no domínio da responsabilidade contratual geral, nos termos do artigo 798.º do Código Civil.

Ora, nada impede a recondução do contrato de sociedade informal, regido pelo n.º 2 do artigo 36.º, à categoria de ato preparatório – regra geral, cumprirá o duplo critério cronológico e teleológico. No entanto, como vimos *supra*, nem sempre será assim. Com efeito, a qualificação de um ato como preparatório ou pré-contratual trata-se de uma *qualificação relativa, apenas revelando a sua relação com outro contrato que ainda não foi celebrado*, não tendo relevância jurídica imediata. Como parece ser consensual entre a doutrina que deste assunto trata, o tema dos atos preparatórios é essencialmente um tema de interpretação e de determinação da existência de um negócio jurídico bi- ou plurilateral pelo qual as partes se quiseram vincular sob a tutela do Direito ou, se por outro lado, a vontade das partes não foi nesse sentido. Só o resultado de tal exercício interpretativo-qualificativo nos vai dizer qual o grau de vinculação das partes e, conseqüentemente, se o regime de responsabilidade aplicável é o regime da responsabilidade civil contratual ou pré-contratual, visto que a qualificação do entendimento como contrato só terá relevância se alguma das partes o incumprir.

Dir-se-á, em princípio, que um contrato inserido no âmbito do n.º 2 do artigo 36.º e em que se verifique a existência de um elemento volitivo-sequencial, pois as partes querem vir a constituir uma sociedade comercial, pode ser considerado um ato preparatório para o segundo contrato. No entanto, como a aplicação deste regime pressupõe, como conteúdo mínimo, os elementos do artigo 980.º do Código Civil e a efetiva atividade, a reunião de tais elementos é indiciária o suficiente para se falar numa vontade das partes em criar um vínculo, de natureza societária, vínculo esse tutelado pelo Direito, e que seria sempre um ato preparatório jurídico e vinculativo, indistinto de qualquer outro contrato.

#### 4.2.5. *Conclusão preliminar*

Em primeiro lugar, quanto à tese da nulidade limitada nos efeitos, há que referir que, conquanto seja verdade que um contrato celebrado com inobservância da sua forma legal – como serão todos os casos de sociedade informal, nos quais se convoca a aplicação do n.º 2 do artigo 36.º – é cominado com nulidade, também é notório que, neste caso, a lei, atendendo aos interesses em jogo, decidiu aplicar um regime especial aos efeitos da nulidade, regime esse espelhado na remissão da parte final do n.º 2 do artigo 36.º.

No entanto, se se considerar que o contrato de sociedade informal não se confunde com o contrato de sociedade comercial, então aquele não se encontra sujeito aos requisitos de forma do artigo 7.º e, por isso, não se encontra sujeito ao regime geral da nulidade e dos seus efeitos<sup>41</sup>.

Deve também ser reconhecido que os regimes especiais de nulidade previstos no artigo 41.º e no artigo 42.º, n.º 1, al. e) do CSC não se aplicarão a estes casos. O artigo 41.º aplica-se apenas ao contrato de sociedade comercial celebrado com respeito aos requisitos de forma e ainda não definitivamente registado e, se se aplicasse aos casos previstos no n.º 2 do artigo 36.º do CSC, estaríamos a considerar nulo um contrato de sociedade comercial que não foi celebrado<sup>42</sup>. Quanto à segunda disposição, ela também não seria para aqui convocável, por pressupor que o contrato de sociedade que não observou a forma legalmente exigida já foi definitivamente registado<sup>43</sup>.

Adicionalmente, e conforme já foi referido *supra*, também não procederá a ideia segundo a qual a sociedade informal está necessariamente sujeita a liquidação compulsória por via do artigo 172.º do CSC, visto que a possibilidade de ação que é concedida ao Ministério Público no artigo 172.º está sempre funcionalmente dependente do evento prévio da *verificação da nulidade do contrato de sociedade nos termos gerais* do 42.º, n.º 1, al. e) do CSC<sup>44</sup>, não encontrando aqui aplicação.

A doutrina da conversão, por seu lado, tal como a tese da nulidade, parte do pressuposto de que há uma invalidade que merece ser sanada. Conforme se disse *supra*, regra geral, a conversão de um negócio jurídico é condicionada pelo artigo 293.º do Código Civil, devendo-se manter os requisitos essenciais de substância e de forma e devendo-se respeitar a vontade hipotética das partes<sup>45</sup>. No caso do artigo 36.º, n.º 2, estaríamos perante uma conversão legal, cuja relação com os requisitos do 293.º do Código Civil parece não ser consensual<sup>46</sup>.

