

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



ANO IV

1947

REVISTA DA FACULDADE
DIREITO DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PAULO CUNHA—LUIZ PINTO COELHO
—INOCÊNCIO GALVÃO TELES

ÍNDICE

DOCTRINA

<i>Penetración del Derecho Castellano en la Legislación Indiana</i> , pelo Prof. Rafael Altamira	7
<i>O Problema das Sociedades Irregulares</i> , pelo Prof. José Gabriel Pinto Coelho	100
<i>Coisas «in Patrimonio» e «extra Patrimonium» e Coisas «in Commercio» e «extra Commercio» nas «Instituições» de Gaio e nas de Justiniano</i> , pelo Prof. Raul Ventura	153

LIÇÕES

<i>El Problema Metodologico en el Derecho Civil</i> , pelo Prof. Gregorio Ortega Pardo	165
--	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

<i>Ação de Arbitramento e Preferência do Inquilino Comercial — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Abril de 1947. Comentário</i> pelo Prof. Inocêncio Galvão Teles	197
---	-----

BIBLIOGRAFIA

<i>Betti (Emilio) — Teoria Generale del Negozio Giuridico, in Trattato di Diritto Civile Italiano</i> , dirigido por Vassalli. — G. T.	223
<i>Casso Romero (Ignacio de) — Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad</i> . — G. T.	225
<i>Ortega Pardo (Gregorio) — Naturaleza Juridica del Llamado «Legado en lugar de la Legitima»</i> — G. T.	228
<i>Liebman (Furico Tulio) — Processo de Execução</i> — G. T.	233
<i>Ascarelli (Tuli) — Problema das Sociedades Anónimas e Direito Comparado</i> — G. T.	235
<i>Del Rosal (Juan) — Crimen e Criminal en la Novela Policiaca</i> . — S. C. ...	237

DIVERSOS

<i>Regulamento do prémio de «Direito Público» (Doação Gulbenkian)</i>	241
<i>Prémios «Rocha Saraiva» e «Levy Maria Jordão»</i>	242
<i>Dissertações de licenciatura apresentadas na Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1945-1946</i>	245
<i>Distribuição de regências na Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1946-1947</i>	249
<i>Número de alunos inscritos na Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1946-1947</i>	251
<i>Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa</i>	252
<i>«Travaux de L'Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française»</i>	252
<i>Congresso Nacional de Direito Civil em Eespanha</i>	253

TRABALHOS DE ALUNOS

<i>Da Solidariedade nas Obrigações</i> , por Manuel Duarte Gomes da Silva ...	257
---	-----

NECROLOGIA

<i>Doutor Manuel Rodrigues</i> , pelo Prof. Ruy Ulrich	351
<i>Doutor Rocha Saraiva</i> , pelo Assist. Taborda Ferreira	354

O PROBLEMA DAS SOCIEDADES IRREGULARES

1. As sociedades comerciais caracterizam-se não só pelo seu objecto — prática de um ou mais actos de commercio — como também pela sua estrutura, devendo constituir-se em harmonia com os preceitos da lei comercial (art. 104.º, n.º 2., do Código Comercial) isto é, sob qualquer das formas estabelecidas na mesma lei.

No entanto, o art. 106.º do Código Comercial dispõe que as sociedades civis poderão constituir-se sob qualquer das formas estabelecidas no Código, determinando que ficarão, em tal caso, sujeitas às disposições do mesmo Código, excepto as que disserem respeito à falência (1). E preceito idêntico se contém no § único do art. 1.º da lei de 11 de Abril de 1901, relativamente às sociedades por quotas.

A sociedade, nestes casos, será civil por força do seu objecto, isto é, por este não consistir na prática de qualquer acto commercial, na exploração de qualquer ramo de comércio. Na sua estrutura e funcionamento, porém, estará em tudo equiparada às sociedades comerciais, com a excepção única de se lhe não applicarem as disposições referentes à falência. Não tem, pois, indiscutivelmente

(1) No art. 106.º exceptuavam-se ainda as disposições respeitantes à jurisdição. Esta excepção, porém, perdeu todo o seu significado, desde que foi suprimida a jurisdição commercial. Dec. 21.694, de 29 de Setembro de 1932, art. 1.º.

suprimida a jurisdição commercial. Dec. 21.694, de 29 de Setembro de 1932 — art. 1.º.

a qualidade de comerciante, que há-de resultar naturalmente do exercício do comércio (argumento do n.º 2 do art. 13.º). Mas constitui, como a sociedade comercial, uma individualidade jurídica diferente da dos associados.

2. Como lógica consequência do preceito do art. 104.º, onde se consignam os requisitos essenciais da sociedade comercial, dispõe-se no art. 107.º do Código Comercial que se terão por **não existentes** as sociedades com um fim comercial que se não constituírem nos termos e segundo os trâmites indicados no mesmo Código, ficando todos quantos em nome dela contratarem obrigados pelos respectivos actos, pessoal, ilimitada e solidariamente.

A sociedade, pois, em cuja constituição se não tenham observado as disposições da lei comercial, ainda que se proponha um fim comercial, não pode, logicamente, considerar-se como sociedade comercial, pois falta um dos requisitos de que a lei torna dependente a existência desta categoria jurídica (art. 104, n.ºs 1.º e 2.º).

Também se nos afigura fora de dúvida que não há neste caso uma individualidade jurídica diferente da dos associados, pois o art. 8.º refere-se apenas às **sociedades comerciais**, e neste caso não temos uma «sociedade comercial». Só às sociedades comerciais, a que se refere o art. 104.º do Código Comercial, reconhece o art. 108.º individualidade jurídica; só essas trata como um sujeito de direito.

As que não se constituíram nos termos e segundo os trâmites indicados na lei, essas são tidas por inexistentes; não podem, pois, ser reconhecidas como pessoas.

Tanto os autores como a jurisprudência dos nossos tribunais têm constantemente recusado individualidade jurídica às **sociedades irregulares**, que assim se chamam as sociedades a que se refere o art. 107 do Código Comercial.

Como nota discordante, podemos apenas referir a opinião do prof. Barbosa de Magalhães, ulteriormente seguida pelo prof. Luís da Câmara Pinto Coelho, na sua dissertação de doutoramento (Da Compropriedade — I, págs. 172 e segs., especialmente pág. 179).

A mesma uniformidade de vistas se não observa já, todavia, quanto à natureza jurídica destas sociedades, ou melhor, quanto aos efeitos jurídicos emergentes da formação duma sociedade nas circunstâncias previstas no art. 107.º, isto é, da formação duma sociedade que se não constituiu com observância das prescrições legais.

Diz o art. 107.º que tais sociedades «ter-se-ão por não existentes», acrescentando que «todos quanto em nome delas contratarem ficam obrigados pelos respectivos actos, pessoal, ilimitada e solidariamente».

Parece, portanto, que nem há que considerar o problema da natureza jurídica das chamadas **sociedades irregulares**, pois trata-se de um simples nome, vazio de sentido jurídico. Quando se não observaram os termos da lei para a formação duma sociedade, não se constitui sociedade alguma, nem regular nem irregular; o acto é desprovido de efeitos jurídicos e a lei só vê as **pessoas** que se propunham formar uma sociedade, mas não lograram este efeito; declara-as, por isso, pessoal, ilimitada e solidariamente responsáveis pelos actos que praticaram em nome da sociedade.

Parecem confirmar este ponto de vista a disposição do art. 147.º do Código Commercial, segundo o qual o Governo pode promover as acções que forem necessárias para se haveram como **não existentes** as sociedades que funcionem ou se estabeleçam em contração das disposições do mesmo Código, e o preceito do § 2.º do art. 131.º, em que se considera o caso de a sociedade ser juridicamente havida como não existente, pela insanável nulidade da sua constituição, determinando-se que deverá então o juiz nomear os liquidatários.

É esta a doutrina que essencialmente sustenta o Dr. Cunha Gonçalves no seu *Comentário ao Código Commercial Português* (vol. I, págs 218 e seg.).

No entanto, não é a opinião corrente nem na doutrina nem na jurisprudência.

3. Entende-se geralmente que, mesmo que se não tenham observado rigorosamente as disposições legais, a sociedade existe de facto, criou-se uma organização própria para a exploração em

comum de determinado ramo de negócio, tendo os sócios entrado com as suas participações sociais, em bens ou indústria, e estando essa organização a funcionar nas mesmas circunstâncias práticas em que funciona qualquer sociedade regularmente constituída.

Existe, pois, uma comunhão de facto entre os sócios, que não pode deixar de ser tida em conta pela ordem jurídica.

Afirma-se, por consequência, em certo sector da opinião, que a única consequência que resulta da inobservância das disposições legais na constituição da sociedade consiste em que se lhe não pode reconhecer personalidade jurídica. A sociedade não existe para com terceiros, como um sujeito de direito; mas existe entre os sócios, que, de facto, celebraram um contrato de sociedade, formaram um fundo comum. A **sociedade de facto**, como tal, adquire direitos e contrai obrigações, nas mesmas condições em que as sociedades civis, que não têm personalidade jurídica.

Nesta ordem de ideias, chegou-se a julgar nos nossos tribunais que as sociedades irregulares do art. 107.º são sociedades civis (Acórdãos do Sup. Tribunal de Justiça de 12-2-1895 e de 10-6-1902, in *Gaz. Rel. Lx.*, IX, p. 5. XVI, 371), doutrina absolutamente inadmissível uma vez que não é a constituição em harmonia com a lei comercial que essencialmente caracteriza a sociedade comercial (pois que todas as sociedades civis se podem constituir sob forma comercial) mas sim a natureza comercial do seu objecto ou fim.

A doutrina de que as sociedades irregulares têm existência entre os sócios, ou, por outras palavras, de que não é possível negar ou desconhecer o contrato entre os sócios realizado, embora sem as formalidades legais, e de que, portanto, a única sanção da falta de observância destas formalidades consiste em não se lhes reconhecer individualidade jurídica, foi defenida designadamente pelo Dr. José Tavares, no seu livro sobre as Sociedades Comercias. Baseava-se o ilustre professor especialmente na história do artigo 107.º, no estudo das suas fontes, invocando particularmente o facto de o Código adoptando na primeira parte deste artigo o preceito enunciado no art. 6.º do projecto de Hintze Ribeiro, não ter transcrito também a fórmula do art. 8.º do mesmo projecto, que declarou *nulos e de nenhum efeito os pactos ou convenções sociais*,

a que faltarem as formalidades prescritas pela lei, acrescentando, em vez disso, à fórmula do art. 6.º, as palavras contidas na segunda parte do art. 98.º do Código Comercial italiano. Seria assim legítimo concluir que, no nosso direito, deve afirmar-se a doutrina, sustentada em face do Código italiano, de que a sanção da inobservância das formalidades legais se limita ao não reconhecimento de tais sociedades de facto como pessoas jurídicas, cumprindo, no entanto, respeitar-se os efeitos do contrato celebrado entre os sócios, quando neste se tenham observado as condições necessárias para a existência de um contrato válido.

4. Partindo desta ideia de que a sociedade irregular existe entre os sócios e de que o contrato de sociedade tinha que ser considerado válido até ao momento da sua anulação, o prof. Barbosa de Magalhães ensinava, nas suas lições, que a conclusão lógica que daqui se deduzia era a de que as sociedades irregulares não deixavam por isso de ter personalidade jurídica; e em reforço desta conclusão invocava o facto de o Código, depois de se referir no art. 107.º às sociedades irregulares, enunciar no art. 108.º o princípio da personalidade das sociedades, sem fazer qualquer restrição quanto às sociedades mencionadas no artigo precedente. Alegava mais, em favor do seu ponto de vista, que o legislador português se afastou do preceito consignado no Código Comercial espanhol, onde se dispõe que «as sociedades comerciais que se hajam constituído em harmonia com o Código têm personalidade jurídica», condicionando assim à observância das disposições da lei a atribuição da personalidade.

Não hesitamos em repelir em absoluto esta doutrina, que abstrai completamente da circunstância de que no art. 107.º o Código, aludindo às sociedades irregulares, as declara inexistentes, não sendo assim possível admitir que no art. 108.º o legislador quisesse abranger também as sociedades a que no artigo anterior negava existência jurídica. No art. 108.º, aludindo a *sociedades comerciais*, o Código não podia deixar de se reportar à figura jurídica que definira no art. 104.º; portanto às sociedades que têm por objecto praticar um ou mais actos de comércio e que se constituem em harmonia com os preceitos da lei. Vê-se assim que nenhum

valor é lícito atribuir ao argumento deduzido do confronto do art. 108.º, com o correspondente do Código Comercial espanhol; a exigência da constituição em harmonia com as disposições do Código está implícita na referência a «sociedades comerciais».

Repudiamos também em absoluto a doutrina defendida contra a opinião dominante pelo mesmo professor, de que as sociedades irregulares são comerciantes, devendo considerar-se abrangidas no n.º 2.º do art. 13.º, que a elas se refere — diz o mesmo professor — sem qualquer restrição.

As sociedades comerciais a que se refere o n.º 2.º do art. 13.º são evidentemente as que se definem em seguida no art. 104.º; e nunca nesse número do art. 13.º seria lícito abranger sociedades que o Código, ainda que reconhecesse como sociedades *de facto*, nunca poderia considerar como *sociedades comerciais*, pois o art. 107.º alude precisamente àquelas em cuja constituição se não observaram os preceitos do Código.

5. Mas, que pensar, então, sobre o alcance do preceito do artigo 107.º, enquanto declara inexistentes as sociedades em cuja constituição se não observaram os preceitos legais? Por outras palavras, como definir a situação de facto criada pela formação de uma associação para explorar certo ramo de comércio, mas sem observância dos preceitos estabelecidos para a constituição das sociedades comerciais?