No entanto, o n.º 2 do artigo 36.º pode não corresponder a uma conversão legal *propriu sensu*, podendo antes corresponder àquilo a que Carvalho Fernandes chama de *tipificação normativa analógica*, figura afim mas distinta da conversão, *i.e.*, um mecanismo legal que pressupõe que os efeitos de dado negócio jurídico que não seria válido são viáveis e vão em alguma medida produzir-se,

<sup>41</sup> Nesse sentido, HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 19

<sup>42</sup> Nesse sentido, HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 19

<sup>43</sup> Nesse sentido, HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 19

<sup>44</sup> *Vide* CAROLINA CUNHA, *CSC em Comentário I* cit., 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>45</sup> Cf., por todos, MENEZES CORDEIRO, *Tratado II* cit., 953-955

<sup>46</sup> Cf. *supra* 4.2.2, n. 205

mas a situação jurídica criada pelo ato fica, no essencial, sujeita ao regime determinado pelo legislador para outro instituto normativamente tipificado<sup>47</sup>.

Assim, parece-me de *rejeitar as teses da nulidade com efeitos limitados e da conversão*, rejeição essa naturalmente ligada à subscrição provisória da terceira tese, que se crê isolada na doutrina nacional, nos termos da qual é necessário distinguir entre o contrato referido no n.º 2 do artigo 36.º, *que não é um contrato de sociedade comercial* e o contrato de sociedade comercial celebrado em observância das normas aplicáveis. O contrato de sociedade informal, mesmo que seja inserido na preparação da constituição de uma sociedade comercial, nunca seria nulo por falta de forma, precisamente por não se exigir qualquer forma para o mesmo. A partir do momento em que um contrato de sociedade é celebrado, validamente ou não, passamos para o regime dos artigos 37.º a 41.º e saímos do âmbito da informalidade societária.

Com efeito, segundo esta abordagem, poder-se-á dizer: se A e B acordarem constituir uma sociedade por quotas, contribuindo com bens ou serviços seus *e iniciando a atividade* logo de seguida (não esquecer que a efetiva atividade é um pressuposto incontestável deste regime) mas nunca celebrando qualquer contrato de sociedade comercial, não estaremos perante um contrato de sociedade comercial nulo por falta de forma? Segundo as regras gerais, sim, mas iniciando-se a atividade com base nesse entendimento emerge outra relação jurídica, a sociedade informal, e a validade desse acordo não deve ser posta em causa por desconformidade com requisitos de forma. Se não iniciassem a atividade, nem se convocaria sequer o regime do n.º 2 do artigo 36.º, não havendo nenhuma *sociedade-atividade* a tutelar.

Esta posição até me parece reforçada pelo entendimento que alguns autores e a maioria da jurisprudência têm vindo a ter sobre o conteúdo deste contrato. Como se viu *supra*, os tribunais não têm aplicado o regime do n.º 2 do artigo 36.º apenas a casos em que as partes celebraram um contrato de sociedade cumprindo todos os requisitos menos os de forma, mas alarga o seu âmbito de aplicação a acordos mais incipientes.

Deve ser enfatizado que estas três teses não são necessariamente incompatíveis entre si. A tese da nulidade com efeitos mitigados e a tese da conversão convergem no que diz respeito à determinação de um vício no contrato de sociedade comercial celebrado sem respeito aos seus requisitos formais, diferindo apenas no mecanismo jurídico que leva à valoração da atividade entretanto exercida e, eventualmente, no que diz respeito à possibilidade de liquidação compulsória, mas ambas concordando que a atividade deve ser valorada.

<sup>47</sup> CARVALHO FERNANDES, *A Conversão* cit., 692

A tese da dualidade contratual apenas não partilha a premissa segundo a qual falamos de um contrato de sociedade comercial com um vício de forma, afirmando que o contrato referido no n.º 2 do artigo 36.º é um contrato distinto do contrato de sociedade comercial, sem requisitos de forma.

Finalmente, como também referido *supra*, a inserção do contrato de sociedade informal no conceito dos atos preparatórios acaba por ser irrelevante para o seu regime. Se se verificar a existência de um contrato, há um contrato, não importando para o seu regime o facto de ele tiver uma relação de precedência face a um contrato a celebrar posteriormente e com o mesmo objeto.

#### **4.3. *A confusão entre o contrato de sociedade informal e o contrato de sociedade civil***

Neste ponto do trabalho, as considerações já feitas e as posições já tomadas levam a que se diga que o contrato de sociedade informal é um contrato informal, cujo conteúdo mínimo corresponde aos três elementos do contrato de sociedade civil previstos no artigo 980.º do Código Civil, que exige o exercício de uma efetiva atividade e não carece da verificação, a todo o tempo, de um elemento volitivo-sequencial, ou seja, da intenção das partes em vir a constituir uma sociedade comercial, tendo-se concluído que se trata de um contrato distinto do contrato de sociedade comercial com vício de forma.

Ora, ao retirarmos a essencialidade do elemento volitivo-sequencial no contrato de sociedade informal, podemos ser levados a pensar que as diferenças entre esse e o contrato de sociedade civil parecem mínimas ou inexistentes e que tal elemento volitivo-sequencial poderia ser o critério diferenciador entre as duas situações.

Nesta secção, veremos quais as diferenças entre o contrato de sociedade informal e o contrato de sociedade civil, se são suficientes para distinguir as figuras e se há alguma utilidade em fazê-lo.

Quanto às diferenças, Hígina Castelo, na sua construção do contrato de sociedade informal enquanto contrato atípico e *sui generis*, parece ser a única voz na doutrina a pronunciar-se sobre o tema, rejeitando a assimilação do contrato de sociedade informal pelo contrato de sociedade civil.

Começa por dizer que o contrato de sociedade civil simples beneficia do seu regime desde o momento da celebração e o contrato de sociedade informal previsto no 36.º, n.º 2 só se submete ao mesmo regime a partir do momento em que o acordo é posto em prática. O contrato de sociedade civil simples é consensual, podendo assumir qualquer forma, o contrato de sociedade do n.º 2 do artigo 36.º é necessariamente não escrito, ou pelo menos celebrado por um escrito que não respeita as exigências previstas para o contrato de sociedade

comercial previstos no artigo 7.º do CSC. É o que Higinia Castelo chama a *efetiva atividade e a necessária informalidade do contrato*, como características que o distinguem do contrato de sociedade civil<sup>48</sup>.

Quanto à característica da *efetiva atividade*, e conforme já vimos *supra*, o regime do n.º 2 do artigo 36.º só se aplica se e quando os sócios iniciarem a sua atividade, sendo a efetiva atividade condição necessária para a aplicação do regime<sup>49</sup>. Em contraste, a sociedade civil nasce por mero efeito da celebração do contrato, com os elementos previstos no artigo 980.º do CC. O mesmo se passa com a sociedade comercial que pode subsistir sem atividade durante anos, sem prejuízo da dissolução poder ser requerida após dois anos de inatividade – artigo 142.º, n.º 1, al. c) do CSC<sup>50</sup>.

Quanto à característica da *necessária informalidade*, diz Higinia Castelo que, ao passo que o contrato de sociedade informal é *necessariamente* informal (informal *face* às exigências de forma do artigo 7.º, nada impede que seja celebrado por forma escrita, desde que não respeite as formalidades do contrato de sociedade comercial), o contrato de sociedade civil simples pode ser celebrado verbalmente, por escrito, com as assinaturas reconhecidas presencialmente, ou por escritura pública quando a lei o imponha (cf. 981.º, n.º 1 do Código Civil)<sup>51</sup>, existindo ampla liberdade de forma.

Chegado a este ponto, o leitor poderá concluir que as diferenças mencionadas *supra* são pouco significativas, pois prendem-se apenas com o momento do início da relação contratual e com a informalidade, informalidade essa que, apesar de não ser necessária, é comum entre as sociedades civis.

Ora, quanto ao elemento da efetiva atividade, poder-se-á dizer que tal distinção é indiferente, porque em ambos os casos haverá sempre um acordo inicial, acordo esse que deve reunir os elementos mínimos do artigo 980.º do Código Civil. Disso não parece haver qualquer dúvida – a diferença prender-se-á com a importância do início da atividade. No caso da sociedade informal, *haverá uma coincidência entre o início da atividade e o início da vigência da relação contratual*; na sociedade civil simples, tal não terá necessariamente de ocorrer – o contrato pode ser celebrado e a relação entrar em vigor sem o curso de qualquer atividade, o que demonstra como a distinção entre as duas figuras é

<sup>48</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 11

<sup>49</sup> MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* cit., 533

<sup>50</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 12;

<sup>51</sup> HIGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 14-15; *vide* também MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1* cit., 524-525, onde descreve a informalidade do artigo 981.º do Código Civil e o *favor negotii* do seu n.º 2; e RAÚL VENTURA, *Apontamentos* cit., 63



extremamente ténue, encontrando-se entre a *necessária* informalidade da sociedade informal e a *eventual* informalidade da sociedade civil pura.

Assim, apesar de se aderir ao entendimento de Hígina Castelo quanto à sinalização destas duas diferenças entre o contrato de sociedade informal previsto no n.º 2 do artigo 36.º e o contrato de sociedade civil previsto no artigo 980.º do Código Civil, reconhece-se aqui que as duas figuras parecem de difícil distinção prática e que qualquer diferenciação parece revestir utilidade muito reduzida.

Falta ainda um critério – eventual – relativo à natureza da atividade.