Desconhecerá a lei os efeitos da associação, a constituição de uma comunhão entre as pessoas que se reuniram, pondo em comum determinados bens, e estão na realidade explorando em comum e através dessa organização determinado ramo de negócio, obedecendo porventura a normas por elas acordadas, mas que não constam de um título outorgado nas condições formalmente impostas na lei, e completado com todas as formalidades ulteriores prescritas para a constituição duma sociedade comercial?

Deverá desconhecer-se a associação e a situação de facto, tal qual ela se apresenta, para ver apenas as pessoas que em nome da pseudo-sociedade contrataram, e considerar portanto as operações e os actos jurídicos em nome dela realizados como sendo

peçoais dessas mesmas pessoas e vinculando a sua reponsabilidade, ilimitada e solidàriamente?

6. Cremos que o problema não poderá ser convenientemente apreciado sem primeiro nos fixarmos sobre outro ponto, que também precisa de ser atentamente examinado, a saber:

Quais são as disposições da lei cuja inobservância se prevê no art. 107.º? Quando é que se poderá dizer que a sociedade se não constituiu «nos termos e segundo os trâmites indicados neste Código»?

É que a lei estabelece requisitos de forma que respeitam ao acto de constituição da sociedade, pròpriamente, e impõe, além disso, certas formalidades que respeitam à publicidade do acto constitutivo da sociedade e dos termos em que esta se formou. Além dos requisitos a observar no documento de constituição da sociedade (o Código Comercial exigia, em relação a todas as sociedades, que se constituíssem por escrito e hoje o Código do Notariado impõe a escritura pública) e que, de um modo geral, para as diferentes formas de sociedade se indicam o art. 114.º do Código Comercial, há ainda as exigências do registo comercial (arts. 46.º, 47.º, 49.º e 18.º, n.º 3.º, Código Comercial) e as publicações, que a lei prescreve para dar a conhecer a terceiros interessados a existência e as condições em que funciona o organismo social constituído.

Serão só as disposições referentes ao acto constitutivo da sociedade que se contemplam no preceito do art. 107.º? Ou também as referentes aos vários modos de publicidade do acto? A inobservância destas últimas tornará também irregular a sociedade, ainda que se tenham cumprido rigorosamente as exigências legais relativas ao acto de constituição? Ou será apenas a falta de cumprimento dos preceitos relativos à constituição, pròpriamente dita, que determinará tal consequência?

Já se julgou nos nossos tribunais que a falta do registo não obsta a que a sociedade se considere regularmente constituída e com existência legal, entendendo-se que tal falta, respeitando a um requisito de publicidade, apenas tem como consequência não poderem as obrigações, resultantes do contrato de sociedade, ser exigidas de pessoas estranhas ao mesmo contrato — (Acórdão da

Relação do Porto, de 25 de Novembro de 1910, na «Gazeta da Relação de Lisboa, 24, pág. 570, e Acórdão da Relação de Moçambique, de 30 de Junho de 1906, na «Revista de Legislação e de Jurisprudência», 39, pág. 248; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Julho de 1909, na «Gazeta da Relação de Lisboa», 23, pág. 324).

Pode mesmo dizer-se que nos nossos tribunais se definiu uma corrente de jurisprudência, segundo a qual o registo, bem como as publicações exigidas quanto a certas espécies de sociedades, são elementos ulteriores à constituição da sociedade, e não podem, portanto, ser considerados como elementos de constituição da mesma; a sua falta ou defeito não pode, pois, ter como consequência a aplicação das sanções particulares estabelecidas no art. 107.º do Código Comercial, mas só das sanções que para tal falta forem em geral cominadas na lei. E assim, quanto à falta de registo — hipótese a respeito da qual geralmente se tem suscitado o problema — tem-se afirmado que a única consequência daí resultante consiste em que, nos termos do art. 57.º do Código Comercial, o acto de constituição não produz efeitos em relação a terceiros. Assim julgou recentemente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 1937 («Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 70.º, pág. 173).

Invoca-se especialmente em abono desta doutrina os preceitos dos arts. 49.º, n.º 5.º, e 193.º do Código Comercial; no primeiro destes artigos diz-se que fica sujeito a registo «o instrumento de constituição da sociedade», e no segundo dispõe-se que «logo que a sociedade esteja constituída, serão os seus estatutos publicados», o que bem mostra — diz-se — tratar-se de termos ulteriores à constituição, e que a supõem como elemento distinto.

7. Não deixaremos de referir a este respeito, pelo interesse que particularmente advém da sua proveniência, a opinião emitida pelo Conselheiro Veiga Beirão — autor do Projecto do Código Comercial — no seu «Esboço de Curso de Direito Comercial Português». Citando o Acórdão da Relação de Lisboa de 3 de Abril de 1895 («Gazeta da Relação de Lisboa», 8, pág. 635), em que se julgou que a sociedade comercial não matriculada não se acha

constituída em harmonia com as disposições do Código Comercial, afirma a necessidade de distinguir a matrícula da sociedade e o registo do instrumento de constituição da sociedade, e entende que a matrícula, obrigatória pelo art. 47.º, é o último termo da constituição da sociedade, e por isso a sua falta arrasta a aplicação do art. 107.º: o registo, acto de publicação, é posterior à matrícula e a sua falta produz os efeitos especificados no art. 57.º. Entendia portanto o autor do projecto que a falta de registo do título de constituição como termo ou formalidade posterior ao *último acto da constituição*, não caía sob a alçada do art. 107.º A sociedade não deixava então de ter-se como constituída em harmonia com as disposições do Código.

Perfilhava, pois, quanto ao registo do acto de constituição, apenas — e com exclusão da matrícula — o ponto de vista perfilhado na corrente de jurisprudência que acabamos de referir, de que se tratava de termos *ulteriores* à constituição.

É pena que o carácter meramente programático do «Esboço de Curso», que não é mais do que um sumário muito minucioso das lições, não nos dê a conhecer as bases em que se apoiava o autor do Projecto para, distinguindo entre matrícula e registo do instrumento de constituição da sociedade, considerar aquela o último termo da constituição da sociedade.

Há, de facto, diferença material e jurídica entre matrícula e *inscrição* do instrumento de constituição da sociedade. Fazem-se em livros diferentes; a matrícula deve conter as menções referidas no art. 51.º do Código, e no Regulamento do Registo Comercial, e a inscrição do instrumento de constituição obedece à regra geral, fazendo-se por extracto do próprio título apresentado para registo.

Mas é conhecida a relação que há entre matrícula e inscrição de qualquer acto em geral: a matrícula, correspondendo à *descrição* no registo predial, é o elemento de identificação do comerciante a que se referem os actos que ele submete ao registo; nem, por isso, pode fazer-se qualquer inscrição sem primeiro se matricular o comerciante a que o acto, objecto da inscrição, diz respeito. *Matrícula e inscrição* são, pois, ambas, operações de registo comer-

cial; têm a mesma natureza, e ambas representam, como operações de registo, requisitos de publicidade.

Não julgamos pois justificada a distinção, e raras vezes se fará, se é que praticamente pode fazer-se, a matrícula sem a inscrição do instrumento de constituição, pois é com base na certidão desta que se faz a matrícula.

8. A opinião de que o registo, como acto ulterior à constituição não é requisito cuja falta determine a sanção do art. 107.º, não é geralmente admitida na doutrina.

O Dr. José Tavares e a «Revista de Legislação e de Jurisprudência» opinaram que o art. 107.º abrange tanto a falta ou defeito de condições de forma como a falta ou defeito de condições de publicidade, e no mesmo sentido se pronunciou o Dr. Abranches Ferrão no seu livro «Das sociedades comerciais irregulares» (págs. 32 e segs.,) onde cita várias decisões dos nossos tribunais, sancionando esta corrente de opinião. A mesma orientação é ainda seguida pelo professor Dr. Mário de Figueiredo em artigos publicados na «Revista de Legislação e de Jurisprudência», ano 72.º, pág. 105.

Em abono desta doutrina pode efectivamente dizer-se que a lei emprega uma fórmula explícita e rigorosa, dizendo «nos termos e segundo os trâmites indicados no Código», sem qualquer restrição ou distinção, e que na verdade só pode dizer-se que a sociedade se constituiu nos termos e segundo os trâmites indicados na lei, quando se observaram de modo completo as prescrições na lei formuladas, quer se reportem ao acto de constituição em si mesmo, quer a termos ulteriores que lhe dizem respeito e o completam.

A esta convicção nos leva, porém, especialmente o exame do preceito do art. 98.º do antigo Código Comercial italiano, que o nosso legislador teve indiscutivelmente em vista ao formular o preceito correspondente do art. 107.º, visto que neste reproduziu na sua essência a parte final do referido preceito. Ora, nesse artigo do código italiano diz-se que, enquanto não forem observadas as formalidades prescritas nos arts. 87.º 90.º, 91.º, 93.º, 94.º e 95.º, a sociedade não se considera legalmente constituída, e os preceitos destes artigos consignam tanto requisitos de forma como exigências

de publicidade, que bem correspondem às obrigações de registo e publicações impostas na nossa legislação.

Se o legislador português, adoptando o preceito da parte final do art. 98.º citado, não reproduziu a disposição inicial do mesmo, não é lícito deduzir daí qualquer argumento no sentido de que o art. 107.º só contempla os requisitos de forma do acto de constituição, pois a uns e outros se refere o preceito do código italiano e seria necessário, quando se quisesse distinguir entre eles, dizer expressamente quais aqueles cuja inobservância, exclusivamente, determinaria a inexistência legal da sociedade.

Se o legislador, pois, se afastou da fórmula do art. 98.º do código italiano, foi certamente por preferir a fórmula mais sintética, mas até mais rigorosa e enérgica do projecto de Hintze Ribeiro, em que se comina explicitamente a sanção da falta de observância dos preceitos legais em vez de se suspender, por assim dizer, a existência legal da sociedade até ao momento em que se cumpram as formalidades legais.

Quer dizer, o legislador, em vez de usar o sistema de declarar a existência legal dependente da observância das formalidades prescritas no Código, preferiu usar o sistema de cominar a sanção da inobservância das prescrições legais. Da diversidade de método ou sistema empregado não é lícito deduzir qualquer argumento no sentido de limitar o preceito do artigo a algumas, apenas, das formalidades estabelecidas na lei, isto é, às condições de forma, com exclusão das de publicidade.

9. A doutrina que deixamos exposta parece não oferecer dúvida no que respeita às sociedades por quotas, pois o § 4.º do art. 61.º da Lei de 11 de Abril de 1901, depois de no corpo do artigo se declarar *nulo o contrato social* quando se preterirem diversas condições de forma especificadamente indicadas nos números desse preceito, dispõe que «respondem pelos respectivos actos, pessoal, ilimitada e solidariamente, todos quantos contraíram obrigações em nome da sociedade, *enquanto não estiver registada a sua constituição*».

Se aproximarmos este preceito do que se contém no art. 107.º do Código, onde a responsabilidade pessoal dos sócios aparece

como a consequência de se terem como não existentes as sociedades que se não constituem nos termos e segundo os trâmites indicados no mesmo Código, ou cominada para o caso de dever ter-se a sociedade como inexistente por esse motivo, parece legítimo concluir que o registo — portanto um requisito de publicidade — também se considera na lei como elemento ou condição da regular constituição da sociedade.

Poderá talvez duvidar-se, em presença deste preceito legal, se essa responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada também se verifica nos casos de inobservância das condições de forma, propriamente ditas, pois só à falta de registo se refere o § 4.º. Mas desse assunto nos ocuparemos mais adiante, quando tratarmos especialmente da extensão do conceito de sociedade irregular às sociedades por quotas, e da aplicação a estas do art. 107.º.

Por agora, limitamo-nos a registar o argumento que em favor da tese que defendemos se pode deduzir do citado preceito la Lei de 11 de Abril de 1901.

Em favor da tese de que o registo e publicações, e portanto os requisitos ou condições de publicidade são, como os da forma, propriamente dita, elementos da constituição legal da sociedade, determinando a sua falta, portanto, as sanções estabelecidas no art. 107.º do Código Comercial, o Dr. Mário de Figueiredo aduz ainda outros argumentos, de indiscutível valor, que não queremos deixar sob silêncio.

Antes, porém, de a eles nos referirmos, queremos aludir a um problema que se tem suscitado precisamente a respeito do registo, e que pode induzir-nos em confusão quanto à questão que propriamente debatemos agora: referimo-nos ao problema de saber se o registo é ou não constitutivo.

10. A este respeito adverte o Dr. Mário de Figueiredo que, dizer que o registo não é constitutivo não significa que ele não seja um elemento da constituição das sociedades. O registo é constitutivo quando sem ele não existe a sociedade, como acontece no sistema do direito alemão, onde na alínea 1) do § 11 da lei relativa às sociedades de responsabilidade limitada, a que correspondem as socie-

dades por quotas do nosso direito, se dispõe que: «antes da inscrição no registo comercial da sua sede a sociedade de responsabilidade limitada não existe como tal». Se a sociedade não existe enquanto não constar do registo do lugar da sua sede, enquanto este não estiver feito não pode falar-se de responsabilidade social por quaisquer actos praticados em nome da sociedade, e só é possível a responsabilidade pessoal dos que em nome dela contrataram. Daqui segue-se que o registo não será *constitutivo* se, independentemente de ele se ter feito, se admitir a responsabilidade social. Mas, não sendo constitutivo, pode no entanto ser um elemento da constituição da sociedade, se a sua falta, não excluindo a possibilidade de responsabilidade social, determinar a aplicação de sanções, que atinjam a sociedade na sua existência.