Com efeito, a sociedade civil pura, prevista nos artigos 980.º e ss. do Código Civil, *pode ter como objeto qualquer atividade económica que não de mera fruição*, para determinada relação societária ser qualificada como sociedade informal sujeita ao n.º 2 do artigo 36.º só pode ter como objeto a prática de atos de comércio, ou seja, os atos especialmente regulados no Código Comercial (artigo 2.º)<sup>52</sup>, com a interpretação atualista que se impõe ao artigo<sup>53</sup>.

Conforme defende Hígina Castelo, é pacífico que a totalidade dos atos de comércio cabem no conceito de atividade económica orientada ao lucro, embora nem toda a atividade económica orientada ao lucro possa ser qualificada como ato de comércio<sup>54</sup>. Manuel António Pita também vem dizer que, do ponto de vista conceptual, uma sociedade que se dedique a uma atividade

<sup>52</sup> De relembrar que os atos de comércio são referidos no artigo 2.º do Código Comercial através de um duplo critério – um objetivo (são atos de comércio os atos especialmente regulados no Código Comercial) e outro subjetivo (são atos de comércio os atos de comerciantes). Conforme sintetizam bem MENEZES CORDEIRO e BARRETO MENEZES CORDEIRO em *Manual de Direito Comercial*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra (2016), 227, de tal cláusula geral, interpretada de forma atualista, resulta que são atos comerciais os factos jurídicos em sentido lato e, ainda, as situações jurídicas deles decorrentes, que se rejam pelo Direito comercial, podendo a comercialidade desses atos resultar de lhes ser aplicável um regime especial historicamente dito mercantil (aí seriam atos objetivamente comerciais) ou de tal regime lhes ser aplicável por terem sido levados a cabo por comerciantes, no exercício do comércio (atos subjetivamente comerciais); COUTINHO DE ABREU, em *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, *Das sociedades*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra (2016), 75, avança dizendo que são atos de comércio “os factos jurídicos voluntários especialmente regulados em lei comercial e os que, realizados por comerciantes, respeitem as condições previstas no final do artigo [2.º do Código Comercial]”, relembrando que não existe necessariamente uma coincidência entre a prossecução do lucro e a comercialidade de um ato, dando o exemplo de atividades como a agricultura, artesanato, profissões liberais, etc., que são levadas a cabo com intuito lucrativo mas sem necessariamente serem comerciais; *Vide*, no geral, MENEZES CORDEIRO/BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial* cit., 207 e ss; COUTINHO DE ABREU, *Curso I* cit., 65 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, I, *Parte Geral* (1992) cit., 57 e ss

<sup>53</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 11; RAÚL VENTURA, em *Apontamentos* cit., 18, refere que o conceito de “atividade” no artigo 980.º é “amplíssimo” e abrange qualquer atividade económica que não seja de mera fruição.

<sup>54</sup> HÍGINA CASTELO, *O Acordo* cit., 11-12

comercial não deixa de ser uma sociedade que tem por objeto o exercício de uma atividade económica, como exige o artigo 980.º do Código Civil, pelo que a atividade económica prevista no artigo 36.º, n.º 2 preencheria os requisitos da noção de sociedade recortada no artigo 980.º do Código Civil: quanto ao objeto, na definição legal cairão certamente todas as atividades económicas, civis ou comerciais<sup>55</sup>. No entanto, o autor vem logo depois referir que a “*história do direito das sociedades em Portugal*” há muito estabeleceu que a fronteira entre as sociedades comerciais e as sociedades civis era precisamente o seu objeto, sendo que o objeto comercial acarretaria uma “*tipicidade estrita*” e exigiria as formalidades do CSC<sup>56</sup>.

Atente-se, no entanto, que, segundo Menezes Cordeiro, a “não-comercialidade” das sociedades civis puras assenta essencialmente no facto de não serem sociedades comerciais nos termos do artigo 1.º, n.º 2, do CSC, faltando-lhes o *elemento formal* que também falta às sociedades informais, sem prejuízo de ambas terem fins lucrativos (sem o qual a respetiva qualificação não seria possível)<sup>57</sup>. Ou seja, falamos de uma não-comercialidade *essencialmente formal* e não material.

Ora, perfilhando-se uma relativização da importância da qualificação de determinado ato como ato de comércio põe-se em causa a distinção sociedade informal / sociedade civil pura, porque em ambos os casos falamos de situações tão próximas que uma distinção pode nem sequer se justificar. A distinção só teria então uma verdadeira importância prática se a diferença fundamental se prendesse com a caracterização da atividade como civil ou comercial.