Este problema, de ser ou não o registo constitutivo, interessa especialmente ao problema das nulidades; antes do registo, como não há sociedade, não pode pôr-se o problema das nulidades. Estas, só podendo invocar-se uma vez registada a sociedade, conduzem à dissolução da sociedade, mas não à declaração da sua inexistência. Neste sistema a sociedade não registada não existe como tal; e a sociedade nula existe, mas pode ser dissolvida. Neste sistema não se cumula a responsabilidade social com a responsabilidade pessoal dos que agiram pela sociedade: antes do registo só pode falar-se de responsabilidade individual; depois do registo só pode falar-se de responsabilidade social.

Ora o problema que agora estávamos analisando é um tanto diferente: queremos saber quando é que, relativamente a uma sociedade, se pode dizer que se não observaram, na sua constituição, os termos e trâmites indicados na lei. Numa palavra, queremos saber o alcance desta fórmula, para apurar quais os termos ou formalidades cuja falta, no pensamento do legislador, deve determinar a aplicação das sanções enunciadas no art. 107.º.

É verdade que a primeira dessas sanções é ter-se a sociedade como inexistente, e até consequência dela parece ser a responsabilidade pessoal dos que em nome da sociedade contrataram. Parece, portanto, que, se considerarmos o registo como uma formalidade, ou melhor um dos termos ou trâmites legais, cuja ino-

bservância determina o ter-se a sociedade como não existente, estamos a proclamar o registo como elemento *constitutivo*.

Mas é que, no fundo do problema, há uma questão de técnica jurídica; e ter-se o acto como não existente, quando falta um elemento de constituição, não é a única consequência de se declarar esse elemento constitutivo.

No sistema do direito português o registo não é constitutivo; a consequência da sua falta, quanto aos actos para que é exigido, não é a inexistência dos actos como tais: os actos são válidos e eficazes entre as partes, e simplesmente não produzem efeitos em relação a terceiros.

Sendo assim, a inexistência da sociedade, no caso da falta de registo, viria como sanção especial do art. 107.º do Código Comercial e não por força da própria natureza constitutiva do registo. E é esta a posição tomada pelo Dr. Mário de Figueiredo.

11. Ora, voltando à demonstração de que no art. 107.º se abrangem, tanto as condições de forma, como as de publicidade, não deixaremos de notar que este professor invoca ainda em favor da tese defendida o argumento de que, a não se pensar assim, a omissão das publicações a que se refere o art. 193.º do Código Comercial ficaria sem sanção alguma, pois outra se não vê estabelecida na lei; e, quanto à falta de registo, se nos reportássemos à simples sanção geral do art. 57.º do Código Comercial, que priva de efeitos em relação a terceiros os actos sujeitos a registo quando não forem registados, acabaríamos por colocar aqueles que neles interviesses a coberto de qualquer responsabilidade perante terceiros.

Com efeito, o art. 107.º não seria aplicável neste caso, e portanto não estaria vinculada a responsabilidade pessoal por força do seu preceito. Por outro lado, a sociedade, pela mesma razão, não seria tida como não existente, embora o acto da sua constituição não produzisse efeitos em relação a terceiros; e assim continuaria excluída a responsabilidade pessoal dos que contratassem, pois a sociedade existe, e em nome dela, e não em seu próprio nome, contrataram estes.

De forma que, tendo o registo sido estabelecido para protecção

de terceiros, a falta de cumprimento da obrigação de registrar a sociedade poderia ter, no caso, um estranho efeito: beneficiar indirectamente terceiros que não contrataram com a sociedade — os credores particulares dos sócios — prejudicando consequentemente os que com ela contrataram — credores sociais — cujos interesses se queria zelar com a obrigação de registo.

Novo argumento deduz ainda o Dr. Mário de Figueiredo do preceito do art. 112.º do Código Comercial: Deste artigo, quando combinado com o preceito do art. 111.º, que impõe às sociedades legalmente constituídas em país estrangeiro que estabeleceram no país sucursal ou qualquer espécie de representação social, a obrigação de registo e publicação dos actos sociais, resulta que, no caso de não cumprimento desta obrigação, os seus representantes ficam responsáveis pessoal e solidariamente por todas as obrigações sociais contraídas no exercício das suas funções. E sendo esta essencialmente a mesma sanção que se estabeleceu no art. 107.º do Código, se este não abrangesse a falta de registo e publicações, resultaria que o legislador, estabelecendo esta responsabilidade pessoal dos representantes para o caso de a sociedade se ter constituído em país estrangeiro, deixaria sem a dita sanção a mesma falta, quando a sociedade se constituísse em Portugal, o que não tem justificação possível, visto que a razão da exigência do registo e publicações num e noutro caso é a mesma.

12. Outras razões aponta ainda o Dr. Mário de Figueiredo, em reforço desta opinião, essas, porém, de menor valor, sem dúvida, e por isso nos abstermos de as reproduzir.

Queremos apenas acentuar que, se dissemos que a sanção do art. 112.º é *essencialmente* a do art. 107.º, foi porque, enquanto o art. 112.º se refere à responsabilidade pessoal dos *representantes* da sociedade, o art. 107.º alude à das pessoas que *em nome da sociedade contrataram*. Por esta última fórmula poderá dizer-se que são só os que de facto intervêm ou outorgam no acto que ficam responsáveis, ao passo que a primeira abrangerá todos os representantes, de qualquer espécie que sejam, ainda mesmo aqueles que no acto não tenham tido intervenção. E por outro lado já se tem sustentado que a fórmula do art. 107.º abrange não apenas

as pessoas que no acto outorgam em nome da sociedade e em sua representação, mas todos aqueles a quem ela respeita, porque são realizados em nome da sociedade, isto é, todos os pretensos sócios. É a opinião que sustenta designadamente o Dr. Cunha Gonçalves.

Ora, quanto a esta interpretação do art. 107.º, julgamo-la inadmissível não só por envolver um conceito que não poderia rigorosamente exprimir-se com a fórmula usada, mas ainda por contrariar no fundo a ideia da inexistência da sociedade ou do contrato de sociedade, a que teria afinal que se dar valor, ao menos para determinar as pessoas que ficavam responsáveis pelos actos realizados em nome dela. A responsabilidade pessoal dos que outorgam ou intervêm nos actos realizados em nome da sociedade é como que o reverso da medalha, em relação à existência da sociedade, que postula naturalmente a responsabilidade social.

Acresce a estas razões a que resulta do confronto do preceito do art. 107.º com o texto da parte final do art. 98.º do Código Comercial italiano, em que se declara responsáveis «os sócios, os fundadores, os administradores e todos aqueles que actuam em nome da sociedade». Nesta fórmula, que o nosso legislador quis apenas condensar numa expressão sintética, referindo a ideia central, alude-se manifestamente àqueles que, seja qual for a sua qualidade, agem ou contratam em nome ou em representação da sociedade, quer sejam administradores, quer fundadores ou simples sócios, sem qualificação especial no pacto, desde que se apresentam a tratar em nome dela. Se se quisesse estender sistematicamente a responsabilidade a todos os sócios, porque interessados na operação realizada, então não era necessário aludir a qualquer outra qualidade, nem fazer qualquer outra especificação que não fosse a dos actos terem sido realizados em nome da sociedade.

Quanto à observação de que no art. 112.º se alude aos representantes de qualquer espécie, possivelmente a todos os que tiverem essa qualidade, e não apenas aos que actuarem em nome da sociedade, cumpre-nos observar com o Dr. Mário de Figueiredo que, mesmo que assim fosse, as divergências entre os dois preceitos não seria de molde a inutilizar o argumento que ficou enunciado. Mas a verdade é que consideramos a fórmula do art. 112.º,

enquanto se alude aos «representantes, de qualquer espécie que sejam» como equivalente à usada no art. 98.º do Código Comercial italiano, que manifestamente inspirou o preceito do nosso art. 107.º; isto é, entendemos que nela se quis exprimir essencialmente a ideia que já vimos expressa no citado preceito do código italiano e é a de que a responsabilidade toca àqueles que actuaram em representação da sociedade, quer tivessem a qualidade especial de administradores ou representantes, quer fossem simples sócios sem qualificação especial.

13. Entendemos, pois, que a sociedade se não constituiu «nos termos e segundo os trâmites indicados no Código», e são portanto aplicáveis as sanções do art. 107.º, quando houve; *a*) falta ou defeito de forma, e nesta expressão abrangemos tanto a falta de documento com os elementos de solenidade que a lei exige (escritura pública), como a falta ou defeito das especificações exigidas por lei nesse escrito e que se não possam considerar supridas em disposições de character supletivo, quer essas especificações sejam gerais, quer sejam especiais a certos tipos de sociedade; *b*) falta ou defeito de registo (matrícula e inscrição do instrumento de constituição) e falta das publicações, quando exigidas por lei.

14. Resolvido este problema da determinação dos termos e condições de constituição, cuja falta ou inobservância torna irregular a sociedade, estamos já em melhor posição para apreciar a questão fundamental da natureza jurídica da «sociedade irregular».

Não derimiu a contenda o novo Código do Processo Civil, que na disposição do seu art. 8.º se limitou, como diz o Dr. José Alberto dos Reis nos diversos comentários publicados sobre o Código do Processo Civil, a resolver «no seu aspecto judiciário o problema das sociedades irregulares» (cfr. nota ao art. 9.º).

Dispõe o art. 8.º do referido Código que: «As sociedades e associações que não se acharem legalmente constituídas, mas que procederem de facto como se o estivessem, não poderão opor, quando demandadas, a irregularidade da sua constituição; mas pode também a acção ser proposta contra as pessoas que, segundo

a lei, tenham responsabilidade pelo respectivo facto». E acrescenta o § único: «Sendo demandada a sociedade ou a associação, é-lhe lícito deduzir reconvenção».

Vê-se assim que as sociedades irregulares não têm personalidade judiciária *activa*, a não ser para formular pedidos reconventionais; mas têm personalidade jurídica *passiva*, porque podem ser directamente demandadas como sociedades *de facto*, sem que lhes seja lícito opor a irregularidade da sua constituição. Quem tiver de propor uma acção contra a sociedade irregular pode, conforme lhe convier, ou dirigi-la contra a própria sociedade ou contra as pessoas que, em nome dela, praticaram o acto ou facto que serve de base à acção (Cfr. *Comentário ao Código do Processo Civil*, nota ao art. 9.º, vol. I, pág. 25).

Alguna lição se tira, no entanto, deste preceito, pois dele resulta que o legislador reconhece como realidade importante, que não é lícito desconhecer, a existência de uma associação de facto, de uma organização que está exercendo uma actividade mercantil em termos análogos àqueles em que a exercem as sociedades regulares, verificando-se apenas a circunstância de a associação, no seu formalismo jurídico, não se conformar rigorosamente com as prescrições da lei.

Em muitos casos essa deficiência pode nem ser aparente, como no caso de se terem observado rigorosamente as condições de forma, pròpriamente ditas, faltando apenas todos ou alguns dos requisitos de publicidade. Pode até acontecer que, a despeito da inobservância destes últimos, a sociedade, pela importância do seu objecto, e pelo relevo que teve a criação da empresa, se tenha tornado conhecida do público, conhecidos sendo igualmente os termos da organização.

Em circunstâncias como estas torna-se particularmente visível a consistência da *situação de facto* que a sociedade irregular origina, e a sua afinidade real com a que está na base de uma sociedade legalmente constituída.

Não será isso razão, certamente, para equiparar, sob o ponto de vista jurídico, tal situação à que resulta da formação da sociedade nos termos da lei, mas poderá porventura justificar a solução

defendida por aqueles que afirmam que, se não pôde surgir a figura jurídica «sociedade comercial», revestida de individualidade jurídica, há no entanto uma associação baseada e modelada por um contrato que, se por falta de regularidade formal não pode fazer surgir aquela espécie jurídica, não deixa de ter eficácia para determinar certas relações entre os sócios.

Cairíamos assim, afinal, na doutrina daqueles que afirmam a existência de uma sociedade, não regida pelas normas do código referentes às sociedades comerciais, mas de uma sociedade nos termos do contrato celebrado, que deve produzir os seus efeitos, tudo se reduzindo afinal a negar a estas sociedades a personalidade jurídica. E era esta, no fundo, a doutrina sustentada, entre outros, pelo Dr. José Tavares.

Ora, esta concepção, enquanto admite a existência ou validade do contrato de sociedade é, a nosso ver, contrariada pelo preceito do art. 107.º que exclui qualquer eficácia do contrato celebrado, considerando apenas como actos pessoais daqueles que neles intervieram os actos realizados em nome da sociedade.

Nem poderá dizer-se que a parte final do art. 107.º apenas respeita às relações com terceiros, estranhos à sociedade, não impedindo que pelo contrato celebrado se definam as relações internas ou que o facto da associação faz surgir entre os que se associam. Com efeito, o preceito do final do art. 107.º é o lógico corolário da inexistência da sociedade, quer como sociedade comercial, quer como associação doutra natureza formada pelas partes.

15. Recentemente, porém, o Dr. Mário de Figueiredo veio dar nova base a esta solução, apoiando-se no preceito do art. 8.º do novo Código do Processo Civil, do qual cumprirá deduzir (desde que se admite, como vimos que admitia o referido professor, que a situação prevista no art. 107.º abrange a falta das condições de publicidade e, portanto, a falta de registo) não só que o registo não é constitutivo — pois na sua falta há, com a responsabilidade pessoal, a responsabilidade social — mas que com relação a terceiros para com quem se haja obrigado, a sociedade constituída sem observância das formalidades legais existe, enquanto não for judicialmente declarada a sua inexistência, e, portanto, que o con-

trato por que se constituiu não está ferido de nulidade absoluta, no sentido clássico desta expressão; se estivesse, podia essa nulidade ser oposta pelos interessados.