Apesar das diferenças apontadas, as páginas precedentes demonstraram que é difícil fazer uma distinção prática entre um contrato de sociedade informal e um contrato de sociedade civil. A necessária informalidade da sociedade informal sobrepõe-se parcialmente à eventual informalidade da sociedade civil; o facto de o regime da sociedade civil não exigir o começo da atividade e o da sociedade informal sim acaba por ser indiferente na prática, visto que, desde que haja um entendimento com os três elementos do artigo 980.º do Código Civil, é irrelevante se se chega ao regime da sociedade civil via artigo 980.º do Código Civil ou via artigo 36.º, n.º 2 do CSC; e, finalmente, quanto à natureza da atividade, se se reputar como pouco problemático uma sociedade civil pura ter um objeto comercial, então aí não haverá diferenças – se se rejeitar tal possibilidade, então estaremos perante duas realidades distintas mas intimamente ligadas nas consequências e o n.º 2 do artigo 36.º acabará por poder ser con-

<sup>55</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., 267–268

<sup>56</sup> MANUEL ANTÓNIO PITA, *Sociedade Nula* cit., 268

<sup>57</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado XI-1* cit., 520–521

siderada uma permissão específica para que uma entidade idêntica à sociedade civil tenha objeto comercial.

#### **4.4. Posição adotada. A aplicação indiferenciada do regime das sociedades civis e o contrato de sociedade informal como contrato de sociedade civil**

Independentemente de se considerar que existem elementos distintos suficientes entre um contrato de sociedade informal e um contrato de sociedade civil, o regime aplicável às relações internas e externas em ambos os casos é o mesmo, o regime das sociedades civis. O efeito prático de qualquer destes raciocínios será o mesmo.

Também fomos analisando vários pressupostos para a aplicação do n.º 2 do artigo 36.º, e os únicos pressupostos verdadeiramente necessários são a existência de um contrato (o que pressupõe uma pluralidade de pessoas), a presença dos elementos do artigo 980.º do Código Civil e o início da atividade, tendo-se concluído que não seria necessário determinar a existência de qualquer elemento volitivo-sequencial, dado que o sistema e os fins do regime seriam incompatíveis com tal exigência.

No entanto, ao removermos o elemento volitivo-sequencial, deixamos de ter um grande *critério distintivo entre a sociedade informal e a sociedade civil* – a ambas seria aplicável o mesmo regime, mas na primeira verificar-se-ia a sua inserção num processo formativo de uma sociedade comercial e a segunda seria um fim em si mesmo. Restam-nos, pois, critérios distintivos residuais e de difícil aplicação prática – o início da atividade como pressuposto, a necessidade ou a eventualidade da informalidade e, eventualmente, a natureza da atividade.

Esta conclusão, que poderá parecer desanimadora, não tem necessariamente de o ser. Com efeito, este mergulho nos critérios de aplicação do n.º 2 do artigo 36.º permitiu chegar à seguinte conclusão: por muitos requisitos apertados que se configurem à convocação do regime do n.º do artigo 36.º, a não aplicação desses elementos adicionais terá o *mesmo resultado* do que a sua aplicação.

Fala-se aqui da *aplicação indiferenciada do regime das sociedades civis*. Tendo em conta os pressupostos comuns de aplicação, dir-se-á que, salvo exceções muito raras, aplicar-se-á o mesmo regime em qualquer situação de informalidade societária, tenham as partes querido celebrar um contrato de sociedade civil, tenham elas mais tarde planeado celebrar um contrato de sociedade comercial mas tenham desistido, ou simplesmente tendo iniciado uma relação de tipo societário sem lhe terem expressamente chamado “sociedade”, mas agindo como tal.

Tal resultado não é um choque. Em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, a informalidade societária ou situações análogas vão sempre dar ao mesmo resultado: a aplicação do regime das sociedades de pessoas. Na Alemanha<sup>58</sup> ou em Espanha<sup>59</sup>, havendo alguma imperfeição no *iter* formativo, impedindo a sociedade de gozar plenamente do seu estatuto enquanto sociedade comercial e pessoa jurídica plena, o legislador remete para o regime das sociedades de pessoas, sejam de natureza comercial ou civil. Mesmo em França<sup>60</sup> ou

<sup>58</sup> No direito alemão não existe um regime densificado aplicável à pré-vida das sociedades de capitais (*GmbH* e *AG*, respetivamente), mas a doutrina tem vindo a construir as figuras da *Vorgesellschaft* (pré-sociedade) e da *Vorgründungsgesellschaft* (sociedade pré-constituição), esta última compreendendo as relações societárias no período anterior à celebração do contrato de sociedade perante um notário, situação paralela àquela prevista no n.º 2 do artigo 36.º do CSC. Nos vários casos em que a doutrina considera haver uma sociedade pré-constituição, se os fundadores tiverem iniciado a sua atividade, estar-se-á perante uma “sociedade exterior” perante terceiros, consoante o seu fim, uma sociedade comercial correspondente à sociedade em nome coletivo em Portugal (*OHG*) ou uma sociedade civil (*GbR*). *Vide*, a propósito da pré-vida das sociedades no geral e sobre as sociedades pré-constituição em particular, GÜNTER ROTH, *Handels- und Gesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Wertpapierrechts*, 6.ª ed., Verlag Franz Vahlen, Munique (2001), 223; CARSTEN SCHÄFER, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Verlag C.H. Beck, Munique (2015), 152-153; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., 291-292 e 1013; HOPT/HEHL, *Gesellschaftsrecht* cit., 250; ZÄTSCH/MANUL, *Die Gründung* cit., 127; e SCHWAIGER, *Gründung* cit., 61-62

<sup>59</sup> A lei espanhola prevê que o contrato de sociedade deve ser celebrado por escritura pública, escritura essa a que se segue o registo, aproximando-o do direito português e do alemão. Apesar de haver duas disposições aplicáveis à pré-vida societária – os artigos 36.º e 37.º da *Ley de Sociedades de Capital* – a fase anterior à escritura pública parece-lhes ser irrelevante. O artigo 37.º, que conta com a epígrafe “responsabilidade da sociedade em formação” dispõe que, pelos atos e contratos indispensáveis ao registo da sociedade ou realizados pelos administradores dentro das faculdades que lhes venha a conferir a escritura para a fase anterior ao registo e pelos estipulados em virtude de mandato específico pelas pessoas que para tal fim são designadas pelos sócios, responde o património da sociedade em formação, e os sócios respondem pessoalmente com o valor da sua entrada como limite. *Vide*, para mais pormenores, MARÍA ISABEL SAÉZ LACAVE, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I (org. Angel Fernández Río/Emilio Beltrán Sánchez), Civitas, Madrid (2011), artigo 36.º, I, 2.2. e 2.3.; EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, “La sociedad irregular (sociedad mercantil no inscrita) en el anteproyecto de código mercantil: algunos aspectos de su régimen jurídico”, em *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (2015), 949-965, 955-956; JOAQUÍN GARRIGUES e FERNANDO SANCHEZ CALERO, em *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, 7.ª ed., Madrid (1978), 433

<sup>60</sup> O direito francês consagra três categorias legais relevantes para a temática da vida pré-societária: a sociedade em formação (*société en formation*), prevista no artigo 1843 do *Code Civil*; a sociedade em participação (*société en participation*), prevista nos artigos 1871 e 1872 do mesmo diploma; e a sociedade criada de facto (*société créée de fait*) prevista no artigo 1873 do *Code Civil*, às duas últimas acabando por ser aplicável o regime das sociedades civis ou das sociedades em nome coletivo consoante o objeto da sociedade. Quanto à *société en formation*, o artigo 1843 do *Code Civil* admite a realização de atos em nome da sociedade, ficando as pessoas que os praticaram solidariamente responsáveis por estes se

em Itália<sup>61</sup> se remete a situação de irregularidade societária para o regime das sociedades de pessoas, independentemente do objeto, com a particularidade de o legislador francês ter previsto expressamente a escolha expressa das partes em manter uma relação societária sem inscrição no registo e sem personalidade jurídica através do regime da *société en participation*<sup>62</sup>.

As ditas situações “pré-societárias” reconduzem-se, de forma transversal e com diferenças pontuais, às sociedades de pessoas porque a consequência generalizada da falta de cumprimento de requisitos e forma e de registo é a não atribuição de personalidade jurídica. No entanto, como vimos *supra*, a inexistência de uma personalidade jurídica coletiva plena obsta principalmente à aplicação do privilégio da responsabilidade limitada, não retirando capacidade ao ente societário em atividade e em funcionamento, que funcionará como uma sociedade de pessoas, de forma variável consoante o ordenamento jurídico relevante, mas reconduzindo-se ao regime de uma sociedade que não tem necessariamente personalidade jurídica, sendo tal capacidade exclusivamente fundada na vontade das partes.

Com efeito, e conforme já referido *supra*, o artigo 36.º, n.º 2 e os regimes ou construções análogas noutros ordenamentos existem com um claro *lastro*

a sociedade tiver objeto comercial. *Vide*, para maior detalhe, YVES GUYON, *Droit des Affaires*, T. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 5.ª ed., Economica, Paris (1988), 136, 144; DOMINIQUE VIDAL, *Droit des Sociétés*, 6.ª ed., LGDJ, Paris (2008), 150-151, 417-419; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 16.ª ed., Litec, Paris (2003), 104; YVES CHARTIER, *Droit des Affaires*, 2, *Sociétés commerciales*, Presses Universitaires de France, Paris (1985), 97, 399-408; SABINE VACRATE, *La société créée de fait. Essai de théorisation*, LGDJ, Paris (2003), 23; Vidal, *Droit des Sociétés* cit., 421-422