Não julgamos procedente a argumentação deste ilustre professor, que atribui ao art. 8.º do Código do Processo Civil um alcance que ultrapassa sem dúvida o seu verdadeiro sentido, tal como se deduz não só das observações, atrás referidas, do Dr. J. A. dos Reis, mas ainda da sua própria colocação e da matéria a que respeita. Trata-se, com efeito, de uma norma referente à capacidade judiciária, tendo por função, apenas, definir a das sociedades e associações não legalmente constituídas.

Deixa, pois, intacto o problema da natureza jurídica das sociedades irregulares, podendo ainda suscitar-se, na acção intentada contra a sociedade, todas as questões que já se suscitavam antes do novo Código do Processo Civil, em presença dos preceitos da lei comercial, excepto a da possibilidade de demandar a sociedade.

Tanto assim é que na parte final do artigo se diz que pode também a acção ser proposta contra as pessoas que, segundo a lei, tenham responsabilidade, pelo respectivo acto ou facto. É, pois, à luz dos preceitos da lei comercial que se hão-de derimir as questões sobre os efeitos do acto praticado em nome da sociedade não legalmente constituída, e o art. 8.º apenas concede, quanto ao aspecto judiciário, uma faculdade alternativa, permitindo propor a acção em nome da sociedade ou em nome daqueles a quem se imputa a responsabilidade pessoal pelo acto (1).

(1) Cremos poder deduzir que é este o ponto de vista do Dr. J. A. dos Reis do facto de, nas suas notas ao art. 9.º do Código, em que alude também ao preceito do art. 8.º, depois da afirmação de que este resolve, no seu aspecto judiciário, o problema das sociedades irregulares, se limitar a escrever que «sobre o art. 8.º pode ver-se a *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 72, págs. 198, 209 e 225». Representando esta citação referência ao estudo do Dr. Mário de Figueiredo, o Dr. J. A. dos Reis não escreve uma palavra que revele adesão à doutrina nesse estudo sustentada e que manifestamente está em oposição com a afirmação, aqui transcrita, do comentador sobre o alcance do art. 8.º (Vide Coment., vol. I, pág. 25).

16. Em presença das dificuldades, incontestavelmente graves, que deixamos referidas, outros entendem — e nesta orientação se manifestaram, ainda antes do novo Código do Processo Civil, a Revista de Legislação e de Jurisprudência e o Dr. Abranches Ferrião — que a sociedade irregular tem a natureza de simples comunhão de facto, não reconhecendo validade, nem mesmo para definir ou regular as relações entre os presumidos sócios, ao contrato de sociedade entre eles celebrado.

«A lei, declarando não existente as sociedades que não se constituam legalmente—escreve a «Revista de Legislação e de Jurisprudência», Ano 43, pág. 190 — não pode ter em vista negar eficácia aos actos que fossem praticados em nome da sociedade, pois isso equivaleria a reconhecer o locupletamento à custa alheia, ou em favor de quem tivesse recebido vantagens em nome da sociedade, ou de quem da sociedade as tivesse recebido. Daqui, a parte final do art. 107.º, pelo qual aqueles que contratam em nome da sociedade ficam obrigados pessoal, ilimitada e solidariamente».

E a seguir observa: «a lei, se declarou inexistentes judicialmente as sociedades que se não constituíram em harmonia com as suas prescrições, reconheceu a comunhão de facto estabelecida entre os presumidos sócios para o efeito tanto de estes entre si partilharem o activo e o passivo social como de exigirem quaisquer créditos da presumida sociedade».

Em abono desta doutrina invoca o conceituado jornal jurídico as disposições do § 2.º do art. 131.º e do n.º 2.º do art. 134.º do Código Comercial, na primeira das quais, como vimos, se determina que o juiz nomeie liquidatários, e se impõe, portanto, a liquidação da sociedade, quando ela for judicialmente havida por não existente pela insanável nulidade da sua constituição, e na segunda se atribui aos liquidatários competência para realizar a cobrança das dívidas activas da sociedade.

Daqui se deduz, por um lado, que a lei, reconhecendo a comunhão de facto criada pela irregular formação da sociedade, manda proceder à sua liquidação. E por outro lado, partindo-se do princípio de que o art. 134.º se aplica a qualquer liquidação social, quer de sociedade regular, quer de sociedade irregular, con-

clui-se que a lei reconhece a exigibilidade dos créditos constituídos em favor da sociedade irregular, o que, sob outra forma, importa o reconhecimento da comunhão de facto dela resultante.

O que interessa, porém, fundamentalmente ao problema que estamos examinando é a determinação do regime da comunhão de facto que nasce da formação irregular da sociedade.

Envolve esta doutrina negação da existência e eficácia do contrato da sociedade, como base jurídica da comunhão existente, quer como fundamento da sua criação, quer como elemento definidor do seu regime jurídico. Cumpre, pois, uma vez que se abstrai da existência do contrato e do regime nele estatuído, e se afirma a existência de mera comunhão de facto, determinar, em via positiva, qual o regime dessa comunhão.

17. A «Revista de Legislação e de Jurisprudência», começando por observar que, se a lei declara inexistente a sociedade irregularmente constituída, é intuitivo que se lhe não podem aplicar as disposições do Código Comercial que definem a situação jurídica das sociedades comerciais, e que, sendo este código omissso àcerca do regime da comunhão que, no entanto, reconhece, cumpre recorrer aos princípios do Código Civil, como direito subsidiário em matéria comercial, conclui pela aplicação dos preceitos dos artigos 2.176.º e segs. do Código Civil, que regem a propriedade comum, de que a comunhão entre os membros de uma sociedade irregular constitui uma modalidade.

Enuncia, assim, em primeiro lugar o princípio de que os membros de uma sociedade irregular podem pedir conjuntamente os créditos constituídos, em nome da sociedade irregular, a favor desta; e como o art. 2.179.º determina que a administração da coisa ou do direito comum será regulada pelo disposto nos artigos 1.249.º e segs., relativos á sociedade particular, cumpre concluir, em segundo lugar, que à comunhão resultante das sociedades irregulares são aplicáveis os preceitos da lei civil reguladora desta espécie de sociedades civis. E é fazendo aplicação desses princípios que, na citada revista, se afirma, quanto à questão concreta para que fôra chamada a sua atenção, que os sócios podem exigir

os créditos sociais, ou conjunta ou separadamente, nos termos dos arts. 1.266.º, 1.270.º, 2.176.º e 2.179.º do Código Civil (Cfr. Ano 43, págs. 187 e segs., especialmente págs. 191 e 192).

É esta fundamentalmente a doutrina seguida no seu já citado trabalho pelo Dr. A. Abranches Ferrão que, conforme declara expressamente, apenas se afasta da opinião da citada Revista na determinação de pelo menos algumas das consequências que da comunhão de facto faz derivar aquele autorizado jornal jurídico (Cfr. Ob. cit., n.º 23, pág. 75, n.º 24, págs. 78 e segs.).

Para o Dr. Abranches Ferrão, com efeito, o regime jurídico da comunhão, nos termos do Código Civil, só se aplica nas relações dos sócios entre si, pois com respeito às relações com terceiros, provenientes de actos realizados em nome da sociedade irregular, a lei desconhece em absoluto a organização criada, e apenas vê as pessoas que contrataram em nome da sociedade, e que ficam respondendo pessoal, solidária e ilimitadamente por tais actos.

Como, porém, existia uma comunhão de facto entre os sócios, essa circunstância ainda nesta conjuntura há-de ter os seus reflexos nas relações internas entre aqueles que a formaram; e assim, sendo responsáveis perante terceiros apenas aqueles dos presumidos sócios que em nome da sociedade contrataram, os outros, que não participaram em tais operações, ficam responsáveis para com aqueles, nos termos que resultam das disposições do Código Civil reguladores da comunhão. São assim aplicáveis ao caso os preceitos dos arts. 1.261.º e 1.272.º, por força do preceito genérico do art. 2.179.º que como sabemos, remete para os preceitos relativos à sociedade particular.

Dos citados artigos resulta que o sócio que tenha contratado em nome da sociedade poderá exigir dos outros, na proporção da parte de cada um no fundo comum, a responsabilidade que lhes cabia, nas obrigações contraídas.

E como perante terceiros só figuram aqueles que em nome da sociedade contrataram, no caso em que desses contratos tenha resultado, não um débito ou responsabilidade, mas antes um crédito da sociedade para com terceiros, na doutrina do Dr. Ferrão são, neste caso, aqueles que com terceiros contrataram em nome

da sociedade, e só eles, que poderão exigir de terceiros a respectiva responsabilidade (1).

É certo que o art. 107.º, na sua parte final, apenas alude à responsabilidade perante terceiros dos que contrataram em nome da sociedade, parecendo assim querer-se apenas acautelar com as características da ilimitação e solidariedade, os interesses daqueles que entraram em comércio jurídico com a sociedade; mas a verdade é que, ainda que tivesse sido esse o intuito que guiou e determinou o legislador, poderá dizer-se que não é menos certo que a disposição revela que se nega em absoluto a existência da associação, para se considerar os actos em nome dela realizados como actos pessoais e não como actos sociais, conforme se exprime com felicidade a «Revista de Legislação e de Jurisprudência».

Neste ponto parecerá pois mais correcta a doutrina do Dr. Abranches Ferrão, sendo sem dúvida a solução que defende, quanto à reclamação dos créditos da sociedade, mais lógica do que a preconizada pela Revista citada que, atribuindo para tal efeito competência ao sócio administrador, quando este exista por efeito do pacto celebrado, está implicitamente reconhecendo valor ao contrato de sociedade, com manifesto ilogismo.

18. É tempo de procurarmos orientar-nos e assentar doutrina, no meio de tão complexo problema e tanta variedade de opiniões.

Como se terá já depreendido de certas observações feitas no decurso da nossa exposição, julgamos aceitável na essência a doutrina que afirma a existência de uma simples comunhão de facto entre aqueles que formaram a sociedade irregular. Não podendo surgir a espécie jurídica «sociedade comercial» em qualquer das suas modalidades, tão pouco pode admitir-se a existência jurídica de qualquer outra sociedade, com base no contracto celebrado, ainda que este reunisse as condições de forma suficientes para a constituição de uma sociedade que, não podendo ser a figura jurídica

(1) Cfr. Obr. cit. n.º 28, págs. 87 e segs.

«sociedade comercial» regulada na lei comercial (nalgumas das suas modalidades que naturalmente se desenhava nas respectivas cláusulas) só poderia, com efeito, enquadrar-se na figura jurídica da sociedade particular, regulada nos arts. 1.249.º e segs. do Código Civil, pois estes artigos não excluem, evidentemente, nos seus termos, a associação para um fim comercial, quer dizer, para realizar e distribuir lucros de operações de especulação mercantil — cfr. arts. 1.240.º e 1.249.º do Código Civil. E era esta, sem dúvida, a ideia que inspirava os acórdãos atrás referidos, que definiam a sociedade irregular como sendo uma sociedade civil.

A forma porque está redigida a primeira parte do art. 107.º do Código Comercial, afirmando a inexistência da sociedade com um fim comercial, que se não constitua nos termos e segundo os trâmites indicados no Código Comercial, permite a conclusão de que não é lícito admitir a existência jurídica de qualquer sociedade, com fim comercial, quando se não tenham observado as prescrições da lei comercial.

Note-se que a lei alude, não a sociedade comercial mas a sociedade com fim comercial, autorizando assim a conclusão de que, regulando já o Código Civil o contrato de sociedade, o legislador comercial, regulando as sociedades comerciais, que são, quanto ao seu objecto, as que se propõe um fim comercial, estabeleceu o princípio ou adoptou o critério de que as sociedades com tal fim só podem constituir-se nos termos e segundo as modalidades estabelecidas na lei comercial; e lógicamente fere de inexistência as sociedades com fim comercial que se não conformem com as regras por ele ditadas.

Não é lícito, pois, invocar o contrato celebrado, para nele basear a existência de uma sociedade, que, não sendo uma «sociedade comercial» no sentido técnico, no sentido legal, é contudo uma sociedade juridicamente válida, com o seu pacto social, pelas cláusulas do qual deverão reger-se as relações, quer entre os sócios, quer com terceiros.

Esta conclusão levaria, na verdade, a admitir a existência de facto da própria sociedade que a lei quisera ferir de inexistência, e não obstante se haverem preterido, quer requisitos de constitui-

ção ou de forma, quer preceitos de publicidade, que, uns e outros, podem ter a maior importância, como salvaguarda dos interesses das partes ou de terceiros.

A doutrina que fica enunciada parece impor-se por forma irrecusável em presença da segunda parte do art. 107.º, da qual resulta, com efeito, que no caso de inobservância dos termos legais se nega a existência jurídica de qualquer grupo social, declarando-se os actos realizados em nome dele como *actos pessoais* daquelles que neles intervieram e não como actos sociais.

Neste ponto parece-nos exacta a doutrina afirmada pelo Dr. Cunha Gonçalves, que, no fundo, se não afasta da que afirmam tanto a Revista como o Dr. A. de Abranches Ferrão.

Mas não se pode negar que os membros da sociedade irregular criaram — como também o reconhece ainda o Dr. Cunha Gonçalves — uma situação de facto. Reunindo-se e pondo em comum certos bens e industria para a realização de certo negócio, que porventura têm estado a explorar com regularidade, é fora de dúvida que os membros da sociedade irregular constituíram uma *comunhão de facto*, cujos efeitos o direito não pode desconhecer.