<sup>61</sup> No direito italiano, o artigo 2331 § 2 do *Codice Civile*, respeitante à atividade social antes do registo, antes ou depois da outorga do contrato, indica que os agentes (no sentido das *pessoas que agem*, e não necessariamente todos os participantes, associados ou eventuais sócios) são ilimitada e solidariamente responsáveis pelas obrigações contraídas em nome da sociedade antes do registo face a terceiros, responsabilidade essa individual e circunscrita ao período temporal entre o contrato e o registo apesar de alguns autores defenderem o alargamento do regime das sociedades irregulares às sociedades de capitais em ordem a conseguir responsabilizar melhor os prospetivos sócios. *Vide*, para mais pormenores, FRANCESCO FERRARA JR./FRANCESCO CORSI, *Gli Imprenditori e le società*, 7.ª ed., Giuffrè, Milão (1987), 193-194, 387; ELEANORA BAZZO, em “La società di fatto, autonoma species nell’ambito delle società irregolari” em *Diritto & Diritti* (2011) disponível em <https://www.diritto.it/la-societa-di-fatto-autonoma-species-nell-ambito-delle-societa-irregolari/>, 2-4; GASTONE COTTINO, *Diritto Commerciale* Vol. I, Tomo 2, 3.ª ed., Cedam, Pádua (1994), 551-556

<sup>62</sup> Nos termos do artigo 1871 do *Code Civil*, as sociedades em participação corresponderão às situações em que existe um contrato de sociedade que as partes intencionalmente não submeteram a registo, não beneficiando, por isso, de personalidade jurídica. O artigo 1871-1 do *Code Civil* remete para o regime das sociedades civis ou das sociedades em nome coletivo consoante o objeto da sociedade em participação. *Vide*, a propósito, VIDAL, *Droit des Sociétés* cit., 417-418; e CHARTIER, *Droit des Affaires* cit., 399.

*teleológico* orientado no sentido de reconhecer um substrato patrimonial, teleológico e pessoal que existe e que está em funcionamento, optando por não sancionar os participantes, tão-só não lhes concedendo o benefício da responsabilidade limitada e querendo proteger tanto os terceiros como os participantes. Assim, qualquer uma dessas situações (e até, como já se concluiu *supra*, as sociedades aparentes do n.º 1 do artigo 36.º) devem beneficiar deste regime da sociedade civil, principalmente para melhor proteção dos credores.

Na realidade, e daí esta coincidência prática entre uma situação à qual seria aplicada o regime da sociedade civil diretamente ou indiretamente através do artigo 36.º, n.º 2, este preceito poderá ser apenas uma forma *do legislador nos indicar que uma situação que seria reconduzível à figura mais ampla da sociedade civil não o deixa de o ser apenas porque eventualmente está incluída num processo de formação de uma sociedade* – daí a irrelevância do elemento volitivo-sequencial para a sua aplicação. Terá eventualmente sido intenção do legislador português não diferenciar as sociedades em formação das sociedades informais puras – a todas elas se aplica o regime da sociedade civil<sup>63</sup>.

Assim, o elemento volitivo-sequencial até poderá funcionar *de forma inversa* – o n.º 2 do artigo 36.º esclarece que o facto de tal elemento existir numa relação que se qualificaria como uma sociedade civil não obsta a tal qualificação e a sociedade em formação assimila-se à sociedade civil.

Com efeito, se, por hipótese, o n.º 2 do artigo 36.º não existisse, muitas (se não todas) das situações que vimos *supra* serem analisadas na jurisprudência dos tribunais superiores seriam provavelmente reconduzíveis e qualificáveis como um contrato de sociedade civil simples, se tal dado resultasse também da interpretação do contrato. De relembrar que várias vezes os nossos tribunais superiores reconduziram situações em que duas pessoas decidiram constituir uma “*sociedade não formalizada*” de exploração de atividade de transporte rodoviário de mercadorias, para exploração de um restaurante e de um café, rentabilização do investimento de junção de vários imóveis ou de uma escola de condução ao regime da sociedade informal e não diretamente ao da sociedade civil, apesar de serem situações perfeitamente reconduzíveis a esta última.

O n.º 2 do artigo 36.º até pode ser, de uma perspetiva mais extrema, visto como redundante, porque manda aplicar o regime da sociedade civil a uma situação onde ela já se verificaria – o exercício de atividade económica em comum pelos participantes, fazendo eles contribuições para a mesma e dividindo os proveitos resultantes.

<sup>63</sup> Neste sentido, HIGINA CASTELO, *O Acordo cit.*, 7

Assim, os regimes das sociedades informais e das sociedades civis, cujos pressupostos de aplicação são praticamente idênticos (salvo as diferenças vistas *supra*) são dois caminhos para o mesmo resultado prático – a aplicação do regime da sociedade civil.