E esses efeitos jurídicos não podem, na verdade, deixar de ser essencialmente os que resultam da existência de um fundo comum, da constituição de uma propriedade colectiva. Se não pôde, por deficiência de requisitos legais, formar-se sobre a base do fundo comum a figura jurídica *sociedade*, deve reconhecer-se que se ficou naquele elemento material ou patrimonial que está, como vimos, na base da sociedade — a *comunhão*. Só com a formação da sociedade é que este fundo, a massa dos bens postos em comum pelos sócios deixa de ser compropriedade destes para ser o património do novo sujeito de direito criado.

Uma vez que essa situação de facto, não podendo qualificar-se como sociedade comercial, nem como simples sociedade, regulada pelas cláusulas do respectivo pacto, tem de qualificar-se como *comunhão*, nos termos do art. 2.176.º do Código Civil, são-lhe naturalmente applicáveis os preceitos deste artigo e dos seguintes; e por força do art. 2.179.º que ao uso e administração da coisa ou do direito comum manda aplicar o disposto nos arts. 1.249.º e segs.

do Código Civil, esta comunhão virá, no fundo, a ser regulada pelos preceitos relativos à sociedade particular do Código Civil.

19. Mas é a este respeito que se tornam particularmente necessárias certas observações e restrições.

Por esta forma, qualificando a situação criada como uma comunhão de facto, e afirmando que esta é regulada pelos preceitos dos arts. 2.176.º e segs. do Código Civil, por força dos quais se observariam no uso e administração do fundo comum os preceitos da sociedade particular do Código Civil, viríamos a cair afinal na doutrina daqueles acórdãos que afirmam ser a sociedade irregular simples sociedade civil. E cremos, mesmo, que o alcance de tais decisões seria, de facto, como já advertimos, o de submeter tais empresas ao regime das sociedades civis.

Estaríamos assim a admitir a possibilidade de uma existência normal e pacífica de tais empresas, submetidas, não às regras do respectivo pacto social, mas às do Código Civil referentes à comunhão e à sociedade particular. A sociedade, nestes moldes, poderia subsistir e funcionar legalmente.

Ora tal conclusão é absolutamente de repelir, por contrária ao direito e à realidade.

E queremos afirmar desde já que tal concepção não está implícita, nem na doutrina da Revista, nem na do Dr. Abranches Ferrão.

Cumpre, pois, precisar bem o alcance da doutrina que julga aplicável à sociedade irregular o regime da comunhão.

20. A este respeito, e reportando-nos à realização dos factos, começaremos por acentuar que, quando se constitui uma sociedade irregular, pode acontecer que, a despeito da inobservância integral dos trâmites legais, a organização se mantenha por largo período de tempo, funcionando precisamente como se tivesse sido regularmente constituída: fazendo transacções, contraindo obrigações, assumindo a qualidade de credora, apurando através da sua actividade comercial e jurídica lucros que regularmente distribui aos sócios.

Nessa conjuntura, a vida social é *de facto* regulada pelas cláu-

sulas do pacto social (regular ou irregular no seu aspecto formal) e não pelos preceitos do Código Civil referentes à comunhão.

Só quando surge qualquer atrito, quer entre os sócios, quer com terceiros, estranhos à sociedade, com quem esta tenha estado em relações jurídicas, é que se suscita verdadeiramente o problema do regime jurídico à luz do qual se hão-de derimir as contendas ou os conflitos de interesses suscitados. Os membros da sociedade ou alguns deles, ou terceiros que com ela contrataram, se têm conhecimento da irregularidade havida, não deixarão, uns ou outros, conforme as suas respectivas conveniências, de invocar a irregularidade e portanto a inexistência da sociedade, para se eximirem ao cumprimento dos encargos ou às responsabilidades que o adversário invoca e quer fazer efectivar.

Então é que precipita a situação anormal e, verificada a impossibilidade de reconhecer a existência jurídica da sociedade, isto é, a regularidade legal da situação tal qual, de facto, se manteve até esse momento, necessário se torna definir os princípios jurídicos à luz dos quais se deverá regular não só o litígio suscitado, mas toda a situação criada pela existência de facto de uma sociedade irregular.

O ponto sobre o qual, nesta altura, nos parece importante chamar a atenção do estudioso, é que a lei é hostil à situação de facto da sociedade irregular. Quando esta se denuncia, isto é, logo que se verifica estar funcionando uma sociedade irregularmente, cumpre proceder à sua liquidação. É a lição que se deduz do § 2.º do art. 131.º do Código Comercial, de que se prevalecem, para fins diversos, os partidários das várias doutrinas atrás referidas.

Havida judicialmente a sociedade como não existente pela insanável nulidade da sua constituição, procede-se à sua liquidação, devendo então observar-se, na parte aplicável, isto é, no que propriamente respeita às operações de liquidação, as disposições do Código Comercial, pois, de facto, era já essa a conclusão para que parecia encaminhar-nos o citado preceito do § 2.º do art. 131.º, devendo entender-se, como opinavam a «Revista de Legislação e de Jurisprudência» e o Dr. A. de Abranches Ferrão, e recentemente

afirmavam também os Drs. Mário de Figueiredo e Luís Pinto Coelho, que os preceitos do Código Comercial referentes à liquidação e partilha do património social se aplicam indistintamente às sociedades regulares e às irregulares, pois a lei não faz a este respeito qualquer distinção.

Hoje as dúvidas podem considerar-se excluídas pelo novo Código do Processo Civil, que, regulando nos arts. 1.122.º e segs. a liquidação judicial do património de uma sociedade, dispõe expressamente no art. 1.130.º que os termos estabelecidos nesses artigos se aplicam não só ao caso de dissolução da sociedade como também aos de rescisão e anulação do contrato social e de declaração de inexistência da sociedade.

Mas, no que toca pròpriamente ao que poderemos chamar o aspecto intrínseco, em contraposição ao aspecto extrínseco ou formal da liquidação, isto é, no que diz respeito às bases em que deve fazer-se a liquidação, à definição dos direitos a atender nessa liquidação, então é que se aplicam as disposições relativas à comunhão. É por esses preceitos que se regulam essencialmente os direitos e obrigações recíprocos entre os sócios. Quanto às relações para com terceiros, afigura-se-nos, porém, que cumpre tomar como ponto de partida, segundo opina o Dr. Abranches Ferrão, o preceito especial da parte final do art. 107.º, do qual resulta que, relativamente a terceiros, os actos e contratos realizados em nome da sociedade são tidos como actos pessoais dos que em nome dela agiram, e não como actos sociais. E isto, quer a sociedade irregular se tivesse organizado segundo os moldes duma sociedade de responsabilidade ilimitada, quer sob a forma de sociedade limitada. A cláusula da limitação, como estipulação dum pacto inexistente é irrelevante. Neste ponto prevalece a disposição explícita da lei comercial — art. 107.º, parte final.

Mas as regras da comunhão não deixam, mesmo neste caso, de se aplicar, no que respeita às relações recíprocas entre os membros da sociedade, e entendemos, com o Dr. Abranches Ferrão, que têm aplicação neste caso os arts. 1.261.º e 1.272.º, reguladores das responsabilidades da sociedade ou dos compartes, espe-

cialmente para com aqueles que em nome dela contratam ou contraem obrigações.

21. Nem a circunstância de o art. 2.179.º mandar aplicar à comunhão os arts. 1.249.º e seguintes apenas no que respeita ao uso e administração da coisa levará a excluir a aplicação do art. 1.261.º, combinado com o art. 1.272.º, para descarregar sobre os sócios, e na proporção das suas entradas, o encargo suportado por aquele ou aqueles dos sócios que em nome da sociedade contraíram obrigações, pois trata-se justamente de regular os efeitos entre os sócios de actos praticados ou obrigações contraídas na gerência ou administração do fundo comum, ou por aqueles dos sócios a quem estava confiada essa administração, ou por quaisquer outros que agiram em proveito comum, deduzindo-se precisamente do preceito do art. 1.261.º que qualquer sócio pode fazer despesas em proveito da sociedade, ou contrair obrigações em negócios desta, com direito a ser reembolsado do que dispendeu, ou indemnizado dos encargos assumidos, desde que procedeu de boa fé.

Nem se objecte que se prejudica afinal a doutrina da comunhão de facto, declarando-se aplicável o art. 107.º e fazendo interferir a responsabilidade pessoal dos que contrataram em nome da sociedade, no que respeita às dívidas passivas. Não deixa, efectivamente, por isso de haver *de facto* um fundo comum, constituído pelos pretensos sócios; e não deixa por isso de haver necessidade de o liquidar, pondo termo a essa situação irregular e à margem da lei. Mas não se esqueça que o regime da comunhão se aplica apenas como regime *da liquidação*. Ora, nessa liquidação não há que considerar passivo social, porque a lei, tendo a sociedade como inexistente, considera como obrigações pessoais dos que contrataram pela sociedade as obrigações contraídas em nome dela. Mas a comunhão vem ainda a revelar-se e a fazer sentir os seus efeitos, mesmo no que respeita ao passivo, através dos preceitos invocados dos arts. 1.261.º e 1.272.º.

Quando se fala de comunhão de facto, quer-se apenas acentuar que, não tendo sido possível criar a sociedade, nos encontramos perante o que podemos chamar o resíduo desta, que se reduz a um fundo comum, *de facto* constituído pelos que se diziam sócios,

havendo então que liquidar esse resíduo. Nessa liquidação observam-se os princípios da comunhão, mas naturalmente apenas na medida em que as circunstâncias o comportam.

22. Afigura-se-nos, realmente, ser esta a doutrina a estabelecer em presença das disposições do Código Comercial.

Mas hoje o problema apresenta-se um tanto diverso em vista de certas disposições contidas no Código de Processo Civil.

Este, com efeito, por um lado manda expressamente aplicar, como vimos, à liquidação das sociedades declaradas inexistentes os preceitos referentes à liquidação do património social. E por outro lado, dando capacidade judiciária passiva à sociedade irregular, e permitindo que os credores demandem ou a própria sociedade irregular ou as pessoas que segunda a lei devam ter-se como responsáveis, parece legitimar, em certo modo, a conclusão de que, quando se desencadeia a liquidação, a esta se procederá como se se tratasse de uma verdadeira sociedade, tomando-se para esse efeito como passivo da comunhão o que se constituiu em nome da sociedade; se à sociedade podem ser reclamadas as dívidas, como se ela de facto existisse (art. 8.º do Código do Processo Civil), não é de estranhar que na liquidação se paguem tais dívidas como elementos passivos do património a liquidar, ou como se liquidariam as dívidas duma sociedade civil.

Com efeito, o art. 1.125.º dispõe que os liquidatários procedem à liquidação, vendendo os bens, cobrando as dívidas activas e satisfazendo o passivo nos termos dos n.ºs 1.º a 4.º do art. 134.º do Código Comercial e respectivos §§ 1.º e 2.º. Ora, determinando expressamente o art. 1.130.º que os termos estabelecidos nos artigos anteriores são aplicáveis não só ao caso de dissolução de sociedade, como também aos de rescisão e anulação do contrato social e de declaração de inexistência da sociedade, parece ser de concluir que os liquidatários têm a representação da comunhão, tanto para o pagamento do passivo como para a cobrança das dívidas activas.

23. Que pensar desta doutrina?

É a tese que defende o Dr. Mário de Figueiredo, que, como

veremos, deduz da aplicação à liquidação das sociedades irregulares dos preceitos legais referentes à liquidação procedente da dissolução da sociedade, consequências ainda mais radicais.

Não julgamos, no entanto, que a doutrina deva ser perfilhada.

O preceito expresso do art. 1.130.º do Código do Processo Civil não é de molde a modificar o ponto de vista que já se impunha em presença das simples disposições do Código Comercial, isto é, o de que à liquidação das sociedades irregulares apenas se aplicam os preceitos que respeitam propriamente ao processo da liquidação, não podendo esta aplicação modificar ou excluir a observância dos preceitos especiais que da lei constam relativamente ao regime que preside à liquidação ou em harmonia com o qual os liquidatários a deverão realizar.

Ora, nos termos do art. 107.º, não há responsabilidade social por dívidas contraídas em nome da sociedade. E portanto os liquidatários, a despeito de no art. 1.125.º se dizer que procederão ao pagamento do passivo, não podem aplicar o produto da venda dos bens da comunhão, ou, de um modo geral, os valores do fundo comum que arrecadaram, ao pagamento de dívidas contraídas em nome da sociedade, porque estas não são dívidas da sociedade, mas sim daqueles que em nome dela contrataram.

O Prof. Luís Pinto Coelho, admitindo com o Dr. José Tavares e outros — baseando-se embora em razões diferentes — que a sociedade existe como sociedade comercial até ao momento em que se decreta a sua dissolução, apenas aplica o preceito final do art. 107.º, que declara pessoalmente responsáveis os que em nome da sociedade contrataram, às relações jurídicas pendentes ainda no momento em que é declarada a inexistência. Até esse momento, porque existiu uma sociedade comercial (irregular), todos os actos por esta realizados produziram os seus efeitos como actos sociais; e quando a sociedade entra em liquidação é ainda em harmonia com o pacto social que esta deve fazer-se. Sustenta, pois, a este respeito doutrina essencialmente idêntica à que, mais ou menos na mesma ocasião, defendia o Dr. Mário de Figueiredo, na «Revista de Legislação e de Jurisprudência».

A objecção que continuamos pondo a este ponto de vista é

sempre a de que não vemos como, preceituando o art. 107.º que a sociedade é havida como não existente, «ficando todos quantos em nome dela contrataram obrigados pelos respectivos actos pessoal, ilimitada e solidariamente», possa afirmar-se que a sociedade existe até ser *declarada* essa inexistência, e que apenas se têm como pessoais, vinculando por isso somente a responsabilidade individual daqueles que contrataram em nome da sociedade, as relações que estão ainda em vida no momento em que se declara a inexistência.

Em nosso critério, isto é simplesmente substituir um preceito por outro. Entende-se o artigo como se ele simplesmente preceituasse que as sociedades irregularmente constituídas podiam ser liquidadas com tal fundamento, tendo-se, porém, como legal a sua existência até o momento em que se provocasse a sua liquidação.

Ora, a sociedade é judicialmente declarada inexistente e entra em liquidação, justamente porque um preceito de lei nos diz que elas *se têm como não existentes*, por se não terem constituído legalmente. A sentença, como é função sua, declara ou reconhece essa situação jurídica definida na lei; não a cria, não a produz. Porque a sociedade não existe, é que a lei prevê que uma sentença pronuncie ou declare essa inexistência (art. 131.º § 2.º). E afigura-se-nos inteiramente arbitrário afirmar que só as relações jurídicas pendentes no momento da liquidação se têm como vinculando pessoalmente aqueles que em nome da sociedade contrataram.

24. Obedece, por certo, esta afirmação à preocupação também revelada pelo Dr. Mário de Figueiredo, de salvar a actuação da sociedade irregular, de consolidar os efeitos dos actos praticados até ao momento da declaração de inexistência e entrada em liquidação.

Mas a verdade é que a doutrina carece de fundamento jurídico; ou antes, o fundamento, a existir, é outro.

De facto, na prática, só há que considerar as obrigações que existem no momento em que se declara inexistente a sociedade e esta entra em liquidação, pois só essas interessam à liquidação. Os liquidatários não vão certamente examinar todo o passado, e respigar todas as relações jurídicas que se constituíram em nome

da sociedade e foram cumpridas como relações sociais. Só têm que curar da situação de facto que encontram; só lhes interessam, pois, as relações jurídicas ainda em vida. Mas no estricte rigor dos princípios, muitas dessas relações jurídicas deveriam considerar-se feridas de nulidade; e o que realmente protege a sua eficácia é a impossibilidade prática, material, de tirar da inexistência da sociedade todas as consequências que daí deveriam resultar. Mas isso não autoriza a afirmar que a sociedade existe, como efeito do contrato realizado, e nos termos dele, até ao momento de ser declarada a inexistência.

Importa manifesto ilogismo a afirmação de que, ao ser declarada a inexistência, as relações jurídicas que estão ainda em vida deixam de referir-se ao património social para terem como sujeitos, no lado em que antes estava a sociedade, os sócios que em nome dela contrataram, depois de se afirmar que a liquidação obedece aos preceitos gerais estabelecidos na lei comercial e processual, devendo os liquidatários a ela proceder em harmonia com o pacto social, como se se tratasse de uma sociedade regular em liquidação. Se a liquidação se faz como se de sociedade regular se tratasse, como admitir então que, onde estava a sociedade, fiquem como sujeitos das relações jurídicas os sócios que em nome delas contrataram?

O Prof. Luís Pinto Coelho não foge, pois, na sua solução, à crítica que formulou à doutrina da comunhão de facto, defendida pelo Prof. Abranches Ferrão. E isto porque, na definição do regime de liquidação da sociedade irregular não é possível evitar o preceito do art. 107.º, enquanto consagra a responsabilidade pessoal dos que contrataram em nome da sociedade inexistente.

25. E que pensar quanto às dívidas activas?

Deveremos, em harmonia com a doutrina do Dr. Abranches Ferrão, considerá-las como créditos pessoais dos que contrataram em nome da sociedade, partindo do princípio da inexistência da sociedade? Serão, pois, as pessoas que contrataram que deverão reclamar o pagamento, embora fiquem respondendo para com os sócios ou partes pela quota que a estes compete? Ou serão

os liquidatários que deverão arrecadar tais valores, como elementos da comunhão?

Dada a inexistência da sociedade, a lógica e a equidade parecem impor a primeira solução. Como porém, nos preceitos do Código Civil relativos à sociedade, aplicáveis por força do artigo 2.179.º, não há qualquer disposição correlativa da do artigo 1.161.º, que estabelece a responsabilidade da sociedade para com o sócio que se obrigou ou dispendeu quaisquer quantias em benefício da sociedade, inclinamo-nos para a solução de que aos liquidatários compete cobrar os créditos constituídos em nome da sociedade, que poderão considerar-se como elementos da comunhão de facto existente entre os sócios.

As disposições referentes à liquidação das sociedades, que se contêm nos arts. 1.122.º e segs. do Código do Processo Civil, aplicam-se, pois, à liquidação da sociedade irregular em tudo aquilo em que puderem aplicar-se, quer no que respeita à nomeação dos liquidatários, quer no que toca aos termos formais da liquidação, operações em que esta se desenvolve e se efectiva a partilha entre os compartes. Mas especialmente no que a esta diz respeito, assim como no que toca às próprias operações da liquidação é necessário ter em linha de conta os preceitos especiais referentes aos efeitos da irregular constituição da sociedade, e designadamente a irresponsabilidade social, cominada no art. 107.º do Código Comercial.

26. Afasta-se também, como se viu, da doutrina que deixámos exposta o Dr. Mário de Figueiredo. No seu já citado estudo (infelizmente por concluir), publicado na «Revista de Legislação e de Jurisprudência» na mesma ocasião em que o Dr. Luís Pinto Coelho escrevia o seu livro sobre a Compropriedade, o referido professor de Coimbra, partindo do princípio de que a expressão «inexistência», usada no art. 107.º do Código Comercial, apesar da referência à «insanável nulidade da sua constituição» que se faz no § 2.º do art. 131.º do mesmo Código, não significa *nulidade absoluta*, no sentido que à fórmula se dá na teoria clássica das nulidades dos actos jurídicos, não retrotraindo os seus efeitos, uma vez declarada, ao momento da constituição ilegal da sociedade,

afirma a impossibilidade de desconhecer o contrato realizado e de lhe negar qualquer valor.

Para as sociedades não legalmente constituídas tudo se passa, até à declaração judicial da sua inexistência, como se se achassem legalmente constituídas, e esta inexistência só produz efeitos desde que é julgada.

Só assim, em seu entender, é possível justificar as soluções que defendem os que se apoiam na comunhão de facto — designadamente o direito atribuído aos sócios que contrataram em nome da sociedade «de exigir dos outros *na proporção* da parte de cada um no fundo comum a responsabilidade que lhes caiba pelas obrigações contraídas ou quantias pagas», como pretende o Dr. Abran-ches Ferrão.

Se applicarmos os preceitos relativos à propriedade comum e às sociedades civis, diz — e com inegável razão — o Dr. Mário de Figueiredo, os outros sócios responderão, não na proporção da sua parte no fundo comum, mas só *até ao montante* da sua parte (art. 1.272.º do Código Civil). E a parte de cada sócio no fundo comum, se se afirma que há apenas comunhão de facto e não contratural, não é aquilo que cada um prometeu levar para a sociedade, mas apenas aquilo com que efectivamente entrou para o acervo comum; e assim, se algum ou alguns dos sócios não chegaram a entrar com coisa alguma do que prometeram, será nula a sua responsabilidade.

Julgando, segundo a opinião comum, applicáveis, de um modo geral, à liquidação da sociedade irregular os preceitos legais referentes à liquidação em caso de dissolução — e já vimos que hoje não pode duvidar-se que assim é —, nestes preceitos se baseia o Dr. Mário de Figueiredo para justificar a sua tese de que o art. 107.º não consigna uma nulidade absoluta, para admitir portanto a existência da sociedade e a eficácia do contrato até ao momento da declaração judicial da inexistência e construir em termos diversos dos que deixámos expostos a doutrina da natureza jurídica das sociedades irregulares.

Os liquidatários, diz o referido professor, têm a competência que lhes é fixada pelo art. 134.º e hão-de proceder nos termos dos

arts. 136.º, 138.º e segs., e assim, «podem cobrar as dívidas activas, satisfazer as passivas... exigir dos sócios as quantias por que estes forem responsáveis para com a sociedade e que se tornarem necessárias à satisfação dos respectivos compromissos, e das despesas de liquidação e proceder à partilha dos haveres sociais na proporção devida a cada um dos sócios». Para isto, continua o Dr. Mário de Figueiredo, é necessário atender ao contrato; só com base nele é possível realizar a partilha nos termos legais. A liquidação duma sociedade não legalmente constituída faz-se, portanto, «de um modo geral, nos mesmos termos em que se faz a liquidação duma sociedade legalmente constituída».

Conclui assim o ilustre professor que, usando as expressões «inexistência» e «insanável nulidade», o legislador foi além do seu pensamento, tal como resulta de outras disposições. As sociedades, na sua doutrina, seriam inexistentes no sentido de que, enquanto o vício de constituição não for sanado, pode ser sempre declarada a sua inexistência e a requerimento de qualquer interessado; a nulidade é insanável no sentido de que os actos realizados, enquanto se não preencheram todas as formalidades exigidas por lei, sujeitam aqueles que os praticaram à responsabilidade prevista no art. 107.º, não podendo tal responsabilidade ser afastada pela realização ulterior dessas formalidades.

27. Afigura-se-nos insuficientemente justificada, nalguns pontos pelo menos, esta interessante e engenhosa construção. A base tomada, o ponto de partida, afinal, de todo o edifício: — a aplicação dos preceitos do Código relativos à liquidação — é incóntestavelmente pouco sólida, envolvendo até uma petição de princípio, pois a questão a resolver respeita precisamente à determinação dos princípios que presidem à liquidação.

Por que havemos de dizer que esta se faz com base num contrato, que a lei desconhece e considera inexistente, e não em harmonia com as regras relativas à propriedade comum, completadas, embora, com o princípio da responsabilidade pessoal ilimitada dos que contrataram em nome da sociedade?

O próprio Dr. Mário de Figueiredo admite que nem todas as

disposições relativas à liquidação no caso de dissolução são aplicáveis à liquidação da sociedade irregular. (Cfr. «Revista» cit., ano cit., n.º 2.651, pág. 200, 2.ª coluna e nota 1).

E, de facto, preceitos há, tanto do Código Comercial como do Código do Processo Civil que manifestamente só podem aplicar-se à liquidação da sociedade que foi legalmente constituída.

Razoável parece, pois, partindo do princípio de que o contrato *não existe*, fazer a liquidação na base dos princípios referentes à comunhão de facto, aplicando apneas os preceitos da liquidação que respeitam às operações, ou melhor, aos termos processuais em que esta se resolve, como já opinámos.

Podemos assim chegar a resultados que parecem injustos, por não ser possível levar a responsabilidade dos sócios que não agiram em nome da sociedade além da parte com que realmente entraram para o fundo comum, ou por eliminar em absoluto a responsabilidade de alguns destes, quando nada tenham levado ainda para tal fundo?

Mas isso são consequências naturais da irregular constituição da sociedade. É aquele resultado que se capitula de injusto é o natural complemento da sanção cominada da responsabilidades pessoal e ilimitada daqueles que actuaram em nome da sociedade.

Não deixaremos de notar que se não apresenta afinal bem definida a solução preconizada pelo Dr. Mário de Figueiredo, parecendo até haver certa contradição nos seus termos, pois se o ilustre professor começa por afirmar a aplicação à liquidação da sociedade irregular designadamente dos arts. 134.º, 136.º, 138.º e segs. do Código Comercial, entendendo portanto que aos liquidatários compete cobrar as dívidas activas e *satisfazer as passivas* ou *consignar as quantias necessárias ao seu pagamento* — o que envolve reconhecimento da responsabilidade social pelas obrigações contraídas em nome da sociedade — admite, por outro lado, a responsabilidade pessoal, cominada no art. 107.º, quando sugere a possível explicação das expressões «inexistência» e «insanável nulidade» usadas no Código Comercial. Afirma então que os actos realizados, enquanto se não preencheram todas as formalidades exigidas por lei, sujeitam aqueles que os praticaram à responsa-

bilidade prevista no art. 107.º, que não será ilidida pelo preenchimento ulterior dessas formalidades (1).

Se esta responsabilidade pessoal não é ilidida mesmo no caso de regularização ulterior da sociedade, é forçoso reconhecer que tem que ser considerada na liquidação que se faça quando é declarada a inexistência da sociedade a requerimento de qualquer interessado. E se assim é, como falar então no pagamento do passivo pelos liquidatários, ou na consignação das quantias necessárias ao seu pagamento?

Só se se considera a responsabilidade pessoal consignada no art. 107.º como responsabilidade subsidiária. Entendemos, porém, que a índole do referido preceito não permite atribuir semelhante natureza à responsabilidade aí consignada, que antes se apresenta, segundo temos indicado, como corolário lógico de se considerar como não existente a sociedade.

Para nós, o ponto fundamental do problema relativo à comunhão de facto, e à definição do regime da sua liquidação, reside precisamente na admissão ou exclusão da responsabilidade do fundo comum pelo passivo constituído na sua gerência. E afigura-se-nos que o principal preceito que se contém no art. 107.º é precisamente o da negação da responsabilidade do fundo ou acervo comum. A responsabilidade pessoal apresenta-se assim, não como uma garantia para os credores da comunhão, à semelhança da responsabilidade dos sócios de responsabilidade ilimitada, mas como o substitutivo da responsabilidade social, o sinal da sua exclusão.

28. Convimos em que a inexistência proclamada na lei se não pode levar até às suas últimas consequências, designadamente para daí deduzir a negação e anulação de todos os efeitos que *de facto* se produziram com base no contrato de sociedade desde a constituição ilegal desta até à declaração da sua não existência; que não deverá levar-nos tão pouco a negar a possibilidade da regulari-

(1) Cfr. «Revista» cit., ano cit., pág. 201.

zação da sociedade, já depois de começar a funcionar irregularmente, mediante o preenchimento de quaisquer formalidades que faltavam. Mas cremos bem que da inexistência resultará pelo menos a consequência de a liquidação se fazer abstraindo das cláusulas do contrato social, e apenas com base na comunhão de facto. De contrário teríamos como única consequência da *constituição irregular* da sociedade, não poder ela subsistir, e ter que ser liquidada. A sanção da responsabilidade pessoal tal como é estabelecida, — responsabilidade solidária e ilimitada — nem mesmo seria efeito peculiar da irregularidade, se aqueles que contrataram em nome da sociedade eram sócios de responsabilidade ilimitada.