Justifica-se manter a distinção formal entre o contrato de sociedade informal e o contrato de sociedade civil, até por não terem pressupostos de aplicação inteiramente coincidentes, mas as diferenças ficam por aí. Em tudo o resto, o contrato de sociedade informal é um contrato de sociedade civil.

Se se considerar inadmissível que uma sociedade civil, em abstrato, pratique atos de comércio, o n.º 2 do artigo 36.º pode servir como norma legitimadora, erodindo tais reticências e esclarecendo que duas ou mais pessoas que cheguem a um entendimento para exercer uma atividade económica em comum – de natureza comercial – em ordem a partilhar os lucros, mas não formalizem o seu entendimento sob o regime da sociedade comercial, gozam da tutela do regime da sociedade civil, bem como os seus credores. Não há aqui nada a castigar, a limitar ou a proibir. O espaço social do comércio tem como trave-mestra a liberdade, refletida juridicamente no poder jurígeno das partes e na autonomia privada, não devendo ser um espaço de restrição. Se o regime da sociedade civil protege os interesses em causa, nada justifica obrigar as partes a procederem ao registo, sabendo elas que, não o fazendo, ficam privadas dos benefícios da personalidade jurídica e da limitação da responsabilidade.

## 5. Conclusão

Em jeito de conclusão, dir-se-á o seguinte:

- O acordo previsto no n.º 2 do artigo 36.º – ou o contrato de sociedade informal – é um verdadeiro contrato, 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, exigindo-se ainda, para convocar o regime do n.º 2 do artigo 36.º, o exercício de uma efetiva atividade.
- De forma autónoma, refletiu-se sobre se é necessário verificar, para a convocação do referido regime, um *elemento volitivo-sequencial*, ou seja, se as partes desse acordo desejam vir a constituir a uma sociedade comercial, tendo-se concluído que apesar de haver alguns indícios nesse sentido, há indícios mais ponderosos, de natureza teleológica e sistemática, que apontam no sentido contrário.

- Com efeito, a relevância dada à vontade das partes como génese da capacidade, a não aplicação dos regimes de nulidade do contrato de sociedade, o reduzido espaço de aplicação do regime da sociedade aparente, o facto do regime da informalidade societária estar teleologicamente orientado para a valoração do substrato existente e para a tutela dos terceiros e dos participantes e a normalização jurisprudencial das sociedades informais levam a crer que o legislador não quis impor tal requisito.
- Adicionalmente, a imposição de um elemento volitivo-sequencial seria um dado estranho neste regime, pois a consequência da não verificação de tal elemento seria exatamente a mesma do que a consequência da sua verificação – a aplicação do regime das sociedades civis.
- Face a isto, tentou ensaiar-se qual a natureza do contrato de sociedade informal, confrontando-várias teses: a tese que o considera um contrato de sociedade comercial nulo mas cuja nulidade teria efeitos limitados, ou a tese que defende que se trata do resultado de uma conversão legal de contrato de sociedade comercial nulo em contrato de sociedade civil válido e outra que defende a existência de um contrato de sociedade informal distinto do contrato de sociedade comercial nulo, valendo aquele por si mesmo. No entanto, as teses não são incompatíveis, todas reconhecendo que existe uma atividade que fica mais bem tutelada com a aplicação do regime da sociedade civil, divergindo apenas na forma como chegam a essa conclusão.
- De um ponto de vista mais concetual, podem apontar-se diferenças interessantes entre o contrato de sociedade informal e de sociedade civil mas tais diferenças terão pouca expressão prática e serão pouco significativas, concluindo-se que os dois contratos são praticamente idênticos.
- Face à inexistência de um elemento volitivo-sequencial e às diferenças muito marginais entre o contrato de sociedade informal e o contrato de sociedade civil, o n.º 2 do artigo 36.º poderá, no limite, ser visto como redundante, mandando aplicar o regime da sociedade civil a uma situação em que já existiria sociedade civil, levando a uma situação de *aplicação indiferenciada do regime das sociedades civis* – desde que os elementos do artigo 980.º do Código Civil se encontrem reunidos, invocar critérios adicionais para a aplicação do n.º 2 do artigo 36.º acaba por levar a idêntico resultado caso tais critérios não fossem cumpridos.
- A coincidência prática entre ambas as situações poderá ser resultado do facto do n.º 2 do artigo 36.º do CSC apenas nos indicar que uma situação que seria reconduzível à figura mais ampla da sociedade civil não o deixa de o ser apenas porque eventualmente se pode incluir num processo de



formação de uma sociedade – daí a irrelevância do elemento volitivo-sequencial, que funcionará quase de forma inversa.

- Assim, o regime das sociedades informais e o regime das sociedades civis, de pressupostos de aplicação praticamente idênticos, são dois caminhos distintos para o mesmo resultado – a aplicação do regime da sociedade civil. Em tudo o resto, o contrato de sociedade informal é um contrato de sociedade civil.