Reconhecemos que graves dificuldades se suscitam ainda na tese que expusemos como a mais razoável. Não podemos evidentemente deter-nos agora no seu exame e ensaiar uma solução para elas. No entanto julgamos conveniente fazer aqui uma advertência, que nos elucidará no estudo de alguns dos problemas postos em volta da natureza da nulidade resultante da ilegal constituição da sociedade.

É necessário não confundir o problema da existência ou válida constituição da sociedade, com o da validade ou eficácia de actos sociais realizados antes do completo preenchimento dos termos de que depende a existência legal da sociedade. Pode acontecer que a sociedade se constitua de princípio sem o rigoroso preenchimento dos termos e formalidades legais, e que nessa situação se conserve funcionando, vindo só ao cabo de período mais ou menos longo a realizar-se as formalidades que faltavam, e que podem respeitar tanto à forma, pròpriamente, como à publicidade.

Neste caso, uma vez realizada a formalidade ou formalidades preteridas inicialmente, a sociedade fica legalmente constituída. Mas só a partir de então *existe* a sociedade comercial que os sócios se propuzeram constituir, porque só então se *completaram* os diversos termos e formalidades de que a lei faz depender a sua existência. Nem pode então dizer-se que se *sanou*, pela realização ulterior de certa formalidade a nulidade inicialmente existente. Quando a realização de um acto solene ou formal depende do preenchimento de diversas formalidades, que pela ordem natural

das coisas nem mesmo podem realizar-se todas simultâneamente, não é lícito dizer que com a realização da última se sanou a nulidade proveniente da sua falta. O que deve dizer-se é que antes dessa formalidade não existia o acto, que só surge como juridicamente válido no momento em que se completam todas as formalidades exigidas na lei, isto desde que a lei não marque prazos para a realização de algumas dessas formalidades.

Pouco importa que, quando se trate de actos que se destinam a criar um ente colectivo como a sociedade comercial, a empresa, tendo já elementos de vida, antes de juridicamente poder considerar-se existente, comece a funcionar, realizando-se em nome dela actos e operações que respeitem aos sócios ou a terceiros. O ente colectivo, com a natureza jurídica que se lhe pretende atribuir, não existe ainda. E consequentemente os actos, que em nome dele, e com base no princípio de organização criado, se realizaram, não podem ter-se para o direito como actos sociais, isto é, como actos de uma sociedade então inexistente; terão que ser tratados como actos pertinentes a uma comunhão de facto, e à luz dos princípios que regem essa comunhão terão que ser regulados, quando a sua validade ou efeitos venham a ser controvertidos.

Desta doutrina se fez uma correcta aplicação no Ac. da Relação do Porto, de 24 de Março de 1945 («Revista dos Tribunais», ano 63.º, n.º 1.512, pág. 379) que, numa acção em que o autor alegava ter havido entre ele e o réu uma sociedade de facto para a exploração e comércio de minério, e exigia deste a prestação de contas para que lhe fossem pagos os lucros que por essas contas se apurasse pertencerem-lhe, julgou não haver obrigação de prestação de contas, e que antes ao autor cumpria promover, nos termos do art. 131.º § 2.º do Código Comercial, a declaração da inexistência da sociedade irregular que se afirmava ter existido entre autor e réu, para, na liquidação dessa situação de facto, e não pelo processo de prestação de contas, se apurar o montante dos lucros e a parte que neles tocava ao autor.

E istos a despeito de, já na pendência da acção se ter constituído entre o autor e o réu uma sociedade por quotas (sociedade regular) que não era por certo senão a *regularização* da anterior

sociedade de facto, como deve depreender-se da circunstância de à defesa do réu, que alegava dever o autor ter promovido a liquidação da sociedade, objectar este que não pretendia liquidar a sociedade, mas apenas receber os lucros a que tinha direito.

Quer dizer, quando se dá o que geralmente se chama a *regularização* de uma sociedade ilegalmente constituída, não se sana uma nulidade anterior na constituição da sociedade; constitui-se então e só então uma sociedade, que sucede à situação de facto anterior, situação que terá que se liquidar em harmonia com as regras da comunhão, se a tal respeito surgirem divergências entre os interessados, quer sócios, quer terceiros.

Vê-se de quanto temos dito, que o problema da natureza jurídica das sociedades irregulares só surge no momento em que, por qualquer atitude de terceiros ou de algum dos seus membros, se torne impossível a continuação do seu funcionamento como sociedade normal ou regular, e, por se verificar a sua irregular constituição, se imponha a sua liquidação.

A doutrina que define a sociedade irregular como sendo uma comunhão de facto tem assim o alcance limitado de indicar os princípios em harmonia com os quais se deve regular a liquidação da situação de facto criada, e nunca o de proclamar que a organização pode subsistir, regendo-se, não pelas regras do pacto celebrado, mas pelos princípios reguladores da comunhão ou compropriedade considerada no Código Civil.

29. De facto a lei comercial não reconhece, segundo dissemos, a existência jurídica, como sociedade à margem da lei (sociedade irregular), da que se constituiu sem completa observância das disposições relativas a sociedades comerciais.

A doutrina defendida por alguns escritores italianos, de que a sociedade não deixa de existir juridicamente e de poder funcionar, embora não possa então considerar-se como verdadeira sociedade comercial e beneficiar do regime próprio das sociedades desta espécie, enquanto não forem observadas as formalidades legais para estas estabelecidas, doutrina que se apoia na forma por que estava redigido o art. 98.º do Código Comercial italiano, não

é de admitir entre nós, dados os termos inteiramente diversos em que se encontra concebido o preceito do art. 107.º do nosso Código.

De facto, enquanto no citado artigo do Código italiano (1.ª parte) se diz que, «enquanto se não cumprirem as formalidades estabelecidas nos arts. 87.º, 90.º, 91.º, 93.º, 94.º e 95.º, a sociedade não está legalmente constituída», o Código Comercial português usou de fórmula mais rigorosa de declarar inexistentes as sociedades com fim comercial em cuja constituição se não respeitam os termos e trâmites estabelecidos na lei.

A despeito do facto de, na 2.ª parte do art. 98.º do Código italiano, se estabelecer a doutrina, que o nosso legislador adoptou, da responsabilidade pessoal daqueles que operam em nome da sociedade irregular, a verdade é que isso não impede que se veja diversidade de orientação entre o legislador italiano e o português, quanto ao modo como encaram a situação da sociedade irregular. A forma por que está redigida a própria 2.ª parte do art. 98.º citado, reforça a conclusão que se tem tirado do texto da 1.ª parte.

30. Não concluiremos este já longo estudo da sociedade irregular, sem notar que a disposição do art. 8.º do Código de Processo Civil, onde se preceitua, como vimos, que as sociedades irregulares, quando demandadas, não poderão opôr a irregularidade da sua constituição, não obsta, em nosso parecer, a que, no decurso da acção contra ela intentada, se alegue aquela circunstância, para o efeito de ser tida em conta na decisão do fundo da questão, isto é, no apuramento da responsabilidade que à sociedade é exigida, e até para o fim de desencadear a liquidação da sociedade.

A nosso ver, dada a natureza da disposição, relativa à capacidade judiciária, o que o legislador neste preceito teve em vista foi, como dissemos, impedir que a sociedade alegasse a circunstância referida, como meio de impedir que a acção prosseguisse; isto é, que a sociedade invocasse esse facto como exclusivo de capacidade judiciária passiva, prejudicando assim indirectamente com tal excepção o prosseguimento da lide. Não parece, pois, legítimo concluir do citado artigo que nele se consagra a responsabilidade social, embora cumulativamente com a responsabilidade pessoal.

A acção intentada contra a sociedade pode, como atrás dissemos, ser a causa ocasional de se verificar judicialmente a inexistência da sociedade, provocando-se a sua liquidação.

31. Precisamos ver ainda se tudo quanto dissemos relativamente à sociedade irregular é aplicável tanto às sociedades que, constituindo-se irregularmente, se organizam tendo em vista qualquer das modalidades reguladas no Código Comercial, como às sociedades que se adaptaram à espécie regulada na lei de 11 de Abril de 1901 (sociedades por quotas).

Por outras palavras, cumpre verificar se «sociedades irregulares», a que como tais se aplica o preceito do art. 107.º do Código Comercial, serão tanto as sociedades previstas neste Código, em cuja constituição se não observaram todos os preceitos e formalidades nele prescritas, como aquelas que, visando o tipo criado pela lei das sociedades por quotas, não se constituíram com perfeita observância das disposições desta lei.

O Dr. Abranches Ferrão proclama sem hesitar a doutrina afirmativa, considerando inexistentes, nos termos do art. 107.º, as sociedades por quotas, todas as vezes que se não tenham constituído nos termos e segundo os trâmites indicados no Código Comercial e na própria lei que as regula. Invoca especialmente os preceitos dos arts. 61.º e seus §§ e 62.º da lei de 11 de Abril de 1901.

Esta doutrina, nos termos em que a formula o referido escritor, não pode admitir-se sem reservas, parecendo-nos demasiado ampla a afirmação de que é inteiramente aplicável às sociedades por quotas a doutrina que, em presença do art. 107.º, se formula para as sociedades reguladas no Código Comercial.

É, com efeito, fora de dúvida que o conceito de sociedade irregular deve aplicar-se à situação de facto resultante de se constituir uma sociedade por quotas sem observância das prescrições legais a esta espécie de sociedades relativas, quer sejam estabelecidas na própria lei que especialmente as regula, quer no Código Comercial.

Efectivamente, se depois da publicação do Código Comercial, uma nova lei veio instituir mais um tipo de sociedade comercial

ou com fim comercial, não faria sentido que à inobservância dos termos prescritos para a constituição desta nova espécie de sociedade se não atribuíssem efeitos semelhantes aos que se cominaram para essa inobservância, quanto às sociedades reguladas no Código; isto é, seria injustificável que se não estabelecesse ou admitisse uma sanção para tal infracção.

Mas a verdade é que essa sanção pode ter sido estabelecida na nova lei, ou resultar indirectamente dos seus preceitos, em termos, porém, que a tornem diferente da que se estabeleceu no art. 107.º, para as sociedades do Código Comercial.

Não se segue, pois, da afirmação de que o conceito de sociedade irregular se amplia necessariamente às sociedades por quotas, ou da afirmação de que também quanto a esta espécie legal temos que admitir e considerar a situação da sociedade *irregular* ou *de facto*, que o regime jurídico desta, no campo das sociedades por quotas, seja o mesmo que definimos quanto às sociedades do Código, a que se refere o art. 107.º.

32. Em primeiro lugar, sendo sabido que a lei de 11 de Abril de 1901 tem por fonte a lei alemã relativa às sociedades de responsabilidade limitada da mesma natureza (sociedades por quotas), e sabendo-se também que no sistema da referida lei alemã o registo é constitutivo, parece que havia a considerar em especial o caso de falta do registo, que também é exigido em relação a estas sociedades, e cumpriria averiguar se, neste ponto, se observa no direito português o referido sistema.

Se assim fosse, quanto à falta de registo, teríamos que admitir que, antes dele feito, não existia sociedade, e só havia responsabilidade pessoal dos que em nome dela contrataram. Só depois do registo se poria a questão das nulidades na constituição; e uma vez verificada a nulidade na constituição, poderia a sociedade ser dissolvida, mas, enquanto a nulidade declarada não fosse registada, não poderia falar-se de responsabilidade pessoal, mas sempre ainda de responsabilidade social.

Será este o regime do direito português, quanto à falta de registo, nas sociedades por quotas?

A conclusão afirmativa poderia levar-nos o exame do preceito do § 4.º do art. 61.º do Lei de 11 de Abril, quando isoladamente considerada, pois aí se dispõe, efectivamente, em correspondência com o preceito da alínea 2) do § 11.º da lei alemã, que «respondem pelos respectivos actos, pessoal, solidária e ilimitadamente todos quantos contraírem obrigações em nome da sociedade enquanto não estiver registada a sua constituição.

E neste art. 61.º indicam-se diversas causas de nulidade do contrato social; causas que assim poderiam determinar a dissolução da sociedade, uma vez feito o registo.

Esta solução é, porém, repelida em absoluto pelo Dr. Mário de Figueiredo, com base em duas ordens de razões:

A primeira, filia-se na interpretação que dá ao art. 8.º do novo Código de Processo Civil, em presença do qual teríamos que admitir, mesmo antes do registo, tanto a responsabilidade pessoal como a responsabilidade social, visto que, não podendo considerar-se legalmente constituída a sociedade por quotas que não tivesse sido registada, cairia necessariamente sob o domínio do referido art. 8.º.

Como não concordamos com o alcance pelo referido professor dado a este preceito, recusando-nos a ver nele consagrada a *responsabilidade da sociedade* pelas obrigações em nome dela contraídas, e atribuindo-lhe apenas o valor de consignar a capacidade judiciária da sociedade irregular, não reconhecemos valor a este argumento.

Mas o referido professor invoca ainda no mesmo sentido o facto de a lei de 11 de Abril de 1901, tendo reproduzido a doutrina consignada na alínea 2) do citado § 11.º da lei alemã, não ter consignado o preceito da alínea 1) — do qual o da alínea 2) é, aliás, consequência lógica — onde se diz que «antes da inscrição no registo comercial da sua sede a sociedade de responsabilidade limitada não existe como tal».

Ora, desde que — raciocina o Dr. Mário de Figueiredo — se perfilhou uma disposição da lei alemã, mas não o sistema dessa lei sobre o registo, de que ela é uma consequência lógica, cumpre interpretar aquela, enquadrando-a no sistema do direito português,

quanto aos efeitos da falta de registo, que é, como já acentuámos, fundamentalmente diverso daquele: da falta de registo não deriva a inexistência do acto; este é válido e eficaz entre as partes, e apenas deixa de produzir os seus efeitos em relação a terceiros.

33. Afastado assim o regime do registo constitutivo, cumpre determinar, quer em relação a este requisito da legal constituição — registo — quer em relação a quaisquer outros, quais as sanções que directa ou indirectamente resultam da lei no caso da sua inobservância.

Ainda pelo que respeita ao registo, e considerando o preceito do § 4.º do art. 61.º, pode suscitar-se a dúvida se a sanção aí consignada, será a sanção única que a lei admite, ou se deveremos antes reconhecer a existência de outras, designadamente da sanção da *inexistência da sociedade*, entendendo então que, a despeito de o § 4.º citado aludir apenas à responsabilidade pessoal dos que contraíram a obrigação em nome da sociedade, esta responsabilidade tem a mesma natureza e existe nas mesmas condições que nas sociedades do Código comercial, isto é, representa a outra face da inexistência da sociedade, sendo conseqüente lógico de não poder conceber-se como existente a sociedade.

Caímos assim no problema geral — e não restricto à formalidade do registo — da aplicação do art. 107.º às sociedades por quotas.

Examina-o o Dr. Mário de Figueiredo, considerando ainda em especial o caso da falta de registo; e notando que, se o art. 107.º não fosse aplicável, não poderia com tal fundamento decretar-se a inexistência da sociedade e fazê-la entrar na fase da liquidação, e que por outro lado está igualmente excluída a possibilidade da dissolução (por falta de fundamento legal), conclui que a sociedade afinal, apesar desta falta, produziria todos os seus efeitos, tanto entre os sócios, como em relação a terceiros, embora considere fora de dúvida a applicabilidade do art. 57.º do Código Comercial: entre os sócios, porque a falta de registo não prejudica a eficácia do contrato social relativamente às partes; e em relação a terceiros, porque, fora da liquidação «não se vê maneira de fazer re-

gressar ao património dos sócios, para constituírem garantia comum dos credores (particulares), ao menos os bens fungíveis com que tiverem contribuído para a formação do capital social».

Não é possível admitir, continua o referido professor, que o § 4.º do art. 61.º contém o regime completo a aplicar na falta de registo. Se a responsabilidade pessoal fosse o *efeito único* da falta de registo, na sociedade por quotas, resultaria daí que ela produziria, não obstante essa falta, todos os efeitos, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, e ainda mais o de ficarem os que em nome dela contratavam vinculados pessoalmente às obrigações contraídas. Seria uma sociedade *irregular* que oferecia todas as garantias das sociedades regulares e ainda mais a referida no citado parágrafo.

34. Não parece, na verdade, legítimo deduzir do preceito especial do § 4.º que ele esgota os efeitos da falta de registo, parecendo mais lógico e razoável considerá-lo como presupondo a inexistência da sociedade, e representando o aspecto positivo que completa aquela sanção negativa da inobservância dos termos legais na constituição da sociedade.

A aplicabilidade do art. 107.º, resulta do preceito geral do art. 62.º, que manda observar subsidiariamente quanto às sociedades por quotas, na parte aplicável, as disposições gerais sobre sociedades comerciais, entre as quais se encontra o preceito relativo às sociedades irregulares.

Nem se objecte que, a ser aplicável por força do art. 62.º o preceito do art. 107.º, desnecessária e redundante seria a disposição do § 4.º do art. 61.º, sabido, como é, que nas leis se contêm muitas vezes repetições escusadas. E adiante veremos como se explica e justifica o preceito deste parágrafo.

Notaremos além disso que, a não julgarmos aplicável às sociedades por quotas a sanção geral do art. 107.º, como o § 4.º do art. 61.º contempla apenas a falta de registo, não poderia admitir-se a responsabilidade pessoal dos que em nome da sociedade contraíram obrigações, não só no caso de falta de publicações, como no de inobservância dos requisitos de forma cuja falta não pudesse

julgar-se suprida. Consequentemente não haveria quem respondesse pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, nos casos de nulidade do contrato social que se referem no art. 61.º; e ficaria sem qualquer sanção a falta de publicações exigidas no art. 193.º do Código, que o art. 44.º da Lei de 11 de Abril manda aplicar às sociedades por quotas.

35. Se, pois, podemos afirmar que o art. 107.º é aplicável às sociedades por quotas (parecendo que nenhum efeito especial resulta, quanto a estas, do § 4.º do art. 61.º, no tocante ao regime das sociedades irregulares), nem por isso estamos autorizados a afirmar que o regime da sociedade irregular, na modalidade — sociedade por quotas, é idêntico ao estabelecido para as sociedades do Código Comercial.

Temos, de facto, que atender aos preceitos especiais que se consignam no art. 61.º da Lei de 11 de Abril de 1901. E é deles que há-de surgir a conclusão definitiva, quanto à aplicação às sociedades por quotas do art. 107.º do Código Comercial.

Ora, quanto aos requisitos de forma pròpriamente ditos, o citado artigo especifica nos n.ºs 1 a 4 as causas de nulidade do contrato, indicando determinadamente as especificações cuja falta produz o efeito referido. E, quanto à violação das disposições legais sobre a firma ou denominação social ou sobre o objecto da sociedade, dispõe especialmente no § 2.º que a nulidade daí resultante pode ser sanada por deliberação unânime dos sócios.

Daqui deduz-se como consequência necessária que a nulidade resultante das causas referidas no § 2.º actua como uma verdadeira nulidade relativa, devendo, uma vez que se verifique a deliberação unânime dos sócios referida no mesmo parágrafo, ter-se como regular a sociedade desde a sua constituição, pelo que ficará excluída a responsabilidade pessoal e ilimitada dos que em nome dela contraíram quaisquer obrigações anteriormente a essa deliberação — responsabilidade que não poderia deixar de se admitir, se vigrasse o regime puro do art. 107.º do Código Comercial.

Todos os actos, pois, realizados até ao momento da referida deliberação social, são válidos como actos da sociedade e determinam apenas a responsabilidade desta.

Mas há mais :

O § 3.º do art. 61.º dispõe que «a nulidade do contrato não exonera os sócios das prestações correspondentes às suas quotas, na parte em que essas prestações forem necessárias para cumprimento das obrigações contraídas».

Ora, desta disposição parece dever concluir-se que, a despeito dos vícios da constituição da sociedade, subsiste, ao menos para certos efeitos, o contrato social, ficando os sócios obrigados a realizar as prestações correspondente às suas quotas, isto é, a cumprir a obrigação que para eles emerge do contrato social. E a própria restrição do final desse parágrafo — «na parte em que essas prestações forem necessárias para cumprimento das obrigações contraídas» autoriza a concluir que se consigna neste caso a responsabilidade social, pois de outra forma, isto é, se houvesse neste caso responsabilidade pessoal dos que contrataram em nome da sociedade, não se justificaria que a *todos os sócios* se exigisse o complemento das suas entradas, como meio de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas.

Numa palavra: o preceito do § 3.º parece fazer ruir toda a doutrina atrás afirmada da aplicação às sociedades por quotas do preceito do art. 107.º, e da inexistência desta no caso de inobservância dos termos estabelecidos na lei para a sua constituição. Assim se explicaria inteiramente o preceito do § 4.º, estabelecendo e responsabilidade pessoal, no caso particular da falta de registo, preceito que, na doutrina anteriormente exposta, aparecia como redundante e descabida.

Quer dizer, o regime resultante da combinação dos §§ 3.º e 4.º seria o postulado pela lógica do sistema da lei alemã, em que se inspirou a nossa lei das sociedades por quotas: Desde qua a sociedade estava registada, a sociedade existia, e não podia falar-se senão de responsabilidade social, podendo embora pôr-se então o problema da nulidade. Só no caso de falta de registo (§ 4.º) há que consignar a responsabilidade pessoal dos que em nome da sociedade contraíram as obrigações. E porque, estando feito o registo, a sociedade existe, embora se verifique qualquer nulidade, é que se torna possível reclamar dos sócios as prestações a que

se obrigaram no contrato social. A nulidade determina apenas a dissolução da sociedade.

36. Não cremos, no entanto, que seja esta a interpretação a dar aos §§ 3.º e 4.º do art. 61.º

Já ficou bem claramente estabelecido que na nossa lei de 11 de Abril de 1901 não pode ver-se consagrado o sistema da lei alemã que lhe serviu de fonte, e que as suas disposições têm que se interpretar integrando-as no sistema do direito português, como bem afirma o Dr. Mário de Figueiredo.

O § 3.º enuncia claramente a nulidade do contrato social, e tanto basta, no sistema do nosso direito, para não dever admitir-se, nem a existência da sociedade por quotas, que os sócios queriam constituir, nem a de qualquer outra sociedade, que não saberíamos bem como definir, baseada no contrato celebrado. O que a lei declara é que a nulidade do contrato social não dispensa os sócios de entrar com as quantias correspondentes ás suas quotas, que estivessem por pagar, na medida em que isso se torne necessário para cumprimento das obrigações contraídas. Quer dizer, o legislador veio apenas modificar o regime da *comunhão de facto*, que se reconhece existir desde que não pode admitir-se a existência da sociedade comercial, compelindo os sócios, com base no contrato celebrado, a integrar o fundo comum nas condições que deste contrato resultavam. Por outras palavras, o legislador limita os efeitos do contrato social à realização da comunhão que deveria ser o substrato da sociedade. E assim remove as injustiças e ilogismos que o Dr. Mário de Figueiredo apontava como consequências da doutrina da comunhão de facto atrás referida e para a qual nos inclinamos.

Daqui resulta que realmente na liquidação da comunhão de facto nas sociedades por quotas é o fundo comum, integrado nos termos do § 3.º, que responde pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Vê-se, portanto, que o legislador consagrou quanto às sociedades por quotas um sistema inteiramente diverso, para a liquidação da sociedade irregular, assegurando a integração do fundo comum, tal qual devia existir por força do contrato social,

e afectando este fundo à garantia das obrigações contraídas em nome da sociedade, em vez de consignar a responsabilidade pessoal daqueles que em nome dela contrataram.

Esta responsabilidade pessoal existe apenas no caso de falta de registo, por força do § 4.º do art. 61.º, que começa assim a ter a sua justificação.

Só agora, à luz dos preceitos contidos nos §§ 3.º e 4.º do art. 61.º, se vê qual a solução a dar ao problema da aplicação do art. 107.º do Código Comercial às sociedades por quotas: É, sem dúvida, aplicável a estas sociedades, mas apenas enquanto determina que será havida como não existente a sociedade que se não tiver constituído nos termos e segundo os trâmites indicados na lei; o que tem como efeito poder-se promover a declaração judicial de inexistência e a consequente liquidação.

Quanto aos termos, porém, desta liquidação, preceitua em especial a própria Lei de 11 de Abril de 1901. Se a sociedade foi registada, o passivo é pago pelo fundo comum, integrado nos termos do § 3.º do art. 61.º, podendo apenas discutir-se se para essa integração subsiste a responsabilidade solidária dos sócios nos termos dos arts. 15.º e 16.º; se a sociedade não foi registada, pelas obrigações contraídas respondem pessoal, solidária e ilimitadamente todos quantos em nome dela praticaram os actos de que tais obrigações emergem.

Apenas haverá mais que discutir se, neste caso especial do § 4.º, será ainda aplicável a disposição do § 3.º e subsistirá a obrigação para os sócios de completar as suas prestações de capital. Quer dizer, haverá que averiguar se as duas disposições se aplicam concomitantemente, apresentando-se então a responsabilidade dos que em nome da sociedade contrataram como subsidiária da responsabilidade social, por assim dizer, consignada no § 3.º.

Sem queremos alongar-nos no exame deste problema, não deixaremos de dizer que a contextura do preceito geral do art. 61.º e especialmente a forma por que estão redigidos os seus §§ 3.º e 4.º, levam-nos a inclinar-nos para a solução de que os dois preceitos se excluem, funcionando exclusivamente a responsabilidade pessoal,

no caso de falta de registo. Com efeito, no art. 61.º destacam-se a nulidade por vícios de forma, contemplada nos números do art. 61.º e nos §§ 1.º a 3.º do mesmo artigo, e a falta de registo, especialmente considerada no § 4.º, e que respeita apenas à falta de publicidade, não atingindo a validade do contrato em si, como é próprio do direito português: — o registo não é constitutivo, como se viu. Só se cumularão, pois, a responsabilidade do fundo social e a pessoal dos que contrataram em nome da sociedade, quando, além da falta de registo, ocorra alguma das causas de nulidade referidas no art. 61.º.

Trata-se, manifestamente, a nosso ver, de uma reminiscência do direito alemão, um tanto difícil de justificar tecnicamente no sistema do direito português sobre os efeitos da falta de registo; mas julgamos ser esta a única construção que se apresenta como aceitável e correcta, em presença dos preceitos da Lei de 11 de Abril de 1901.

Conclui-se assim que o regime da sociedade irregular é bem diverso nas sociedades reguladas no Código Comercial e nas sociedades por quotas, se bem que a estas seja aplicável o preceito do art. 107.º. É que essa aplicação, fazendo-se por força do art. 62.º da Lei de 11 de Abril, tem que realizar-se nos precisos termos deste preceito que manda observar *na parte aplicável* as disposições gerais sobre sociedades comerciais.

JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO