

DAS
SOCIEDADES COMMERCIAES

TRACTADO THEORICO E PRATICO

DOUTOR JOSÉ TAVARES

DAS
SOCIEDADES COMMERCIAES

Tractado theorico e pratico

VOLUME PRIMEIRO

LVMEN



António Pereira de Sousa

COIMBRA

R. 2. de Mar. 1899

FRANÇA AMADO — EDITOR

1899

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O ACTO
DE CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA.

Parte primeira

Das sociedades industriaes em geral

CAPITULO I

Natureza economica e juridica das sociedades industriaes

§ 1.º

Função economica e definição juridica

SUMMARIO:

1. Espirito psychologico e mechanico do principio associativo. Fundamento e garantia do direito de associação.
2. Conceito juridico e commum das expressões *associação* e *sociedade*. Estas expressões são real e juridicamente synonymas. Na terminologia geral da lei distinguem-se pela diversa natureza do seu fim e pelo seu differente regimen legal. Geralmente a palavra *sociedade* applica-se ás *sociedades industriaes*.
3. Função economica das sociedades industriaes. Causas do seu desenvolvimento e da sua superioridade sobre as empresas individuaes. Necessidade da coexistencia das empresas individuaes e collectivas.
4. Dupla significação juridica da palavra *sociedade*: *collectividade* e *contracto*. O primeiro é o seu verdadeiro sentido.
5. Definição juridica da sociedade. Requisitos essenciaes.
6. Diferenciação da sociedade dos estados juridicos mais semelhantes; A) conta em participação; B) propriedade commum, communhão ou indivisão, C) quinhão, D) compascuo; E) mandato e commissão; F) emprestimo retribuido; G) compra e venda; H) locação; I) prestação de serviços. Importancia fundamental da *affectio societatis*.

1. A natureza organica e psychologica do homem, natural e essencialmente sociavel, força

determinante e necessaria da sua associação politica e juridica, constitue a *razão de ser* fundamental de toda a ordem de agremiações em que se traduz e desenvolve a actividade humana individuo-social.

N'esta lei estructural e funcional da vida humana reside a explicação do facto, universalmente observado, da constituição d'uma infinidade de associações destinadas a satisfazer todas as necessidades materiaes, intellectuaes e moraes, progressivamente crescentes com as exigencias da civilização.

O espirito da associação obedece em todas as manifestações da sua existencia á acção de duas forças simultaneas: a tendencia psychologica do homem para o convivio dos seus semelhantes, em que se manifesta a sua natural sociabilidade, e o facto ou principio mechanico da composição de forças, segundo o qual o effeito da resultante d'um systema de forças é maior do que a somma dos effeitos da acção isolada das singulares componentes.

Por toda a parte e em todos os momentos da vida o homem sente a necessidade de conjugar com outros os proprios exforços, para conseguir a realisação dos seus ideaes e o alcance das suas aspirações. Da comprehensão d'este facto e dos laços affectivos da *sympathia* deriva a tendencia natural da sociabilidade. E da combinação da sociabilidade com o principio mechanico da associação resulta a necessidade constante da formação dos aggregados sociaes.

O espirito psychologico e mechanico da associação define-se mais precisamente, e accentua-se com maior intensidade, entre os homens que pretendem a realisação d'um mesmo fim. As associações industriaes, scientificas, literarias, religiosas, de instrucção e beneficencia são outras tantas applicações d'este principio, que determina a differenciação progressiva das fórmulas associativas, segundo a diversidade dos fins ou funcções que ellas se propõem desempenhar.

E se o principio associativo obedece a uma necessidade organica e funccional constante da vida humana, a associação constitue necessariamente um direito do homem, inviolavel e sagrado, que legislador algum poderia deixar de respeitar e reconhecer, no cumprimento da missão suprema que a sociedade lhe confia, attribuindo-lhe a funcção de garantir o equilibrio das energias individuaes e collectivas (1), pela declaração das leis reguladores da vida humana nas relações individuo-sociaes.

Por isso o nosso codigo civil, respeitando o direito reconhecido em todos os povos, o consignou no n.º 3.º do art. 359.º, classificando-o, de harmonia com as doutrinas classicas, entre os *direitos originarios, que resultam da propria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros*, e definindo-o no art. 365.º: « *a faculdade de pôr em commum*

(1) José Tavares, *Theses selectas de direito, repartição 2.ª, these 1.ª*.

os meios ou esforços individuaes, para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade ».

E como que não se contentando com a declaração terminante dos chamados direitos originarios, o codigo civil firmou no art. 368.º a sua garantia principal, dispondo que *os direitos originarios, e portanto o direito de associação, são inalienaveis, e só podem ser limitados por lei formal e expressa, e que a violação d'elles produz a obrigação de reparar a offensa.*

N'estes principios fundamentaes da lei civil se encontra a traducção legal dos postulados scientificos do direito de associação, accites pelos mais elementares principios da philosophia juridico-moral.

2. O direito de associação, concretisado nas variadissimas fórmulas da sua existencia real e effectiva, applicado na constituição das empresas destinadas á satisfação de toda a ordem de necessidades e interesses materiaes e intellectuaes ou moraes da vida, produz uma infinidade de collectividades, que, em geral, tanto nas leis e na jurisprudencia, como na linguagem usual, se denominam quasi indifferentemente *associações* ou *sociedades*.

Com effeito, na linguagem usual se dá quasi sempre o nome de *sociedades* a toda a especie de associações, qualquer que seja o seu fim, dizendo-se: *sociedade commercial, sociedade industrial,*

sociedade philantropica, sociedade scientifica, sociedade literaria, sociedade de instrucção e recreio, sociedade de soccorros mutuos, etc., etc.

Este indifferentismo de terminologia, que é geralmente usado nos escriptos de jurisprudencia, tem o seu logico fundamento, tanto na verdadeira doutrina, como nas disposições leaes que regulam o direito de associação.

E na verdade, toda a *associação* constitue uma *sociedade*, assim como toda a *sociedade* é uma *associação*: são duas palavras que se identificam no seu significado concreto.

E' assim que o codigo civil, nos artt. 32.º e 39.º, designa genericamente pela palavra *associações* tanto as sociedades constituídas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, como aquellas que são apenas de interesse particular. Do mesmo modo, o codigo commercial, no art. 200.º, emprega indifferentemente as palavras *associação* e *sociedade*. E ainda da mesma fórma se exprimem, no seu artigo 1.º, os decretos de 9 de maio de 1891 e 2 de outubro de 1896, respectivamente reguladores das associações de classe e das de soccorros mutuos (1).

(1) Art. 32.º do codigo civil: « Dizem-se pessoas moraes as *associações* ou corporações, temporarias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade juridica »

Art. 39.º do mesmo codigo: « As *associações* de interesse particular são regidas pelas regras do contracto de *sociedade* ».

Art. 200.º do codigo commercial. « Na *associação* em com-

Comtudo, investigando cuidadosamente o pensamento da lei, não será difficil reconhecer que as duas expressões *associação* e *sociedade* exprimem geralmente conceitos diversos, servindo para designar dois estados juridicos differentes.

No sentido da nossa legislação, a palavra *associação* serve mais propriamente para designar as collectividades de interesse geral, constituidas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, emquanto que a palavra *sociedade* se applica sómente ás collectividades constituidas por contracto com um fim de mero interesse particular.

A *associação* é uma collectividade que se propõe alcançar um fim, material ou simplesmente moral, de ordem geral, ultrapassando os limites do interesse particular d'aquelles que a fundam ou que a

mandita são elementos distinctos : a *sociedade* em nome collectivo, e a *commandita* de fundos ».

Art. 1.º do decreto de 9 de maio de 1891: « As *associações* de classe são *sociedades* compostas de mais de vinte individuos exercendo a mesma profissão ou profissões correlativas, tendo por fim o estudo e a defeza dos interesses economicos, industriaes, commerciaes ou agricolas que lhes são communs ».

Art. 1.º do decreto de 2 d'outubro de 1896: « As *associações* de soccorros mutuos são *sociedades* de capital indeterminado, de duração indefinida, e de numero illimitado de membros, além do minimo fixado no art. 3.º, instituidas com o fim de serem prestados auxilios mutuos entre os socios ».

N'estas disposições empregam-se, como synonymas as palavras *associação* e *sociedade*. E esta synonymia se encontra igualmente no projecto de lei sobre as sociedades commerciaes, apresentado pelo sr. dr. Hintze Ribeiro á camara dos deputados na sessão de 24 de janeiro de 1882, e no respectivo relatorio. Veja-se o *Diario das sessões da camara dos senhores deputados* de 1882, pag. 97 e seg.

alimentam com os seus recursos ; os seus membros dispõem-se a servir a causa d'uma cathegoria social de que elles não fazem necessariamente parte, consagrando-se ao beneficio da sociedade inteira; collocando o objectivo do seu ideal acima dos seus interesses particulares, obedecem a uma ideia, que outros poderão criticar, por não ser muitas vezes isenta de toda a sombra de egoismo, quando exaltada pelo réclame ou pela ostentação, mas que se apresenta em todo o caso ao publico como uma ideia desinteressada.

As associações de caridade, de ensino livre, de propaganda d'uma religião ou d'uma doutrina, de protecção e defeza dos interesses geraes das industrias, da agricultura, do trabalho dos operarios ou do commercio, n'uma palavra, as associações de instrucção, de recreio e de beneficencia, de interesse geral, teem uma feição propria, que não deve confundir-se com as associações de mero interesse particular, constituídas pelo contracto especial de *sociedade*, ainda mesmo que tomem o nome e assumam a fórmula d'este contracto.

A *sociedade* é uma collectividade de duas ou mais pessoas que se propõem apenas alcançar um fim pecuniario, restricto aos membros que a constituem. O espirito que a anima é essencialmente egoista, propondo-se exclusivamente augmentar os seus capitaes pela concentração da sua força productiva (1).

(1) Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, fascicule 1.º, pag. 116.

E esta distincção entre as expressões *associação* e *sociedade* tem effectivamente o seu fundamento na lei, que regulamenta de maneira diversa as duas especies de collectividades.

As associações de interesse geral são pelo código civil (art. 32.º) qualificadas como *personas moraes*, dotadas de individualidade juridica, emquanto que as de mero interesse particular são pelo código civil (art. 39.º) reguladas no contracto especial de sociedade. Mas as associações de interesse geral, para adquirirem a qualidade de *personas moraes*, dotadas de individualidade juridica, carecem de auctorisação legal (código civil, art. 33.º) (1), emquanto que as de mero interesse particular constituem-se legalmente pela simples intervenção dos associados, sem necessidade de qualquer auctorisação (código civil, artt. 686.º e 1240.º) (2).

Esta diversidade de regulamento juridico na constituição das duas especies de collectividades tem o seu pretendido fundamento na differente natureza da funcção que ellas se propõem desem-

(1) Art 33º do código civil: « Nenhuma associação ou corporação pode representar esta individualidade juridica, não se achando legalmente auctorisada »

(2) Art. 686.º do código civil: « A validade dos contractos não depende de formalidade alguma externa, salvo d'aquellas que são prescriptas na lei para a prova d'elles, ou que a lei, por disposição especial, declara substanciaes ».

Art. 1240º: « E' licito a todos os que podem dispôr de seus bens e industria associar-se com outrem, pondo em commum todos os seus bens ou parte d'elles, a sua industria, simplesmente, ou os seus bens e industria conjunctamente, com o intuito de repartirem entre si os proveitos ou perdas, que possam resultar d'essa communhão E' o que se chama sociedade ».

penhar, e na necessidade de acautelar a ordem e a segurança do Estado contra o perigo dos abusos a que podem entregar-se as grandes associações.

A defeza e o desenvolvimento dos interesses geraes da sociedade pertencem essencialmente á funcção politica do Estado, emquanto que os interesses particulares pertencem exclusivamente á competencia da actividade individual.

E' por isso que as associações de mero interesse particular, *sociedades*, no sentido juridico, se podem constituir livremente, com a simples intervenção dos associados, desde que sejam respeitadas as determinações do poder legislativo sobre a tutela das garantias juridicas. Mas as associações de interesse geral, visto que se propõem desempenhar funcções de ordem social, como que ingerindo-se na funcção politica e administrativa do Estado, não podem constituir-se sem auctorisação dos poderes competentes, que nas determinações da lei são o governo ou o governador civil, conforme a natureza e importancia d'aquellas associações.

A auctorisação legal, que o codigo civil (art. 33.º) exige para a constituição e existencia juridica das associações de interesse geral, pertence ao governo sempre que ellas se componham de mais de vinte pessoas, segundo a determinação expressa do art. 282.º do codigo penal (1). E ao governo per-

(1) Art. 282.º do codigo penal: «Toda a associação de mais de vinte pessoas, ainda mesmo dividida em secções de menor numero, que, *sem preceder auctorisação do governo*, com as condições que elle julgar convenientes, se reunir para tratar de assumptos religiosos, politicos, literarios ou de qualquer outra

tence tambem a approvaçãõ dos estatutos das associações de classe (Decreto de 9 de maio de 1891, art. 3.º) (1), das de soccorros mutuos (Decreto de 2 d'outubro de 1896, art. 3.º e § 1.º) (2) e dos syndicatos agricolas (Carta de lei de 3 d'abril de 1896, art. 3.º, §§ 1.º, 2.º e 4.º e art. 4.º) (3).

natureza, será dissolvida, e os que a dirigirem e administrarem serão punidos com a prisão de um mez a seis mezes. Os outros membros serão punidos com a prisão até um mez ».

(1) Art 3.º do decreto de 9 de maio de 1891: «As associações de classe, commerciaes, industriaes, ou agricolas, não poderão constituir-se sem prévia approvaçãõ dos estatutos pelo governo, dada pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, e ficam sujeitas á vigilancia e inspecção das auctoridades administrativas. Qualquer modificação nos estatutos só será valida depois de approvada pelo governo »

(2) Art. 3.º do decreto de 2 d'outubro de 1896. « . . . ; a sua constituição depende de previa approvaçãõ dos estatutos pelo governo, e ficam sujeitas á vigilancia e inspecção do governador civil e do conselho regional, que darão parte ao governo dos abusos que notarem § 1.º Qualquer modificação nos estatutos só será valida depois de approvada pelo governo ».

(3) Art. 3.º, §§ 1.º, 2.º e 4.º da carta de lei de 3 d'abril de 1896, sobre os syndicatos agricolas: « Os syndicatos agricolas constituem-se por escriptura publica, comprehendendo os estatutos. § 1.º As copias authenticas das escripturas da constituição de qualquer syndicato agricola ficam, assim como os estatutos n'ellas comprehendidos, sujeitos á approvaçãõ do governo nos termos seguintes: 1.º . . . ; 2.º . . . ; 3.º Consideram-se tacitamente approvados os estatutos, sobre os quaes, no prazo de dois mezes, contados da epocha fixada no n.º 2.º d'este paragrapho, não tenha recahido resoluçãõ governativa. § 2.º Nenhum syndicato agricola poderá começar a funcçionar sem que os estatutos tenham sido approvados, ou que haja decorrido o prazo fixado no n.º 3.º do § 1.º d'este artigo § 4.º As mesmas disposições serão applicaveis sempre que os estatutos sejam alterados ou modificados »

Art. 4.º da mesma lei: « Os syndicatos agricolas que funcçionem sem estatutos legalmente approvados, podem ser dissolvidos por sentença do juiz de direito da comarca onde seja a sua séde, sobre promoçãõ do ministerio publico, ou a requerimento de cinco ou mais socios ».

E ainda ao governo compete, no cumprimento da sua missão de defeza dos interesses geraes, a auctorisação necessaria para a constituição e existencia juridica dos estabelecimentos bancarios, nos termos do art. 18.º e § unico da carta de lei de 3 d'abril de 1896 (1).

A approvaçào dos estatutos de quaesquer outras associações, de recreio, instrucção publica, educação, protecção ás pessoas ou animaes, piedade ou beneficencia, pertence ao governador civil do respectivo districto, segundo a expressa determinação do codigo administrativo, no art. 252.º n.º 8.º (2).

Em face das disposições leaes indicadas, vê-se pois que ao governo compete na maioria dos casos a auctorisação necessaria para a constituição e existencia juridica das associações de interesse

(1) Art. 18.º da carta de lei de 3 d'abril de 1896, sobre os bancos: « Nenhuma sociedade anonyma poderá constituir-se definitivamente, a partir da data d'esta lei, para o exercicio exclusivo ou simultaneo de operações bancarias, sem permissão especial do governo, que a concederá por decreto, ou a recusará, conforme julgar conveniente. § unico: Nenhuma companhia ou sociedade anonyma estrangeira poderá ter succursal ou agencia em Portugal sem auctorisação do governo, que a não concederá sem que se fixe o capital com que a succursal ou agencia vae funcionar no paiz, e se obrigue a ter n'este um agente ou director responsavel ».

(2) Art. 252.º, n.º 8.º do codigo administrativo: « No uso das attribuições que lhe são conferidas pelo n.º 4.º do art. 248.º, compete ao governador civil . . . 8.º Approvar os estatutos das associações e institutos de recreio, instrucção publica, educação, protecção ás pessoas ou animaes, piedade ou beneficencia, hospitaes, asylos ou hospicios, bem como os seus regulamentos organicos e dos estabelecimentos que administrem, enviando copia authentica ao ministerio do reino ».

geral, e que ao governador civil apenas compete a aprovação dos estatutos e regulamentos das associações a que se refere o n.º 8.º do art. 252.º do código administrativo.

Mas será admissível na lógica dos princípios d'um regimen politico liberal a exigencia de semelhante auctorisação para o exercicio do direito associativo?

No campo puramente scientifico do direito politico e administrativo evidentemente não é, porque a associação constitue um d'aquelles direitos fundamentaes, inviolaveis e sagrados, determinados por necessidades constantes da vida social, que os mais elementares principios da philosophia juridico-moral collocam acima dos caprichos e arbitrariedades d'um legislador.

A função legislativa no direito de associação deve limitar-se á determinação das condições do seu exercicio em harmonia com as leis e os principios de ordem publica, sem de modo algum impedir ou difficultar o seu livre desenvolvimento.

Os escriptores e legisladores reaccionarios pretendem justificar a exigencia da auctorisação governativa ou administrativa, invocando os abusos a que podem entregar-se as grandes associações. Mas a verdade é que taes abusos só podem justificar a acção repressiva do Estado sobre as associações que os praticarem, mas nunca justifica a tutela preventiva da auctorisação legal, a qual é inadmissível, por ser injusta, e sobretudo por ser inefficaz: injusta, porque impede, ou, pelo menos, difficulta o desenvolvimento do principio

associativo; e inefficaz, porque não evita os abusos a que porventura queira dedicar-se qualquer associação.

Uma associação, que quizer funcionar contra as leis e principios da ordem publica, póde constituir-se em termos de obter a auctorisação legal, e praticar depois os actos que julgar convenientes ao seu fim, embora se sujeite ás penalidades e sancções legaes, que constituem a unica garantia efficaz de que o Estado póde servir-se para reprimir os abusos perturbadores da ordem social.

O mais scientifico systema legislativo do direito de associação é pois o da plena liberdade sujeita a uma real e effectiva responsabilidade. Segundo este systema, só ao poder legislativo deveria pertencer a faculdade de formular as normas reguladoras do exercicio do direito de associação, tanto em relação ao modo como devem constituir-se e funcionar quaesquer associações, como relativamente ás penalidades e sancções impostas nos casos de infracção das disposições legaes; e ao poder executivo sómente deveria competir o direito e o dever de fiscalisação e inspecção do cumprimento das leis, promovendo, directamente ou por intermedio dos seus agentes, a dissolução e a applicação das penas ás associações contraventoras.

E' este o regimen legal das sociedades ou associações de mero interesse particular, e não ha realmente motivos ponderosos que justifiquem a applicação d'um systema restrictivo ás associações de interesse geral, tanto mais que a funcção emi-

nementemente social das sociedades industriaes contemporaneas não permite uma rigorosa distincção entre as associações de interesse geral e as de mero interesse particular.

E tanto é imperfeita esta distincção que difficilmente se póde circumscrever aos limites da associação de mero interesse particular a applicação do contracto de sociedade regulado nos codigos civil e commercial. E na verdade, quasi todas as grandes sociedades industriaes, mineiras, agricolas, de fabrica, commerciaes e de transporte, cujo organismo juridico pertence ao contracto de sociedade, nos termos dos artt. 39.º e 1240.º do codigo civil e do art. 104.º do codigo commercial, são constituídas com um fim de utilidade publica e particular conjunctamente (1).

N'estas condições, embora a lei pareça distinguir entre *associações* e *sociedades*, conforme o fim geral ou particular, que ellas se propõem realisar, entendemos que as duas expressões são synonymas, não só porque realmente assim é, mas tambem porque a propria lei admite a synonymia, como já demonstrámos.

Entretanto é certo que na terminologia mais commum e geralmente empregada, a palavra *sociedade* applica-se áquellas associações que tem um fim lucrativo, exclusivo dos respectivos socios,

(1) E é por isso que recentemente as cartas de lei de 3 d'abril de 1896 applicaram aos syndicatos agricolas de mais de vinte socios e as sociedades bancarias o mesmo regimen restrictivo das associações de interesse geral, exigindo a auctorisação governativa

e que juridicamente pertencem ao contracto especial de sociedade. N'este sentido, a palavra *sociedade* designa mais propriamente as *sociedades industriaes*, tomando a palavra *industria* na sua accepção mais geral, isto é, significando *toda a actividade que tenha por fim um lucro* (1).

3. As sociedades industriaes ou lucrativas desempenham na vida social uma funcção economica preponderante, que explica em grande parte os cuidados de regulamentação juridica que lhes tem dedicado os legisladores de todos os povos civilizados, promovendo o seu natural e livre desenvolvimento, mas procurando ao mesmo tempo assegurar os interesses e garantir os direitos de todas as pessoas que estabelecem com ellas relações juridicas no exercicio da sua actividade industrial.

A funcção economica das sociedades industriaes ou lucrativas identifica-se fundamentalmente no papel da empresa industrial.

« Todo o organismo simples ou complexo da actividade industrial é uma combinação organica, appropriada em proporções variaveis, dos tres elementos da producção economica: a natureza, o capital e o trabalho, que não podem actuar no phenomeno da producção separados e autonomos, mas que, pelo contrario, obedecem a uma coordenação necessaria. Dos tres elementos ha um que,

(1) José Tavares, *Das empresas no direito commercial*, pag 47

embora seja uma força-potencia activa na producção, está comtudo subordinado á impulsão, á direcção e rectificação da actividade humana; é a natureza. Ha outro que, embora seja um elemento passivo, possui todavia, mercê das condições economicas da actual organização social, a força pótenzial da coordenação e direcção do trabalho; é o capital. Extranho contraste da estrutura e vida economica d'uma sociedade que se diz civilisada! E' o elemento passivo o que domina e dirige a coordenação das forças activas da producção. E a economia social não póde no *statu quo* da organização existente dispensar o predominio d'esse elemento passivo, mas poderoso, porque a entidade economica do *productor autonomo* é incompativel com as condições da sociedade moderna, e porque o capital e o trabalho são geralmente forças dissociadas » (1).

N'estas condições, a coordenação organica do capital e do trabalho só póde realizar-se pela constituição de organismos productores collectivos que integrem todos os elementos e todas as forças necessarias para o exercicio d'uma determinada industria (2).

Estes organismos ou empresas industriaes, embora collectivos na sua organização economica, são todavia singulares, sob o ponto de vista da propriedade capitalista, quando pertencem a um empresario individual.

(1) José Tavares, *obr. cit.*, pag. 50 e 51.

(2) José Tavares, *obr. cit.*, pag. 53.

Não são, porém, as empresas singulares as que desempenham a função economica mais preponderante da coordenação organica do capital e do trabalho, mas sim as empresas collectivas ou sociedades industriaes, que na força potencial immensa dos seus capitaes tem a chave de todo o movimento economico contemporaneo.

A superioridade economica das empresas collectivas é attestada não só pelos resultados extraordinarios do progresso industrial dos tempos modernos, mas tambem pelo enorme desenvolvimento commercial devido á formação das grandes corporações e companhias mercantis da idade media.

A associação industrial convenientemente organisa e dirigida multiplica rapidamente os capitaes, e valorisa consideravelmente a força do trabalho, abrindo novos e mais largos horisontes ao campo da actividade industrial.

O principio mechanico da associação permite ás sociedades industriaes a organisação e direcção de empresas, que estão fóra do alcance das forças d'um só homem, por mais rico, mais activo, intelligente e emprehendedor que elle seja; permite, n'uma palavra, reunir os capitaes e combinar as forças sufficientes para a execução dos trabalhos capazes de supprimir as distancias e transformar a superficie da terra (1).

Os economistas, procurando averiguar o segredo do enorme poder da associação industrial, attri-

(1) Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, vol. 2.º, pag. 2.

buem a sua superioridade economica a differentes causas.

Entre essas diversas causas aponta-se em primeiro lugar o mais completo e aperfeiçoado systema da divisão do trabalho, a concentração dos capitaes e o fraccionamento dos riscos da empresa.

A verdade, porém, é que a divisão do trabalho pelos mais aperfeiçoados systemas industriaes tanto se pôde estabelecer nas empresas individuaes como nas collectivas, pois que tudo depende dos conhecimentos e aptidões technicas do industrial que dirige e administra a empresa. Na concentração dos capitaes é que reside effectivamente a verdadeira força especifica da superioridade economica das sociedades industriaes, as unicas capazes de reunir os enormes capitaes necessarios para as mais arrojadas empresas, porque embora haja grandes fortunas accumuladas nas mãos dos capitalistas, poucos se arriscam a compromettel-as n'uma empresa individual, podendo assegurar os seus capitaes em varias empresas collectivas.

E' na concentração dos capitaes e no fraccionamento dos riscos que reside o espirito mechanico da superioridade economica da associação industrial.

Como causas d'esta superioridade aponta-se tambem o facto de ser nas sociedades industriaes escolhido o gerente em razão da sua capacidade presumida, embora seja pequeno ou nullo o seu capital na sociedade, emquanto que nas empresas individuaes a direcção é *capitalista*, isto é, tem

como razão principal a propriedade da totalidade ou da maior parte do capital. Mas a verdade é que a escolha dos gerentes se faz em tão boas condições nas empresas individuaes como nas collectivas, porque o empresario capitalista, que não conhecer os processos technicos da industria, tem sempre, ou pelo menos deve ter, a prudencia de procurar um sub-empezario habilitado com todas as condições para o bom exito da sua empresa. Pelo contrario, nas empresas collectivas nem sempre os gerentes ou directores são os mais capazes, e muitas vezes conquistam o seu logar por uma eleição que obedece mais a intrigas e influencias pessoaes do que ao intuito de escolher pessoas dotadas das melhores qualidades de aptidão professional.

Finalmente invocam-se ainda como causas de superioridade economica a personalidade juridica reconhecida pela lei e a quasi perpetuidade ou duração indefinida das grandes sociedades industriaes (1). E' certo que a personalidade juridica offerece ás sociedades garantias de existencia e de credito, mas não deve considerar-se como causa da sua superioridade sobre as empresas individuaes, visto que tambem estas tem a mesma personalidade. E muito menos como tal se deve invocar a quasi perpetuidade ou duração indefinida, pois esta circumstancia, quando de facto existe, é uma consequencia d'aquella mesma superioridade economica.

(1) Cauwès, *Cours d'économie politique*, vol. 1.º, pag. 122 e seg.

Mas demonstrado que d'um modo geral a superioridade economica do industrialismo pertence ás sociedades, deverá concluir-se que a empresa individual deve desaparecer naturalmente na impossibilidade de concorrer com a actividade mais fecunda das empresas collectivas?

Alguns publicistas, dissertando com entusiasmo sobre o futuro da associação na industria, tem emitido o seu voto pensando que ella está destinada a substituir mais ou menos completamente as empresas individuaes (1). Mas semelhante pensamento, inspirado pelos brilhantes resultados da associação nas grandes empresas industriaes, não passa realmente d'uma utopia, analoga a tantas outras que dominam as modernas concepções sobre a organização social do futuro.

Para que serve, na verdade, a associação de muitos homens nas pequenas ou medias empresas, que não excedem uma parte das forças economicas d'um só?

A associação constitue, é certo, uma fôrma de organização industrial indispensavel nas grandes empresas; mas nas medias e pequenas empresas, em que as forças d'um só homem são mais que sufficientes, ella tem muitas vezes graves inconvenientes resultantes dos attritos de vontades diversamente orientadas, occasionando conflictos e desperdicios de forças economicas.

(1) Tal é a doutrina sustentada, entre outros, pelo economista Molinari, *L'évolution économique au XIX siècle*, pag. 35 e seg. e 321.

Nas empresas individuaes o interesse pessoal é sempre muito mais intenso, determinando por isso mesmo uma acção directora e administrativa mais energica e constante, mais activa e economica.

Por isso, a empresa individual offerece geralmente na pequena e media industria superiores condições de successo. Entretanto é certo que tambem na pequena e media industria a empresa collectiva é ás vezes preferivel e mesmo necessaria para os emperezarios, quando o industrial não tem capitaes sufficientes, precisando por isso de se associar com o capitalista, ou quando este, querendo applicar os seus capitaes na industria, precisa de se associar, com o industrial, por não possuir as necessarias aptidões profissionaes.

E' por isso que a associação de capital e industria constitue uma fórma muito frequente na pequena e media organização industrial.

Mas o regimen das sociedades industriaes não poderá destruir a concorrência das empresas individuaes, emquanto persistir na organização economica a pequena e media industria, em condições de ser exercida em muitos casos pela acção d'um só emperezario industrial.

E a verdade é que ao lado dos assombrosos progressos do industrialismo moderno parallelamente se tem desenvolvido a pequena e media industria. E d'estas tendencias da evolução economica industrial resulta necessariamente a coexistencia das empresas individuaes e collectivas (1).

(1) Cauwès, *obr. cit.*, pag. 125 e seg.; Sr. Dr Laranjo, *Principios de economia politica*, pag 165

4. Determinada a funcção economica das sociedades industriaes, importa agora definir os seus caracteres juridicos fundamentaes. E' o objecto dos numeros seguintes.

Na terminologia juridica a palavra *sociedade* emprega-se em dois sentidos differentes.

N'um sentido, e este é o mais geral, o mais scientifico e o mais rigoroso, mesmo sob o ponto de vista juridico, a palavra *sociedade* significa a *collectividade constituída mediante contracto por duas ou mais pessoas*.

No segundo sentido, a palavra *sociedade* significa o *contracto pelo qual duas ou mais pessoas se associam para um fim commum* (1).

Esta dupla significação juridica resulta claramente da definição dada pelo codigo civil no art. 1240.º, é expressa ou tacitamente admittida por todos os escriptores jurisconsultos, e consagrada pelas disposições de todos os codigos.

Entretanto é certo que tanto os codigos como os commentadores, quando empregam a palavra *sociedade*, querem propriamente significar a collectividade de pessoas que a constituem.

E' por isso que nós dizemos que este é o seu conceito mais geral. E dizemos tambem que elle é o mais scientifico e rigoroso sob o ponto de vista juridico, porque realmente a palavra *sociedade* é impropria para designar o contracto da sua for-

(1) Lyon Caen et Renault, *obr cit*, pag. 9; Dr Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil portuguez*, vol. 1.º, § 74 e vol. 2.º, § 861.

mação, que rigorosamente se chama *contracto de sociedade*, e que não comprehende senão o primeiro momento da vida da collectividade a que elle dá a existencia juridica, isto é, a sua constituição.

E' pois n'este sentido que nós empregaremos geralmente a palavra *sociedade*.

5. Fixada a significação exacta da palavra *sociedade*, vejamos se é possível definir n'uma fórmula precisa o organismo juridico que ella traduz.

Muitas definições teem sido apresentadas pelos commentadores, mas abtemo-nos de as referir, porque ellas envolvem substancialmente os mesmos conceitos, e fastidioso seria repetir uma serie de definições, que em geral apenas se distinguem por inuteis ou prejudiciaes alterações de palavras.

Para o nosso fim serve a definição do art. 1240.º do codigo civil: « *E' licito a todos os que podem dispôr de seus bens e industria associar-se com outrem, pondo em commum todos os seus bens ou parte d'elles, a sua industria, simplesmente, ou os seus bens e industria conjunctamente, com o intuito de repartirem entre si os proveitos ou perdas, que possam resultar d'essa communhão. E' o que se chama sociedade* ».

Quaesquer que sejam as criticas, porventura applicaveis a esta definição legal, o certo é que ella, combinada com os principios dos contractos em geral e do contracto especial de sociedade,

fornece os elementos necessarios e sufficientes para condensar n'uma fórmula synthetica, com todos os seus caracteres juridicos fundamentaes, o organismo que os codigos civil e commercial chamam *sociedade*.

Em primeiro lugar vê-se que o contracto é condição essencial da existencia juridica do organismo sociedade. E facilmente se reconhece que o contracto de sociedade é bilateral, oneroso ou synallagmatico (art. 642.º do codigo civil) e commutativo (argumento *à contrario* do art. 1537.º).

Em segundo lugar vê-se na disposição do art. 1240.º que o contracto de sociedade, além das condições geraes de todos os contractos (art. 643.º), exige tres condições particulares: 1.ª que os associados formem um fundo commum de capital ou de industria, ou de capital e industria conjunctamente; 2.ª que esse fundo seja destinado a operações lucrativas; 3.ª que os associados tenham communhão nos lucros ou nas perdas resultantes das operações sociaes.

Finalmente, é facil demonstrar que na doutrina do codigo civil tambem as sociedades legalmente constituídas tem personalidade juridica differente da dos associados.

N'estas condições, a *sociedade*, pertencente ao direito civil e commercial, é uma sociedade industrial ou lucrativa, e deve definir-se: *uma collectividade, dotada de personalidade juridica, constituída mediante contracto por duas ou mais pessoas, que formam um fundo social de capital ou industria, ou de capital e industria conjunctamente, destinado*

a operações lucrativas communs, e sujeito a perdas tambem communs.

Isto, porém, não quer dizer que não seja sociedade a associação constituída legalmente para quaesquer fins particulares que não sejam lucrativos, pois as expressões associação e sociedade são real e juridicamente synonymas.

Assim, por exemplo, uma associação de recreio puramente particular e sem fim lucrativo constitue realmente uma sociedade; mas não pertence á categoria das do art. 1240.º do código civil, porque lhe falta uma das condições características, embora lhe sejam applicaveis as mesmas regras do contracto de sociedade por determinação expressa do art. 39.º.

Se, porém, a associação, embora de interesse particular, fôr de mais de vinte pessoas, já está sujeita a uma regulamentação juridica diversa, carecendo de auctorisação do governo e de approvação dos estatutos pelo governador civil, nos termos do art. 282.º do código penal e do art. 252.º n.º 8.º do código administrativo.

Alguns auctores (1) consideram ainda como condição necessaria á existencia do contracto de sociedade que cada um dos contractantes tenha a intenção de formar sociedade — *affectio societatis*. Mas tal condição, embora verdadeira, não carece de ser individualmente mencionada, por estar comprehendida nas condições geraes e essenciaes dos contractos. E' o mutuo consenso do art. 643.º do código civil.

(1) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, pag. 11 e 42.

Entretanto o requisito da *affectio societatis* tem sempre uma importancia consideravel como elemento de distincção entre a sociedade e outros estados juridicos aparentemente semelhantes.

6. E' com effeito o criterio da *affectio societatis*, combinado com os requisitos essenciaes, que n'um grande numero de casos constitue o elemento de distincção entre a sociedade e outras situações juridicas semelhantes.

Embora a sociedade tenha caracteres juridicos distinctivos, ella póde muitas vezes apparentemente confundir-se com outros institutos do direito civil e commercial. D'estes os que principalmente importa considerar são: A) a *conta em participação*; B) a *propriedade commum*; C) o *quinhão*; D) o *compascuo*; E) o *mandato e commissão*; F) o *empres-timo retribuido*; G) a *compra e venda*; H) a *locação*; I) a *prestação de serviços*.

Consideraremos separadamente cada um d'estes institutos, para determinarmos a sua completa differenciação do organismo juridico sociedade.

A) CONTA EM PARTICIPAÇÃO. Este instituto é assim definido no codigo commercial: « Art. 224.º *Dá-se conta em participação quando o commerciante interessa uma ou mais pessoas ou sociedades nos seus ganhos e perdas, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual sómente.* Art. 226.º *A conta em participação não representa, para com terceiros, individualidade juridica differente da dos*

que n'ella interveem e não tem firma ou denominação social, patrimonio colectivo e domicilio ».

Tão apparente é a analogia d'este instituto com o da sociedade que o nosso antigo codigo commercial lhe chamava associação em conta de participação e o considerava como uma verdadeira sociedade mercantil (1).

E' certo que a conta em participação constitue uma associação commercial; mas a sua estrutura juridica é fundamentalmente diversa do instituto que se chama sociedade.

No conceito juridico e legal, a conta em participação é um contracto de associação pelo qual os associados tratam em seu nome individual negocios com terceiros, no interesse commum, mas sem que da existencia de tal contracto appareçam signaes juridicos exteriores (2).

Por consequencia, a associação em conta de participação, embora tenha quasi todos os caracteres da sociedade, distingue-se d'ella fundamentalmente, porque lhe falta o caracter juridico principal da collectividade, dotada de personalidade, e proprietaria do patrimonio colectivo.

(1) Codigo commercial de 1833, art. 571.^o: « As associações em conta de participação são verdadeiras sociedades mercantis; e podem definir-se: as reuniões, que formam dois ou mais commerciantes, sem firma, para lucro commum e social, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual sómente. Esta sociedade tambem se denomina momentanea e anonyma ».

Tambem entre outros, o codigo commercial italiano (art. 233.^o) e os seus commentadores lhe chamam associação commercial.

(2) Vidari, *Le società e le associazioni commerciali*, pag. 706.

Entretanto na pratica do direito civil é muitas vezes difficil distinguir se ha realmente uma sociedade ou uma simples associação em conta de participação, e n'esses casos só pela intenção de formar sociedade se póde resolver o problema. Porém, na pratica do direito commercial a difficuldade não existe, porque as sociedades commerciaes só teem existencia juridica depois de se constituirem nos termos do codigo commercial (art. 107.º).

B) PROPRIEDADE COMMUM, COMMUNHÃO, OU INDIVISÃO. A propriedade commum é regulada pelos artt. 2175.º a 2186.º do codigo civil. Define-a o art. 2175.º: « *propriedade commum é a que pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente* ».

A compropriedade indivisa póde ser o resultado de relações juridicas diversas. Ella póde resultar para os conjuges do casamento segundo o costume do reino, e em todos os outros casos d'uma herança ou d'um legado deixado simultaneamente a duas ou mais pessoas, d'uma compra feita em commum, e em geral, por todos os meios legaes de adquirir a propriedade.

A sociedade e a communhão indivisa de propriedade teem importantes pontos de contacto: n'uma e n'outra ha comparticipação de interesses e direitos sobre uma cousa determinada; o uso e a administração da propriedade commum regulam-se pelas disposições que regem as sociedades particulares (codigo civil, art. 2179.º); e o fim ultimo da communhão e da sociedade é a repartição das cousas que constituem o seu objecto,

augmentadas ou diminuidas conforme as circumstancias (1).

Mas não obstante tão grande analogia, caracteres juridicos fundamentaes separam os dois institutos.

Na compropriedade não ha uma collectividade dotada de personalidade juridica distincta da dos comproprietarios e proprietaria do patrimonio collectivo, pois que a propriedade commum pertence particularmente a cada um dos consortes na proporção da sua parte (codigo civil, art. 2176.^o), emquanto que o capital d'uma sociedade pertence integralmente á collectividade considerada como pessoa juridica, de modo que os socios, embora tenham um direito real e effectivo sobre os bens da sociedade, só depois da dissolução d'esta são comproprietarios do fundo social existente.

D'esta differenciação estructural dos dois institutos resulta uma consequencia importantissima reconhecida pela lei: é que nenhum comproprietario póde ser obrigado a permanecer na indivisão (codigo civil, art. 2180.^o), emquanto que todo o socio póde ser obrigado a conservar-se em sociedade, nos termos do art. 1278.^o do codigo civil. E tão fundamental é aquelle direito do comproprietario que a lei lhe prohibe a renuncia a elle (codigo civil, art. 2185.^o).

Sendo tão differente a condição juridica do comproprietario e do socio, importa necessariamente fixar o criterio da differenciação legal da sociedade e da compropriedade.

(1) Vidari, *obr. cit.*, pag. 45.

Alguns auctores (1) ensinaram a doutrina de que na diversa causa ou fonte juridica da sociedade e da communhão residia a sua differença essencial. Segundo elles, a sociedade distinguia-se da communhão, porque a primeira procede sempre d'um contracto, emquanto que a segunda forma-se sem o consentimento e sem a vontade das partes, constituindo uma simples situação de facto, uma especie de sociedade fortuita, resultante d'uma successão de muitos herdeiros ou d'um legado feito conjunctamente a muitos legatarios. N'esta theoria a sociedade seria essencialmente um contracto, e a communhão um quasi contracto.

Mas tal doutrina é inexacta, porque se é verdade ser o contracto condição essencial da existencia d'uma sociedade, e a communhão resultar geralmente d'uma successão ou d'um legado, é certo que tambem muitas vezes ella resulta d'um contracto. Tal é a communhão constituída quando duas ou mais pessoas compram em commum, ou acceitam conjunctamente uma doação; tambem d'um contracto resulta a communhão de bens dos esposos casados segundo o costume do reino (codigo civil, artt. 1096.º, 1098.º e 1108.º). A existencia de cõmpropriedade resultante de contracto basta para condemnar a theoria que pretendia encontrar na origem, contractual ou não, da sociedade e da communhão a differença

(1) Pothier, *Traité du contrat de société*, n.º 182; Domat, *Les lois civiles*, liv. 2.º, tit. 5.º; Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v.º « communauté ».

fundamental entre estas duas situações juridicas (1).

Outros auctores pretendem distinguir a sociedade da communhão pelo facto de ser a primeira uma collectividade que procura realisar lucros communs a todos os associados, emquanto que a simples communhão representa um papel puramente passivo e transitorio durante a permanencia da indivisão (2). Segundo este criterio a compropriedade constitue apenas um estado ou organismo estatico, emquanto que a sociedade e um estado ou organismo dynamico.

Mas a verdade é que tambem muitas vezes os comproprietarios exploram durante muito tempo a propriedade commum, procurando realisar lucros para dividir entre elles, constituindo a sua situação juridica um estado colectivo dynamico. E semelhante criterio é portanto insufficiente e inexacto (3).

E', pois, certo que muitas vezes o estado de compropriedade reúne as condições do estado de sociedade, resultando d'um contracto pelo qual duas ou mais pessoas constituem uma propriedade commum com o fim de realisar lucros communs.

N'estas condições, o unico criterio de differenciação da sociedade é a *affectio societatis*.

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, vol. 26^o, n.^{os} 135, 432 e 433; Pont, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, vol. 1.^o, n.^o 75; Guillouard, *Traité du contrat de société*, n.^{os} 20 e 376; Lyon Caen et Renault, vol. 2.^o, n.^o 83; Nyssens et Corbiau, *Traité des sociétés commerciales*, vol. 1.^o, n.^o 196

(2) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, vol. 2.^o, n.^o 83, 2.^o.

(3) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, vol. 1.^o, n.^o 196

Se da prestação do consentimento mutuo dos comproprietarios para constituirem o seu estado de commnhão resultar que elles quizeram ou tiveram a intenção de formar uma sociedade, como tal deve ser considerada a sua situação juridica, reconhecendo-se a personalidade da collectividade por elles formada. Se, porém, tal intenção não resultar do contracto, haverá simplesmente compropriedade sem personalidade juridica.

Comtudo na pratica é muitas vezes difficil averiguar qual tenha sido a intenção das partes. Para resolver a difficuldade os antigos jurisconsultos pretenderam estabelecer a presumpção de que, em caso de duvida, se devia admittir a intenção de formar uma sociedade (1).

Mas semelhante presumpção não tem realmente um fundamento logico.

A solução do problema na pratica reduz-se a uma questão de interpretação dos contractos pelos principios geraes da prova, pertencendo áquelle que invoca uma situação juridica demonstrar a existencia dos elementos que a constituem.

Por consequencia, quando se pretenda caracterisar como sociedade um estado de commnhão que satisfaz aos requisitos d'aquelle estado juridico, mas que em todo o caso faz surgir duvidas sobre a sua natureza juridica, é necessario provar a existencia da *affectio societatis*; aliás, não poderá

(1) Vide em Troplong *Des sociétés civile et commerciale*, vol 1 °, n.ºs 28-31.

considerar-se senão como estado de compropriedade (1).

c) QUINHÃO Este instituto é regulado nos artt. 2190.º a 2196.º do código civil. Define-o o art. 2190.º: « *O direito, que qualquer pessoa tem de receber uma quota parte da renda d'um predio indiviso, encabeçado em um dos comproprietarios do mesmo predio, e por elle possuido, chama-se quinhão. § 1.º Dá-se ao comproprietario, em quem o predio está encabeçado, o nome de « posseiro » e aos outros comproprietarios o de « quinhoeiros ».* § 2.º *As quotas de renda podem ser iguaes para todos os quinhoeiros, ou maiores para uns do que para outros, conforme o direito que tiverem ao predio indiviso ».*

Vê-se pois que o quinhão constitue uma especie de compropriedade, mas está sujeito a regras especiaes que o distinguem da propriedade commum e da sociedade.

Em primeiro logar, distingue-se da sociedade nos mesmos termos por que d'esta se distingue a propriedade commum.

Em segundo logar, distingue-se d'esta porque o seu uso e a sua administração pertencem exclusivamente ao comproprietario *posseiro*, embora qualquer dos quinhoeiros tenha o direito de

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 199; Laurent, *obr. cit.*, vol. 26.º, n.ºs 448 e 449; Pont, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 82; Vavasseur, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 28; Troplong, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 28. Sobre as differenças da sociedade e da communhão, veja-se especialmente: Nyssens et Courbiau, *obr. cit.*, n.ºs 196-199; Thaller, *obr. cit.*, n.º 166; Lyou Caen et Renault, *obr. cit.*, vol. 2.º, n.ºs 83-85; Vidari, *obr. cit.*, n.ºs 37 e 38.

fazer arrendar o predio em hasta publica, ou particularmente, sempre que isso seja conveniente para o augmento da quota da renda que lhe toca (art. 2191.^o). Além d'isso todos os quinhoeiros teem o direito de alhear, no todo ou em parte, os seus respectivos quinhões, bem como o posseiro tem o direito de alhear a sua posse, reconhecendo-se o direito de preferencia do posseiro e dos quinhoeiros, nos termos do art. 2195.^o e seus paragraphos; emquanto que na propriedade commum, o comproprietario não pode dispôr especificadamente de qualquer parte do objecto commum, sem que esta lhe seja assignada em partilha, e a cessão do direito á parte que haja de pertencer-lhe é limitada na conformidade das regras que regulam as sociedades particulares (codigo civil, artt. 2177.^o e 2179.^o), não podendo fazer-se sem o consentimento dos comproprietarios, como determina, para os socios, o art. 1271.^o.

Mas o artigo 2196.^o, respeitando os quinhões existentes, prohibiu a sua constituição para o futuro, no intuito de libertar a terra dos onus e encargos que sobre ella pezavam, e determinou que todos os quinhões que porventura se constituam de futuro sejam considerados como propriedade commum, devendo regular-se pelos artt. 2175.^o e seguintes (1).

(1) Deve notar-se que no art. 2196.^o se manda regular o quinhão posterior ao codigo pelos artt. 2210.^o e seguintes. E' um erro de numeração proveniente da falta de cuidado na redacção do texto definitivo do codigo. Os artt. 2210.^o e seguintes regulam alguns direitos do usufructuario, e não a propriedade commum, que é regulada pelos artt. 2175.^o e seguintes,

D) COMPASCUO. Este instituto é regulado pelos artt. 2262.º a 2266.º do código civil. Define-o o art. 2262.º: « *O direito de compascuo consiste na communhão de pastos de predios pertencentes a diversos proprietarios* ».

Anteriormente ao código civil havia compascuos estabelecidos por concessão tacita ou expressa, e entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de predios.

Mas o código, sempre no intuito de libertar a terra tanto quanto possível, e juridica e economicamente conveniente, restringiu o direito de compascuo, permittindo-o, para o futuro, sómente por concessão expressa, e entre individuos certos e determinados sobre predios tambem certos e determinados (art. 2265.º).

Por consequencia, no regimen juridico do código civil, o *campascuo* é o *direito commum, constituido por concessão expressa, em favor de duas ou mais pessoas certas e determinadas, sobre os pastos de determinados predios*.

Nos termos do § un. do art. 2265.º, o compascuo rege-se inteiramente pelo titulo da sua instituição, o qual não pode ser, segundo o § un. do art. 2264.º, senão o contracto ou o testamento.

Por consequencia, é por este titulo que se pode determinar o caracter juridico do compascuo.

O compascuo é evidentemente uma especie de propriedade commum. Mas poderá ser tambem uma sociedade?

Se o compascuo é instituido por testamento, e os individuos a quem pertence o direito commum

não fazem contracto algum para regular a sua administração, evidentemente não ha sociedade, porque este instituto juridico só por contracto se pode constituir.

Se, porém, o compascuo é instituido por contracto, ou por este meio regulado quando instituido por testamento, constituirá uma sociedade, sempre que os companheiros assim o convencionem.

E' ainda o criterio da *affectio societatis* que em ultima instancia resolve a questão.

E) MANDATO E COMMISSÃO O mandato em geral é regulado pelos artt. 1318.º e seguintes do codigo civil. O mandato especial de commercio e a comissão regulam-se pelo codigo commercial, nos artt. 231.º e seguintes e 266.º e seguintes.

O art. 1318.º do codigo civil define-o: « *Dá-se o contracto de mandato ou procuradoria, quando alguma pessoa se encarrega de prestar, ou fazer alguma cousa, por mandado e em nome de outrem* ».

O art. 231.º do codigo commercial define o mandato de commercio: « *Dá-se mandato commercial quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de commercio por mandado de outrem* ».

E o art. 266.º do mesmo codigo define a comissão: « *Dá-se contracto de comissão quando o mandatario executa o mandato mercantil sem menção ou allusão alguma ao mandante, contractando por si e em seu nome, como principal e unico contrahente* ».

Nos termos do codigo civil só ha mandato quando o mandatario trata em nome do man-

dante. E n'estas condições nunca o mandato se pode confundir com a sociedade, visto que tal conceito é formalmente excluído pelo facto de o mandatario proceder em nome do mandante. Mas nos termos do código commercial, o mandato abrange também o contracto de commissão, em que o mandatario procede em seu proprio nome, embora no interesse do mandante.

E' n'este caso que pode ás vezes o mandato parecer de facto uma sociedade. E isto acontece particularmente quando o mandatario tem participação nos lucros dos negocios realisados.

Consideremos, por exemplo, o caso em que o proprietario de certos objectos ou mercadorias encarrega uma pessoa de as vender, com a estipulação de que esta terá como remuneração o excesso acima d'um certo preço.

Haverá n'estas condições um simples mandato ou commissão de salario eventual e aleatorio, ou antes uma verdadeira sociedade constituida entre duas pessoas que constituem um fundo commum formado do capital d'um e do trabalho ou industria do outro, participando ambos nas perdas ou nos lucros?

N'esta e n'outras circumstancias analogas, embora a pratica do mandato ou da commissão se apresente na apparencia com os caracteres d'uma sociedade, é sempre facil fazer a distincção, analysando as condições do contracto.

Se uma das partes é e continúa a ser o proprietario exclusivo do capital, e a outra intervem com

a sua industria, é claro que não ha sociedade, porque falta a constituição d'um fundo social commum.

E se dos termos do contracto não consta a constituição d'esse fundo social, mas tambem não resulta o contrario, é ao criterio da *affectio societatis* - que temos de recorrer, incumbindo áquelle que allega a existencia da sociedade a obrigação de a provar pelos meios legaes, sob pena de se presumir que ella não existe (1).

De resto, em direito commercial a difficuldade é relativamente menor, porque só ha sociedade regular, quando ella fôr constituída com todas as condições de documento escripto, registado e publicado nos termos da lei (codigo commercial, art. 107.º). Comtudo o problema tem ainda grande importancia pratica, porque differente é a condição juridica das partes, se contractam uma sociedade, embora irregularmente constituída.

F) EMPRESTIMO RETRIBUIDO. O emprestimo é regulado differentemente pelos codigos civil (artt. 1506.º e seg.) e commercial (artt. 394.º-396.º).

O art. 1506.º do codigo civil define-o: « *O contracto de emprestimo consiste na cedencia gratuita de qualquer cousa, para que a pessoa a quem é cedida se sirva d'ella, com a obrigação de a restituir em especie ou em cousa equivalente* ».

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 195; Pont, *obr. cit.*, n.º 88 e 89; Guillouard, *obr. cit.*, n.º 16; Troplong, *obr. cit.*, n.º 34 e 35; Vavasseur, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 31; Houpin, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, vol. 1.º, n.º 7; Vidari, *obr. cit.*, n.º 35 e 36.

Em contrario diz o art. 395.º do codigo commercial: « *O emprestimo mercantil é sempre retribuido* ».

O codigo civil distingue no emprestimo o *commodato* e o *mutuo*; o primeiro versa sobre cousa que deve ser restituída em especie, e o segundo sobre cousa que deve ser restituída por outra do mesmo genero, qualidade e quantidade (art. 1507.º).

E declara o mesmo codigo no art. 1508.º que o emprestimo é essencialmente gratuito; e logo que o *commodato* ou o *mutuo* é retribuido, toma aquelle a natureza de aluguer, e este a de usura.

A usura é definida no art. 1636.º: « *Dá-se o contracto de usura, quando alguém cede a outrem dinheiro, ou qualquer outro objecto fungivel, com obrigação de restituir uma somma equivalente ou um objecto igual, mediante certa retribuição em dinheiro ou em cousas de outra especie* ».

O aluguer é definido no art. 1596.º como locação de cousa movel; nos termos d'este artigo e do artigo 1593.º, é pois o contracto pelo qual alguém trespassa a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuição, o uso e fruição de certa cousa movel.

Porém, o codigo commercial separa completamente o emprestimo do aluguer (artt. 394.º-396.º e 481.º-482.º).

O emprestimo mercantil é pois uma usura, nos termos do codigo civil.

Por isso, consideremos aqui sómente a usura como emprestimo retribuido, porque adeante consideramos a locação, e portanto o aluguer.

Poderá porventura confundir-se o empréstimo retribuído com o contracto de sociedade?

Se o contracto de empréstimo fôr nitidamente estabelecido como tal, é claro que não, pois que na verdade, ficando aquelle que empresta com a propriedade exclusiva do capital emprestado, e apenas com direito á retribuição estipulada, não ha evidentemente a formação d'um capital ou fundo social.

Mas não sendo claramente estabelecido, o contracto de empréstimo póde muitas vezes apresentar-se exteriormente com os caracteres d'uma sociedade. Tal é o caso em que uma pessoa fornece capital para uma empresa, com a condição de ter uma quota parte dos lucros, sómente, ou mesmo accumulada com uma certa percentagem do capital fornecido.

Se n'este contracto se não declarou expressamente que se tratava d'um empréstimo, podem depois levantar-se serias duvidas sobre a sua classificação juridica. E a condição juridica dos interessados é completamente diversa, conforme se classificar o contracto como simples empréstimo ou como sociedade.

Para o que fornece o capital é mais vantajosa a condição de simples mutuante, se a empresa não offerece muitas condições de vida, porque tem sobre ella um direito de credito garantido até ás forças do activo da empresa. Mas convem-lhe muito mais a condição de socio, se a empresa está em florescentes condições de prosperidade, porque participa de todos os seus lucros e augmentos de capital.

São, pelo contrario, precisamente inversas as condições de vantagem da empresa na sua diversa situação juridica de mutuarria ou de socia.

E' portanto de fundamental importancia classificar o contracto, quando dos seus termos e condições não resulta expressamente a sua categoria juridica.

E n'estas circumstancias só pelo criterio da *affectio societatis* se poderá fazer a sua classificação.

Ha sociedade se se provar que as partes tiveram esta intenção. Ha simplesmente emprestimo no caso contrario (1).

Se, porém, os elementos de prova nada demonstrarem, ou então demonstrarem que as partes tiveram diversa intenção, qual deverá ser a mais juridica solução?

N'esta hypothese, que deve ser muito rara, entendemos que tem logico, juridico e moral fundamento esta distincção: ou se estipulou que aquelle que fornece o capital receberá apenas uma percentagem determinada, ou uma certa quota nos lucros, ou uma e outra conjuntamente; ou então nada se estipulou a tal respeito.

Se se estipulou que o capitalista recebe apenas uma percentagem do seu capital, deve o contracto classificar-se como emprestimo, visto que não existe a communidade de lucros

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 191-193; Laurent, *obr. cit.*, vol. 26.º, n.º 152; Pont, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.ºs 91-94; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, vol. 2.º, n.º 63; Troplong, *obr. cit.*, n.ºs 47-52; Houpin, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 8.

e perdas característica da sociedade. E com maioria de razão se deve ainda classificar o contracto como emprestimo, se além d'essa percentagem accresce uma quota parte dos lucros da empresa.

Se se estipulou que o capitalista receberia sómente uma quota dos lucros, deve o contracto classificar-se como de sociedade, porque elle se sujeita á participação nas perdas. E com maioria de razão deve como de sociedade classificar-se o contracto, se nada se estipulou sobre a remuneração do capital.

Em todo o caso, estas regras não teem, nem podem ter, character de absolutas e infalliveis.

. G) COMPRA E VENDA. Este contracto é regulado pelos codigos civil (artt. 1544.º e seg.) e commercial (artt. 463.º e seg.).

Define-o o art. 1544.º do codigo civil: « *O contracto de compra e venda é aquelle, em que um dos contrahentes se obriga a entregar certa cousa, e o outro se obriga a pagar por ella certo preço em dinheiro* ».

Os contractos de compra e venda e de sociedade teem characteres juridicos differenciaes nitidamente estabelecidos, e raras vezes, mesmo na apparencia, poderão confundir-se.

Entretanto póde ás vezes acontecer que, em virtude da falta de clareza nos termos do contracto ou por causa de estipulações accessorias, a physionomia propria de cada um d'elles seja alterada a ponto de não traduzir perfeitamente os traços caracteristicos que os distinguem.

Supponhamos, por exemplo, que um proprietario cede a um terceiro um córte de madeiras, com a condição de serem repartidos entre elles os lucros ou as perdas provenientes da exploração, ou que um escriptor entrega a um editor a publicação da sua obra, com a clausula de serem repartidos os lucros.

Estes contractos apresentam por um lado os caracteres d'uma sociedade, pois que em cada um d'elles interveem duas pessoas fornecendo capital e industria com o intuito de realisar lucros a dividir em commum. Mas por outro lado apresentam tambem os caracteres da compra e venda, porque um dos contrahentes entrega um objecto com a condição de receber por elle uma somma de dinheiro, que pode ser maior ou menor, mas em proporção certa e determinada.

Só pelo criterio da *affectio societatis* se pôde resolver o problema, sempre que os termos do contracto não forneçam os elementos caracteristicos do contracto (1).

H) LOCAÇÃO. Este contracto é regulado pelo codigo civil nos artt. 1595.º e seguintes.

Define-o o art. 1595.º: « *Dá-se contracto de locação, quando alguém trespassa a outrem, por certo tempo, e mediante certa retribuição, o uso e fruição de certa cousa* ». E o art. 1596.º distingue, como já dissémos, a locação de cousa immovel (*arrendamento*) da de cousa movel (*aluguer*).

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 184; Laurent, *obr. cit.*, 26.º, n.º 153; Pont, *obr. cit.*, 1.º, n.º 94; Guillouard, *obr. cit.*, n.º 19; Houpin, *obr. cit.*, 1.º, n.º 9.

Póde acontecer na pratica, que, por falta de contracto escripto ou de clareza nos seus termos, se confunda a locação com a sociedade.

Supponhamos, por exemplo, que o proprietario d'um armazem ou d'um estabelecimento commercial encarrega uma pessoa de o explorar, mediante uma certa quota dos lucros provenientes, ou que, semelhantemente, o proprietario de carros os entrega a um terceiro para este explorar o seu aluguer.

Analogamente ao que acontece na hypothese considerada a proposito da compra e venda, estes contractos apresentam na apparencia simultaneamente os caracteres da sociedade e da locação.

Para classificar juridicamente o contracto é indispensavel investigar, no conjuncto das circumstancias que acompanham o contracto, se houve ou não a *affectio societatis*, a intenção de formar uma sociedade, ou simplesmente contractar um arrendamento ou um aluguer.

1) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. As diversas fórmulas d'este contracto são reguladas pelo codigo civil nos artt. 1370.^o e seguintes, em diversas secções, que tratam separadamente do *serviço domestico*, do *serviço salariado*, das *empreitadas*, dos *serviços prestados no exercicio das artes e profissões liberaes*, da *recovagem*, *barcagem* e *alquilaria*, da *albergaria* ou *pousada*, da *aprendizagem* e do *deposito*.

O codigo civil, porém, não dá uma definição do contracto da prestação de serviços, commum ás suas diversas fórmulas. Nem era necessario que a desse, porque a sua propria denominação en-

volve a definição bem clara e evidente : o contracto pelo qual uma pessoa presta a outra quaesquer serviços, gratuitamente ou mediante remuneração.

A maior parte das fórmulas d'este contracto nem mesmo aparentemente se podem confundir com o de sociedade. Todavia, em alguns casos podem offerecer duvidas e hesitações.

Supponhamos, por exemplo, que um engenheiro ou um industrial tecnico dirige e administra uma empresa industrial, ou que um individuo empregado n'uma casa commercial passa a ser o seu principal gerente, consistindo em qualquer dos casos a remuneração n'uma quota dos lucros realizados.

Quid Juris, quando o contracto não é conhecido ou não offerece os seus elementos caracteristicos?

Será, como sempre, sobre a existencia ou ausencia da *affectio societatis* que deverá incidir a prova das allegações feitas pelos interessados.

Da doutrina exposta conclue-se que o contracto de sociedade, embora seja constituido por um conjuncto de caracteres intrinsecos e extrinsecos que lhe dão uma existencia propria e o distinguem de quaesquer outras situações juridicas semelhantes, póde muitas vezes não revelar exteriormente a sua natureza especial. E vê-se tambem que o ultimo recurso de differenciação, onde se póde investigar o seu verdadeiro caracter juridico, é o elemento intencional da *affectio societatis*.

As difficuldades praticas são mais frequentes e de maior alcance nas sociedades do codigo civil, porque este (art. 1241.º) reconhece para todos os

effeitos a sociedade resultante de simples factos, dos quaes se deduza necessariamente a sua existencia.

Na pratica do direito commercial, porém, as difficuldades não são tão frequentes nem tem tão vasto alcance juridico, porque o codigo commercial (art. 107.º) só reconhece, para todos os effeitos, a existencia juridica das sociedades, quando ellas se constituem com todas as condições legaes, e então não ha duvidas em reconhecer se ha ou não ha sociedade commercial.

Mas apezar d'isso, ainda no direito mercantil tem grande importancia o problema, porque ainda mesmo quando um determinado contracto entre duas ou mais pessoas não possa classificar-se como sociedade commercial, por não se ter constituido nos termos da lei, muito diversa é a condição juridica dos contrahentes, conforme do contracto resultar ou não que elles quizeram formar uma sociedade.

§ 2º

Natureza e condições do contracto de sociedade

SUMMARIO:

7. Razão de ser d'este paragrapho.
8. O contracto de sociedade é bilateral, oneroso, ou synallagmatico, e commutativo
9. *Capacidade dos contrahentes* A determinação da capacidade faz-se pela determinação das incapacidades. A) Incapacidade por menoridade; sua influencia no contracto de sociedade; nullidade; seu alcance; os menores não emancipados podem entrar no contracto de sociedade, representados por seus paes ou tutores. B) Incapacidade por demencia;

o interdito por demencia é equiparado ao menor não emancipado. c) Incapacidade por surdez-mudez; é variavel com as aptidões do surdo-mudo, e praticamente determina-se pela sentença declaratoria da tutela. d) Incapacidade por prodigalidade; sua analogia com a dos surdos-mudos. e) Incapacidade accidental; suas condições f) Incapacidade particular resultante do casamento; o marido pôde livremente contractar qualquer sociedade, excepto se entrar para o capital social com algum immobiliario, porque então precisa da outorga da mulher; a mulher carece geralmente da auctorisação marital; excepções; justificação do principio geral da auctorisação do marido; os esposos podem contractar uma sociedade, comtanto que não revoguem os direitos do marido, como chefe da familia, nem alterem as condições do regimen matrimonial. g) Incapacidade dos fallidos; a sua incapacidade, analoga á dos prodigos, consiste na interdicção geral de administrar seus bens; alcance d'esta incapacidade; e applicação ao contracto de sociedade.

10. *Mutuo consensu*. E' necessario o consentimento de todos os socios. O consentimento pôde ser prestado pessoalmente ou por meio de representação representação dos incapazes; representação por mandato e por gestão de negocios. Nullidade do consentimento prestado em erro ou sob coacção applicação ao contracto de sociedade
11. *Objecto possibile*. E' nullo o contracto cujo objecto não fôr legal e licito. São nullas, por ser illegal ou illicito o seu objecto, as sociedades constituidas: para exercer o contrabando, no paiz ou no estrangeiro; para explorar o jogo; para explorar empregos publicos; para ajustar casamentos; e em geral, para praticar quaesquer actos reprovados pela moral social.
12. *Constituição do fundo ou activo social* Todo o socio e obrigado a concorrer para o activo social com capital ou com industria O socio capitalista pôde fornecer dinheiro, ou quaesquer outras cousas ou direitos, que possam ser objecto de contractos. O socio de industria pôde fornecer o seu trabalho, ou apenas os seus conhecimentos technicos e especiaes. Mas não pôde ser considerado socio aquelle que entra simplesmente com o seu nome. A entrada dos socios capitalistas constitue propriedade da sociedade, salva convenção em contrario. Responsabilidade dos socios pelas suas entradas: dinheiro, titulos de credito, bens, valores realisaveis em dinheiro, e industria.

13. *Emprego do activo social em operações lucrativas communs.* Na terminologia do código civil so ha *sociedade*, quando é este o objecto e o fim do contracto. Não são sociedades, n'este sentido, as associações religiosas ou caritativas, de recreio e de instrucção, scientificas, literarias, artisticas, de soccorros e seguros mutuos, e quaesquer outras que não tenham por fim um *proveito* ou lucro material, embora lhes sejam applicaveis as mesmas regras do contracto de sociedade, quando sejam de mero interesse particular. No mesmo sentido, não é de sociedade o contracto pelo qual duas ou mais pessoas põem em commum quaesquer objectos para se servirem d'elles privativa e alternativamente.
14. *Participação commum dos socios nos lucros e nas perdas da empresa social.* E' prohibida, e portanto nulla, como sociedade *leonina*, aquella em que os lucros e as perdas recairem respectiva e exclusivamente sobre algum ou alguns dos socios. Modificações do principio da participação commum nos lucros e nas perdas, conforme as clausulas e condições válidas do contracto. A communitade nas perdas não se applica aos socios de mera industria, salva convenção em contrario. A repartição dos lucros faz-se na proporção e pela fórmula estabelecidas no contracto. No silencio d'este faz-se proporcionalmente ás entradas. Significação das expressões « lucros ou proveitos, e perdas »; sua verificação. A proporção convencionada sobre a repartição dos lucros e das perdas não se applica ao capital social, salvo se o contracto assim o determinar; no silencio d'este a partilha do capital social faz-se proporcionalmente a parte de cada socio.
15. Sancções juridicas na falta do cumprimento das condições geraes e particulares do contracto de sociedade: nullidade, rescisão, dissolução, e execução das responsabilidades devidas. Applicação aos differentes requisitos da sociedade. Incapacidade; falta ou viciação do consentimento; objecto illegal ou illicito; falta do cumprimento das obrigações contrahidas na constituição do fundo ou activo social; sociedades sem fim lucrativo; inobservancia do principio da participação commum nos lucros e nas perdas.

7. Construindo n'uma fórmula synthetica a definição completa do organismo economico e juridico, que em direito civil e commercial se

chama *sociedade*, com todos os elementos e requisitos essenciaes que o constituem, dissémos que este instituto resulta sempre d'um contracto especial, caracterisado pelas seguintes condições particulares: 1.^a constituição d'um fundo social, formado pelos socios com capital, industria ou capital e industria conjunctamente; 2.^a emprego do fundo ou activo social em operações industriaes ou lucrativas; 3.^a participação commum dos socios nos lucros e nas perdas da empresa. E além d'estas condições particulares, a existencia juridica d'uma sociedade depende ainda das condições geraes de todos os contractos, que, segundo a disposição do art. 643.^o do codigo civil, são egualmente tres: 1.^a capacidade dos contrahentes; 2.^a mutuo consenso; 3.^a objecto possivel.

Para o perfeito conhecimento do contracto de sociedade, é pois indispensavel examinar separadamente a sua natureza e as condições geraes e particulares que o constituem.

Tal é a razão de ser e o objecto d'este parographo.

8. O codigo civil no art. 642.^o divide os contractos em unilateraes ou gratuitos e bilateraes ou onerosos, chamados tambem synallagmaticos.

Os primeiros são aquelles em que só uma ou algumas das partes transferem direitos ou se sujeitam a obrigações. Os segundos são aquelles

em que ha reciproca transferencia de direitos e obrigações (1).

O art. 1537.º do mesmo codigo define uma especie de contractos, que se chamam aleatorios: são aquelles cuja realisação effectiva e completa depende d'um acontecimento futuro e incerto (2). Esta cathogoria de contractos oppõe-se a todos os outros que não dependem de tal condição, e se chamam commutativos.

A simples consideração de serem legaes estas divisões basta para demonstrar a sua importancia juridica e pratica, e a necessidade de confrontar com ellas a natureza do contracto de sociedade. Desde que a lei attribue diversos effeitos aos contractos e regula differentemente o seu cumprimento, é indispensavel determinar a cathogoria juridica de cada um, para completo conhecimento das regras que lhe são applicaveis.

Restringindo-nos ao contracto de sociedade, facil é demonstrar que elle é bilateral, oneroso, ou synallagmatico, e commutativo.

Com effeito, no contracto de sociedade, duas ou mais pessoas formam um fundo ou activo social, para o qual contribuem todos os socios, fornecendo cada um só capital, só a sua industria

(1) Art. 642: « O contracto é unilateral ou gratuito, bilateral ou oneroso. E' unilateral ou gratuito, quando uma parte promette e a outra aceita; é bilateral ou oneroso, quando as partes transferem mutuamente alguns direitos, e mutuamente os aceitam ».

(2) Art. 1537.º: « E' contracto aleatorio aquelle, pelo qual uma pessoa se obriga para com outra, ou ambas se obrigam reciprocamente, a prestar ou fazer certa cousa, dado certo factio ou acontecimento futuro incerto ».

ou trabalho, ou uma e outra cousa conjunctamente, constituindo-se todos n'um systema de relações juridicas reciprocas, em que todo o socio, por um lado, é responsavel, para com a sociedade, por tudo aquillo a que se houver obrigado para com ella (codigo civil, art. 1251.º, e codigo commercial, art. 118.º n.º 1.º), mas, por outro, tem direito a uma parte dos lucros, conforme fôr estipulado, e na falta de estipulação, proporcionalmente á sua entrada (codigo civil, art. 1262.º, e codigo commercial, art. 119.º, n.º 1.º).

N'estas condições e nos termos do art. 642.º do codigo civil, não póde haver a menor duvida sobre a natureza do contracto de sociedade, como bilateral, oneroso, ou synallagmatico.

Isto, porém, não quer dizer que na formação d'uma sociedade seja prohibido qualquer acto de liberalidade d'um ou alguns dos socios em beneficio d'um ou alguns dos outros. Póde mesmo acontecer que na formação da sociedade se pratiquem alguns actos de titulo gratuito, quando por exemplo o capital é fornecido só por um ou alguns dos socios, emquanto que a industria é fornecida egualmente por todos, e todos ficam com iguaes direitos na sociedade. E' claro que n'este caso, e em outros semelhantes, haveria realmente uma doação.

Não obstante isso, o acto complexo da sociedade é de titulo oneroso, pois que todos os contrahentes adquirem direitos e se sujeitam a obrigações; e é bilateral, porque o vinculo juridico que reune

todos os membros da sociedade é colectivo e reciproco (1).

Mais difficil é porventura a integração do contracto de sociedade na cathegoria dos commutativos ou na dos aleatorios.

Nos contractos commutativos a prestação de cada uma das partes é considerada juridicamente como equivalente á prestação de cada uma das outras, emquanto que nos aleatorios o equivalente de cada prestação consiste na alternativa d'um lucro ou d'uma perda resultante d'um acontecimento incerto.

A qual d'estas cathegorias pertence o contracto de sociedade?

Alguns tratadistas sustentam que elle não pertence rigorosamente a nenhuma d'ellas: dizem que não é commutativo, porque os lucros ou as perdas d'uma sociedade dependem muitas vezes d'um acontecimento incerto, e ás vezes desconhecido; mas que nem por isso se póde tambem considerar aleatorio, porque n'esta especie de contractos o ganho e a perda são conjugados, no sentido de pertencerem alternativamente a umas e outras das partes, ganhando uns quando os outros perdem, emquanto que no contracto de sociedade a sorte é commum a todos os socios, ganhando ou perdendo todos simultaneamente (2).

(1) Guillouard, *obr. cit.*, n.º 9; Pont, *obr. cit.*, n.º 9; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 9 e 10; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 82; Vidari, *obr. cit.*, n.º 32; Pateri Giovanni, *La società anonima*, n.º 15.

(2) Pont, *obr. cit.*, n.º 12; Vidari, *obr. cit.*, n.º 33.

E, na verdade, este facto demonstra claramente que o contracto de sociedade de modo algum se póde considerar como aleatorio, e que portanto é necessariamente commutativo, a não ser que a divisão dos contractos em commutativos e aleatorios seja inexacta, ou pelo menos incompleta, porque só assim seria admissivel a doutrina de que o contracto de sociedade não é rigorosamente aleatorio nem commutativo.

O erro d'esta doutrina está em considerar como elementos objectivos do contracto de sociedade não só as prestações de capital e de industria que o constituem; mas ainda o resultado final da empresa social, para o effeito de determinar a cathegoria juridica a que elle pertence.

Para classificar o contracto não se deve attender senão aos elementos que o constituem na sua formação completa, isto é, ás prestações feitas pelos contractantes. Estas são certas, determinadas, e juridicamente equivalentes na proporção dos direitos e obrigações que envolvem. Por isso o contracto de sociedade é sempre commutativo, ainda que posteriormente a empresa social soffra perdas, do mesmo modo que é sempre commutativo o contracto de compra e venda, ainda que o seu objecto soffra posteriormente uma grande depreciação (1).

(1) Guillaouard, *obr. cit.*, n.º 10; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 11; Vidari, *obr. cit.*, n.º 33; Pateri Giovanni, *obr. cit.*, n.º 16.

9. A primeira condição de todo o contracto, e portanto do de sociedade, é a capacidade dos contraentes. Não se trata, porém, da simples capacidade abstracta ou juridica propriamente dita, que consiste na susceptibilidade de direitos e obrigações, pois esta pertence igualmente a todos os homens, nos termos do art. 1.º, do codigo civil. A capacidade dos contraentes é aquella capacidade concreta e effectiva que se traduz na aptidão de exercer directamente os proprios direitos emergentes da capacidade juridica commum a toda a humanidade. Esta distincção da capacidade de direitos é fecunda em consequencias praticas: todas as pessoas teem a capacidade juridica geral, mas nem todas teem a capacidade real do seu exercicio directo e pessoal, porque certos estados de facto, organicos, psychologicos e sociaes, impõem restricções mais ou menos amplas ao exercicio dos proprios direitos (1).

Vejamos pois quaes as condições de facto e de direito que restringem a capacidade juridica geral e contractual, com applicação ao contracto de sociedade.

Tanto o codigo civil como o commercial, á semelhança dos codigos estrangeiros, não regulam especialmente a capacidade dos contraentes no contracto de sociedade, salva apenas a limitação

(1) Sr. Dr Marnoco e Sousa, *Das letras no direito commercial portuguez*, n.º 20, pag. 164

imposta á capacidade da mulher casada commerciante para se associar commercialmente, nos termos do § unico do art. 16.º do codigo commercial. E' por isso que, salva esta excepção, temos de nos limitar á applicação dos principios que regulam a capacidade geral e contractual.

E como o codigo commercial (artt. 7.º e 8.º) (1) determina a capacidade de praticar actos de commercio pela capacidade civil, é ao codigo civil, salvas ainda a excepção referida e outra relativa á interdicção dos fallidos (codigo commercial, art. 700.º) que temos de recorrer na investigação d'aquelles principios.

Examinemos por consequencia o systema do codigo civil sobre a determinação da capacidade geral e contractual.

Os principios fundamentaes da capacidade juridica geral e contractual são os consignados nas disposições dos artt. 1.º, 5.º, 6.º, 7.º, 17.º, 27.º, 98.º, 314.º, 337.º, 340.º, 353.º, 644.º e outros do codigo civil (2).

(1) Art. 7.º: « Toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que fôr civilmente capaz de se obrigar, poderá praticar actos de commercio, em qualquer parte d'estes reinos e seus dominios, nos termos e salvas as excepções do presente codigo ».

Art. 8.º: « O menor que pela emancipação fica habilitado a administrar os seus bens, poderá praticar actos de commercio, como se fosse maior ».

(2) Art. 1.º: « Só o homem é susceptivel de direitos e obrigações. N'isto consiste a sua capacidade juridica, ou a sua personalidade ».

Art. 5.º: « A lei civil reconhece e especifica todos estes direitos e obrigações; mantem e assegura a fruição d'aquelles e o cumprimento d'estas; declara os casos em que o cidadão pôde ser

Vê-se em primeiro logar que todas as pessoas, desde o seu nascimento, teem capacidade juridica (artt. 1.º, 6.º e 7.º), mas que nem todas teem a capacidade, concreta, real e effectiva, do exercicio dos proprios direitos (artt. 5.º e 644.º).

E vê-se em segundo logar que só os cidadãos portuguezes teem a capacidade juridica plena, tal

inhibido do exercicio dos seus direitos, e determina o modo como deve ser supprida a incapacidade d'elle ».

Art. 6.º: « A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento ».

Art. 7.º: « A lei civil é igual para todos, e não faz distincção de pessoas, nem de sexo, salvo nos casos que forem especialmente declarados ».

Art. 17.º: « Só os cidadãos portuguezes podem gosar plenamente de todos os direitos, que a lei civil reconhece e assegura ».

Art. 27.º: « O estado e a capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela lei do seu paiz »

Art. 98.º: « Os menores são incapazes de exercer direitos civis, e os seus actos e contractos não podem constituil-os em obrigação juridica, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei »

Art. 314.º: « Serão interdictos do exercicio de seus direitos os mentecaptos, e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens ».

Art. 337.º: « Os surdos-mudos, que não tiverem a capacidade necessaria para reger seus bens, serão postos em tutela »

Art. 340.º: « As pessoas maiores, ou emancipadas, que por sua habitual prodigalidade, se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interdictas da administração dos dictos bens, sendo casadas, ou existindo ascendentes ou descendentes legitimos ».

Art. 353.º: « Os actos e contractos, celebrados por pessoas que accidentalmente se acharem privadas, ao tempo d'elles, de fazerem uso de sua razão, por algum accessso de delirio, embriaguez ou outra causa semelhante, poderão ser rescindidos, se, dentro dos dez dias immediatos ao seu restabelecimento, essas pessoas protestarem perante algum tabellião, na presença de duas testemunhas, e intentarem a acção competente dentro dos vinte dias seguintes »

Art. 644.º: « São habeis para contractar todas as pessoas não exceptuadas pela lei ».

como é regulada pela lei portugueza (art. 17.º), pois que a dos estrangeiros é determinada pela lei do seu paiz (art. 27.º).

Mas em que condições reconhece a lei a capacidade do exercicio dos proprios direitos?

O codigo civil em vez de fazer este reconhecimento d'uma fórmula positiva, procede indirectamente, declarando os casos e as condições em que as pessoas não podem exercer a sua capacidade de direitos e obrigações. Em geral, todas as pessoas teem capacidade juridica geral e contractual (artt. 1.º, 7.º e 644.º); mas ha casos e condições excepçoes em que as pessoas são incapazes (artt. 5.º, 98.º, 314.º, 337.º, 340.º e 353.º).

O systema da lei na determinação da capacidade procede negativamente, indirectamente, pela determinação positiva das incapacidades. Nem outro poderia ser o processo, e assim procedeu sempre a legislação de todos os povos desde a mais remota antiguidade legislativa.

No systema do codigo civil reconhecem-se cinco incapacidades: a *menoridade* (art. 98.º), a *demencia* (art. 314.º), a *surdez-mudez* (art. 337.º), a *prodigalidade* (art. 340.º) e a *incapacidade accidental* (art. 353.º).

O codigo civil consigna ainda a incapacidade por effeito de sentença penal condemnatoria (artt. 355.º-358.º), mas esta incapacidade não existe hoje, por força do disposto nos artt. 74.º e seguintes do codigo penal.

Mas o codigo civil, além das cinco incapacidades geraes, impõe ainda muitas outras incapacidades

dades particulares, relativas a diversos actos e contractos da vida civil. E relativamente ao contracto de sociedade, importa considerar a incapacidade particular resultante do casamento, da qual o codigo commercial fez uma applicação expressa no § unico do art. 16.º.

Finalmente, importa ainda considerar a incapacidade dos fallidos estabelecida no art. 700.º do codigo commercial.

Examinemos, pois, separadamente a influencia d'estas diversas incapacidades na estrutura juridica do contracto de sociedade.

A) INCAPACIDADE POR MENORIDADE. A incapacidade por menoridade é absoluta, no sentido de ser declarada pela lei independentemente de qualquer sentença judicial, e produz a nullidade de todos os actos e contractos celebrados pelos menores sem a devida auctorisação, salvo nos casos expressamente exceptuados na lei, nos termos dos artt. 98.º, e 299.º, e por effeito da sancção geral do art. 10.º e da disposição generica do art. 687.º do codigo civil. E os casos excepçionaes de validade declarados na lei são os mencionados nos artt. 299.º, n.º 1.º e 2.º, 1059.º e 1073.º, n.º 4.º, e 1536.º, n.ºs 2.º e 3.º segundo os quaes são validos, ainda que praticados sem a devida auctorisação: os actos e contractos celebrados pelos menores sobre cousas de arte ou profissão em que sejam peritos, e em quaesquer outros casos, sempre que tenham usado de dolo para se fazerem passar por maiores; o casamento, desde que tenham quatorze annos, sendo do sexo masculino, ou doze, sendo do sexo feminino; e o

emprestimo, se o menor tiver bens com livre administração, que possam responder pelo emprestimo, ou, se o menor, achando-se ausente das pessoas a quem pertencia auctorisal-o, se viu obrigado a contrahir o emprestimo para seus alimentos.

Porém, embora de caracter absoluto, a nullidade dos contractos dos menores não é radical e completa, pois não podem ser impugnados pelos outros estipulantes, com o fundamento da incapacidade do menor (art. 99.^o), e nenhum contrahente póde soccorrer-se á nullidade resultante da incapacidade do outro contrahente (art. 695.^o), para o effeito de se desonerar de qualquer obrigação ou de exigir qualquer prestação convencionada.

Mas é claro que a nullidade dos actos e contractos celebrados pelos menores só diz respeito aos não emancipados, porque os emancipados adquirem pelo facto da emancipação capacidade plena, como se fossem maiores, nos termos dos artt. 305.^o, 306.^o, 311.^o, 289.^o e 291.^o do codigo civil, e 8.^o do codigo commercial. Por isso, a incapacidade por menoridade refere-se apenas aos menores não emancipados.

Applicando agora ao contracto de sociedade a doutrina legal da nullidade dos actos celebrados pelos menores, vê-se claramente que é nullo o contracto de sociedade em que intervenha um menor.

Mas qual é o alcance d'esta nullidade?

A nullidade não é radical e completa, pois que os socios capazes não podem impugnar o contracto

(art. 99.^o) nem soccorrer-se a ella para qualquer effeito (art. 695.^o). O direito de invocar a nullidade só pertence aos menores, e só póde ser exercido pelos seus legitimos representantes, ou por elles mesmos nos cinco annos posteriores á maioridade ou emancipação (art. 688.^o, n.^o 1.^o).

A nullidade é, por assim dizer, unilateral. Comtudo alguns auctores sustentam que esta doutrina só é applicavel aos actos passados da sociedade; e que para o futuro é necessario attender a que o contracto de sociedade é successivo e continuo, não devendo por isso os socios ser obrigados a viver constantemente sob a ameaça d'uma acção de nullidade, e devendo por consequencia reconhecer-se-lhes o direito de dissolver a sociedade em relação aos actos futuros (1). Mas semelhante doutrina, embora fundada em bons principios de justiça moral, é insustentavel perante as *disposições da lei*, tanto nacional como estrangeira.

E a nullidade não póde mesmo ser invocada pelos proprios menores nos casos comprehendidos nos n.^{os} 1.^o e 2.^o do art. 299.^o do codigo civil.

Assim, se um menor entra n'uma sociedade que tem por fim explorar uma arte ou profissão em que é perito, o contracto é realmente válido, assim como sempre que se prove ter o menor empregado artificios capazes de convencer os outros socios da sua maioridade ou emancipação, não bastando para isso a simples declaração, feita por elle, de ser maior ou emancipado (§ unico do art. 299.^o).

(1) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, vol. 2.^o, n.^o 81.

Invocada, porém, e julgada procedente a nullidade, qual será a condição jurídica dos outros contraentes em relação ao mesmo contracto de sociedade? O contracto de sociedade annullar-se-ha por completo, entre todos os socios, ou só em relação aos incapazes?

A sociedade acaba pela renuncia d'algum dos socios, nos termos dos artt. 1276.º, n.º 5.º, 1278.º e 1279.º. Parece, pois, que a sociedade deve acabar a sua existencia, visto que um dos socios renunciou, e foi judicialmente attendido.

Mas examinando a renuncia de que tratam aquelles artigos, vê-se que elles não comprehendem a renuncia pela allegação de nullidade. E como além d'isso o art. 700.º determina que a rescisão por incapacidade não aproveita aos co-interessados capazes, excepto no caso de ser indivisivel o objecto, devemos concluir que o vinculo juridico do contracto permanece em relação aos socios capazes, emquanto não fôr dissolvido por causa legitima. E' claro que se houvesse apenas um socio juridicamente capaz, a sociedade n'este caso dissolvia-se necessariamente, não pelo motivo de nullidade, mas porque o vinculo social só permanecia em relação a uma pessoa. Quando, porém, ha dois ou mais socios juridicamente capazes, a sociedade continúa com estes, ainda que muitas vezes a modificação produzida pela sahida do incapaz diminua consideravelmente as garantias dos credores sociaes; mas tal circumstancia não deve ser tomada em consideração, porque os terceiros, antes de contractarem com a sociedade,

.....

devem esclarecer-se sobre a condição jurídica dos socios (1).

Resumindo agora a doutrina da influencia da incapacidade dos menores no contracto de sociedade, vê-se em primeiro logar que o contracto é nullo, mas que a nullidade só póde ser invocada pelos menores e nunca pelos socios capazes; e vê-se além d'isso que, havendo dois ou mais socios capazes, são obrigados a manter o contracto, embora lhes não convenha viver em sociedade, desde que não estejam d'accordo em dissolver-a, ou que algum d'elles não prove causa legitima de dissolução. E vê-se, finalmente, que por isso é grande imprudencia jurídica contractar sociedade com incapazes.

Mas não poderão os menores intervir no contracto de sociedade por meio dos seus legitimos representantes?

Nos termos do art. 100.º do codigo civil, a incapacidade dos menores é supprida pelo poder paternal, e, na falta d'este, pela tutela.

Poderá o pae ou o tutor celebrar para o menor um contracto de sociedade?

A solução d'este problema depende naturalmente dos limites em que o pae e o tutor exercem a função de representar e dirigir a pessoa do menor e de administrar os seus bens.

Nos termos do art. 137.º do codigo civil, aos paes pertence o poder paternal, que consiste *em reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e*

(1) Calamandrei, *Delle società e delle associazioni commerciali*, vol. 1.º, n.º 10.

administrar os bens d'elles. O exercicio do poder paternal *pertence exclusivamente ao pae (art. 138.º) como chefe da familia, ou á mãe,* nos termos dos artt. 139.º e 155.º.

Na falta dos paes o poder paternal é substituido pela tutela, nos termos do capitulo 3.º do titulo 9.º da primeira parte do codigo civil (artt. 185.º e seguintes).

O art. 243.º, n.º 1.º, define a funcção tutelar nos seguintes termos geraes: «*Pertence ao tutor: 1.º Reger e defender a pessoa do menor, e administrar seus bens, como bom pae de familia, e represental-o em todos os actos civis, excepto no casamento, e na disposiçãõ da ultima vontade*».

Vê-se, pois, que juridicamente, pondo de lado os principios de ordem moral que distinguem as relações do menor com os paes e com o tutor, as funcções paternal e tutelar são fundamentalmente identicas em ambas as espheras de actividade em que se exercem, consistindo essencialmente em representar a pessoa dos menores nos actos civis, que não forem exclusivamente pessoases, e em administrar os bens d'elles como se proprios fossem.

Comprehender-se-ha na amplitude d'estas funcções a faculdade de intervir pelo menor na formação d'um contracto de sociedade?

D'um modo geral póde responder-se que sim. Mas a solução do problema soffre restricções, conforme as condições particulares do contracto, e a especie de sociedade que se contracta.

E d'um modo geral respondemos que os paes ou o tutor podem contractar pelo menor uma

sociedade, porque este contracto não é meramente pessoal, e consiste geralmente n'um emprego de capital com o fim de obter lucros na sua administração social. N'estas condições, está comprehendido nos limites geraes das funcções paternal e tutelar.

Mas consideremos as principaes restricções d'este principio geral.

Poderá n'um contracto de sociedade estipular-se que o menor fique obrigado a praticar pessoalmente certos actos, como, por exemplo, concorrer directamente com o seu trabalho para a industria da sociedade?

Se o menor é representado pelo tutor, responde o codigo civil no art. 244.º, n.º 5.º: «E' absolutamente prohibido ao tutor... Fazer contractos em nome do pupillo, que obriguem este pessoalmente a praticar certos actos, excepto no caso, em que essa obrigação fôr necessaria para lhe dar educação, estabelecimento ou occupação». Vê-se, pois, que só n'este caso excepcional será permittido tal contracto de sociedade, e precedendo para isso resolução do conselho de familia, por força do disposto no n.º 7.º do art. 224.º.

Como, porém, o codigo não consignou semelhante disposição restrictiva do exercicio do poder paternal, mas antes impõe aos filhos a obrigação de cumprir, durante a menoridade, os preceitos de seus paes em tudo o que fôr licito, entendemos que o pae póde contractar pelo menor uma sociedade com a referida condição.

Poderá o pae ou tutor, contractando uma sociedade pelo menor, entrar para o capital social com bens immobiliarios do mesmo menor?

Para responder a esta pergunta, é necessario ter em consideração as restricções impostas ao exercicio das funcções paternal e tutelar sobre a administração dos bens immobiliarios.

Relativamente ao poder paternal, responde o art. 150.º do codigo civil: « Os paes não podem alienar, hypothecar, ou por qualquer outro modo obrigar os bens dos filhos, sendo meros usufructuarios ou administradores dos ditos bens, excepto no caso de urgente necessidade, ou de proveito evidente para o menor, precedendo auctorisação judicial, com audiencia do ministerio publico ». Ora a entrada d'um immovel para o capital social envolve a alienação do mesmo immovel, que fica pertencendo á sociedade, como personalidade juridica distincta da dos associados (codigo civil, artt. 1251.º, 1252.º, 1274.º, e codigo commercial, art. 108.º).

Relativamente á funcção tutelar, respondem os artt. 243.º, n.º 12.º, e 224.º, n.º 16.º, segundo os quaes o tutor póde alienar os bens immoveis do menor em casos de urgente necessidade ou de utilidade reconhecida, precedendo sempre auctorisação do conselho de familia.

Mas poderá o pae ou o tutor contractar pelo menor uma sociedade, entrando para o capital social com bens mobiliarios, independentemente de qualquer auctorisação?

Relativamente á funcção tutelar, a resposta é facil, devendo exigir-se a auctorisação previa do

conselho de familia, como quando se tracta de immoveis, por determinação expressa dos n.^{os} 11.^o e 13.^o do art. 224.^o do codigo civil.

Mas relativamente ao poder paternal, a resposta é mais complicada, porque a lei, confiando naturalmente na administração do pae, não foi tão minuciosa no seu regulamento juridico. Por um lado, a disposição generica do citado e transcripto art. 150.^o, visto que não distingue entre mobiliarios e immobiliarios, parece comprehender todos e quaesquer bens dos filhos, devendo d'ahi concluir-se que nunca o pae poderia empregar-os sem previa auctorisação judicial. Mas semelhante interpretação da lei está em completo desaccordo com o seu espirito, porque ao pensamento do legislador presidiu manifestamente o proposito de conferir mais amplos poderes á auctoridade paternal do que á funcção tutelar, limitando e fiscalizando o exercicio das attribuições do tutor pela intervenção do conselho de familia, do protutor e do curador, e sujeitando todos os actos da administração tutelar á prévia auctorisação d'aquelle conselho.

Mas o que parece tóra de duvida é que a disposição do art. 150.^o se applica a todos os bens, tanto mobiliarios como immobiliarios, que constituem o patrimonio do filho, e de que o pae é usufructuario ou simplesmente administrador.

Ella não deve, porém, applicar-se aos rendimentos d'estes, que o pae, no exercicio da sua funcção administrativa, póde empregar como melhor entender, comtanto que não comprometta

os mesmos bens. Por isso, se, com os rendimentos do patrimonio do filho, o pae quizer fazel-o entrar como socio em qualquer empresa, póde fazel-o sem necessidade de auctorisação judicial, desde que do contracto não possa resultar responsabilidade ou obrigação capaz de diminuir o mesmo patrimonio.

E poderá o pae ou o tutor fazer entrar o menor n'uma sociedade como socio de responsabilidade illimitada, como acontece nas sociedades commerciaes em nome collectivo e em commandita (codigo commercial, art. 105.º, §§ 1.º e 3.º)?

Da doutrina exposta resulta que podem, mas precedendo sempre auctorisação do juiz, em relação ao pae, e do conselho de familia, em relação ao tutor.

Mas deve notar-se que, em relação ao tutor, é sempre necessario que não haja recurso para o conselho de tutela, ou, havendo-o, que este confirme a auctorisação do conselho de familia; e se esta não fôr confirmada, ha recurso para a Relação, que resolve definitivamente (codigo civil, art. 226.º, §§ 2.º e 3.º).

O problema da participação dos menores no contracto de sociedade tem uma applicação muito frequente e importante, sobretudo relativamente á continuação da sociedade a que pertenciam os paes ou outros auctores de herança deixada ao menor.

N'estas condições, o menor recebe por herança a parte social do *decurjus*, adquirindo os mesmos direitos e obrigações do fallecido socio. Se se

trata d'uma sociedade em que a responsabilidade do socio é limitada á parte que tem no capital social, não haverá inconvenientes de maior gravidade, e a intervenção da tutela ou do poder paternal limita-se a administrar no exercicio de suas funcções a parte ou o direito social do menor. E' o que está acontecendo diariamente nas sociedades anonymas, em que as partes sociaes ou acções pertencem muitas vezes a socios menores por via de herança.

Se, porém, se trata d'uma sociedade em que a parte do auctor da herança do menor envolve uma responsabilidade illimitada sobre todos os seus bens, o pae ou o tutor só com a previa auctorisação, respectivamente do juiz ou do conselho de familia, poderão resolver que o menor continue a fazer parte de tal sociedade.

Alguns auctores, não discutindo o problema da intervenção dos menores no contracto de sociedade por meio dos seus representantes legitimos, parecem admittir a doutrina de que tal intervenção não é permittida. Mas semelhante conclusão é abertamente repellida pela doutrina exposta sobre as funcções do poder paternal e da tutela (1).

Em conclusão: os menores emancipados tem plena capacidade juridica, como se fossem maiores (2); os menores não emancipados tem capacidade juridica, mas não podem exercel-a

(1) Vide Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.^{os} 24-26, e auctores ahi citados.

(2) Ha, porem, algumas legislações estrangeiras, como a franceza e a italiana, que sujeitam o menor emancipado a uma tutela moderada, curatela ou curadoria. Mas no estado actual da civili-

directamente, podendo porém ser representados por seus paes ou tutores em todos os actos civis que não forem meramente pessoas, podendo por isso contractar legalmente sociedades, desde que sejam respeitadas as garantias da lei sobre a auctorisação do juiz ou do conselho de familia.

B) INCAPACIDADE POR DEMENCIA. A incapacidade por demencia é regulada pelos artt. 314.º a 336.º do codigo civil.

Nos termos do art. 314.º, serão interdictos do exercicio de seus direitos os mentecaptos, e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens. E o art. 321.º equipara o interdicto ao menor, e manda-lhe applicar as regras que regulam a incapacidade por menoridade, salvas as disposições dos artt. 322.º e seguintes.

Mas a incapacidade dos dementes não tem aquelle character absoluto da incapacidade por menoridade, pois só produz os seus effeitos sendo judicialmente decretada, nos termos dos artt. 334.º e 335.º, segundo os quaes todos os actos e contractos celebrados pelo interdicto, desde o dia em que a sentença de interdicção fôr registada e publicada, são nullos de direito, se a dita sentença passar em julgado, e bem assim podem ser annullados os actos celebrados antes da sentença, provando-se que a esse tempo já existia e era

sação achamos preferivel o systema da nossa lei, porque as condições da emancipação offerecem seguras garantias da autoregencia da pessoa e da auto-administração dos bens dos menores.

notoria a causa da interdicção, ou era conhecida do outro estipulante.

D'este modo a lei rejeitou a applicação da doutrina dos intervallos lucidos, declarando nullos todos os actos juridicos praticados pelo demente depois de registada e publicada a sentença da interdicção, se esta passou em julgado; e com razão assim procedeu, porque embora a experiencia das doenças mentaes tenha verificado a existencia de periodos intermedios normaes, difficilima e impossivel seria na maioria dos casos a sua prova judiciaria (1). E os mesmos effeitos da sentença de interdicção se applicam retroactivamente aos actos anteriores a ella, desde que em acção judicial se prove que ao tempo da sua pratica já existia e era notoria a demencia ou era conhecida do outro contrahente, não tendo pelos mesmos motivos applicação a doutrina dos intervallos lucidos.

Não havendo sentença de interdicção, pódem ainda ser annullados os actos e contractos praticados em estado anormal das faculdades mentaes, não por effeito da interdicção, mas por motivo da incapacidade accidental.

N'este caso não ha, pois, ainda applicação dos intervallos lucidos, mas, pelo contrario, applicação dos estados doentios (2).

(1) Sr. Dr. Dias Ferreira, *Codigo civil portuguez annotado*, vol 1.º da 2ª ed, pag. 235; Sr. Dr Marnoco e Souza, *obr. cit*, pag 170. *Contra* Puglia, *Infermità di mente ed invalidità degli atti giuridici*, na *Scienza del diritto privato*, anno 3.º, pag. 406.

(2) *Contra*: Cimbali, *Della capacità di contrattare*, pag. 188, e Sr. Dr. Marnoco e Souza, *obr. e log. cit.*

Sendo o interdicto por demencia equiparado ao menor não emancipado (art. 321.º), fica sujeito á tutela do conjuge, se é casado (artt. 320.º, n.º 1.º, e 323.º-327.º), ao poder paternal (artt. 320.º, n.º 2.º, e 322.º), ou á tutela legitima ou dativa (artt. 320.º, n.ºs 3.º e 4.º, e 328.º), e em harmonia com os principios geraes que regulam o supprimento da incapacidade por menoridade.

Por consequencia o interdicto por demencia não póde intervir directamente por si no contracto de sociedade, mas póde ser representado por seu pae ou tutor, guardadas as cautellas estabelecidas na lei para a representação dos menores não emancipados.

c) INCAPACIDADE POR SURDEZ-MUDEZ A incapacidade dos surdos-mudos é regulada nos artt. 337.º-339.º do codigo civil; applica-se aos que não tiverem a capacidade necessaria para reger seus bens. Esta incapacidade é supprida por uma tutela, cujos limites e extensão podem ser muito variaveis conforme o gráu de incapacidade do surdo-mudo, e regula-se pelos principios applicaveis da interdicção por demencia (art. 339.º).

A lei, reconhecendo que a surdez-mudez se apresenta com effeitos variadissimos, no exercicio da actividade humana, desde uma quasi incapacidade natural até á incapacidade completa, entregou ao prudente arbitrio do tribunal a faculdade de fixar na sentença declaratoria da tutela os limites da função tutelar, determinando com a possivel clareza quaes as cathogorias de actos e contractos que o surdo-mudo poderá praticar, e

aquellas que deverão ser das attribuições do pae ou do tutor, tomando sempre em toda a consideração os conhecimentos e aptidões do incapaz e a defeza dos seus interesses.

Por consequencia, só em cada caso particular, e em face da respectiva sentença, se póde determinar o gráu da incapacidade legal do surdo-mudo.

Entretanto podem estabelecer-se os seguintes principios geraes. Se a sentença confere a tutela sem restricções, são applicaveis as regras da interdicção por demencia, e portantó o surdo-mudo sujeito á tutela é equiparado ao menor; não tem capacidade para contractar mas póde ser representado por seu pae ou tutor, tanto nos contractos em geral como no contracto de sociedade, guardadas sempre as garantias da lei.

Se a sentença faz restricções no sentido de permittir ao surdo-mudo a pratica de actos ou contractos que não envolvam responsabilidades sobre os seus bens, elle poderá por si entrar n'um contracto de sociedade desde que a sua responsabilidade seja limitada á parte que lhe fica pertencendo, e que os bens conferidos á sociedade não façam parte do patrimonio sujeito á tutela ou ao poder paternal, porque n'estas condições só o pae ou o tutor, devidamente auctorisados, poderiam celebrar o contracto.

D) INCAPACIDADE POR PRODIGALIDADE. A incapacidade por prodigalidade é regulada nos artt. 340.^o-352.^o do codigo civil, e, á semelhança da demencia e da surdez-mudez, só produz effeitos

sendo judicialmente decretada. Mas tanto a interdicção por prodigalidade como a da surdez-mudez não podem, como acontece na interdicção por demencia, annullar os actos anteriores, salvo se elles foram praticados em estado de incapacidade accidental. E tambem como na surdez-mudez a incapacidade dos prodigos póde variar consideravelmente com a intensidade e extensão das tendencias dissipadoras. Por isso, do mesmo modo ao prudente arbitrio do tribunal confia a lei a faculdade de fixar os limites e a extensão das attribuições da entidade encarregada de supprir a incapacidade do prodigo (art. 344.º). Esta entidade é o pae, na falta d'este, a mãe, e na falta d'esta, um administrador nomeado pelo juiz, ouvido o conselho de familia e o ministerio publico (art. 346.º).

N'estes termos, são applicaveis á incapacidade dos prodigos os mesmos principios geraes da incapacidade dos surdos-mudos.

E como o supprimento de uns e outros abrange apenas a administração dos bens (artt. 337.º, 340.º e 345.º), é claro que elles manteem a sua capacidade para todos os actos ou contractos que não envolvam responsabilidade sobre os mesmos bens, podendo n'estas condições contractar legalmente qualquer sociedade.

E) INCAPACIDADE ACCIDENTAL. Nos termos do art. 353.º do codigo civil, toda a pessoa é destituida do exercicio da sua capacidade juridica durante o tempo em que se achar privada do uso de sua razão por algum accesso de delirio, embria-

guez ou outra causa semelhante, e por isso podem ser annullados todos os seus actos e contractos realisados n'esses estados psycho-pathologicos, comtanto que os interessados procedam como dispõe o mesmo artigo.

Na doutrina da lei os estados anormaes do espirito que produzem a incapacidade accidental são todos os estados de prostração ou alteração do systema nervoso, que impossibilitam o homem de exercer com reflexão e consciencia as suas faculdades mentaes. Além da embriaguez e do delirio, são d'esta natureza os diversos estados hypnoticos e de somno e somnambulismo.

Para esta incapacidade, por isso mesmo que é accidental, não ha supprimento possivel.

Qualquer contracto, e portanto o de sociedade, que fôr contrahido n'estas condições, é nullo, se os interessados protestarem dentro dos dez dias posteriores ao seu restabelecimento, e intentarem a acção competente dentro dos vinte dias seguintes; aliás suppõe-se ratificado tacitamente o mesmo acto ou contracto.

F) INCAPACIDADE RESULTANTE DO CASAMENTO. No interesse commum dos conjuges, e para garantir a unidade e a harmonia no seio da familia, o casamento impõe restricções ao exercicio da sua capacidade juridica.

As restricções impostas á capacidade do marido consistem apenas na necessidade da outorga da mulher para alienar bens immobiliarios e para estar em juizo por causa de questões de propriedade ou posse de bens immobiliarios (art. 1191.º

do código civil). Faltando a outorga da mulher ou o seu supprimento judicial (§ 1.º do art. 1191.º), aquellas alienações podem ser annulladas, nos termos e nos casos declarados nos §§ 2.º e 3.º do mesmo art. 1191.º.

Da applicação d'estas disposições ao contracto de sociedade resulta que um individuo casado precisa da outorga da mulher para contractar uma sociedade, para cujo capital elle haja de concorrer com algum bem immobiliario, porque este facto importa uma alienação em favor do patrimonio da personalidade juridica da collectividade dos socios. Salvo este caso, o marido póde contractar quaesquer sociedades, ainda mesmo que fique sujeito a uma responsabilidade illimitada, independentemente da outorga da mulher. Mas deve notar-se que pelas obrigações resultantes de responsabilidade contrahida pelo marido sem outorga da mulher, só respondem os bens proprios d'elle ou a sua meação nos bens communs (código civil, art. 1114.º, § 1.º), salvo o disposto no § 2.º do art. 1114.º do código civil e no art. 15.º do código commercial; segundo estas disposições excepçoes, respondem todos os bens communs sempre que as obrigações tenham sido contrahidas em proveito do casal, o que sempre se presume quando o marido commerciante pratica actos commerciaes; de modo que este póde contractar qualquer sociedade commercial sem necessidade de outorga da mulher, ainda que entre com bens immobiliarios para o capital social; mas já a mesma excepção não vale para as sociedades civis.

Esta modificação tão importante introduzida pelo art. 15.º do código commercial é uma protecção exaggerada ao commercio, contrária á defeza e protecção devida pela lei ás garantias da mulher, e que se pretende justificar por uma falsa interpretação das necessidades de segurança das operações mercantis. Esta injustiça da lei salienta-se d'uma fôrma inilludível, quando se compára com a condição juridica da mulher, subordinada ao poder da auctorisação marital.

A lei impõe tão extensas e rigorosas restricções á capacidade juridica da mulher casada, que mais propriamente se deve dizer que ella é affectada por uma incapacidade geral relativa a quasi todos os seus actos juridicos, tanto judiciaes como extrajudiciaes, embora esta incapacidade seja estabelecida com o fim de salvaguardar o principio da unidade e harmonia do organismo familiar. Na verdade, só por este principio se póde justificar tão ampla incapacidade, mas nunca pelo pretendido intuito de proteger a mulher contra os perigos da sua propria inexperiencia, porque realmente a mulher casada é tão experiente como a viuva, e muito mais do que a solteira, as quaes gozam da capacidade juridica plena, salvas pequenas excepções, como a do art. 819.º do código civil, relativa á incapacidade de afiançar, e outras, que na maior parte dos casos se traduzem afinal em verdadeiros beneficios.

A incapacidade da mulher casada para os actos judiciaes é estabelecida pelo art. 1192.º do código civil, e para os actos extrajudiciaes pelo

art. 1193.^o (1). Segundo estas disposições, a mulher casada só pôde exercer seus direitos e obrigações, precedendo auctorisação do marido, salvo nos casos expressamente declarados na lei.

E como não ha disposição de lei que especialmente permitta á mulher contractar uma sociedade, independentemente da auctorisação marital, esta é sempre necessaria, qualquer que seja a sociedade para que a mulher queira entrar e quaesquer que sejam as condições do contracto. E por força do disposto no art. 1194.^o do codigo civil, a auctorisação deve ser especial para cada um dos actos, excepto sendo para commerciar, pois que n'este caso pôde a mulher praticar, em virtude de auctorisação geral, todos os actos relativos ao seu commercio, e até hypothecar os seus bens immobiliarios, e propôr acções, comtanto que seja por causa do seu tracto.

Mas esta mesma disposição excepcional tem uma excepção, introduzida pelo § un. do art. 16.^o

(1) Art 1192.^o: « A mulher casada não pôde estar em juizo sem auctorisação do marido, excepto. 1.^o Nas causas crimes em que seja ré; 2.^o Em quaesquer pleitos com o marido; 3.^o Nos actos, que tenham unicamente por objecto a conservação, ou segurança dos seus direitos próprios e exclusivos; 4.^o Nos casos em que tenha de exercer, relativamente a seus filhos legitimos, ou aos naturaes, que tivesse de outrem, os direitos e deveres inherentes ao poder paternal. »

Art. 1193.^o: « A mulher não pôde, sem auctorisação do marido, adquirir, ou alienar bens, nem contrahir obrigações, excepto nos casos em que a lei especialmente o permite § unico Se o marido recusar indevidamente a auctorisação pedida pela mulher, poderá esta requerer supprimento ao juiz de direito respectivo, que, ouvido o marido, a concederá, ou negará, como parecer de justiça. »

do código commercial, em beneficio da regra geral, exigindo auctorisação do marido para que a mulher commerciante possa associar-se commercialmente assumindo responsabilidade illimitada.

O contracto de sociedade celebrado por uma mulher casada, sem auctorisação do marido, é pois geralmente nullo. Mas deve notar-se que esta nullidade, ao contrario do que acontece nas outras incapacidades, não póde ser allegada pela mulher incapaz, nem mesmo pelos outros contrahentes; só o póde ser pelo marido ou por seus herdeiros e representantes, nos termos dos artt. 1200.º e 1201.º do código civil.

Dizemos que o contracto de sociedade celebrado pela mulher sem auctorisação do marido é nullo *geralmente*, porque, nos termos do art. 1193.º do código civil, ha casos excepçionaes declarados na lei em que a mulher póde livremente contrahir obrigações. Assim, pelo disposto no art. 1128.º a mulher casada com separação de bens póde livremente dispôr dos mobiliarios proprios e da terça dos rendimentos, e portanto com maioria de razão póde contractar uma sociedade em que a sua responsabilidade não vá além d'esses bens. Do mesmo modo e qualquer que seja o regimen matrimonial, pertencendo á mulher a administração dos bens do casal na falta ou impedimento do marido (art. 1189.º), ella poderá entrar n'uma sociedade, comtanto que não comprometta bens immobiliarios nem assuma responsabilidade illimitada que os possa comprometter, como logicamente se deduz do art. 1190.º.

Devemos tambem notar que os preceitos geraes até aqui estabelecidos só teem completa applicação durante a constancia plena da sociedade conjugal, mas que pelo facto da interrupção d'esta soffrem modificações, que importa tomar na devida consideração.

Interrompida a sociedade conjugal pela separação de bens, cada um dos conjuges administra os seus proprios bens, podendo livremente dispôr dos mobiliarios (artt. 1215.º e 1223.º). N'estas condições, a mulher pôde livremente contractar qualquer sociedade, comtanto que não comprometta bens immobiliarios.

Expostos os principios geraes restrictivos da capacidade juridica da mulher casada, impõe-se-nos o dever de manifestar o nosso sentir, e sobretudo, o nosso pensar da justiça e da moralidade que inspira esse instituto do direito familiar, chamado poder marital no direito romano, e por elle construido em tão solidos alicerces, que lhe deram uma força de resistencia capaz de triumphar um quartel de seculos sobre todas as mudanças de civilisação, sobre todas as revoluções alimentadas pela aspiração sublime da liberdade, e que parece ter ainda alma para vencer os ataques violentos dos modernos propugnadores pela emancipação da mulher.

Não faltam hoje escriptores, sociologos e juriconsultos, politicos e propagandistas, senhoras de talento e de coração, mas porventura desviadas da sua mais sublime missão por uma educação litteraria excessivamente livre, que, nos tratados

e revistas scientificas, nos livros de propaganda literaria e doutrinaria, nos parlamentos e nos congressos, invoquem os mais sagrados principios da philosophia juridico-moral em prol da emancipação completa da mulher, reclamando a reconstrucção do organismo juridico da familia sobre o principio fundamental da egualdade absoluta do homem e da mulher.

O principio da auctorisação marital nos actos juridicos judiciaes e extrajudiciaes é por esta doutrina sentimentalista qualificado de suprema tyrannia do homem sobre a mulher. E a sua abolição é reclamada com enthusiasmo como uma satisfação a todos os que amam a justiça, a moral e a liberdade (1).

Mas, não obstante a intensidade d'essa corrente de sympathia em favor da nova ideia, o nosso espirito não póde acceitar, nem pelo sentir nem pelo pensamento, essa doutrina que pretende ser a unica expressão da verdade moral e juridica. Pensamos assim, porque na organização da familia acima de tudo collocamos o principio da sua unidade, a necessidade da sua harmonia; a dissolução do organismo familiar seria a consequencia inevitavel do reconhecimento de dois poderes egualmente soberanos e independentes no exercicio das suas actividades. E sentimos do mesmo modo, porque o instituto da auctorisação marital não é um poder de força e tyrannia dado ao homem

(1) Sr. dr Marnoco e Souza, *obr cit*, pag. 180 e 181; O. Secchi, *L'emancipazione della donna e l'autorizzazione maritale*, na *Scienza del diritto privato*, anno 2.º, pag 81.

para dominar a mulher; mas é, pelo contrario, uma prevenção engenhosa da lei, destinada, por um lado, a garantir o principio fundamental da organização da familia, e, por outro, a evitar que a mulher se desvie do seu papel sagrado de senhora da vida interna do lar domestico, para se entregar, com prejuizo da sua propria tranquillidade, á administração espinhosa e ingrata dos negocios externos. E tanto é este o espirito da lei que, na falta ou impedimento do marido, á mulher é conferido o exercicio de todas as suas attribuições. E que o digam todas as mulheres conscientes da sua missão, quando se veem n'esta conjunctura da vida: se preferem a sua capacidade juridica plena, ou o seu estado de incapacidade sob o regimen da auctorisação marital! Cremos bem que nenhuma hesitará um momento na resposta.

Não foi em vão que a natureza creou os dois sexos. A' differenciação organica corresponde natural e necessariamente a differenciação funccional. A mulher foi destinada á direcção da vida interna da familia; o homem para a administração da vida externa.

E o legislador, que não traduzisse na lei esta differenciação funccional, não teria comprehendido as necessidades que procurava satisfazer com as garantias juridicas.

Voltando á incapacidade particular resultante do casamento, cumpre-nos ainda resolver uma questão, que tem sido objecto de viva controversia. Dois esposos, durante o casamento, poderão formar um contracto de sociedade?

Auctores ha que não hesitam em declarar nulla uma semelhante sociedade, fundando-se em que este contracto, qualquer que seja o regimen matrimonial, constitue uma violação do principio da immutabilidade das convenções antenupciaes, expressamente prohibida pela lei (codigo civil, art. 1105.º). E na verdade, se o regimen do casamento envolver a separação de bens, a formação d'uma sociedade, em que os esposos põem em commum todos ou alguns dos seus bens proprios, constitue necessariamente uma derogação ao principio da immutabilidade das convenções antenupciaes; e o mesmo acontecerá ainda no regimen da communhão, se a sociedade abranger bens declarados incommunicaveis por disposição da lei (art. 1109.º). A este argumento acrescenta-se um outro deduzido dos direitos do marido como chefe da familia e administrador dos bens do casal (art. 1104.º), direitos que não podem ser revogados por quaesquer convenções dos esposos, nem anteriores nem posteriores ao casamento. Ora, a constituição, entre os esposos, d'uma sociedade, regulada pelos codigos civil e commercial, teria a consequencia inevitavel de estabelecer entre os esposos associados, tanto nas suas relações reciprocas como nas suas relações com terceiros, uma egualdade de direitos de administração patrimonial incompativel com a subordinação ao marido imposta pela lei á mulher casada.

Não obstante a força logica d'estes argumentos, seria um exaggero e um erro affirmar d'um modo geral e absoluto a nullidade de qualquer sociedade

formada por dois esposos. A immutabilidade das convenções antenupciaes e a auctoridade do marido como chefe da familia são effectivamente principios que a lei considera de interesse e ordem publica, e que por isso não podem ser revogados, embora com o consentimento dos proprios interessados (codigo civil, art. 10.º, § unico). Mas ao lado d'elles existe um outro principio, igualmente de ordem publica, que se chama a liberdade das convenções, em virtude do qual podem contractar todas as pessoas não exceptuadas pela lei (codigo civil, art. 644.º), desde que o objecto do contracto seja juridicamente possivel e não seja contrario á moral publica (artt 670.º e 671.º). A capacidade legal para contractar é a regra, e a incapacidade a excepção; e esta só pôde admittir-se nos casos expressamente declarados na lei.

E haverá porventura disposições da lei que expressamente declarem os esposos incapazes para entrarem simultaneamente n'um contracto de sociedade?

Para a compra e venda ha uma disposição expressa, que a prohibe entre casados, excepto estando judicialmente separados de pessoas e bens (art. 1564.º). Mas precisamente porque a lei a estabeleceu para a compra e venda, e não para o contracto de sociedade, deverá concluir-se que geralmente os esposos podem contractar uma sociedade.

A sociedade entre esposos só poderá ser nulla quando o contracto restringir ou supprimir o poder administrativo patrimonial do marido, ou quando

alterar o regimen matrimonial tacita ou expressamente estabelecido na convenção antenupcial (artt. 1104.º e 1105.º). E a nullidade poderá ser reclamada por qualquer dos conjuges ou pelos seus herdeiros, como directos interessados (1).

G) INCAPACIDADE DOS FALLIDOS A incapacidade por effeito da fallencia é expressamente estabelecida no art. 700.º do codigo commercial: « *A declaração da quebra opera immediatamente a interdicção civil do fallido pelo que respeita aos seus bens havidos ou por haver. § 1.º A incapacidade do fallido é supprida pelo administrador e curadores fiscaes, que o ficam representando em juizo e fóra d'elle para todos os effeitos, excepto quanto ao exercicio dos seus direitos exclusivamente pessoas ou extranhos á fallencia* ».

A determinação do alcance da incapacidade do fallido é objecto de viva controversia e profunda divergencia entre os tratadistas do direito commercial.

Antigamente a fallencia era considerada como uma causa de incapacidade absoluta; era a morte civil do fallido, depois da qual elle não podia mais, emquanto se não rehabilitasse, exercer a sua capacidade juridica. Mas os progressos do direito commercial melhoraram consideravelmente a condição juridica do fallido, respeitando a sua capacidade, que sómente lhe foi retirada relativamente á administração do seu patrimonio.

(1) Nyssens et Corbiau, *obr cit*, n.ºs 38-44; Laurent, *obr cit.*, vol. 26.º, n.º 140; Pont, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.ºs 35-39 e 217; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, vol. 2.º, n.º 78.

E' neste sentido que o direito commercial de todas as nações cultas estabelece a incapacidade relativa dos fallidos.

Mas quaes são os limites d'esta incapacidade?

Entre nós sustenta-se geralmente, acompanhando a doutrina dos commercialistas francezes e italianos, que a incapacidade do fallido, ferindo apenas a administração dos seus bens havidos ou por haver, a isto se restringe, não o privando, por consequencia, do exercicio do commercio ou de qualquer outra actividade (1) Esta doutrina justifica-se em face dos principios com argumentos de pezo. E na verdade, ella offerece vantagens tanto ao fallido como aos seus credores: e vantajosa para o fallido, porque o liberta da inactividade forçada a que o votára a incapacidade absoluta, permitindo-lhe exercer qualquer actividade economica, capaz de o rehabilitar completamente; e para os credores, porque os lucros realisados pelo fallido são naturalmente destinados a solver tanto quanto possivel as dividas contrahidas.

Mas será a mesma doutrina completamente exacta perante a disposição terminante do art. 700.º do codigo commercial? Terá o fallido, emquanto durar a sua interdicção, capacidade para exercer o commercio? Os auctores citados assim o sustentam, fundando-se no facto de ter o actual codigo supprimido a prohibição de exercer o commercio imposta aos fallidos pelo codigo

(1) Sr. Dr. Fernandes, *Declaração da fallencia e seus effeitos*, pag 176 e seg; Sr. Dr. Marnoco e Souza, *obr. cit.*, pag 182 e 183; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, vol. 28.º, pag 276-278.

de 1833 (art. 29.^o), e nas alterações por que passou o art. 700.^o do código vigente.

Effectivamente, o projecto primitivo do código commercial, no n.^o 5.^o do art. 9.^o, á semelhança do art. 29.^o do código de 1833, prohibia o exercicio do commercio aos fallidos, declarados como taes por sentença judicial proferida pelos tribunaes do reino ou por elles revista, emquanto se não rehabilitassem. Mas este preceito foi supprimido logo na primeira revisão, e d'ahi pretende-se concluir que no regimen do código os fallidos mantem a sua capacidade commercial, em harmonia com a restricção do art. 700.^o do código, cuja historia confirma a mesma doutrina. No projecto primitivo este artigo era o 727.^o, e dizia assim. « A declaração da quebra opera immediatamente a interdicção civil do fallido ». Mas como um dos membros da commissão revisora notasse que a expressão *interdicção civil* do fallido era uma locução vaga, que podia applicar-se a qualquer das interdicções declaradas no código civil, e que por isso era indispensavel determinar os effeitos d'aquella interdicção propria do fallido, a commissão approvou uma proposta do relator accrescentando ao artigo as palavras: « pelo que respeita aos seus bens havidos ou por haver ». E assim ficou definitivamente redigido o artigo. Concluem de tudo isto os mesmos auctores que a interdicção civil do fallido não tem outros effeitos senão privar-o da administração e disposição de seus bens presentes e futuros; mas que, de resto, fica salva e illesa a sua capacidade commercial.

Ora, é facil de ver que esta interpretação da lei, embora tenha um fundo de verdade, tal como é sustentada, em these geral, e fundamentalmente erronea, e está em opposição aberta e flagrante com os termos claros e expressos da lei. Os seus defensores esquecem o preceito terminante do § 1.º do mesmo art. 700.º do codigo commercial e as disposições correlativas do codigo civil, que evidentemente constituem lei applicavel á questão, por força do disposto no art. 3.º do codigo commercial. E' comtudo é certo que o § 1.º do art. 700.º declara o fallido *incapaz*, e determina o supprimento da sua incapacidade. Se, portanto, o fallido é incapaz de se obrigar pelos seus bens, é claro que não tem capacidade civil nem commercial, nos termos dos artt. 7.º e 700.º, § 1.º do codigo commercial e 644.º do codigo civil.

E' por isso que já entre nós, e com muita razão, recentemente um tratadista (1) de direito commercial refutou a doutrina que nós combatemos. Mas este escriptor, na construcção juridica do instituto da interdicção dos fallidos, foi demasiado longe nas suas opiniões, equiparando-o á incapacidade dos menores e sustentando que o fallido não póde praticar acto de commercio algum, visto que todo o contracto commercial envolve um onus sobre os proprios bens (2). Semelhante doutrina é realmente insustentavel, como vae ver-se.

Para construirmos com exactidão juridica o instituto da interdicção civil do fallido, é necessa-

(1) Sr Eduardo Saldanha, *Das Fallencias*, pag. 140 e seg.

(2) Idem, pag. 141 e 142.

rio, como já observámos, recorrer ás disposições applicaveis do codigo civil.

Ora, percorrendo as incapacidades decretadas pelo codigo civil, e tendo presente a revista que d'ellas fizémos no presente numero do nosso trabalho, vê-se logo que as interdicções civis applicaveis ao fallido não podem ser senão as causadas por surdez-mudez ou por prodigalidade, porque são estas as unicas que se applicam exclusivamente ao regimen dos bens, de harmonia com o art. 700.º do codigo commercial. E como estas interdicções civis são geraes, ou especiaes a certos actos, devemos applicar ao fallido as disposições que regulam a interdicção geral da administração de bens, mas só as que não estiverem em opposição com os preceitos do codigo commercial. Para o nosso proposito importa apenas tomar em consideração os preceitos do art. 349.º do codigo civil combinados com os do art. 700.º e § 1.º do codigo commercial.

De harmonia com estas disposições a estrutura juridica fundamental do instituto da interdicção civil do fallido traduz-se nos seguintes principios: o fallido é incapaz; a sua incapacidade, que consiste na interdicção geral de administrar os seus bens, é supprida pelo administrador e pelos curadores fiscaes do seu patrimonio; pôde comtudo praticar actos de administração, sendo auctorizado por estas entidades; mas os actos que praticar depois da sentença declaratoria da quebra sem a devida auctorisação, sendo ella necessaria, são nullos de direito. E a auctorisação é necessaria

para todos os actos que compromettam ou possam vir a comprometter o seu patrimonio.

N'estes termos, a incapacidade do fallido não é geral; só tem este character em relação aos seus bens; de resto, o fallido póde praticar todos os actos civis ou commerciaes que os não onerem.

D'este modo, o fallido poderá contractar qualquer sociedade civil ou commercial, desde que entre como socio de mera industria, porque n'este caso se limita a exercer o seu direito de trabalho, que é um direito exclusivamente pessoal.

E d'um modo geral, o fallido póde praticar validamente todos os actos e contractos que o não obriguem senão a prestação de factos ou de serviços. E se porventura elle se obrigar a prestações de cousas, o mal recahirá sobre os contrahentes capazes, que se comprometteram n'um contracto nullo, mas cuja nullidade elles não podem allegar (codigo civil, art. 695.^o), podendo aliás ser contra elles invocada.

10. O mutuo consenso dos contrahentes é regulado nos artt. 647.^o e seguintes do codigo civil. O art. 647.^o dispõe que o consentimento dos estipulantes deve ser claramente manifestando. D'esta disposição e das palavras «mutuo consenso» do n.^o 2.^o do art. 643.^o resulta evidentemente a necessidade do consentimento de todos os contrahentes (1). Mesmo nos contractos unilateraes

(1) A mesma conclusão é unanimemente consagrada na doutrina e na jurisprudencia franceza, não obstante o codigo civil

ou gratuitos é indispensavel o consentimento de todas as partes, o accordo das vontades de todos sobre a mesma obrigação. Emquanto a proposta feita por um ou alguns não fôr acceita e confirmada por todos, não ha contracto, mas uma simples promessa, incapaz de por si só constituir um vinculo juridico obrigatorio (1). Mas desde que o consentimento de todos os contrahentes fôr claramente manifestado sobre a proposta do contracto, este fica perfeito, excepto nos casos em que a lei exige mais alguma formalidade (art. 649.º).

Mas o consentimento tem o mesmo valor, quer seja prestado pessoalmente pelos contrahentes, quer por terceiros, representantes em termos legais, pois que a lei não exige a comparencia das proprias pessoas contractantes, mas antes declara expressamente (codigo civil, artigo 645.º) que os contractos podem ser feitos pelos outorgantes pessoalmente, ou por interposta pessoa, devidamente auctorizada.

A representação dos contrahentes na formação do contracto póde effectuar-se por tres titulos juridicos differentes: representação legal dos incapazes, representação por mandato e por gestão de negocios.

Tendo presente, com effeito, a doutrina exposta sobre o exercicio da capacidade juridica dos incapazes, com applicação ao contracto de sociedade, vê-se: que os menores e os interdictos por demencia podem geralmente contractar, sendo legal-

francez (art. 1108.º) exigir apenas o consentimento da parte que se obriga. Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 14.

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 14, e auctores ahi citados.

mente representados por seus paes ou tutores; que os interdictos por surdez-mudez e por prodigalidade podem, conforme os limites da interdicção, contractar pessoalmente por si só, com auctorisação de seus tutores ou curadores, ou respectivamente representados por estes; que os interdictos por fallencia podem contractar por si só em tudo o que fôr exclusivamente pessoal e extranho á administração do seu patrimonio, mas sendo emquanto a esta representados pelo administrador e curadores fiscaes; e que estas diversas representações se applicam ao contracto de sociedade nos termos e nas condições então referidas (1).

A representação por mandato, não soffrendo restricção alguma imposta pela lei no contracto de sociedade, mantem todo o seu valor juridico. E para o determinar, teremos de invocar os principios geraes que a regulam.

Podem ser praticados por mandato todos os actos juridicos, que não forem meramente pessoaes (art. 1332.^o); e o mandatario póde acceitar o mandato para todo o acto, que lhe não seja vedado por disposição da lei (art. 1333.^o); e tão ampla é esta faculdade que até os menores. ainda os não emancipados, podem contractar como mandatarios d'outrem (art. 1334.^o).

E como não ha na lei prohibição alguma para o contracto de sociedade, é evidente que na formação d'este contracto as partes podem prestar validamente o seu consentimento por meio de

(1) Supra, n.^o 9

representantes mandatarios, ainda mesmo que estes sejam menores não emancipados.

Mas liquidado que o consentimento póde ser prestado por mandato, importa ainda saber que especie e fórma de mandato.

O mandato póde ser geral ou especial, conforme abrange todos e quaesquer actos, sem os especificar, ou se restringe a certos e determinados negocios (artt. 1323.^o e 1324.^o); mas o mandato geral só póde auctorisar actos de mera administração (art. 1325.^o) (1).

Ora, quando na formação d'um contracto de sociedade interviérem contrahentes representados por mandatarios, será necessario um mandato especial, ou bastará um mandato geral?

Os tratadistas sustentam geralmente que é necessario um mandato especial, conferido em termos precisos e formaes, fundando-se em que a entrada para uma sociedade constitue mais do que um acto de administração, e que é mesmo um acto de alienação, de mais a mais aggravado com os riscos d'uma empresa essencialmente aleatoria (2).

Nós, porém, entendemos que em alguns casos bastaria o mandato geral. E, com effeito, desde que a entrada para a sociedade se limitar ao gozo

(1) Note-se que o codigo civil n'estas disposições refere-se literalmente ao mandato escripto, pois falla de procuração (que é o documento escripto do mandato) geral e especial; mas por analogia, e mesmo por maioria de razão, os mesmos preceitos se applicam ao mandato verbal.

(2) Laurent, *obr. cit.*, vol. 26.^o, n.^o 141; Guillouard, *obr. cit.*, n.^o 32; Pont, *obr. cit.*, 1.^o, n.^o 16; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.^o 16.

de certa cousa ou aos rendimentos dos bens administrados, e a sociedade seja d'aquellas em que o socio só é responsavel até á importancia da sua entrada, não vemos senão actos de mera administração; cremos, pois, que n'estas condições seria sufficiente o simples mandato geral.

Se, porém, o socio representado por mandato entra para a sociedade com alguns bens mobiliarios ou immobiliarios, ou se a sua responsabilidade vae além da sua entrada, é indispensavel o mandato especial, outorgado em termos claros e precisos.

Mas sendo geral ou especial, qual deve ser a fórma do mandato? Deve ser verbal ou escripto? E sendo escripto, deve ser por procuração publica ou particular?

As respostas a estas perguntas são diversas, mas faceis, tomando em consideração as disposições do codigo civil, que regulam o problema (1). Segundo essas disposições é necessario o mandato escripto, se a sociedade se constitue por esta

(1) Art. 1318.º do codigo civil, *in fine*: « O mandato póde ser verbal ou escripto ».

Art. 1319.º: « Diz-se procuração o documento, em que o mandante ou constituinte exprime o seu mandato. A procuração póde ser publica ou particular ».

Art. 1320.º: « E' procuração publica a que póde ser feita por tabellião, ou pelo escrivão respectivo, sendo exarada em alguns autos ».

Art. 1321.º: « Procuração particular e a que foi escripta pelo mandante, ou que foi escripta por outrem, e assignada pelo mandante e mais duas testemunhas ».

Art. 1322.º: « São havidas por publicas a procuração escripta e assignada pelo mandante, sendo a letra e a assignatura reconhecidas por tabellião; e a escripta por pessoa diversa do mandante, mas assignada por este e por duas testemunhas, se taes assigna-

fórma; mas basta o mandato verbal, se a sociedade por esta fórma se constitue tambem. Assim, para as sociedades commerciaes é sempre necessario o mandato escripto, visto que o contracto social deve ser sempre reduzido a escripto (codigo commercial, art. 113.^o); mas, para as sociedades civis bastará muitas vezes o mandato verbal (codigo civil, artt. 1241.^o, 1244.^o e 1250.^o).

Sendo escripto, o mandato deve ser conferido em procuração publica ou havida por publica, sempre que a sociedade deva constituir-se por escriptura da mesma natureza, como acontece nas sociedades universaes de todos os bens presentes e futuros (codigo civil, art. 1244.^o), nas sociedades particulares, em cujos haveres entre a propriedade d'algum immovel (codigo civil, art. 1250.^o), e nas sociedades anonymas ou em commandita por acções, quer sejam commerciaes, quer sejam civis (codigo commercial, artt. 113.^o, § un. e 106.^o).

Consideremos agora a terceira fórma da prestação do consentimento por meio de representação — a gestão de negocios.

Nos termos do artigo 1723.^o do codigo civil, é permittida a qualquer individuo, que seja civilmente capaz de se obrigar, a faculdade de se intrometter

turas forem feitas perante tabellião, que assim o certifique, e as reconheça no proprio documento ».

Art. 1327.^o: « E' necessaria procuração publica, ou havida por publica, para os actos que teem de realisar-se por modo authenticico, ou para cuja prova é exigido documento authenticico »

Art. 1328.^o: « E' sufficiente a procuração particular para os actos, cuja prova so depende de documento particular ».

Art. 1329.^o: « Nos actos, não comprehendidos nos dois artigos antecedentes, é admissivel a prova de simples mandato verbal ».

na gestão de negocios de outrem, sem auctorisação do proprietario dos mesmos negocios, ficando responsavel para com este e para com aquelles com quem contractar em nome d'elle.

E como a lei não impõe restricção alguma a esta faculdade, em materia de sociedades, que são evidentemente negocios, é logico concluir que n'um contracto de sociedade póde figurar uma ou mais pessoas, que, embora desprovidas de mandato, podem comtudo contractar em nome de associados ausentes. Esta doutrina é uma simples applicação do principio estabelecido no art. 646.º do codigo civil, segundo o qual, os contractos feitos em nome de outrem, sem a devida auctorisação, produzem o seu effeito, sendo ratificados antes que a outra parte se retracte.

Mas ao contrario do que acontece no exercicio do mandato, em que o mandante fica juridicamente obrigado, independentemente de ratificação posterior, não tendo sido excedidos os poderes do mandato, na gestão de negocios, o vinculo juridico só prende o proprietario d'elles, sendo por elle ratificado (codigo civil, art. 1724.º), ou não se oppondo antes que a gestão chegue a seu termo, tendo conhecimento d'ella, porque n'este caso será havido por consentidor (art. 1730.º).

De fórma que, se um individuo capaz contracta em nome de outrem, por gestão de negocios, uma sociedade, o contracto é válido, se fôr expressamente ratificado pelo socio representado pelo gestor, ou se fôr tacitamente consentido até ao fim ou termo da mesma sociedade. Dada a

ratificação expressa, os seus effeitos retrotrahem-se á data da formação da sociedade, visto que ella produz os mesmos effeitos que o mandato expresso (art. 1726.º). Mas a ratificação tacita só produz os seus effeitos depois de ter a sociedade chegado ao termo da gestão dos seus negocios; até á conclusão final, o pretenso socio tem sempre o direito de se oppôr á situação juridica que lhe crearam sem sua auctorisação (art. 1730.º). Em todo o caso, a sociedade tem sempre, em seu favor, a responsabilidade do gestor (art. 1723.º).

Cumprê, porém, notar que na terminologia do codigo civil ha uma especie de sociedade em que um socio se póde vêr envolvido, sem consentimento seu, e mesmo contra sua vontade: é o caso em que alguém se intrometter em negocios alheios, por serem estes de tal fórma connexos com os seus, que não possa a gestão d'uns ser separada da dos outros (art. 1734.º).

Mas é claro que semelhante situação juridica não constitue uma sociedade, no sentido juridico proprio, visto que a sua constituição não é contractual, mas é mesmo anti-contractual. E' apenas um estado juridico forçado, a que a lei manda applicar as regras reguladoras dos direitos e obrigações reciprocas dos socios. O proprio codigo civil não lhe chama sociedade; mas apenas qualifica de socios os individuos que se encontram n'esta situação, para o effeito de lhes applicar aquellas regras.

Mas liquidado que o consentimento póde ser prestado directa e pessoalmente pelos proprios

associados, ou indirectamente por seus representantes legaes (representantes dos incapazes), contractuaes (mandatarios), ou quasi contractuaes (gestores de negocios), para a sua validade é indispensavel que elle não seja prestado por erro ou coacção, capazes de annullar o contracto (codigo civil, art. 656.^o), nos termos dos artt. 657.^o a 668.^o (1).

Vejamos pois as condições em que o erro e a coacção podem annullar o consentimento.

O erro é a comprehensão falsa, que o espirito tem sobre um certo objecto ou sobre uma deter-

(1) Art. 656.^o: « O consentimento prestado por erro ou coacção produz a nullidade do contracto, nos termos seguintes ».

Art. 657.^o: « O erro do consentimento póde recair: 1.^o Sobre a causa do contracto; 2.^o Sobre o objecto, ou sobre as qualidades do objecto do contracto; 3.^o Sobre a pessoa com quem se contracta, ou em consideração da qual se contracta ».

Art. 658.^o: « O erro sobre a causa do contracto póde ser de direito ou de facto ».

Art. 659.^o: « O erro de direito ácerca da causa produz nullidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario ».

Art. 660.^o: « Se o erro ácerca da causa fôr de facto, só produzirá nullidade, se o contrahente enganado houver declarado expressamente, que só em razão d'essa causa contractára, e esta declaração tiver sido expressamente acceita pela outra parte ».

Art. 661.^o: « O erro sobre o objecto do contracto, ou sobre as qualidades do mesmo objecto, só produz nullidade havendo o enganado declarado, ou provando-se pelas circumstancias do mesmo contracto, igualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contractára ».

Art. 662.^o: « Sendo o erro relativo á pessoa com quem se contracta, observar-se-á o que no artigo antecedente fica disposto ácerca do objecto do contracto; mas se o erro disser respeito a pessoa que não figure no contracto, observar-se-á o que fica disposto no art. 660.^o ».

Art. 663.^o: « O erro, que procede de dolo ou de má fé de um dos contrahentes, ou de terceiro, que tenha interesse directo no

minada ideia. Nos contractos, elle pôde recahir sobre a causa, sobre o objecto ou sobre as pessoas com quem se contracta, ou em consideração das quaes se contracta (art. 657.º).

O erro sobre a causa do contracto, sendo de direito, produz nullidade, salvo nos casos em que a lei ordenar o contrario (art. 659.º) (1). Mas sendo de facto, só produz nullidade, se o contrahente enganado tiver declarado expressamente que só por essa causa contractára, e esta declaração tiver sido expressamente accete pela outra parte (art. 660.º).

contracto, produz nullidade § unico. Entende-se por dolo nos contractos qualquer suggestão ou artificio, que se empregue para induzir em erro, ou manter n'elle algum dos contrahentes; e por má fe a dissimulação do erro do outro contrahente, depois de conhecido »

Art. 664.º: « O erro commum e geral não produz nullidade ».

Art. 665.º: « O simples erro de calculo arithmetico, ou de escripta, só dá direito á sua rectificação »

Art. 666.º: « E' nullo o contracto, sendo o consentimento extorquido por coacção, ou esta provenha d'algum dos contrahentes ou de terceiro. § unico. A coacção consiste no emprego da força physica, ou de quaesquer meios, que produzam damnos, ou fortes receios d'elles, relativamente á pessoa, honra ou fazenda do contrahente ou de terceiros ».

Art. 667.º: « As considerações vagas ou geraes, que os contrahentes fazem entre si, sobre os proveitos, ou prejuizos, que naturalmente possam resultar da celebração, ou não celebração do contracto, não são tomadas em consideração na qualificação do dolo ou da coacção »

Art 668.º: « De futuro não será licito renunciar previamente á nullidade, proveniente do dolo ou da coacção Mas se, tendo cessado a violencia, ou sendo conhecido o dolo, o contracto fôr ratificado pelo coagido ou enganado, este não poderá desde então impugnal-o por semelhantes vicios »

(1) Ha, por exemplo, excepções no § 1.º do art. 758.º e nos artt. 1719.º e 2413.º do codigo civil.

Ora, para comprehender o alcance d'estas disposições é necessario fixar a significação das expressões « causa do contracto e erro de direito e de facto ». A *causa* é o conjuncto de motivos que determinam o contrahente a prestar o seu consentimento. O *erro de direito* é a falsa comprehensão que o contrahente tem a respeito das garantias juridicas especiaes que a lei estabelece para o contracto. O *erro de facto* é o que recahe sobre as circumstancias extralegaes do contracto.

Com estas noções, fazendo applicação d'aquelles preceitos ao contracto de sociedade, vê-se que este é nullo, por nullidade do consentimento, quando um socio estiver em erro sobre as garantias especiaes que a lei estabelece para a sociedade que contractou. Supponhamos, por exemplo, que um individuo contractou uma sociedade civil, em que a sua responsabilidade ficaria limitada á sua parte no fundo social (codigo civil, art. 1272.º); mas a sociedade constituiu-se sob a fórma das sociedades em nome colectivo, e, como a lei estabelece para este caso garantias especiaes, a sua responsabilidade ficou d'este modo illimitada, por força do disposto nos artt. 105.º § 1.º e 106.º do codigo commercial. N'estas condições, o socio prejudicado póde arguir a nullidade do contracto por motivo de erro de direito.

E esta conclusão, que resulta claramente da applicação dos principios estabelecidos, não póde ser annullada pela disposição do art. 9.º do codigo civil, segundo o qual ninguem póde eximir-se de

cumprir as obrigações impostas por lei, com o fundamento de ignorancia d'esta ou do seu desuso (1). E com effeito, n'este artigo trata-se das obrigações impostas por lei, emquanto que nos artt. 656.º e seguintes trata-se das obrigações contractuaes. E, por isso, nas obrigações contractuaes, se o erro de direito sobre a causa é motivo de nullidade, com maioria de razão o deve ser a ignorancia, pois que n'este estado do espirito é maior ainda a viciação do consentimento do que no erro, podendo mesmo dizer-se que não ha consentimento.

Mas se não obstante haver erro ou ignorancia de direito sobre a causa do contracto, o socio enganado ficou n'uma condição juridica mais favoravel do que aquella que elle queria, entendemos que elle não pôde arguir a nullidade, porque a isso se oppõe o pensamento da lei, embora a letra do art. 659.º admitta a doutrina contraria.

Supponhamos, por exemplo, que um socio, pensando contractar uma sociedade em que a sua responsabilidade seria illimitada, ficou, pelo contrario, sujeito a responsabilidade limitada á sua entrada, mas com todas as vantagens que teria na primeira situação. Poderá este socio pretender a nullidade do contracto com o funda-

(1) Deve corrigir-se assim a redacção defeituosa d'este artigo, para evitar a falsa interpretação, que já lhe foi dada por um commentador (Bruschy, *Manual do direito civil portuguez*, § 17.º, nota 10, vol. 1.º), segundo a qual, a ignorancia da lei, quando fosse uma realidade, e não um pretexto, seria motivo para eximir do cumprimento das obrigações impostas.

mento de erro de direito? Entendemos que a justiça da lei não permite semelhante nullidade (1). Mas repetimos, a traducção literal das suas palavras (codigo civil, art. 659.º) póde auctorisar a nullidade.

Mais restricta é a applicação do erro de facto sobre a causa do contracto, pois só produz nullidade quando o contrahente enganado houver declarado expressamente que só em razão d'essa causa contractára, e esta declaração tiver sido expressamente acceita pela outra parte (art. 660.º); e esta mesma regra tem applicação quando o **erro** recahir sobre pessoa que, não figura no **contracto**, mas em consideração da qual o contrahente enganado se resolveu a contractar (art. 662.º, *in fine*).

Supponhamos, pois, que um individuo contractou uma sociedade, pela simples razão das vantagens ou proveitos que d'ahi lhe podessem advir, ou porque alguma pessoa extranha ao contracto, digna de todo o credito, se prestava a auxiliar e favorecer as operações da empresa; mas o contrahente reconhece depois que estava em erro, porque nem a sociedade lhe dá vantagens algumas, nem essa terceira pessoa auxilia a empresa. Ha realmente erro de facto. Mas, nos termos d'aquelles preceitos, este erro só é motivo de nullidade, tendo o contrahente enganado declarado expressamente que só por aquelles motivos contractára a sociedade, e tendo os outros socios acceitado expressamente esta declaração.

(1) No mesmo sentido, Vidari, *Corso di diritto commerciale*, vol. 1.º, n.º 596.

E' um pouco mais latitudinaria a applicação do erro sobre o objecto do contracto ou sobre as qualidades do mesmo objecto, e sobre a pessoa com quem se contracta. Este erro, que é um erro de facto, produz nullidade, sempre que o contrahente enganado houver declarado, ou se prove pelas circumstancias do mesmo contracto, egualmente conhecidas da outra parte, que só por essa razão e não por outra contractára, ainda mesmo que os outros contrahentes não tenham acceitado á declaração (artt. 661.º e 662.º *in pr.*).

Supponhamos, por exemplo, que um individuo contracta uma sociedade para exploração de certas minas, ou uma sociedade qualquer, mas com certos e determinados socios; mas que, feita a exploração das minas, se não encontra mineral algum, ou se encontram mineraes inferiores áquelles pelos quaes elle se resolvera a negociar, ou que na sociedade não entram todas as pessoas ou entram mais do que aquellas com quem elle quizera formar a sociedade, ou então entram pessoas diversas. Ha, evidentemente, no primeiro caso, erro sobre o objecto, e no segundo, erro sobre as pessoas. O socio enganado póde, portanto, arguir a nullidade, havendo declarado, ou provando-se pelas circumstancias do mesmo contracto, egualmente conhecidas dos outros socios, que só por essa razão e não por outra contractára a sociedade.

Mas quando o erro procede de dolo ou de má fé de um dos contrahentes, ou de terceiro, que tenha interesse directo no contracto, é sempre motivo de nullidade, quer recaia sobre a causa

ou sobre o objecto do contracto, quer seja relativo ás pessoas, independentemente de quaesquer declarações do contrahente enganado. E' igualmente, e com a mesma latitude, motivo de nullidade o emprego da coacção physica ou moral, capaz de produzir damnos, ou fortes receios d'elles, sobre a pessoa e bens do contrahente ou de terceiro, para conseguir a prestação do consentimento.

Como se vê da exposição summaria dos preceitos em que a lei consigna a força do erro e da coacção, como motivos de nullidade dos contractos por viciação do consentimento, a sua applicação geral e superficial póde constantemente pôr em risco o principio da validade irrevogavel das convenções licitamente celebradas, se os tribunaes na apreciação e no julgamento não examinarem com a maxima reflexão e escrupulo a intenção dos contrahentes e todas as circumstancias que acompanham os requisitos e as condições de cada contracto. E certamente não foi proposito nem pensamento do legislador dar margem a tanta instabilidade das relações juridicas contractuaes. E' por isso que ao lado, e em contraposição, d'aquelles principios a lei declara: que o erro commum e geral não produz nullidade; que o simples erro de arithmetica, ou de escripta, só dá direito á sua rectificação; e que as considerações vagas ou geraes sobre os proveitos ou prejuizos não são tomadas em consideração na qualificação do dolo ou da coacção.

Do pensamento geral resultante de todos estes preceitos vê-se que o intuito do legislador foi

apenas annullar aquelles contractos em que um ou alguns contrahentes ficam prejudicados, mas em que elles certamente não consentiriam, se não fôra o erro em que os induziram ou a coacção com que forçaram a sua vontade. No pensamento do legislador, o erro e a coacção só são motivos de nullidade, quando manifestamente constituem a causa determinante exclusiva que resolveu os contrahentes enganados e prejudicados a celebrar o contracto.

Tal é o principio geral que deve presidir á apreciação dos vícios do consentimento.

Mas deve notar-se que a nullidade não pôde ser arguida, se o contrahente enganado ou coagido tiver ratificado o contracto depois de conhecer o erro ou de ter cessado a coacção.

11. O objecto dos contractos é determinado pelos artt. 669.^o-671.^o do codigo civil (1). Nos termos d'estes artigos só podem ser objecto de contractos as cousas ou actos physicamente possiveis e legalmente permittidos.

(1) Art 669.^o: «E' nullo o contracto, cujo objecto não seja physica e legalmente possivel».

Art. 670.^o: «Nos contractos só se considera como physicamente impossivel o que o é absolutamente em relação ao objecto do contracto, mas não em relação á pessoa que se obriga»

Art. 671.^o: «Não podem legalmente ser objecto de contracto: 1.^o As cousas que estão fóra do commercio por disposição da lei; 2.^o As cousas ou actos, que não se podem reduzir a um valor exigivel; 3.^o As cousas cuja especie não é, ou não pôde ser determinada; 4.^o Os actos contrarios á moral publica, ou ás obrigações impostas por lei».

A lei considera physicamente possiveis todas as cousas existentes e todos os actos praticaveis, embora sejam inexequiveis relativamente ás pessoas contractantes. E legalmente só podem ser objecto de contractos: as cousas que estão no commercio, isto é, aquellas que podem constituir propriedade particular; aquellas cuja especie é, ou pôde ser determinada; e os actos que se podem reduzir a um valor exigivel, não sendo contrarios á moral publica ou ás obrigações impostas por lei.

Fazendo applicação d'estes preceitos ao contracto de sociedade, vê-se que o seu objecto comprehende não só as cousas que são postas em commum para constituir o fundo ou activo social, mas tambem os actos que a sociedade pretende praticar no exercicio da sua industria, isto é, o fim que ella se propõe alcançar. E a sociedade é nulla, por ser nullo o contracto da sua formação, sempre que o seu objecto não seja legal e licito.

Embora uma sociedade se constitua com um fundo ou activo social perfeitamente legal e licito, o seu emprego em operações lucrativas pôde consistir em actos reprovados pela lei e pelos bons costumes, e então a sociedade é integralmente affectada pelo vicio fundamental do fim illegal e illicito, que tem como consequencia necessaria e irremediavel a pena de nullidade.

E' impossivel fazer a enumeração completa dos actos illegaes e illicitos a que pôde dedicar-se uma sociedade, porque elles são inexgotaveis no campo

indefinido da criminalidade e da immoralidade humana. E na maior parte dos casos não será difficil decidir se o objecto social é illegal e illicito. Ha comtudo hypotheses em que a solução é relativamente difficil, e que por isso convém considerar particularmente.

Consideremos em primeiro logar o contracto de sociedade destinado a exercer o contrabando ou descaminho de direitos, isto é, a importar ou exportar mercadorias prohibidas, ou as permitidas, subtrahindo-as ao pagamento dos direitos alfandegarios.

Se uma tal sociedade se constiue para exercer no paiz a sua industria, ella é evidentemente nulla, por ser illegal o seu objecto (codigo penal, artt. 279.^o-281.^o).

Mas a solução é discutivel, se a sociedade se constiue no paiz para exercer a sua industria no estrangeiro.

Alguns auctores pretenderam sustentar a existencia legal e licita de semelhantes sociedades, e já a jurisprudencia franceza confirmou esta doutrina (1), fundando-se em que as leis prohibitivas d'um paiz não obrigam senão os seus nacionaes e que cada paiz é o unico competente para assegurar a execução das suas prescripções, d'onde resulta que os tribunaes d'um paiz não teem poder algum para applicar as leis estrangeiras, e muito menos para annullar as convenções celebradas pelos seus nacionaes em contravenção d'essas leis.

(1) Vide em: Nyssens et Corbiau, *ob. cit.*, n.^o 47; Calamandrei, *obr. cit.*, n.^o 22.

A verdade, porém, é que estes fundamentos são destituídos de toda a logica dos principios da applicação nacional e internacional do direito.

As leis prohibitivas obrigam todos os individuos, tanto nacionaes como estrangeiros, dentro do respectivo territorio, e os tribunaes d'um paiz são muitas vezes chamados a applicar na area da sua jurisdicção as prescripções de leis estrangeiras. Mas, de mais, na questão, que se discute, de se reconhecer, ou não, a validade d'um contracto de sociedade com o fim de praticar o contrabando no estrangeiro, não se trata de applicar senão a lei nacional. A lei de todos os povos civilizados prohibe como illegaes e illicitos os contractos que tiverem por objecto ou fim praticar actos contrarios aos bons costumes da moral social, affectando-os de nullidade irreparavel. O que importa pois averiguar é se o exercicio do contrabando no estrangeiro é, ou não, um acto immoral e illicito. E cremos que a resposta é necessariamente a affirmativa, visto que a moralidade publica não é exclusiva de cada paiz. Desde que a lei nacional prohibe um acto, egualmente prohibido nas leis estrangeiras, este não póde deixar de ser considerado illegal e illicito por qualquer d'estas leis (1).

Se, porém, o contrabando não fôr prohibido em qualquer paiz, a sociedade constituida para ahí o exercer, embora contractada n'um paiz em

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. e log. cit.* ; Calamandrei, *obr. e log. cit.*; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 70; Guillery, *Les sociétés commerciales en Belgique*, vol 1.º, n.º 118-122; Pont, *obr. cit.*, n.º 43.

que elle seja prohibido, não deve ser considerada como illegal e illicita, porque na verdade o contrabando é d'estes actos que só são immoraes enquanto são prohibidos pela lei.

O jogo de azar, constituindo um facto prohibido pela lei (codigo penal, artt. 264.º e seguintes, codigo civil, artt. 1541.º e 1542.º), tambem não póde ser objecto d'uma sociedade, pelos mesmos motivos que o não póde ser o contrabando ou o descaminho.

Mas deverá applicar-se á exploração do jogo o mesmo principio da validade do contracto celebrado para exercer o contrabando ou o descaminho n'um paiz em que elle não é prohibido? Será legal e licita a sociedade constituída entre nós para explorar o jogo n'um paiz onde elle é permittido? Por um lado, parece que sim, pois não ha violação da lei nacional nem da lei estrangeira; mas, por outro lado, parece que não, pois o jogo é sempre um acto immoral, embora seja permittido n'alguns paizes. E a segunda parece-nos effectivamente a solução mais conforme com o espirito da lei, visto que é imposta pelos principios da moral, e por consequencia sancionada pela lei que prohibe todos os contractos immoraes (codigo civil, artt. 669.º e 671.º, n.º 4.º). E esta é, com effeito, a doutrina defendida pelos melhores auctores (1).

Existem de facto muitas convenções entre varias pessoas destinadas a explorar empregos publicos.

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 48; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 71; Guillery, *obr. cit.*, n.ºs 122 e 123; Pont, *obr. cit.*, n.º 44; Guillouard, *obr. cit.*, n.º 54.

Esta exploração exerce-se de varios modos: ou procurando alcançar do governo o provimento nos empregos, ou auxiliando os empregados no exercicio das suas funcções, ou procurando augmentar-lhes a clientella tanto quanto possivel. Deverão admittir-se como legaes e licitas estas convenções de sociedade?

Se a convenção se limita á prestação de serviços para auxiliar o funcionario no desempenho das suas funcções, continuando elle na direcção pessoal dos serviços que estão a seu cargo, nada ha realmente n'este contracto de illegal ou illicito. Mas se a convenção tem por fim desonerar completamente o funcionario do trabalho do seu cargo, isental-o do exercicio directo das suas funcções, continuando, porém, a receber uma parte dos proveitos, não ha a menor duvida de que tal contracto é nullo, por ser illegal e illicito, pois que o exercicio das funcções publicas é pessoal e intransmissivel. E por egual ou maior razão são nullas todas as convenções de sociedade destinadas a obter empregos ou a augmentar-lhes a clientella, porque o exercicio das funcções publicas deve ser conferido ás pessoas que por suas qualidades, aptidões e merecimentos offereçam as mais seguras condições de capacidade, honestidade e justiça, na administração que lhes fôr confiada. Na obtenção de empregos por meio de pedidos e favoritismos, como na sua exploração por concorrência desleal, não póde haver combinações ou contractos cuja existencia a lei reconheça.

Supponhamos tambem que uma sociedade se constitue para ajustar casamentos; e infelizmente ha de facto empresas d'esta ordem, tanto mais que as leis penaes e administrativas não teem a coragem de as punir severamente. Reconhecerá a lei a validade de semelhante contracto?

« Repellimos a affirmativa sem a menor hesitação, porque taes agencias contrarias á razão moral e juridica, são dos symptomas mais degradaentes da immoralidade d'uma sociedade corrupta! E o interprete deve sempre repellir toda a interpretação que attribua ao legislador o reconhecimento legal d'uma immoralidade » (1).

Finalmente, e como principio geral, a lei considera nullo todo o contracto, e, portanto, o de sociedade, que tiver por objecto ou fim praticar actos reprovados pela mesma lei e pela moral social. Assim são nullas as sociedades destinadas a praticar a pirataria (codigo penal, art. 162.^o), o trafico de escravos, a fabricação de moeda falsa ou de quaesquer titulos (codigo penal, artt. 206.^o e seg., 215.^o e seg. e 228.^o e seg.), o monopolio prohibido (codigo penal, artt. 275.^o e seg.), convenções illicitas sobre fundos publicos (codigo penal, art. 273.^o), a explorar a prostituição, a publicação de livros obscenos, etc.

Mas na apreciação do character illegal ou illicito d'uma sociedade é necessario ter sempre em vista o conjuncto das condições e circumstancias do contracto para se proferir justamente a sancção da nullidade. A simples pratica de um ou mais

(1) José Tavares, *obr. cit.*, pag 149

actos isolados illegaes e illicitos não é por si só motivo sufficiente de nullidade completa do contracto de sociedade. Para tanto é necessario que a pratica dos actos immoraes constitua integralmente o objecto ou fim da sociedade; quer dizer, é indispensavel que a sociedade na sua constituição obedecesse já ao proposito de exercer a industria reprovada pela lei e pela moral publica. Porque, se a sociedade se constituiu com fins e nas condições legaes, é juridicamente válida a sua existencia, embora posteriormente pratique alguns actos illegaes. N'estas condições, só esses actos são nullos, e sujeitos ás sancções legaes, mantendo-se porém a validade do contracto emquanto aos actos praticados no dominio dos fins que licitamente a sociedade se propõe realisar. Se, por exemplo, uma sociedade industrial, legalmente constituida, consegue importar ou exportar mercadorias, com contrabando ou descaminho de direitos, ella não deve ser nulla simplesmente pela pratica d'estes factos illegaes, que é punida pela lei penal e fiscal. Só haverá nullidade, se na formação da sociedade o contracto tinha já por objecto e fim a pratica do contrabando ou do descaminho. E o mesmo principio tem a mesma applicação a todas as sociedades que, accessoriamente á sua industria legal e licita, pratiquem actos illegaes e illicitos.

12. A primeira condição particular do contracto de sociedade é a constituição d'um fundo ou

activo social, que póde ser só de capital, só de industria, ou de capital e industria conjunctamente. E esta condição é na verdade essencial á vida economica e juridica de qualquer sociedade, porque sem ella não podem ser iniciadas as operações industriaes, que constituem o seu objecto.

A constituição do fundo ou activo social resulta necessariamente da propria natureza das cousas, e é legalmente imposta pela propria definição do contracto de sociedade (codigo civil, art. 1240.º). Para a sua formação todo o socio é obrigado a concorrer com capital ou com industria. E' esta uma obrigação, que, embora não seja expressa e formalmente estabelecida em artigo algum do codigo civil, deriva logicamente do conjuncto de principios constitutivos do organismo juridico da sociedade, e que o codigo commercial impoz terminantemente (art. 118.º, § 1.º).

A obrigação imposta a cada um dos socios de contribuir com a sua parte para a formação do fundo ou activo social é um elemento fundamental e essencial do contracto; é a causa necessaria do systema de direitos e obrigações que cada um adquire na sociedade. E, por isso, aquelle que intervem n'um contracto de sociedade, sem de modo algum concorrer para a formação do fundo ou activo social, não póde realmente ser considerado socio.

Mas deverá concluir-se d'aqui a nullidade do contracto de sociedade celebrado n'estas condições? Entendemos que não. E, com effeito, existem duas soluções, egualmente juridicas, a

confirmar a validade de semelhante sociedade. A primeira resulta da faculdade que teem os socios de fazerem uma doação em favor d'aquelle ou d'aquelles, que não entram para a sociedade com capital algum; tal doação é perfeitamente válida, desde que sejam cumpridas as condições externas e internas d'esta especie de contractos, nos termos dos artigos 1452.º e seguintes do codigo civil. E n'estas condições, o contracto de sociedade é tão legitimo, quanto é certo que o socio donatario entra realmente com a sua parte no fundo social, isto é, com aquillo que lhe foi doado (1). Mas se dos termos e condições do contracto resultar que não houve realmente doação em favor do contrahente que nada forneceu para a constituição do fundo ou activo social, tem lugar uma segunda solução, que permite a validade do contracto: é a legitima presumpção de que este contrahente se obriga a prestar á sociedade o seu trabalho, os seus serviços e os seus conhecimentos, podendo por este modo concorrer poderosamente para o bom exito das operações sociaes, na qualidade de socio de industria.

Por consequencia, só quando do contracto resultar manifestamente que um dos contrahentes,

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 65; Laurent, *obr. cit.*, vol 26.º, n.º 144; Pont, *obr. cit.*, n.º 59; Guillouard, *obr. cit.*, n.º 65; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 14. Pothier (*obr. cit.*, n.º 8) sustentou que tal contracto é nullo, por envolver uma doação de bens futuros, o que só é permittido nas doações por casamento. Mas esta doutrina de Pothier não é sustentavel, porque no contracto em questão póde haver uma doação de parte dos bens presentes que entram para a sociedade.

não tendo concorrido com capital algum, proprio ou doado pelos outros contrahentes, não fica tambem obrigado a prestar os seus serviços á industria da sociedade, é que a sociedade será nulla, pelo menos, em relação a elle.

Mas os socios, sendo todos obrigados a contribuir para o fundo social, podem porém fazer as suas entradas em qualidade e quantidade differentes.

O socio póde fornecer quaesquer especies de bens ou capital, dinheiro, bens mobiliarios ou immobiliarios, titulos de credito publico ou particular, ou quaesquer outros valores realisaveis a dinheiro, como, por exemplo, os titulos de propriedade industrial, e então é socio capitalista; póde fornecer a sua industria, isto é, o seu trabalho, os seus serviços, um segredo util, um processo industrial, uma clientela, os seus conhecimentos especiaes e technicos, e então é socio de mera industria; ou póde fornecer uma e outra cousa, e então é socio de capital e industria (codigo civil, artt. 1240.º, 1255.º, 1264.º; codigo commercial, art. 118.º, n.º 1.º e 3.º e §§ 1.º e 4.º); n'uma palavra, o socio capitalista póde, em geral, entrar para a sociedade com todos os seus bens ou direitos, que podem ser objecto de contractos, e o socio de industria póde entrar com toda ou parte da sua actividade economica.

Mas deve notar-se que, salva a excepção das sociedades universaes (codigo civil, art. 1243.º e § un.), o socio não póde entrar com o direito que tenha a herança de pessoa viva, visto que o

socio capitalista é responsavel para com a sociedade como qualquer vendedor para com o comprador, e este direito não póde ser objecto de compra e venda (codigo civil, artt. 1252.º e 1556.º).

E deverá ser considerada como validamente constituída a sociedade em que um ou alguns socios entram simplesmente com o seu nome?

Os auctores costumam distinguir entre o nome ou credito politico ou social, e o industrial ou commercial. A respeito do primeiro são unanimes em sustentar que semelhante entrada para o fundo social não póde ser permittida, não tanto por ser irreductivel a valor pecuniario, como ensinava Pothier (1), como por ser illicita e contraria aos bons costumes (2). A maioria d'elles, porém, sustenta ser licita a entrada para o fundo d'uma sociedade, por parte de qualquer socio, simplesmente com o seu nome industrial ou commercial, quando este nome representa intelligencia, probidade e aptidões especiaes, que justamente constituem um bem ou capital licito. Mas é certo que tambem auctores de reputação tradicional (3) sustentam doutrina contraria.

E, em verdade, esta nos parece a solução mais razoavel e conforme com os legitimos principios.

(1) *Obr cit*, n.º 10.

(2) Nyssens et Corbiau, *obr cit*, n.º 70; Houpin, *obr. cit*, n.º 33; Lyon Caen et Renault, *obr cit*, n.º 32; Guillery, *obr. cit.*, n.ºs 91-94; Laurent, *obr cit.*, n.º 143; Guillouard, *obr. cit*, n.º 64; Pont, *obr. cit.*, n.º 64.

(3) Laurent, *obr. cit*, n.º 143; Troplong, *obr. cit.*, n.ºs 114 e 115; Vavasseur, *obr cit*, n.º 77.

Com effeito, se o nome industrial ou commercial é uma firma nova no mercado, não tem de facto, de per si só, valor economico real e effectivo, e como tal, não constitue capital ou industria, capazes de fazer parte integrante do fundo social.

Se, porém, o nome constitue uma firma consagrada e acreditada no commercio, capaz de fornecer á sociedade uma clientela mais ou menos garantida, tem realmente um valor economico apreciavel, e póde portanto constituir a entrada d'um socio. Mas n'este caso não é só o nome do socio que entra; é tambem a clientela que elle traz consigo, o producto da sua actividade industrial.

Por consequencia, em these geral, sustentamos que o simples nome d'um individuo não é titulo sufficiente para lhe conferir a qualidade de socio n'uma sociedade industrial. E quando, por ventura, um socio figure exclusivamente com este titulo, os outros socios poderão obrigar-o a prestar o seu concurso na actividade da empreza social (codigo civil, art. 1251.º e codigo commercial, art. 118.º, n.ºs 1.º e 3.º).

Constituido o fundo ou activo social, o capital formado com as entradas dos socios capitalistas constitue geralmente propriedade da sociedade, como pessoa juridica distincta da dos associados. E' o que se chama o capital social. Este principio resulta logicamente do organismo juridico do contracto de sociedade, e é expressamente estabelecido para as sociedades commerciaes (codigo civil, artt. 1240.º, 1259.º e 1274.º; codigo

commercial, artt. 116.º, § un., 118.º, § 3.º e outros).

Mas a lei, respeitando o principio da liberdade contractual, permite aos socios entrar com objectos certos e determinados, pondo em sociedade sómente os fructos e o uso d'elles; e muito diversa é a situação juridica respectiva, se fornecessem tambem a propriedade dos mesmos objectos (codigo civil, art. 1259.º). E' pois, de fundamental importancia determinar a situação juridica das entradas ou quotas de capital, quando o contracto a não fixa claramente.

Se o contracto é feito singelamente, sem estipulações ou clausulas accessorias mais ou menos complicadas em relação ás quotas ou entradas dos socios, e em harmonia com os dizeres geraes das disposições da lei, resulta dos preceitos citados dos codigos civil e commercial que tudo fica pertencendo integralmente e em propriedade plena á pessoa juridica collectiva da sociedade, não por uma simples presumpção, como ensinam alguns auctores (1), mas pela applicação directa e natural dos preceitos legaes da constituição economica da sociedade. Desde que os socios na celebração do contracto não modificaram os seus termos legaes, elle deve ser interpretado pela sua definição juridica; e segundo esta, os bens postos em *commum* são propriedade da sociedade, salvo se

(1) Delangle, *Traité des sociétés commerciales*, n.º 94 e seg; Duvergier, *Du contrat de société*, n.º 204; Duranton, *obr. cit.*, vol. 17.º, n.º 408.

no contracto se estipulou o contrario a respeito d'alguns bens (1).

Mas os socios, em vez de estipularem clara e inequivocamente, na redacção do contracto, que só conferem á sociedade o uso e fruição de certos objectos, conservando sobre elles a sua propriedade exclusiva e particular, podem servir-se de termos menos precisos, exarando clausulas e condições, que levantem duvidas e difficuldades.

Supponhamos, por exemplo, que no contracto se estipulou que a sociedade era só de lucros e de perdas em relação a certos e determinados socios, embora tambem estes fornecessem alguns bens. N'este caso, a duvida não existe, porque a clausula é expressa, excluindo aquelles bens do capital social. Mas se, em vez d'isto, se dissesse que a sociedade de lucros e de perdas, relativamente a certos socios, era n'uma proporção determinada, differente da dos outros, ainda mesmo que fosse menor, sem se fazer allusão alguma ao capital originario, todos os bens fornecidos por todos os socios ficariam pertencendo ao capital social. E os socios de menor participação nos lucros, ainda que tivessem fornecido capital maior, não poderiam allegar, com este fundamento, ser sua intenção conferir á sociedade apenas o uso e a fruição dos bens com que entraram, salvo se, na falta de contracto escripto, a desproporção entre os bens conferidos e os lucros consignados fosse muito

(1) Este principio é expressamente estabelecido em alguns codigos commerciaes estrangeiros: codigo allemão, art. 90.º; italiano, art. 82.º; da Roumania, art. 83.º.

consideravel, e as circumstancias do mesmo contracto revelassem a intenção de fornecer ao activo social sómente o uso e a fruição dos mesmos bens.

Quid juris, se uma clausula do contracto estipulou que, depois da dissolução da sociedade, um, alguns ou todos os socios reivindicariam os bens com que entraram? A' primeira vista parece que d'estes bens só entrava para o fundo social o uso e a fruição, mas não a propriedade, visto que os socios pretendem, no fim da empresa social, retomar a parte com que entraram. Mas a verdade é que esta clausula, só de per si, não auctorisa tal solução, e é perfeitamente compativel com a entrada em propriedade social, significando apenas uma fórmula de partilha, applicavel, se no momento da dissolução existirem ainda os bens conferidos por cada socio. E, com effeito, se no contracto não houvesse clausula expressa, prohibindo á sociedade a alienação dos bens sociaes, poderia a administração social dispôr d'elles, tanto por vantagem economica, como por necessidade de satisfazer obrigações contrahidas, e aquella clausula da reivindicação posterior ficaria sem effeito algum.

Muitas outras hypotheses se poderiam formular, mas, para não fazermos mera casuistica, o que importa é fixar os principios geraes. E o principio geral d'este problema é que, na falta de estipulações contractuaes inequivocas, o contracto deve ser interpretado nos termos da lei que o regula; e segundo as disposições d'esta, já referidas, os bens

postos pelos socios em communhão constituem bens sociaes, capital social, ou propriedade da sociedade. Em todo o caso, quando dos termos, natureza e circumstancia do contracto, não resultar a verdadeira intenção dos socios sobre as estipulações accessorias, deverá ter-se sempre em vista aquelle principio legal de interpretação, que nos contractos onerosos manda resolver as duvidas pela maior reciprocidade de interesses (codigo civil, art. 685.º, regra 2.ª).

N'este recurso final, o julgador deve tomar na devida consideração todos os elementos do contracto, e decidir pelos principios da justiça equitativa entre todos os socios.

Liquidado que todo o socio é obrigado a concorrer para a sociedade com capital ou com industria, importa ainda fixar a responsabilidade contrahida por essa obrigação. Estabelece-a d'um modo geral o art. 1251.º do codigo civil, igualmente applicavel ás sociedades do codigo commercial: « *O socio é responsavel, para com a sociedade, por tudo aquillo a que se houver obrigado para com ella.* »

Como, porém, cada socio póde entrar para o fundo social com industria ou com as diversas especies de capital, é necessário determinar a sua responsabilidade, conforme a natureza e especie da sua entrada. Para este effeito, acompanharemos a enumeração das entradas ou quotas sociaes, feita pelo codigo commercial, igualmente applicavel ás sociedades do codigo civil: *dinheiro, titulos de credito, bens, valores realisaveis em*

dinheiro, e industria (codigo commercial, art. 118.º, n.º 1.º e §§ 1.º e 4.º).

As entradas em dinheiro são muito frequentes, sobretudo nas sociedades por acções; e realisam-se por meio de pagamento integral por uma só vez, no principio da sociedade, ou por differentes vezes no decorrer da vida social, fixadas préviamente no contracto, ou determinadas pelas necessidades da administração. A este respeito os socios gozam de plena liberdade na formação do contracto, salvas as restricções impostas ás sociedades anonymas e em commandita por acções (codigo commercial, artt. 162.º, cond. 3.ª, § 1.º, e 201.º), que não podem constituir-se definitivamente sem ser realisado o pagamento de dez por cento do capital subscripto pelos accionistas, ou cinco por cento, se a sociedade fôr de seguros.

Mas estabelecida no contracto a entrada de certa somma em dinheiro, o socio, que a não realisar no tempo competente, é responsavel para com a sociedade pelos juros d'essa somma, contados desde o dia em que a prestação fôr devida (codigo civil, art. 1253.º); nas sociedades commerciaes, o socio remisso responde tambem pelos prejuizos que da sua omissão resultarem á sociedade, alem de quaesquer penalidades estabelecidas nos estatutos para os accionistas e subscriptores remissos (codigo commercial, artt. 118.º, § 5.º e 169.º, § 3.º); e esta mesma responsabilidade complementar póde ser igualmente estipulada no contracto de qualquer sociedade, civil ou commercial, por virtude da faculdade que teem os

contrahentes de ajuntar aos seus contractos as condições ou clausulas, que bem lhes parecerem (codigo civil, artt. 672.º e seg.).

De resto, o cumprimento da prestação em dinheiro deve ser feito pela fórmula e na especie convencionadas, e nos termos dos artt. 724.º a 727.º do codigo civil.

A segunda especie de capital, tambem muito frequente na constituição das modernas sociedades industriaes, por virtude do enorme e progressivamente mais expansivo desenvolvimento da riqueza mobiliaria, é o constituido pela immensa variedade de titulos de credito, tanto publico como particular. E' em titulos da divida publica, interna e externa, de todos os Estados financeiros, em acções e obrigações de sociedades, nacionaes e estrangeiras, em titulos de emprestimos, feitos a corporações e particulares, mais ou menos garantidos por cauções, hypothecas e fianças, que se traduzem modernamente a maior parte das fortunas capitalistas. E por isso as entradas de capital na constituição das sociedades se effectua frequentemente por estes, e outros titulos de credito, como as letras, livranças, cheques, cautelas de penhor, de deposito, etc., etc.

Qual é a responsabilidade assumida por um socio, que se obriga a contribuir para a sociedade com certos titulos de credito?

O codigo civil responde d'uma maneira geral (art. 1252.º). «Se o socio entrar para a sociedade com algum objecto determinado, de que a sociedade venha a ser evicta, será responsavel para

com ella, como o seria qualquer vendedor para com o comprador». Mas esta disposição generica, de facil applicação, quando se tracta de cousas ou bens que teem incorporado na sua propria substancia o seu valor economico, levantaria serias difficuldades na liquidação da responsabilidade do socio, quando se tracta dos titulos de credito, que não teem valor algum no objecto da substancia que materialmente os constitue, mas só teem valor pelo direito ou credito que representam, mas um valor muito variavel com as condições do mercado nacional e internacional e com as condições de solvabilidade dos respectivos devedores. Se os associados estipularam no contracto o valor attribuido aos titulos conferidos, nenhuma difficuldade existe desde que os conferentes assegurem á sociedade a sua posse effectiva pelos meios legitimos de transmissão; e n'isto consiste a sua responsabilidade.

Mas se o contracto não fixou o valor real attribuido aos titulos, como deverá liquidar-se aquella responsabilidade, se a sociedade fôr evicta a respeito d'elles, e não o sendo, como deverá avaliar-se a parte dos socios conferentes no capital social? Se os titulos teem cotação no mercado, é razoavel dar-lhes o valor da sua cotação ao tempo da entrada para a sociedade, embora no silencio do contracto, pareça mais legal attribuir-lhes o seu valor nominal. Para as sociedades commerciaes, responde expressamente o codigo commercial (art. 118.º, § 2.º, *in pr.*): «O capital representado por titulos de credito que tenham cotação reputa-se

effectivo e em ser pela cotação ao tempo da entrada, quando a sociedade os não tiver acceitado por preço inferior»; e é claro que a mesma regra deve applicar-se, se a sociedade os não tiver acceitado por preço superior, porque, se tiver, como é de pleno direito dos socios, é pelo valor contractado que se determina a responsabilidade e o direito dos socios conferentes. E este preceito da primeira parte do § 2.º do artigo 118.º do codigo commercial applica-se egualmente ás sociedades civis, visto que não contraria as disposições respectivas do codigo civil, e por virtude da disposição do artigo 16.º do mesmo codigo.

Se, porém, os titulos de credito conferidos não tem cotação no mercado, e o contracto não fixa o seu valor, a solução do problema é differente, conforme se tracta de sociedades civis ou commerciaes. Para estas responde a segunda parte do § 2.º do artigo 118.º do codigo commercial: «e o capital representado por outros titulos de credito só se reputará effectivo e em ser depois de cobrado por conta e á custa do socio, e sob sua privativa responsabilidade». Por consequencia, estes titulos só constituem a entrada social, com o valor que fôr effectivamente realizado; e se a sociedade os tiver acceitado por um preço superior, por este é responsavel o socio conferente, de modo que n'esta cessão de creditos o cedente é responsavel pela solvencia do devedor, o que não acontece na cessão do codigo civil, onde o cedente apenas responde pela existencia e legitimidade do credito, salva a estipulação em contrario (codigo

civil, art. 794.^o). E' por isso que aquella disposição não póde applicar-se ás sociedades civis, salvo se estas se constituirem nos termos do codigo commercial (art. 106.^o), porque n'este caso se regem pelas mesmas regras, excepto no que respeita á jurisdicção e á fallencia.

Se, portanto, na constituição d'uma sociedade civil, sem fórma commercial, entram para o capital social titulos de credito sem cotação no mercado, e o contracto não fixa o seu valor real, este será o nominal, e o socio conferente só é responsavel pela existencia e legitimidade do credito ao tempo da constituição da sociedade, que é o momento da cessão do credito, a não ser que se tenha responsabilisado expressamente pela cobrança do mesmo credito.

De resto, para que a entrada dos titulos de credito no capital social produza todos os seus effeitos, tanto para com terceiros como para com a sociedade, é necessario que a transmissão se faça nos termos legaes: por meio de indosso, se forem á ordem; pela entrega real, se forem ao portador; pela fórma determinada no diploma que os crear, se forem titulos publicos negociaveis; pelas fórmas da cessão de creditos estabelecidas no codigo civil, se forem nominativos não indossa-veis; e se forem acções ou obrigações nominativas de sociedades, é alem d'isso necessario o averbamento no livro do registo da respectiva sociedade (codigo commercial, artt. 483.^o, 168.^o, § 1.^o e 198.^o).

Consideremos agora a entrada social em bens ou quaesquer valores realisaveis em dinheiro.

A responsabilidade do socio conferente determina-se pela mesma regra do art. 1252.º do codigo civil; é a mesma do vendedor para com o comprador. O socio é obrigado a entregar os bens á sociedade, a responder pelas qualidades dos bens e a prestar a evicção, nos termos dos artt. 1568.º e seguintes do codigo civil.

De resto, se a entrada consiste em bens ou direitos immobiliarios, para que a transmissão produza todos os seus effeitos, para com terceiros como para com a sociedade, é necessario cumprir a formalidade do registo, salvo sendo de bens ou direitos indeterminados, por força do disposto nos artt. 949.º, n.º 4.º, 951.º, § unico, 1549.º, 1591.º e 1722.º do mesmo codigo; e se a entrada fôr em valores representados por titulos de propriedade industrial ou commercial, é necessario o registo nos termos da lei de 21 de maio de 1896.

Mas sendo a sociedade evicta dos bens conferidos para o capital social, como deverá liquidar-se a responsabilidade do socio conferente? Na compra e venda a liquidação é relativamente facil, porque consiste essencialmente no preço convencionado. E o mesmo acontece nas sociedades commerciaes e nas civis de fórmula commercial, onde os bens ou valores prestados ou promettidos pelos socios, e que fizerem parte integrante do capital social, serão devidamente descriptos e avaliados no instrumento do contracto de sociedade, e por tal avaliação responderão esses socios quando seja mister realisal-os (codigo commercial, artt. 106.º e 118.º, § 3.º).

Mas como deverá determinar-se o valor dos bens nas sociedades civis propriamente ditas, quando no contracto de sociedade se não tiver feito aquella avaliação? O codigo civil não o diz em artigo algum. E por isso temos de recorrer ás disposições que regulam casos analogos.

Para as entradas em industria, sem valor previamente estimado, manda o codigo (art. 1263.º) resolver a questão, quando não haja accordo entre os socios, por avaliação arbitral. E como, na verdade, o problema que se discute é perfeitamente analogo, entendemos que é esta a mais juridica solução.

Por consequencia, quando o socio não entregar á sociedade os bens a que se obrigou, ou a sociedade fôr d'elles evicta, se elles não tiverem sido previamente avaliados, o socio responderá pelo valor que se determinar arbitralmente, não havendo accordo entre o socio e a sociedade.

Consideremos finalmente a entrada social em industria.

A responsabilidade do socio de industria é determinada pelo art. 1255.º do codigo civil: « Aquelle, que se associou para exercer em commum certa industria, é responsavel para com a sociedade por todos os lucros, que obtiver por essa mesma industria ». Mas esta disposição é, por si só, insufficiente para definir a responsabilidade do socio de industria. Com effeito, a simples e restricta applicação do art. 1255.º parece dar a entender que o socio de industria só deve á sociedade os lucros alcançados pela industria

particular posta em sociedade, qualquer que seja o trabalho e a actividade do socio posta em acção a favor do interesse social.

Mas a esta responsabilidade restricta faz o codigo accrescer a responsabilidade pelos prejuizos causados por qualquer socio, por culpa ou negligencia, não podendo estes ser compensados com quaesquer lucros realizados em outros casos (art. 1258.º).

D'este modo, vê-se que a responsabilidade do socio de industria o obriga a prestar todo o seu concurso e toda a sua actividade no seu exercicio, preferindo sempre aos seus interesses particulares o interesse da industria social, sob pena de responder pelos prejuizos causados por sua culpa ou negligencia (1). Isto, porém, não quer dizer que o socio de industria seja obrigado a entregar-se completa e exclusivamente ao trabalho da industria social. Elle póde, ao lado dos negocios sociaes, tratar de negocios particulares, sómente seus, comtanto que não sejam da mesma natureza, porque n'esse caso todos os lucros pertencem á sociedade, e que, em todo o caso, sendo de natureza ou industria differente, não sejam prejudicados por falta de actividade os negocios sociaes.

A obrigação do socio de industria é, pois, uma obrigação constante e successiva de prestação de trabalho e serviços durante todo o tempo da existencia da sociedade. E o socio não póde desonerar-se d'ella, nem mesmo diminuil-a, com o

(1) Vidari, *Le società e le associazioni commerciali*, já cit., n.º 232; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 115 e 116.

fundamento de ter já produzido para a sociedade uma grande somma de lucros ou proveitos realísados.

13. A segunda condição particular do contracto de sociedade é o emprego do fundo ou activo social em operações lucrativas communs.

A necessidade d'esta condição resulta logica e necessariamente, como já demonstrámos, da definição legal e juridica d'este contracto.

Mais amplo era no direito romano o objectivo do contracto de sociedade, que se applicava á communnidade de qualquer fim ou de qualquer vantagem. E ainda modernamente alguns auctores (1) pretendem sustentar a mesma doutrina em face da definição juridica do contracto nos codigos contemporaneos, desde que o fim commum dos contrahentes seja uma vantagem qualquer susceptivel de ser apreciada em dinheiro. A verdade, porém, é que semelhante doutrina é insustentavel perante os codigos modernos, porque quasi todos elles, definindo o contracto de sociedade, estabelecem como caracteristica d'elle a intenção de realisar com o activo social lucros, beneficios ou proveitos a repartir em commum.

Estes lucros, beneficios ou proveitos da sociedade são precisamente as utilidades materiaes, economicas propriamente ditas, capazes de augmentar a riqueza particular dos socios; são o

(1) Troplong, *obr. cit.*, n.ºs 12 e 13; Guillery, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.ºs 129 e seg.

lucro pecuniario, realisado directamente em dinheiro, ou em generos reductiveis a este denominador commum dos valores economicos. E' n'este sentido que deve interpretar-se a doutrina geralmente ensinada pelos auctores, quando affirmam só ser sociedade, no sentido juridico, aquella associação de pessoas ou de capitaes com o fim de realisar lucros em dinheiro (1).

Por consequencia, na terminologia do codigo civil, o contracto de associação só se chama de sociedade, quando o objecto e o fim se traduzem em operações lucrativas communs, capazes de augmentar o patrimonio da sociedade, e o dos socios, por virtude da repartição em commum. Não são sociedades, no sentido juridico, as associações que não tenham por fim um proveito ou lucro material, como as associações religiosas ou caritativas, de recreio e de instrucção, scientificas, literarias, artisticas, de soccorros e seguros mutuos, e quaesquer outras de natureza analoga.

Embora o codigo civil, ao lado da repartição commum dos lucros, regule igualmente a repartição das perdas, é certo que elle não tem em vista senão prevenir a hypothese muito frequente do insuccesso das operações lucrativas da sociedade.

De resto, todo o conjuncto das disposições reguladoras do contracto de sociedade demon-

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 122-126; Laurent, *obr. cit.*, n.º 150; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 34 bis; Pont, *obr. cit.*, n.º 69.

stram claramente que é da sua essencia a constituição d'um fundo social destinado a produzir valores economicos, por meio de administração, negociação e exercicio industrial, não comprehendendo, pois, no seu organismo juridico aquellas associações constituídas sem um fim lucrativo commum a todos os socios. E' por isso que essas associações, quasi sempre constituídas com um fim de interesse geral, são reguladas por diplomas especiaes e pela legislação administrativa, que as sujeita a um regimen juridico muito diverso. E comtudo, de toda a justiça era que a lei egualmente reconhecesse a existencia juridica de todas as associações licitas, desde que ellas se sujeitassem ás regras de publicidade prescriptas para as sociedades de fórmula commercial. E' o systema já adoptado na legislação ingleza e suissa, e defendido pelos mais esclarecidos jurisconsultos (1).

Mas podem constituir-se muitas sociedades sem fim lucrativo, e que não sendo reguladas por diplomas especiaes, tambem não estão sujeitas á auctorisação governativa ou administrativa, por terem em vista apenas o interesse particular dos associados.

Estas associações, embora não sejam sociedades propriamente dictas, no sentido da terminologia mais geral da lei, são reguladas pelas mesmas regras do contracto de sociedade (codigo civil, art. 39.º).

(1) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 1091; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 129.

Tambem outras associações se podem estipular, entre duas ou mais pessoas, com um fim lucrativo, mas que não são sociedades propriamente ditas por lhes faltar o requisito da communidade nas operações lucrativas. Assim, não é de sociedade o contracto pelo qual duas ou mais pessoas põem em commun qualquer objecto, cousas ou bens, para se servirem d'elles privativa e alternativamente. Effectivamente, nos contractos d'esta natureza não se realisa a acção combinada e collectiva das forças e energias de todos os associados com o fim de realisar lucros communs, trabalhando, pelo contrario, cada um por sua conta e risco, com proveitos ou perdas proprias e exclusivas.

14. A ultima das tres condições particulares do contracto de sociedade é a participação commun dos socios nos lucros e nas perdas da empreza social.

Este principio é claramente, e com toda a justiça, formulado na propria definição do contracto de sociedade. O principio da communidade dos lucros é a justa compensação do encargo, commun a todos os socios, de concorrer para a formação do fundo social com alguns bens, trabalho ou industria; e a communidade nas perdas é, por sua vez, a legitima compensação da communidade nos lucros.

O codigo commercial estabelece o duplo principio da communidade nos lucros e nas perdas em duas disposições claras e terminantes (artt.

118.º, n.º 2.º e 119.º, n.º 1.º) (1); e o código civil (art. 1242.º) (2) condemna expressamente, como sociedade *leonina*, aquella em que os lucros e as perdas recairem respectiva e exclusivamente sobre algum ou alguns dos socios.

A prohibição da sociedade, chamada leonina pelos escriptores, por allusão á fabula do leão, tem o seu fundamento na legitima presumpção de que o contracto, pelo qual um socio ficasse privado da sua parte nos lucros ou isento da sua parte nas perdas, só poderia ser consentido pelos contrahentes prejudicados, sob a influencia de suggestões dolosas ou combinações desleaes, traduzindo uma injustiça flagrante, que o legislador de modo algum poderia reconhecer. Na verdade, a convenção leonina d'uma sociedade está em contradicção aberta e terminante com a natureza propria e essencial d'este contracto. E portanto, a sua prohibição pertence necessariamente á categoria das de ordem publica, que não podem ser derogadas pelos proprios interessados, nem por estipulações formaes e directas, nem por quaesquer combinações ou artificios mais ou menos engenhosos, destinados indirectamente, mas com segurança, a conseguir o mesmo fim.

(1) Art. 118.º: « Todo o socio é obrigado... 2.º A quinhoar nas perdas na proporção convencionada, e, na falta de convenção, na da sua entrada ».

Art. 119.º: « Todo o socio tem direito: 1.º A haver parte no dividendo dos lucros, nos termos estabelecidos no n.º 2.º do artigo antecedente ».

(2) Art. 1242.º: « Será nulla a sociedade, na qual se estipular, que todos os proveitos pertençam a algum, ou alguns dos socios, e todas as perdas a outro, ou outros d'elles ».

Nos termos do art. 1242.^o do código civil, só é sociedade leonina aquella em que os lucros e as perdas recahem respectiva e exclusivamente sobre algum ou alguns dos socios, isto é, aquella em que os lucros pertencem só a certos e determinados socios, que não ficam sujeitos ás perdas, pertencendo estas a socios, que não teem direito a lucros. E esta é que é effectivamente a verdadeira partilha leolina, em que as vantagens são todas para uns, e os prejuizos para outros. Tal sociedade é radical e completamente nulla, sendo expressamente prohibida pela lei. E a nullidade deveria sempre ser decretada pelos tribunaes, ainda que houvesse communidade nos lucros e nas perdas, desde que tal communidade fosse de facto falsa e illusoria. E' o que aconteceria realmente se aos socios a quem fosse attribuida a quasi totalidade dos lucros fosse conferida a isenção da quasi totalidade das perdas. E com effeito, este artificio doloso do contracto é essencialmente a convenção leonina da partilha.

Mas differente da prohibição da sociedade leonina é o principio da participação de todos os socios nos lucros e nas perdas da empresa social. Este principio envolve tambem a inexistencia juridica d'aquella sociedade. Mas é maior a sua amplitude, pois que abrange tambem separadamente a partilha dos lucros e a das perdas. Por effeito do principio da participação commum nos lucros e nas perdas, o contracto de sociedade não tem a sua plena efficacia juridica desde que algum socio não tenha direito a lucros, ou que não fique

sujeito a uma parte das perdas resultantes do insuccesso da empresa social, visto que a communidade de lucros e perdas é imposta tanto pelo codigo commercial (artt. 118.º, n.º 2.º e 119.º, n.º 1.º) como pelo codigo civil (artt. 1240.º, 1262.º e 1280.º).

A differença principal entre os dois preceitos está em que a convenção leonina tem como consequencia a nullidade radical e completa da sociedade, emquanto que a simples inobservancia do principio da participação commum produz apenas a nullidade da clausula contraria á lei, ficando salva a validade do contracto principal da sociedade.

Assim, por exemplo, se n'um contracto de sociedade se estipulou que um dos socios fica sujeito a todas as perdas, mas sem direito aos lucros, esta convenção, genuinamente leonina, annulla radicalmente a sociedade, que não poderia ter existencia juridica, porque o legislador não poderia de modo algum admittir que um individuo se compromettesse n'um contracto d'esta natureza, estando em exercicio normal de suas faculdades.

Se, porém, o socio privado da participação nos lucros é ao mesmo tempo isento de qualquer contribuição nas perdas, não ha verdadeiramente uma convenção leonina, e por isso não lhe é applicavel a nullidade radical e absoluta imposta pelo art. 1242.º do codigo civil.

N'este contracto ha apenas uma inobservancia do principio da participação commum nos lucros e nas perdas, á qual o socio prejudicado poderia

logicamente prestar o seu consentimento, na intenção de auxiliar os seus consocios. Mas o contracto não póde ter plena efficacia juridica, porque o socio prejudicado póde em todo o caso, fundado na lei, reclamar a sua parte nos lucros, assim como os credores da sociedade poderiam sempre exigir d'ella o pagamento integral de seus creditos, não podendo allegar-se a existencia de bens sociaes isentos do encargo das perdas.

Mas o principio da participação commum nos lucros e nas perdas póde soffrer modificações completamente validas, determinadas por certas clausulas ou condições do contracto, e ainda por determinação da lei.

Consideremos, por exemplo, a clausula ou condição que attribue a totalidade dos lucros exclusivamente a um dos socios, dada certa e determinada condição. Os auctores divergem na apreciação d'esta clausula, sobretudo quando ella se refere á morte dos associados, attribuindo a totalidade dos lucros ao socio sobrevivivo. Grande numero de auctores sustentam a validade d'esta clausula, com o fundamento de que perante ella todos os socios ficam na mesma relação de egualdade, pois qualquer d'elles póde sobreviver aos outros, não havendo, por consequencia, exclusão de nenhum d'elles na participação dos lucros (1). Porém, alguns sustentam que uma semelhante clausula é contraria á propria essencia do contracto de sociedade, pois

(1) Pont, *obr. cit.*, n.º 441 e 442; Guillaouard, *obr. cit.*, n.º 236 e 237; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 44; Troplong, *obr. cit.*, n.º 646; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 146.

que ella se resolve, em ultima analyse, em conferir todo o lucro a um só dos associados, quando é certo dever elle repartir-se entre todos (1).

Em nosso entender, fundado nas condições organicas do contracto de sociedade, nenhuma d'estas duas theses se póde sustentar em seus termos geraes.

Desde que entre duas ou mais pessoas se contractou uma sociedade, todos os socios teem direito a qualquer parte nos lucros; e este principio não póde ser derogado directa nem indirectamente pelas clausulas accessorias do contracto. Mas nem por isso se deve julgar completamente inexistente aquella clausula do contracto; visto que ella não envolve a convenção leonina, nem qualquer outra expressamente prohibida pela lei. O que importa é interpretal-a, para fixar o seu verdadeiro alcance.

Ora, semelhante clausula é perfeitamente admissivel, desde que se restrinja aos lucros que ainda não tenham sido repartidos ao tempo em que se verifica a condição, que attribue todos os lucros a um só ou a alguns dos socios. Mas admittir a clausula, como comprehendendo todos os lucros realisados desde o principio da sociedade, sería manifestamente um contrasenso juridico, porque era excluir completamente algum socio, embora não se soubesse previamente qual, da participação nos lucros, o que está em opposição aberta e inconciliavel com a propria essencia do contracto de sociedade.

(1) Laurent, *obr. cit.*, n.º 288; Duvergier, *obr. cit.*, n.º 268.

Por effeito d'uma semelhante clausula póde realmente algum socio não chegar a participar nos lucros ; isto acontecerá quando se realizar a condição, que attribue a totalidade dos lucros a algum ou alguns d'elles, antes da primeira repartição. Mas esta exclusão é perfeitamente licita, pois resulta d'uma consequencia natural e legal do contracto, e não d'uma clausula que a determine necessariamente.

E' n'este sentido que o principio da participação commum nos lucros póde soffrer modificações pelas clausulas validas do contracto. Mas, rigorosamente, o principio não é revogado, pois que todo o socio tem a sua parte desde que haja lucros a repartir.

Do mesmo modo, o principio da participação commum nos lucros póde ser modificado pela clausula que attribuisse a um dos socios a totalidade d'elles, emquanto não excedessem uma certa somma, se esse socio fornece ao fundo social alguns bens a titulo de emprestimo, porque n'este caso, não ha lucros partiveis senão quando excederem aquella somma. Mas semelhante clausula não será valida, se aquelle socio entra para o capital social com bens sómente n'esta qualidade, porque, n'estas condições os lucros não seriam communs a todos os socios, como aliás é da essencia do organismo juridico da sociedade.

E' por isso que logicamente o codigo commercial (art. 119.º, § un.) prohibe expressamente a estipulação pela qual deva algum socio receber juros ou quota certa em retribuição do seu capital

ou industria. E esta disposição deve analogamente (codigo civil, art. 16.º) applicar-se ás sociedades civis.

Semelhantemente o principio da participação commum nas perdas póde ser modificado no contracto, estipulando-se que as perdas não partidas á morte d'um ou alguns socios ficarão a cargo dos sobrevivivos, ou que de quaesquer perdas será isento o capital fornecido por um socio a titulo de emprestimo ou outro semelhante.

Mas o principio da participação commum nas perdas soffre uma restricção, determinada pela propria lei, relativamente aos socios de mera industria, que nunca respondem por ellas, salvo se no contracto tiverem estipulado esta obrigação.

Esta isenção dos socios de mera industria, nas sociedades civis resulta necessariamente do principio estabelecido no art. 1272.º do codigo civil, segundo o qual os socios não são obrigados solidariamente pelas dividas da sociedade, nem além da sua parte no fundo social, excepto havendo convenção expressa em contrario; e como os socios de mera industria não forneceram bens ao fundo social, é claro que não respondem pelas perdas sociaes, mas simplesmente perdem o trabalho que empregaram inutilmente. Nas sociedades commerciaes, esta isenção é expressamente imposta pelo § 6.º do art. 118.º do codigo commercial.

Mas estabelecido o principio da participação commum nos lucros e nas perdas, a lei reconhece aos socios a liberdade de estipular, como quizerem,

no mesmo contracto de sociedade ou em contracto separado, as suas respectivas partes na repartição; e como a lei não impõe restricções a esta faculdade, é claro que a relação dos lucros póde ser diversa da das perdas, e uma e outra póde ser diferente da relação das partes que os socios teem no fundo ou activo social. N'uma palavra: a repartição dos lucros e das perdas faz-se na proporção e pela fórma estabelecidas no contracto. Se, porém, os socios nada contractaram a este respeito, a partilha faz-se proporcionalmente ás entradas de cada um, avaliadas nos termos já referidos (1), notando-se, comtudo, que para os socios de capital e industria devem distinguir-se as partes que lhes pertencem na sua dupla qualidade de socios capitalistas e industriaes (codigo civil, artt. 1262.º e 1264.º; codigo commercial, artt. 118.º, n.º 2.º, e 119.º, n.º 1.º). Se os socios não contractaram a proporção e fórma da partilha, convencionando, porém, que ella fosse feita por um terceiro, não poderão impugnar a decisão d'este, salvo se tiver havido declaração em contrario (codigo civil, art. 1265.º). E' tão terminante esta disposição do art. 1265.º do codigo civil, que parece prevalecer mesmo perante uma partilha extremamente injusta. Entendemos, porém, que ella deveria ser annullada judicialmente sempre que envolvesse uma repartição tão desigual que fosse manifestamente iniqua. E entendemos assim, porque na doutrina da lei não ha senão duas fórmas de

(1) Vide *supra*, n.º 12.

repartição: a que os socios convencionaram, e esta prevalece sempre, desde que não seja contraria á mesma lei; e, na falta de convenção, a partilha proporcional ás partes de cada socio no fundo ou activo social. Por consequencia, desde que a partilha feita por terceiro fosse manifestamente iniqua, era contraria á lei, e portanto deveria ser annullada.

Entretanto, vista a declaração imprudente do artigo 1265.º do codigo civil, é conveniente inserir sempre no contracto, quando se estipular que a partilha seja feita por terceiro, a clausula de que a decisão d'este poderá ser impugnada.

Nós vimos que todo o socio tem direito a uma parte dos lucros da empresa social, e que todos os socios, excepto os de mera industria, estão sujeitos a soffrer uma parte correlativa das perdas.

Torna-se, pois, necessario fixar a significação juridica das expressões « lucros ou proveitos e perdas », afim de se poder verificar n'um dado momento o estado economico da sociedade, e determinar o *quantum* de lucros ou de perdas a repartir em commum.

O fundo ou activo social compõe-se de duas partes essencialmente distinctas, e cuja distincção é indispensavel para verificar o estado economico da sociedade na liquidação dos lucros e das perdas: uma é a parte material, que constitue o capital social propriamente dito, e que tambem geralmente se chama activo social; a outra é a actividade economica da sociedade, constituída pela industria ou pela força de trabalho empregada nas operações

lucrativas da sociedade. Esta parte do fundo social é isenta do encargo das perdas, salva convenção em contrario, como já dissémos e demonstrámos. E' só a primeira parte, isto é, o capital social, que responde essencialmente pelas perdas, além da responsabilidade complementar dos socios de responsabilidade illimitada.

E', pois, o capital social que constitue o ponto de partida para o calculo dos lucros e das perdas. E' o padrão de comparação dos valores activos e passivos do fundo social.

N'estas condições, para verificar n'um dado momento o quantitativo de lucros ou de perdas, é necessario calcular: por um lado, os valores activos da sociedade, isto é, os seus capitaes, representados em bens, que constituam propriedade sua, ou em direitos de credito; e por outro lado, os valores passivos, isto é, as dividas e quaesquer outros encargos que ella tenha de satisfazer. E' este calculo dos valores activos e passivos, que se chama balanço.

Feito o balanço, se a somma dos valores passivos fôr maior que a dos valores activos, não comprehendendo n'esta o valor da industria ou trabalho dos socios, ha evidentemente perdas. Mas ainda que o activo seja superior ao passivo, póde ainda haver perdas, porque do activo total é necessario tirar ainda o valor do capital social originario. Só não ha perdas, quando a differença do activo sobre o passivo fôr egual ou maior do que o valor do capital social originario. D'ahi para cima é que se contam os lucros.

Notando algebricamente as operações fundamentaes do balanço, representemos por A o activo social total, por P o passivo, por C o capital social originario, por l o lucro, e por p a perda.

Será $l = A - P - C$, isto é, o lucro será o resto que ficar depois de tirar do activo social total o passivo e o capital originario; e será $p = P - A + C$, isto é, a perda será a differença entre o activo e o passivo sommada com o capital originario.

Mas para se comprehender a significação d'estas formulas algebricas, é necessario ter em vista que o activo total A é formado pelo capital originario C mais o acrescimo positivo ou negativo, que tiver resultado das operações sociaes, e que representaremos por a , isto é, $A = C + a$. De modo que será $l = C + a - P - C = a - P$, e $p = P - C - a + C$, ou $l = a - P$, $p = P - a$. D'este modo obtem-se uma simplificação do calculo, avaliando em primeiro lugar o activo supplementar a , em relação ao capital originario C . Vê-se, portanto, que para calcular o lucro ou a perda, é sempre necessario subtrahir no balanço o capital originario C ; depois d'isto, a differença entre o activo restante e o passivo total é que constitue o lucro ou a perda, conforme o primeiro fôr maior ou menor que o segundo.

Mas quando é que deve ter logar o balanço da sociedade?

Alguns auctores sustentam que o momento opportuno e o unico juridico é o da dissolução, visto que só desde então se póde dizer que a sociedade liquide em lucros ou em perdas; mas

ao mesmo tempo ensinam que as partes podem derogar este principio, dizendo mesmo que tal derogação, facilmente presumida nas sociedades civis, em virtude do principio da liberdade do direito contractual, constitue a regra em materia de sociedades commerciaes (1). Segundo esta doutrina, a regra é que a sociedade só é obrigada a dar balanço depois da sua dissolução; salva-se, porém, a excepção da clausula contractual em contrario.

Ora, em nosso entender, semelhante doutrina é inconveniente e antijuridica, principalmente em relação ás sociedades por tempo illimitado, e mesmo ás de longa duração.

Com effeito, a solução que, n'aquella doutrina, se apresenta como excepcional, pelo contrario muitas vezes, se apresenta como a regra mais geral, em virtude do principio que manda considerar como parte integrante do contracto todas as clausulas permittidas por lei. Mas por isso mesmo que só são validas as estipulações que não forem contrarias á lei, póde acontecer que a propria estipulação, no contracto, de que o balanço da sociedade só se fará á sua dissolução, não seja legalmente reconhecida. E' o que acontece, em nosso entender, nas sociedades por tempo illimitado, onde uma semelhante clausula seria necessariamente nulla, se algum socio a impugnasse. E, com effeito, se fosse mantida uma semelhante

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 175 e 177, e auctores ahi citados.

clausula, a sociedade deixaria de satisfazer a uma das suas mais características condições -- a repartição commum dos lucros ou das perdas, visto que sendo por tempo illimitado, tal repartição não poderia effectuar-se, a não ser que sobreviesse extemporaneamente alguma causa de dissolução. Por consequencia, aquella clausula, sendo contraria á natureza e condições do contracto, obstando a que os socios exerçam o mais importante dos seus direitos, isto é, o da participação nos lucros, não póde ser admittida, por ser contraria á lei.

Uma semelhante clausula póde, porém, admitir-se nas sociedades por tempo determinado, sendo sociedades civis não constituídas por qualquer das fórmulas das sociedades commerciaes, em virtude do principio da liberdade contractual, e porque não contraria as disposições da lei.

Mas nas sociedades commerciaes tal clausula não póde ser admittida em caso algum, porque aquellas sociedades são commerciantes, e como taes obrigadas a fazer annualmente o seu balanço (codigo commercial, artt. 13.º, n.º 2.º, 18.º, n.º 4.º, e 62.º), sendo ainda obrigadas a um balanço resumido semestral as sociedades anonymas e as em commandita por acções (codigo commercial, artt. 188.º e 201.º).

Finalmente, nas sociedades civis, que o forem tanto por sua natureza como pela sua fórmula, ainda mesmo que o contracto não estipule a epocha do balanço ou balanços, não deve entender-se que só á dissolução tem logar a verificação do estado

economico pelo balanço para o effeito da repartição de lucros ou perdas.

E com effeito, desde que os socios teem incontestavelmente o direito a uma parte dos lucros, se o contracto nada estipulou, deve entender-se que os socios confiavam no seu mutuo accordo. Mas desde que este não exista, a unica solução juridica é reconhecer a qualquer socio o direito de pedir balanço para receber a parte dos lucros que lhe competir. E' uma applicação simplissima do principio geral, consignado no art. 12.º do codigo civil: «Toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio». Ora, incontestavelmente todo o socio tem direito a uma parte dos lucros, e o meio legitimo para exercer este direito não é senão o balanço.

Para concluir a analyse do principio da repartição commum dos lucros e das perdas, importa ainda averiguar o alcance da sua applicação á partilha do capital social, tanto mais que a doutrina e a jurisprudencia teem chegado a confundir esta partilha com aquella repartição. Sustentou-se, com effeito, em França (1) que os associados, entrando para a sociedade, cedem a propriedade das suas entradas ao fundo commum, formando-se um patrimonio, que depois da dissolução deve ser repartido entre todos na proporção dos lucros e das perdas, identificando assim a partilha do capital com a dos lucros e perdas.

(1) Laurent, *obr. cit.*, vol. 26.º, n.º 283; Pont, *obr. cit.*, n.º 460.

Mas semelhante doutrina é fundamentalmente erronea; em primeiro logar, por ser antijuridica; e em segundo logar, por ser muitas vezes inexecuível, absolutamente impraticavel. E' antijuridica, porque no organismo economico-juridico da sociedade a lei distingue nitidamente a parte dos socios na formação do fundo social da proporção convencionada para a repartição dos lucros e das perdas, e por isso, seria um contrasenso a identificação das duas partilhas quando a repartição dos lucros e das perdas não fosse proporcional ás entradas. E a identificação seria absolutamente impraticavel, quando, e isto acontece muitas vezes, não fossem eguaes a repartição dos lucros e a das perdas; em verdade, n'este caso, tanta razão haveria para identificar a partilha do capital com a repartição dos lucros como com a das perdas, mas não poderia identificar-se com ambas, visto serem deseguaes.

Vê-se, pois, que, em principio geral, a proporção convencionada para a repartição dos lucros e das perdas não deve nem póde applicar-se á partilha do capital. Os socios podem, porém, estipular no contracto a fórma da partilha, e esta poderá identificar-se com a dos lucros ou das perdas, se o contracto expressamente assim o determinar. Porém, no silencio d'este, a partilha deverá ser proporcional á parte de cada socio, em harmonia com os principios que regulam a partilha entre coherdeiros (codigo civil, art. 1280.º e codigo commercial, art. 138.º e § unico).

15. Examinadas as condições geraes e particulares do contracto de sociedade, importa agora determinar as sancções juridicas que a lei estabelece na falta do seu cumprimento, na auzencia ou viciação dos differentes requisitos. Estas sancções são penas impostas pela lei ao contracto, que affectam todos ou sómente alguns dos interessados, e destinadas a reparar o damno causado pela sua inobservancia ás garantias da ordem juridica.

A sancção ou pena é geralmente a nullidade, por applicação do preceito geral consignado no art. 10.º do codigo civil, egualmente applicavel ao codigo commercial (art. 3.º d'este' codigo). Mas a nullidade póde ter effeitos diversos, conforme a gravidade da falta que a produz. Póde ser uma nullidade absoluta, radical e completa, que tenha como consequencia necessaria a annullação integral da sociedade, ou apenas uma nullidade relativa e parcial que tenha apenas por consequencia a annullação d'um ou alguns dos contractos parcellares de que se compõe o complexo contracto da sociedade. No primeiro caso, a nullidade póde ser invocada por todos os interessados, e tem como effeito a dissolução da sociedade; no segundo, ella só póde ser allegada pelos directamente interessados, que a lei determina, e não importa necessariamente a dissolução da sociedade, limitando-se a um rescisão parcial.

Ha, emfim, muitos casos de inobservancia dos

requisitos essenciaes do contracto de sociedade, em que a falta é tão pequena que a lei não impõe nullidade alguma, limitando-se a garantir os direitos e as responsabilidades legitimas.

Vejamos rapidamente a applicação d'estes principios aos differentes requisitos da sociedade.

Já a proposito do requisito da capacidade contractual, e especialmente da incapacidade por menoridade, dissémos que a sociedade contractada por um menor não emancipado sem a devida auctorisação é nulla de direito, e absoluta, mas só no sentido de ser declarada pela lei, independentemente de qualquer sentença judicial. Mas, de resto, esta nullidade é apenas relativa, não é radical e completa, pois que os socios capazes não podem invocal-a, nem para exigirem do menor quaesquer responsabilidades, nem para rescindir o contracto, sendo obrigados a continuar em sociedade, embora sob a ameaça permanente d'uma acção de nullidade intentada por parte dos menores. E verificámos tambem que esta nullidade, mesmo depois de allegada pelos menores e judicialmente decretada, não é por si só motivo de dissolução da sociedade, a não ser que só ficasse um socio capaz, ou que todos os socios capazes a dissolvessem por accordo mutuo, ou que algum d'elles invocasse legitima causa de dissolução (1).

Estes mesmos principios se applicam aos interdictos por demencia, por surdez-mudez, por prodigalidade, por fallencia e aos incapazes acciden-

(1) Vide *supra*, n.º 9, A).

talmente no momento em que foi celebrado o contracto, nos termos dos artt. 321.º, 334.º, 335.º, 338.º, 339.º, 349.º, 353.º, 695.º e 700.º do código civil, e do art. 700.º e § 1.º do código commercial.

A nullidade d'uma sociedade, relativa aos incapazes, pôde ser invocada apenas por estes e por seus representantes ou fiadores; e pôde ser invocada por meio d'uma acção de rescisão intentada contra os socios capazes, ou a titulo de excepção, a todo o tempo em que lhes fôr pedido o cumprimento do contracto; mas a acção de rescisão prescreve, contra os incapazes, pelo lapso de cinco annos, contados, para os menores, a partir da maioridade ou da emancipação, e para os interdictos, a partir do levantamento da interdicção (código civil, artt. 687.º, 688.º, 693.º e 694.º). E d'esta regra geral fica exceptuada a acção de rescisão que compete aos incapazes accidentalmente no momento da celebração do contracto, a qual só pôde ser intentada, se esses incapazes protestarem dentro dos dez dias immediatos ao seu restabelecimento perante algum tabellião e na presença de duas testemunhas, no praso dos vinte dias que a estes se seguirem; e a mesma acção só poderá aproveitar aos herdeiros dos mesmos incapazes, fallecendo elles sem recobrem a razão, ou antes que hajam decorrido os dez dias em que devem protestar, comtanto, porém, que seja proposta dentro dos vinte dias subsequentes ao fallecimento (código civil, art. 353.º e § un.).

A sociedade nulla em relação aos incapazes pôde, porém, ser ratificada desde que cesse o

motivo da incapacidade (codigo civil, art. 696.º); pôde ser revalidada pelos menores, logo que adquiram o exercicio da sua capacidade juridica, pela maioridade ou pela emancipação, pelos interdictos, logo que lhes seja levantada a interdicção, e pelos incapazes accidentalmente, logo que recuperem o estado normal de suas faculdades.

Semelhantemente á nullidade por motivo de incapacidade geral, tambem a nullidade das sociedades por motivo da incapacidade particular resultante do casamento é meramente relativa e, por assim dizer unilateral. O marido nem sempre pôde contractar qualquer sociedade sem outorga da mulher, assim como esta não pôde geralmente contractar sociedades sem auctorisação do marido, segundo os principios juridicos já estabelecidos (1). A sociedade contractada em contravenção d'estes preceitos é nulla. Mas qual é o alcance d'esta nullidade? O art. 701.º do codigo civil manda applicar os artt. 1189.º e seguintes. E as disposições d'estes artigos applicaveis ao problema, que agora nos cumpre resolver, são os §§ 2.º e 3.º do art. 1191.º e os artt. 1200.º-1202.º.

O marido só carece da outorga da mulher para contractar uma sociedade, quando entre para o capital social com bens immobiliarios. N'este caso, a falta da outorga da mulher constitue, portanto, um vicio do contracto. Mas, para determinar o seu alcance, é preciso distinguir se os bens immobiliarios são proprios do marido ou bens communs

(1) Vide *supra*, n.º 9, F).

do casal. Se os bens são próprios, a alienação feita em favor da sociedade só póde ser annullada a requerimento da mulher ou de seus herdeiros, achando-se o marido constituido em responsabilidade para com ella, ou para com elles, e não tendo outros bens pelos quaes responda (art. 1191.º, § 2.º). Se, porém, os bens são communs, a mulher ou os seus herdeiros, ou os herdeiros legitimarios do marido, poderão em todo o caso requerer a nullidade da alienação (art. 1191.º, § 3.º).

Mas, requerida e julgada procedente a nullidade, qual é a sua influencia no contracto de sociedade feito pelo marido sem a outorga da mulher?

Este problema é o mesmo que este outro: qual é a sancção juridica, quando um socio entra com certos bens, de que a sociedade é depois evicta? E' o problema que nós teremos de examinar na falta do cumprimento das obrigações contrahidas na constituição do fundo ou activo social. Então veremos que os effeitos d'aquella nullidade se limitam geralmente á execução da responsabilidade do socio que entrou para a sociedade com bens, aos quaes sobrevem a evicção; mas póde tambem a nullidade d'aquella alienação determinar a annullação ou dissolução da sociedade, quando a evicção de taes bens importe para a sociedade um prejuizo irreparavel (codigo civil, art. 1279.º, § un.).

Nas sociedades contrahidas pela mulher casada sem auctorisação do marido, nos casos em que esta é exigida, e isto é a regra geral (1), a sancção

(1) Vide *supra*, n.º 9, F).

é muito mais rigorosa, pois que consiste sempre na nullidade do contracto. Mas esta nullidade só pôde ser invocada pelo marido ou por seus herdeiros e representantes (codigo civil, art. 1200.º).

A nullidade por falta de auctorisação pôde ser sanada nos termos do art 1201.º (1). E as disposições d'este mesmo artigo se devem applicar, por analogia e identidade de razão, á nullidade dos actos praticados pelo marido sem outorga da mulher, nos casos em que é exigida.

Note-se, porém, que esta acção de nullidade concedida aos conjuges não é admittida se o casamento foi celebrado em paiz estrangeiro e não publicado no reino, em conformidade da lei (art. 1202.º).

Emfim, existe ainda uma outra nullidade de sociedades por motivo de incapacidade resultante do casamento: é a das sociedades contractadas por conjuges, sempre que ellas constituam uma derogação do regimen economico-juridico do casamento ou envolvam simuladamente uma venda entre elles ou uma doação illegal. Esta nullidade pôde ser arguida por qualquer dos conjuges ou por seus herdeiros e representantes, e prescreve segundo as regras geraes, visto não haver disposição especial.

(1) Art. 1201.º: «A nullidade por falta de auctorisação pôde ser sanada: 1.º Pela confirmação do marido, não se achando proposta em juizo, por terceiros, acção nenhuma a este respeito; 2.º Se não fôr arguida dentro d'um anno, contado desde a dissolução do matrimonio; 3.º Se o acto houver prescripto, conforme as regras geraes ».

Consideremos agora a sanção juridica na falta ou viciação do consentimento.

Em harmonia com os principios já estabelecidos, o contracto de sociedade é nullo, sempre que falte o consentimento d'algum socio, ou que o consentimento prestado seja viciado por erro ou coacção capazes de produzir a nullidade (1).

Por consequencia, qualquer individuo incluído n'uma sociedade, sem o seu consentimento, póde arguir a nullidade com este fundamento; e do mesmo modo póde arguil-a, embora tenha dado o seu consentimento, se este não tiver sido prestado nas condições exigidas pela lei, recusando-se a cumprir as obrigações contrahidas, visto que a validade dos contractos depende das formalidades que a lei declara substancias ou exige para a prova d'elles (codigo civil, art. 686.^o). De modo que, juridicamente, a prestação do consentimento por fôrma que a lei julga insufficiente equivale á sua falta. E esta nullidade que póde ser arguida por todos os interessados, á falta de disposição especial, prescreve segundo as regras geraes.

Mais restricta é a nullidade por motivo de viciação do consentimento por erro ou coacção, a qual prescreve pelo lapso d'um anno, contado desde que o enganado tiver conhecimento do erro ou desde que cesse a coacção (codigo civil, artt. 689.^o e 690.^o). E nenhum contrahente póde socorrer-se á nullidade resultante de erro ou coacção para que haja contribuído (art. 695.^o).

(1) *Supra*, n.^o 10.

Mas a rescisão d'um contracto de sociedade por motivo de erro ou coacção produz a sua annullação total, visto que o codigo civil não lhe applica o principio do art. 700.^o, segundo o qual a rescisão por incapacidade não aproveita aos co-interessados capazes, excepto sendo indivisivel o objecto. Note-se que tambem uma sociedade nulla por falta ou viciação do consentimento d'algun socio póde ser revalidada por meio de ratificação depois de conhecido o erro ou cessada a coacção (art. 696.^o).

Vê-se, pois, que a nullidade por motivo de erro ou coacção, assim como por incapacidade, é restricta ás pessoas por virtude de quem é nulla a sociedade; e por isso só estas ou os seus herdeiros e representantes a podem invocar. E' uma nullidade parcial e, por assim dizer, unilateral.

Mais ampla e radical é a nullidade das sociedades constituídas com objecto e fim illegal ou illicito. Esta nullidade é total e completa, podendo ser invocada não só por todos os socios, tanto nas suas relações reciprocas como com terceiros, mas por todas as pessoas que estabeleçam com a sociedade quaesquer contractos. E' uma nullidade de ordem publica, e por isso imprescriptivel e insanavel por qualquer ratificação ou confirmação posterior.

Este caracter da nullidade de quaesquer contractos de objecto e fim illegal ou illicito é unanimemente reconhecido por todos os jurisconsultos. Comtudo algumas difficuldades se levantam na apreciação das relações juridicas dos associados

entre si e com terceiros em relação aos actos e contractos já celebrados na constituição e funcionamento da sociedade juridicamente nulla e inexistente.

Consideremos em primeiro logar as relações dos associados entre si. Supponhamos que a sociedade se constituiu, entrando todos ou alguns dos socios com a sua parte para o fundo social, mas que não funcionou ainda, não tendo sido ainda empregado capital algum nas operações que ella se propõe realisar. Poderá cada um dos associados arguir a nullidade por causa illicita para exigir a restituição da sua entrada? Alguns auctores (1) sustentam a negativa, com o fundamento de que semelhante acção se baseava n'um contracto radicalmente nullo *ab origine*, e que seria um contrasenso permittir a acção judiciaria fundada n'um contracto juridicamente inexistente. Porém, a maior parte dos auctores (2) sustenta a affirmativa, invocando tanto os principios juridicos como a doutrina moral da justiça humana; segundo estes auctores, seria uma immoralidade recusar aos associados o direito de reclamar a restituição da sua entrada, porque era permittir ao detentor do capital social a faculdade de se beneficiar com um facto illicito e enriquecer á custa dos seus cumplices, e se a moral não soffria muito por ver

(1) Troplong, *obr. cit.*, n.º 105; Delamarre et Lepoitvin, *Traité du contrat de commission*, vol 1.º, n.º 65

(2) Laurent, *obr. e vol. cit.*, n.ºs 165 e 166; Pont, *obr. cit.*, n.º 53 e 54; Guillouard, *obr. cit.*, n.ºs 57 e 58; Vavasseur, *obr. cit.*, n.º 40; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 73; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 54.

prejudicados os auctores d'um facto reprovado pela lei ou pelos bons costumes, ella não poderia admittir que pelo mesmo facto se permittisse que um dos culpados enriquecesse á custa dos outros; e além d'isso, semelhante doutrina é contraria ao direito, porque, se o contracto é nullo radicalmente, elle não póde produzir effeito algum, e para isso é necessario que os contraheutes sejam reintegrados na mesma situação que tinham anteriormente, e, na falta de accordo, só poderão conseguir a reintegração recorrendo aos tribunaes e arguindo a nullidade do contracto.

Qual será d'estas duas correntes a que mais se approxima da verdade moral e juridica? A primeira tem na verdade o inconveniente, que é uma immoralidade, de permittir que por um facto illegal ou illicito um individuo explore os seus associados enriquecendo á custa d'elles. Mas tambem não é menor verdade que a segunda corrente consagra outra immoralidade, que muitas vezes não será menor: reconhecer nos tribunaes a acção juridica, fundada em contractos illicitos, aos contraheutes culpados.

A immoralidade da doutrina que nega aos contraheutes culpados a acção juridica de restituição desaparece por completo, para se transformar n'um principio de justiça e moral social, se os bens do contracto, em vez de serem deixados na mão do detentor, forem por lei destinados a quaesquer actos de interesse geral ou beneficio publico.

E, por sua vez, a doutrina que reconhece aos contraheutes a acção de restituição é perfeitamente

legitima em relação aos que contractaram de boa fé.

Vê-se, portanto, que ambas as doutrinas teem uma parte moral e juridica e outra parte immoral e injuridica. E, por consequencia, a verdadeira doutrina é a que fundir as partes aproveitaveis das duas. Tal foi o fino criterio do legislador do nosso codigo civil exarando a doutrina do art. 692.^o e § unico (1).

Em harmonia com a doutrina eminentemente moral e perfeitamente juridica d'este artigo do codigo civil, nas sociedades constituídas para exercerem actos punidos ou reprovados pela lei, como contrarios aos bons costumes, os associados de má fé nunca poderão ser attendidos em juizo, mas tambem não poderão ficar com os bens destinados ás suas operações, as quaes são destinadas aos estabelecimentos de beneficencia pupillar, que, nos termos do art. 969.^o do codigo de processo civil, são a Casa Pia em Lisboa, os asylos de infancia desvalida, nas terras onde os houver, e as misericordias, na falta d'estas instituições; porém, os associados de boa fé poderão

(1) Art. 692.^o: « Se o contracto tiver por causa ou fim algum facto criminoso, ou reprovado, em que ambos os contrahentes sejam conniventes, nenhum d'elles será ouvido em juizo ácerca de tal contracto; mas, se só um dos contrahentes fôr de má fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver promettido, nem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado. § unico. Na hypothese da primeira parte d'este artigo, e sendo a causa ou o fim do contracto um facto, qualquer recompensa dada ou promettida será perdida em favor dos estabelecimentos de beneficencia pupilar ».

em todo o caso ser attendidos nas justas reclamações de seus direitos.

Supponhamos agora que a sociedade tem já praticado operações illicitas, tendo do seu exercicio resultado lucros ou perdas.

Os auctores divergem tambem, principalmente pelo que respeita á repartição dos lucros e das perdas, já effectuada ou ainda por effectuar (1). Mas, em nosso entender, não há logar para divergencias, porque a verdadeira solução não pôde ser senão a estabelecida para os bens que constituem o fundo da sociedade: o associado de boa fé adquiriu legitimamente aquillo que recebeu como parte que lhe tocava, e tem em todo o caso direito a reclamar o que lhe pertence e não recebeu ainda; mas o associado de má fé perde tudo em favor dos estabelecimentos de beneficencia pupillar.

Consideremos agora o problema das relações juridicas entre a sociedade e terceiros. Os que contractam com uma sociedade illicita poderão invocar contra ella o vicio da sua nullidade? E poderá a sociedade invocar a sua propria nullidade contra terceiros com quem estabeleceu quaesquer relações contractuaes?

Esta dupla questão apresenta-se quando a acção intentada, quer pelos associados contra terceiros, quer por estes contra aquelles, se funda na existencia da sociedade illicita, quando, por exemplo, os associados quizerem exigir d'um devedor social o cumprimento d'uma obrigação contrahida por

(1) Vide auctores cit., nos *log. cit.*

este com o administrador ou gerente, ou quando um crédor social pretender o cumprimento d'uma obrigação contrahida pela sociedade. Relativamente á primeira face da questão, parece que todos os auctores estão d'accordo, sustentando que os terceiros teem sempre o direito de invocar a nullidade contra os associados (1). Mas sobre a segunda questão ha profundas divergencias, defendendó-se tres systemas differentes. Um systema recusa absolutamente aos associados o direito de invocar a nullidade contra terceiros, com o fundamento de que o direito commercial estabelece este principio para as sociedades nullas pela simples inobservancia das formalidades de publicidade (2). Outro systema, precisamente opposto a este, sustenta que os associados podem igualmente oppor a nullidade contra terceiros, porque, sendo ella de ordem publica, radical e absoluta, póde ser invocada por todos os interessados; e não tem applicação o referido principio de direito commercial, porque as fórmulas de publicidade foram instituidas pelo legislador exclusivamente em beneficio e defeza dos terceiros, e por isso só a estes compete o direito de se defenderem com a nullidade resultante da sua inobservancia (3). Finalmente, um terceiro systema distingue as soluções do problema, conforme os terceiros, no

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 56 e 57.

(2) Talon, *Étude sur le contrat de société*, pag. 89-91.

(3) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 74; Laurent, *obr. cit.*, n.º 196; Guillouard, *obr. cit.*, n.º 60; Vavasseur, *obr. cit.*, 1.º, n.º 43; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 57.

momento em que contractaram, tinham ou não conhecimento do character illicito da sociedade, reconhecendo no primeiro caso aos associados o direito de lhes opporem a nullidade, mas recusando-lh'o no segundo (1).

Ora, em face dos principios expostos, é este ultimo systema o unico que se harmonisa com as legitimas condições do direito contractual.

Se os terceiros contractaram em boa fé com a sociedade ou com os seus representantes, seria uma injustiça manifesta reconhecer aos associados o direito de prejudicar os contractantes de boa fé, invocando uma causa licita, de que só elles eram culpados, e para a qual estes de modo algum concorreram. Esta é a verdadeira doutrina juridica, tanto scientifica como legalmente considerada.

Passemos agora a determinar as sancções juridicas, na falta de cumprimento das condições particulares do contracto de sociedade.

As obrigações de cada socio na constituição do fundo ou activo social traduzem-se essencialmente na prestação de trabalho ou qualquer industria e na prestação de capital, separada ou conjunctamente, conforme se trata de socios de mera industria e de simples socios capitalistas, ou de socios que reúnem ambas as qualidades economicas.

Se o socio não cumpre as suas obrigações, nem por isso annulla o contracto de sociedade; simplesmente póde ser obrigado pela execução das responsabilidades devidas. Mas n'esta execução, a

(1) Pont, *obr. cit.*, n.º 50.

sociedade prejudicada tem dois caminhos a seguir: ou exigir do socio devedor o cumprimento integral de suas obrigações, directamente ou por meio de indemnisação por perdas e damnos, ou rescindir o contracto, o que nas sociedades importa a dissolução. E' precisamente a doutrina consignada nos artt. 709.º e 1279.º do codigo civil (1), egualmente applicaveis em direito commercial.

Póde, porém, o socio cumprir as suas obrigações, mas este cumprimento não produzir completamente os seus effeitos. E' o que acontece relativamente aos socios de industria, quando se mostrarem manifestamente incapazes para os negocios da sociedade, e relativamente aos socios capitalistas, se a sociedade fôr evicta dos bens prestados. Na primeira hypothese, os socios prejudicados teem a seu favor a faculdade de dissolver a sociedade pela renuncia (codigo civil, § unico do art. 1279.º); e na segunda hypothese, a sociedade terá apenas, em regra geral, o direito de exigir do socio, em relação ao qual se deu a evicção, a prestação da sua responsabilidade, tendo, porém,

(1) Art. 709.º: « Se o contracto fôr bilateral, e algum dos contrahentes deixar de cumprir por sua parte, poderá o outro contrahente ter-se igualmente por desobrigado, ou exigir, que o remisso seja compellido judicialmente a cumprir aquillo a que se obrigou, ou a indemnisal-o de perdas e damnos ».

Art. 1279.º: « A sociedade, por tempo determinado, não póde ser dissolvida por effeito de renuncia d'algum dos socios, senão occorrendo causa legitima. § unico. E' causa legitima a que resulta da incapacidade de algum dos socios para os negocios da sociedade, ou da falta de cumprimento das suas obrigações, ou de outro factio semelhante, de que possa resultar prejuizo irreparavel á sociedade ».

os socios prejudicados o direito de requerer a dissolução pela renuncia, se da evicção resultou para a sociedade um prejuizo irreparavel, nos termos do referido § unico do art. 1279.º do codigo civil.

Se o contracto de sociedade não tem um fim lucrativo exercido em commum, não constitue propriamente uma sociedade, no sentido mais geral da lei, como já tivemos occasião de demonstrar, embora se regule pelas mesmas regras, sendo-lhe por isso applicaveis as mesmas sancções na falta de cumprimento dos seus requisitos juridicos. Mas se a sociedade, sem fim lucrativo, pertence á cathegoria de quaesquer das mencionadas no n.º 8.º do art. 252.º do codigo administrativo, ou se, sendo de qualquer outra natureza, é de mais de vinte socios, ou de numero indeterminado d'elles, visto que n'este caso é ou póde ser de mais de vinte, carece da respectiva auctorisacção governativa ou administrativa, sem o que fica sujeita á dissolução e ás penas do art. 282.º do codigo penal.

Consideremos, finalmente, a sancção imposta na falta do cumprimento do principio da participacção commum nos lucros e nas perdas.

Como tivemos occasião de observar, este principio abrange não só a convenção leonina mas tambem qualquer clausula, que, directa ou indirectamente, tenha por fim excluir algum socio da repartição dos lucros ou excluil-o da participacção nas perdas, contra as condições organicas e juridicas do contracto de sociedade.

Mas a sancção é differente para a convenção leonina e para a simples inobservancia do duplo principio da participação commum.

Para a convenção leonina, a sancção é a *nullidade da sociedade* (codigo civil, art. 1242.º), e por consequencia a inexistencia juridica d'este organismo, a nullidade absoluta e radical do complexo contracto social, visto que a lei não declara nulla apenas a clausula da repartição leonina, mas sim a propria sociedade (1).

Mas qual é o alcance d'esta nullidade? Desde que o contracto é integralmente nullo, a nullidade póde certamente ser invocada por todos os associados nas suas relações reciprocas. Mas é preciso ter em consideração que esta nullidade foi imposta pela lei, principalmente para proteger e defender os socios prejudicados. E, por isso, entendemos que estes teem direito a reclamar o que legitimamente lhes pertence, para serem reintegrados nos seus direitos ou indemnizados dos seus prejuizos.

E poderá a nullidade ser invocada nas relações da sociedade com terceiros? Desde que esta

(1) A este respeito divergem profundamente os escriptores francezes e belgas, sustentando uns a simples nullidade da convenção leonina, com o fundamento de só a esta se referir literalmente o codigo civil francez, no artigo 1855.º; mas outros sustentam que, não obstante isso, é nullo todo o contracto. Vide Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 164, e auctores ahí citados. Deve, porém, notar-se que o codigo civil francez não regula propriamente a nullidade da convenção leonina, no sentido do nosso codigo, referindo-se sómente, e separadamente, ás clausulas que excluem algum socio da participação nos lucros ou nas perdas. N'estas condições, é preferivel a doutrina que annulla simplesmente a clausula illegal, respeitando a validade do contracto principal.

nullidade não tem outro fundamento senão a protecção e defeza dos socios prejudicados, entendemos que os terceiros não podem invocal-a para se eximirem do cumprimento das obrigações contrahidas. Porém, os socios poderão sempre invocal-a, respondendo em todo o caso por todas as obrigações aquelles que as contrahirem. Estes principios são conclusões, que embora não estejam literalmente consignadas na lei, resultam logicamente do seu pensamento.

Se a inobservancia do principio da participação commum não abrange a convenção leonina, mas se limita a excluir algum socio dos lucros ou das perdas, não póde applicar-se o preceito demasiado rigoroso do art. 1242.º, porque precisamente por ser demasiado rigoroso não deve ter senão uma interpretação restricta ao caso juridico que governa. Ora, este artigo só comprehende o caso da convenção leonina, isto é, o contracto em que simultaneamente ha socios que só teem lucros e não ficam sujeitos a perdas, e socios que só teem as perdas e não os lucros.

Portanto, se a inobservancia do principio da participação commum se limita a excluir algum socio dos lucros ou das perdas, contra o regimen juridico do contracto de sociedade, mas sem chegar a ser a convenção leonina, simplesmente haverá logar para a applicação do principio geral de que a nullidade d'uma clausula ou d'um contracto accessorio não envolve a nullidade do contracto principal. A nullidade é, pois, relativa e parcial.

E dizemos que a nullidade do art. 1242.º do

codigo civil é demasiadamente rigorosa, porque effectivamente a ordem juridica ficaria muito melhor garantida e restabelecida com a applicação simples d'aquelle principio geral de direito contractual.

§ 3.º

A personalidade juridica das sociedades

SUMMARY :

16. Razão de ser d'este parographo. Conceito e fundamento da personalidade juridica das sociedades. Sua consagração historica, e expressa na lei, em relação ás sociedades commerciaes. A actualidade do problema, principalmente em relação ás sociedades do codigo civil. O processo mais natural e logico da sua discussão, para o resolver com exactidão juridica.
17. Consequencias e garantias geraes da personalidade juridica das sociedades. As sociedades, tendo personalidade juridica, são verdadeiras *personas moraes*, perante os principios scientificos do direito, embora não tenham este nome na terminologia do codigo civil. E, por isso, teem capacidade de adquirir direitos patrimoniaes, tanto por titulo gratuito como por titulo oneroso.
18. A pessoa juridica da sociedade procede por si mesma, representada por seus gerentes ou administradores, tanto judicial como extrajudicialmente. Applicações.
19. A pessoa juridica da sociedade é o proprio crédor ou devedor dos terceiros, que com ella contractam. Applicações.
20. A pessoa juridica da sociedade tem um patrimonio proprio, distincto dos patrimonios dos socios. Applicações.
21. O artigo 108.º do codigo commercial, que expressamente consigna a personalidade juridica das sociedades commerciaes, é applicavel ás sociedades do codigo civil.
22. Consequencias e garantias da personalidade juridica particulares ás sociedades commerciaes.

16. Ao definirmos o organismo economico-juridico chamado sociedade em direito civil e

commercial, dissemos que elle é uma collectividade dotada de personalidade juridica. Para completar o desenvolvimento d'aquella definição, é, pois, indispensavel examinar o problema da personalidade juridica nas suas condições estaticas e dynamicas, determinando o seu alcance e as suas consequencias nas relações sociaes dos socios, tanto entre si mesmos como com terceiros, e demonstrando, em complemento da nossa these, a sua applicação a todas as sociedades legalmente constituídas, tanto commerciaes como de qualquer outra natureza juridica.

O conceito scientifico e juridico da personalidade das sociedades traduz-se n'esta fórmula apparentemente muito simples: *uma sociedade, sendo legalmente constituída, representa uma individualidade juridica distincta da dos socios*. E' uma fórmula, que, apesar de ser muito simples na estructura literal da sua expressão, envolve no seu conceito scientifico e juridico notaveis e delicadas consequencias praticas na vida real e concreta do organismo da sociedade.

Por virtude da personalidade, as sociedades constituem organismos economico-juridicos autonomos, sujeitos d'um patrimonio colectivo ou capital social, destinado a produzir utilidades, movendo-se sob o impulso d'uma actividade propria, distincta da economia particular dos socios.

O patrimonio colectivo da sociedade e os patrimonios particulares e exclusivos dos socios tem respectivamente o seu regimen autonomo, separado e independente. O patrimonio particular do socio,

extranho á sociedade, é por elle livremente administrado. Pelo contrario, a administração do patrimonio social só pertence á pessoa juridica da sociedade, nas condições fixadas no estatuto ou contracto da sua formação ou determinadas pela lei, que simultanea e subsidiariamente regula a sua constituição e vida.

Por virtude da personalidade juridica, a sociedade é, pois, uma entidade completamente separada e distincta dos membros que a compõem; de modo que, quando duas ou mais pessoas constituem uma sociedade, não são rigorosa e juridicamente ellas que exercem a industria da empresa social. Acima dos socios está o ser juridico da collectividade, que ellas formam, como sujeito da actividade industrial da sociedade.

Mas, como se vê claramente, a personalidade juridica das sociedades não tem por sujeito uma pessoa physica nem uma individualidade concreta.

Ella é manifestamente o producto d'uma formação abstracta ou ideal do direito; é, como se costuma dizer na linguagem mais usual dos escriptores jurisconsultos, uma *ficção juridica*.

Mas, sendo assim, poderá a personalidade das sociedades sustentar-se sob a influencia dominante dos principios da philosophia juridica contemporanea, inspirada nas doutrinas positivistas, que sómente reconhecem os factos e leis da vida real e concreta, parecendo repellir todas as relações fundadas em simples productos de abstracção ou ficção do direito? E' a questão do fundamento

scientifico, positivo, da personalidade das sociedades. Examinando o problema sob este aspecto, não é difficil demonstrar que a personalidade das sociedades, não obstante ser um producto de formação juridica abstracta, se harmonisa perfeitamente com o character da moderna sciencia, porque obedece a uma necessidade real e concreta da vida do direito.

Modificando o principio geral, consignado no primeiro artigo do codigo civil, de que só o homem é susceptivel de direitos e obrigações, e, portanto dotado da personalidade juridica, a sciencia e a lei, obedecendo a necessidades constantes da vida social, crearam outras entidades constituídas em pessoas abstractas, chamadas *pessoas moraes*, igualmente susceptiveis de direitos e obrigações patrimoniaes, restrictas á sua vida economica.

Foi assim que o Estado, organismo supremo de toda a vida social, se constituiu em pessoa juridica, reconhecendo a mesma qualidade aos seus aggregados componentes, territoriaes e institucionaes, como os districtos, municipios, parochias e quaesquer estabelecimentos publicos ou de utilidade publica; e igualmente attribuiu o mesmo character a todas as instituições, fundações ou corporações, que, embora constituídas por iniciativa particular, são destinadas a quaesquer fins de interesse publico ou geral, reconhecendo-as como unidades organicas dotadas da personalidade juridica (codigo civil, artt. 32.º-34.º e 37.º).

Para estas instituições era realmente indispensavel formar um ser moral ou de razão, como

sujeito dos seus direitos e obrigações, capaz de integrar a respectiva personalidade jurídica.

D'outro modo, ellas não poderiam realizar o fim da sua missão ou actividade funcional, eminentemente, essencialmente social.

Ellas não poderiam, com effeito, integrar a sua personalidade jurídica em determinadas pessoas phisicas e humanas, precisamente porque a sua característica essencial se traduz em defender e promover o desenvolvimento d'uma causa ou interesse social, a causa dos pobres, dos doentes, dos ignorantes, dos fracos, ou da generalidade indefinida de todos os membros d'uma classe ou d'um determinado aggregado social, mas sem se referir a individuos certos e determinados. Tal é o fundamento da personalidade abstracta das collectividades ou quaesquer instituições de interesse geral. E tão organico e positivo elle é que todos os escriptores o acceitam, mesmo sem o discutirem.

Mas já não existe a mesma uniformidade de pensar para as sociedades de mero interesse particular, sustentando alguns auctores (1) que a formação abstracta da sua personalidade jurídica nada tem de logico e natural, visto que os direitos e obrigações que a constituem recahem sempre, necessariamente e exclusivamente sobre as pessoas que as compõem, sendo tanto mais para extranhar esta innovação incoherente da lei quanto é certo que nas sociedades com socios de responsabilidade

(1) Thaller, *obr. cit.*, n.º 201-203.

illimitada a morte d'algum d'estes produz a dissolução da sociedade, tornando-a assim solidaria com a vida de cada um dos seus membros, devendo aliás, se se respeita a sua individualidade distincta e independente, ser a sua existencia juridicamente separada e autonoma.

E' de justiça confessar que esta critica é verdadeira nos argumentos invocados. Mas nem por isso é scientifica a doutrina que ella pretende fazer triumphar.

Em primeiro logar, o facto de ter a morte de certos socios por consequencia a dissolução da respectiva sociedade demonstra apenas uma de duas cousas, ou ambas conjunctamente; que a lei foi incoherente, admittindo a dissolução d'algumas sociedades simplesmente pela morte d'um ou outro socio; ou então que essas sociedades teem uma personalidade independente mais restricta.

Em segundo logar, o facto de não se applicarem ás sociedades de interesse particular as mesmas razões, que justificam a personalidade juridica das de interesse geral, não demonstra que ella se não justifique igualmente para aquellas sociedades por principios de outra ordem ou por necessidades de outra natureza.

E effectivamente, foram principios e necessidades de outra ordem que inspiraram á lei o reconhecimento da personalidade juridica das sociedades industriaes. Por um lado era necessario fortalecer o credito das emprezas, consignando o seu capital como garantia exclusiva dos seus credores; e, por outro lado, esta mesma consignação era indispen-

savel para garantia dos crédores, porque d'outro modo estes ficariam gravemente prejudicados no concurso com os crédores particulares dos socios. Mas, além d'isto, ha para as grandes empresas constituídas sob a fórma do *anonymato*, uma razão suprema. E' a necessidade impreterivel de garantir a existencia d'estas sociedades contra as dissipações dos socios. Sem a personalidade juridica da collectividade, os crédores particulares dos socios poderiam dissolver-as reclamando a parte dos seus devedores, o que já não póde acontecer com a garantia da personalidade autonoma da sociedade, em virtude da qual aquelles crédores não terão outro direito senão o de se substituirem aos seus respectivos devedores nas suas relações com a sociedade.

O conceito da personalidade juridica das sociedades industriaes é uma consequencia tão natural das suas condições de vida, que tem a defendel-o, sem solução de continuidade, a consagração historica do seu desenvolvimento organico ao lado da differenciação evolutiva dos diversos typos de sociedades. Ha mesmo escriptores de auctoridade incontestada que sustentam a existencia da personalidade juridica já nas sociedades de interesse particular do direito romano (1). Porém, a maior parte dos auctores sustenta que o direito romano, regulando a vida juridica do contracto de sociedade, não formou ainda o conceito superior d'um patrimonio social distincto do dos socios, consi-

(1) Troplong, *obr. cit.*, n.^{os} 58 e seguintes.

derando, pelo contrario, os bens sociaes como propriedade indivisa, sobre os quaes todos os crédores dos socios tinham eguaes direitos como uma porção do patrimonio do devedor (1).

Mas o que é certo é que já em Roma floresceram grandes sociedades financeiras, destinadas á arrecadação dos impostos, á exploração das minas e aos fornecimentos militares, dotadas de personalidade juridica.

E quando o commercio e o direito commercial na edade media tomaram o vigoroso impulso do seu enorme desenvolvimento, adquirindo as sociedades industriaes amplas condições de vida e de estabilidade, generalisou-se e consolidou-se, para maior garantia, o principio da sua personalidade juridica (2). Com o progressivo desenvolvimento do direito commercial os estatutos das corporações mercantis e os escriptos dos jurisconsultos foram constantemente accentuando o principio e definindo as suas consequencias juridicas. E a maior parte dos codigos commerciaes modernos consignam-no expressamente como uma das fundamentaes condições do organismo juridico das sociedades (3).

(1) L. 13, § 1, D. *De praescriptis verbis* (xix, 5): *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*. Vivante, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. 1.º, n.º 286, e auctores ahí citados.

(2) *Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*; tal é o principio expressamente firmado nas decisões da Rota de Genova. Vivante, *obr. e log. cit.*

(3) Codigo italiano, art. 77.º; lei belga de 18-5-73, artigo 2.º; codigo da Roumania, artigo 78.º; codigo hespanhol, artigo 116.º. Nos paizes em que a lei commercial não estabelece expressamente

Obedecendo a esta corrente o nosso codigo commercial firmou o principio no art. 108.^o, empregando a terminologia da lei belga (1): « *As sociedades commerciaes representam para com terceiros uma individualidade juridica differente da dos associados* ».

o mesmo principio, a personalidade é admittida com maiores ou menores restricções. Na França, a personalidade das sociedades commerciaes é unanimemente reconhecida por todos os jurisconsultos, embora não seja expressa na lei, Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.^o 123 e 124; Pont, *obr. cit.*, n.^o 124; Guillaouard, *obr. cit.*, n.^o 21; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.^o 356. Na Inglaterra, distingue-se entre as sociedades chamadas *partnerships*, que não teem personalidade, e as chamadas *corporations, companies* ou *joint stock companies*, que gozam d'esta qualidade juridica, desde que registem o seu contracto ou estatuto nos termos da lei das sociedades (*companies act*) de 1862—Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.^o 125. Na Allemanha é admittida a personalidade das sociedades anonymas—Thöl, *Handelsrecht*, 1 und II, § 115.^o; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.^o 125. Uma lei de 20-4-92 reconhece-a tambem ás sociedades de responsabilidade limitada, de quotas eguaes ou deseguaes, com razão social ou sem ella. Vivante, *obr. cit.*, n.^o 289, nota 56. Mas existe profunda divergencia em relação ás outras especies de sociedades, pronunciando-se notaveis escriptores pela negativa, mas sustentando tambem outros a affirmativa—Thöl, *obr. cit.*, § 81.^o.

Na Suissa, o *codigo federal das obrigações*, distingue entre as *sociedades simples*, as *sociedades em nome colectivo*, em *commandita* e *anonymas*, as *associações*, e as *sociedades sem fim lucrativo*.

As sociedades, só de per si, não teem personalidade juridica; mas adquirem-na fazendo registrar o seu contracto ou estatuto no registo do commercio. A distincção está no seguinte: para os tres typos historicos de sociedades é obrigatorio o registo, e por isso é legal o principio da personalidade juridica; emquanto que para as outras sociedades, o registo é facultativo, e por isso da sua vontade depende o terem ou não personalidade juridica (codigo federal das obrigações, artigos 552.^o, 559.^o, 590.^o, 597.^o, 621.^o, 625.^o, 678.^o, e 716.^o).

(1) Lei belga, artigo 2.^o, ultima alinea: « *Chacune d'elles (les sociétés commerciales) constitue une individualité juridique distincte de celle des associés.* »

Mas o legislador portuguez, seguindo a fórmula da lei belga, introduziu-lhe as palavras « *para com terceiros* », sem se saber o motivo nem o fim d'este acrescentamento, porque tal não consta do relatório do ministro nem dos trabalhos da elaboração do código até á sua approvação definitiva. Mas comparando o art. 108.º com a ultima parte do art. 77.º do código italiano (1), vê-se logo que foi d'este que o nosso legislador extrahi as palavras « *para com terceiros* ». Mas fez mal em as transplantar para o art. 108.º, porque ellas parecem restringir o attributo da personalidade jurídica das sociedade ás suas relações com terceiros, extranhos á sociedade, quando é certo que aquella personalidade existe tambem nas relações com os socios.

O problema da personalidade das sociedades industriaes é ainda hoje objecto de vivas controversias e muitas divergencias sobre a determinação do seu alcance juridico e sobre a natureza das sociedades como pessoas jurídicas em comparação com as chamadas pessoas moraes. Mas a actualidade critica do problema recahe principalmente sobre a sua applicação ás sociedades do código civil, dividindo-se os escriptores em duas escolas, tendo ambas alguns dos melhores auctores, sustentando respectivamente as duas soluções apparentemente oppostas e inconciliaveis da affirmativa e da negativa.

(1) Ultima alínea do artigo 77.º do código italiano: « *Le società anzidette costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei socii* ».

Para se discutir e resolver o problema pelo processo mais exacto, não ha, em nosso entender, senão um caminho a seguir. E' estudar o principio da personalidade na sua applicação ás sociedades commerciaes, visto que para ellas elle é um facto, ou antes, uma lei incontestada. N'esta analyse deve apurar-se quaes sejam as garantias e consequencias juridicas que são necessariamente inherentes á personalidade das sociedades, isto é, aquelles factos juridicos que lhe são exclusivos, não podendo explicar-se sem o attributo da personalidade. Feitas esta analyse e esta determinação, verificaremos se algum ou alguns, mas um só basta, d'aquelles factos juridicos exclusivos da personalidade existe igualmente no organismo das sociedades civis. Se a analyse e a comparação forem feitas com rigor e exactidão, a conclusão ha de surgir expontaneamente, logicamente.

Prosigamos, pois, o caminho traçado.

17. A attribuição da personalidade ás sociedades tem muitos e importantes effeitos juridicos de vasto alcance vital, organico e funcional. As suas consequencias e garantias geraes podem e devem formular-se n'estes principios: a pessoa juridica da sociedade procede por si mesmo, representada por seus gerentes ou administradores, tanto judicial como extrajudicialmente; é o proprio crédor ou devedor dos terceiros, que com ella contractam; e tem um patrimonio proprio, distincto dos patrimonios dos socios. Sobre a exactidão d'estes prin-

cipios geraes são unanimes os tratadistas, discutindo-se apenas as diversas soluções na applicação do problema ás variadas relações da vida juridica e economica das sociedades (1). Reservando-nos para fazer nos numeros seguintes o estudo analytico d'estes principios, tomamol-os desde já em consideração, porque importa, antes de passar adiante, resolver a questão da paridade entre a pessoa juridica das sociedades e as chamadas *personas moraes*. E' a questão da natureza da individualidade juridica attribuida ás sociedades. Sobre ella pronunciaram-se tres theorias differentes. Duas d'ellas são apparentemente oppostas e inconciliaveis, mas realmente concordantes: sustentam respectivamente que as sociedades, sendo dotadas de personalidade juridica, são e não são *personas moraes*.

Uma terceira theoria sustenta que a individualidade juridica attribuida pela lei ás sociedades não chega mesmo a conferir-lhes a qualidade de pessoas juridicas, representando apenas uma garantia que a lei lhes concede por meio d'um conjuncto de privilegios destinados a fortalecer-lhes o credito e a facilitar-lhes a administração (2). Mas esta theoria não póde acceitar-se, não só porque

(1) Vivante, *obr. cit.*, n.º 289 e 290; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 358; Vidari, *Le società cit.*, n.º 49 e seg.; Calamandrei, *obr. cit.*, n.º 50; Thaller, *obr. cit.*, n.º 209 e seg.; Franchi, *Manuale del diritto commerciale*, n.º 18; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 106 e seg.

(2) Esta theoria foi defendida pelo jurisconsulto belga Van den Heuvel n'um livro intitulado *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*. Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 124.

vae de encontro á tradição juridica das grandes sociedades industriaes, que foram sempre consideradas como corpos collectivos susceptiveis d'um systema de direitos e obrigações relativas ao seu patrimonio, perfeitamente diferenciado dos direitos e obrigações particulares dos seus membros, mas tambem, e isto é o que scientificamente mais importa, porque semelhante theoria é, no fundo, uma simples mystificação do verdadeiro character juridico da individualidade. Na verdade, desde que a lei estabelece garantias que suppõem necessariamente a existencia d'uma individualidade juridica, sujeito dos respectivos direitos e obrigações, ha manifestamente uma pessoa juridica, que não póde ser senão essa mesma individualidade. Se a theoria pretende significar que a individualidade das sociedades se não póde nem deve confundir com as outras individualidades, é inutil, porque isso é tão intuitivo como é reconhecido por todos os auctores; mas o que não se póde affirmar é que ella não seja em direito uma pessoa, pois pessoa é toda a entidade susceptivel de direitos e obrigações.

Consideremos, pois, as outras duas theorias.

A theoria que sustenta não serem pessoas moraes as sociedades, embora dotadas de personalidade juridica, é defendida por muitos dos mais eminentes jurisconsultos (1). Vejamos quaes são as

(1) Vivante, *obr. cit.*, n.º 287; Vidari, *obr. cit.*, n.º 42; Pacifici Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile*, vol. 1.º, n.º 95; Mancini, *Relazione sul codice di commercio*; Franchi, *obr. cit.*, n.º 18 e muitos outros.

bases d'esta theoria, para a apreciarmos em confronto com a theoria aparentemente opposta (1).

Segundo esta theoria, ainda que as mais complexas funcções do credito e da industria sejam exercidas no interesse publico pelas sociedades commerciaes, todavia estas não podem considerar-se na organisação juridica vigente como corpos ou pessoas moraes. Na grande familia das pessoas juridicas os corpos moraes e as sociedades commerciaes formam duas classes distinctas. Aquellas desempenham uma funcção eminentemente social e teem no bem publico a sua immediata razão de ser; por isso, não podem em regra surgir, modificar-se, acabar sem o consentimento do Estado, administram-se sob a sua vigilancia, e teem uma capacidade limitada no receber a titulo gratuito e na aquisição da propriedade immobiliaria; o Estado, como guarda do interesse publico, determina as condições da sua existencia.

Pelo contrario, as sociedades commerciaes são exercidas principalmente no interesse dos socios; estes são os verdadeiros donos da sua existencia, podem modificar os seus estatutos, antecipar ou prorogar o seu fim, e, satisfeitos os crédores sociaes, dividir os lucros e o capital. Em consideração d'este interesse, que é particular dos socios, e que faz circular constantemente o patrimonio social para produzir novos lucros, a lei deixa aos socios a vigilancia, que o Estado exerce sobre a vida dos corpos moraes. De modo que, quando a

(1) N'esta exposição summaria limitamo-nos a reproduzir a doutrina de Vivante, que falla mais claramente que algum outro.

lei trata das pessoas moraes para favorecer ou restringir a sua capacidade, nas disposições tomadas não se comprehendem as sociedades commerciaes. Por isso, estas podem adquirir a titulo oneroso quaesquer bens immoveis, sem necessidade da auctorisação governativa que é necessaria para as pessoas moraes, porque não ha aqui o perigo da *mão morta*, pois que as sociedades adquirem os bens para os revenderem ou para exercerem com elles a sua industria.

D'esta differença structural do regimen juridico das duas especies de instituições pretende-se concluir que as sociedades industriaes, embora dotadas de individualidade juridica, não são propriamente pessoas moraes.

Não faltam, porém, tambem escriptores de reputação consagrada, que expressa, ou tacitamente, chamando-lhes pessoas juridicas ou seres moraes, sustentam doutrina aparentemente opposta, dizendo que o attributo da personalidade confere ás sociedades a qualidade de verdadeiras pessoas moraes (1).

Mas, procedendo ao exame rigoroso das duas theorias, facilmente se reconhece que, no fundo, ellas são perfeitamente harmonicas e concordantes, e que a sua divergencia, aparentemente inconciliavel, se reduz em ultima analyse a um

(1) Laurent, *obr. cit.*, n.ºs 181 e seg.; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.ºs 105 e seg.; Thaller, *obr. cit.*, n.ºs 201 e seg.; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 354 e seg.; Troplong, *obr. cit.*, n.ºs 58 e seg.; e um grande numero de auctores italianos.—Vide Sabbatini, *Individualità delle società commerciali*, pag. 18 e 19.

simples equivoco de terminologia legal, e de conceitos secundarios, sobre os quaes ha afinal o mesmo accordo de doutrinas.

Com effeito, a divergencia das duas theorias incide apenas sobre a diversidade do regimen juridico e legal das duas especies de instituições. Mas sobre isto não ha realmente discrepancia de doutrina entre os escriptores; ha apenas divergencia de terminologia. Os escriptores, que sustentam serem as sociedades pessoas moraes, de modo nenhum querem significar que ellas sejam equiparadas no seu regimen juridico ás collectividades ou quaesquer outras instituições de interesse e ordem publica, embora de iniciativa particular, que desde o direito romano gozam da qualidade e do nome de pessoas moraes. Elles querem simplesmente dizer que ellas constituem entidades juridicas capazes de direitos e obrigações distinctas das dos individuos que as compõem. Mas, de resto, todos estão d'accordo em que umas e outras nascem, vivem e morrem sob um regimen completamente distincto. Umas, as que tradicionalmente se chamam *pessoas moraes*, por isso mesmo que são essencialmente de interesse geral, só podem ser instituidas em personalidade juridica com a auctorisacão do Estado, que continúa durante a sua existencia a acompanhar e vigiar o desempenho das suas funcções, e para o qual reverte naturalmente o seu patrimonio, quando ellas deixam de viver. As outras, por isso mesmo que são principalmente de interesse particular, dependem apenas da vontade dos membros que as constituem,

comtanto que sejam respeitadas as determinações da lei sobre as garantias juridicas contractuaes (1).

Sobre estes principios geraes de differenciação, no regimen juridico vigente, não ha desaccordo entre as duas escolas; entre ellas não ha, portanto, uma divergencia de substancia doutrinaria; ha sómente uma divergencia de terminologia na expressão dos mesmos principios (2). Mas tão grande é a opposição das palavras, que chega a insinuar a supposição de que se trata de doutrinas contradictorias e inconciliaveis.

Para evitar este perigo seria conveniente que uma das correntes cedesse perante a outra, e é claro que deve ceder a mais fraca. Mas qual é a mais forte perante a sciencia?

Para resolver esta face do problema, importa determinar o verdadeiro conceito scientifico e juridico das chamadas *peçoas moraes*, e confrontal-o com a natureza das sociedades industriaes.

Sobre este problema, os escriptores ensinam approximadamente a mesma doutrina que se encontra no nosso codigo civil (artt. 32.º e 37.º), considerando *corpos* ou *peçoas moraes todas as associações ou institutos de utilidade geral, que nas suas relações civis representam uma individualidade juridica* (3).

(1) *Supra*, n.º 2.

(2) Isto mesmo é confessado por um dos mais notaveis escriptores, que sustentam não serem peçoas moraes as sociedades de commercio : Vidari, *obr. cit.*, n.º 44.

(3) Vidari, *obr. cit.*, n.º 41.

Mas fixado este principio, onde é que reside o *substractum juridico* que attribue a qualquer instituição o character de pessoa moral? E' no facto de ser de interesse publico, ou no facto de ter individualidade juridica. E' certamente no attributo da individualidade juridica. E tanto isto é verdade que as instituições sem adquirirem esta qualidade não são consideradas, nem pela sciencia nem pela lei, pessoas moraes.

Por consequencia, embora o codigo civil expressamente só chame pessoas moraes ás entidades juridicas de interesse geral, a verdade é que também são pessoas moraes os outros seres de razão a quem a lei reconhece a mesma, ou ainda mais ampla, capacidade juridica. E esta conclusão é tanto mais logica quanto é certo que no estado actual da complexidade e interdependencia das relações sociaes não ha uma separação constante nem precisa entre os interesses publicos e particulares; pôde mesmo dizer-se que a maioria das sociedades industriaes são também de interesse geral. E por isso nós entendemos que, perante os principios scientificos do direito, as sociedades, sendo dotadas de personalidade juridica, são também pessoas moraes, embora governadas por um regimen differente.

Uma questão interessante, connexa com o character das sociedades como pessoas moraes ou juridicas, é a da sua capacidade para adquirir por titulo gratuito.

Sobre a capacidade juridica da pessoa moral das sociedades para adquirir por titulo oneroso,

não poderia sequer logicamente levantar-se a questão, desde que a lei lhe confere a personalidade. A aquisição e a alienação de bens por titulo oneroso constituem precisamente o movimento continuo de assimilação e desassimilação da vida economica das sociedades industriaes; n'estes factos constantes se traduz o circulo vital do seu organismo.

Mas sobre a capacidade acquisitiva por titulo gratuito tres systemas teem sido defendidos. Um systema recusa absolutamente ás sociedades industriaes a capacidade de adquirir por titulo gratuito (1). Outro só admitte esta capacidade com a auctorisação do governo (2). O outro reconhece-a absolutamente, sem necessidade de qualquer auctorisação (3).

Este ultimo é certamente o systema mais juridico, e é o defendido por quasi todos os jurisconsultos. Desde que a lei reconhece a existencia d'uma personalidade juridica, esta tem, em principio geral, a capacidade d'uma pessoa physica, exceptuando apenas os direitos que, por sua natureza ou pelo seu fundamento, lhe não podem realmente pertencer, como são os direitos relativos

(1) Cassagnade, *Étude sur les personnes morales et sur l'application de la théorie de la personnalité aux sociétés civiles et commerciales*, pag. 130 e seg; Labbé, cit por Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 118.

(2) Camberlin, *La loi*, n.º de 8-5-81, cit por Lyon Caen et Renault, *obr. e log cit.*

(3) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.ºs 119 e seg; Thaller, *obr. cit.*, n.º 219; Houpin, *obr. cit.*, n.º 16; Vivante, *obr. cit.*, n.º 288; Vidari, *obr. cit.*, n.º 51; M Lot, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*.

ao estado civil das pessoas physicas e os de successão *ab intestato*, e aquelles que a lei lhe recusa expressamente, ou indirectamente, determinando taxativamente a area da sua capacidade juridica (1).

Os defensores do systema, que nega absolutamente a capacidade das sociedades industriaes para adquirir por titulo gratuito, allegam que a personalidade juridica, que a lei lhes confere, tem um character particular, restricto ao objecto e ao fim da sua actividade propria e characteristicamente, e que a doutrina contrária teria como consequencia necessaria a inobservancia das leis declaratorias da incapacidade de certas pessoas para receberem d'outras doações, legados ou heranças, podendo adquirir por intermedio d'uma sociedade. A verdade, porém, é que nenhum d'estes argumentos resiste perante os principios juridicos que servem de fundamento ás disposições da lei. Com effeito, a personalidade juridica das sociedades tem um character muito mais restricto que a das pessoas physicas; mas a restricção não pôde ir alem das proprias disposições leaes, e em parte alguma a lei declara a pessoa juridica das sociedades incapaz de adquirir por titulo gratuito; nem tão pouco se pôde allegar que a acceitação, por parte d'uma sociedade, d'uma doação, d'um legado ou d'uma herança, seja contrária ou, pelo menos, differente do seu objecto e do seu fim, porque naturalmente os bens recebidos serão precisamente destinados a melhorar as condições econo-

(1) E' assim que a lei de 3 de abril de 1896 limita a capacidade juridica dos syndicatos agricolas (art. 1.º e § 2.º).

micas da empresa. Perante o nosso código civil as pessoas moraes podem succeder por testamento, tanto a título de herdeiras como de legatarias (art. 1781.^o), e por identidade de razão podem também receber doações, tanto mais que não estão inhibidas d'isso por disposição alguma da lei (art. 1477.^o). E como já tivémos occasião de dizer, mesmo perante os principios juridicos do nosso código civil, as sociedades industriaes são verdadeiras pessoas moraes, embora a terminologia legal lhes não dê expressamente esta denominação, visto que a essencia juridica das pessoas moraes está no facto da sua personalidade, e não na circumstancia de ser de interesse publico o fim da sua instituição. E póde mesmo dizer-se que, ainda perante a terminologia da lei, são igualmente pessoas moraes a maior parte das sociedades industriaes, porque embora sejam de instituição e interesse particular, são geralmente destinadas a satisfazer necessidades de interesse publico.

O outro argumento, segundo o qual a capacidade acquisitiva, por título gratuito, das sociedades seria a inobservancia ou illusão da lei pela propria lei, não tem um solido fundamento juridico nem legal, porque no problema que se discute não era a pessoa incapaz de adquirir que recebia; quem recebe é a pessoa juridica da sociedade, que tem um patrimonio proprio e distincto. E, em todo o caso, se n'uma doação ou n'um testamento em favor d'uma sociedade houvesse o proposito de beneficiar alguém, que directamente não podia

legalmente ser donatario, herdeiro ou legatario, os interessados prejudicados tinham sempre o direito de annullar o acto ou contracto prejudicial com o fundamento de ser feito simuladamente ou com apparencia d'outro contracto, por força do disposto nos artt. 1481.º e 1783.º do codigo civil.

O systema que exige a auctorisação do governo significa apenas uma precaução contra o receio resultante dos perigos do restabelecimento da propriedade de *mão morta*, que seria afinal uma restauração das corporações supprimidas. Mas o receio é illusorio, porque não é nas mãos de sociedades industriaes que se amortisa a propriedade; pelo contrario, na organização economica actual são estas empresas collectivas as mais aptas para activar as condições de producção da propriedade immobiliaria. E em todo o caso a cautela da auctorisação governativa seria inutil, porque o Estado póde a todo o tempo impôr a desamortisação; e seria prejudicial, porque constitue um obstaculo ao desenvolvimento da vida economica e juridica, e legalmente inadmissivel, porque disposição alguma de lei a impõe.

Por consequencia, parece-nos juridicamente incontestavel que a pessoa juridica das sociedades tem capacidade para adquirir livremente por titulo gratuito; e se, como diz VIDARI (1), este estado juridico não corresponde ás creações aprioristicas do direito, com que muitos espiritos se preoccupam ainda, como se o direito não fôra a disciplina

(1) *Obr. e log. cit.*

organica da vida humana social, o certo é que elle traduz precisamente a verdade objectiva dos factos e das necessidades reaes de todos os dias.

Sómente a mesma doutrina se não póde sustentar para as sociedades illegal ou irregularmente constituídas, porque estas não gozam do attributo da personalidade, considerando-se legalmente inexistentes (codigo commercial, art. 107.^o).

18. Determinando o conceito da personalidade juridica das sociedades, importa agora fazer uma analyse das garantias e consequencias que este facto produz no desenvolvimento da sua vida juridica.

Como já dissémos, a pessoa juridica da sociedade procede por si mesma, representada por seus gerentes ou administradores, tanto judicial como extrajudicialmente. E, com effeito, desde que a lei institue uma personalidade juridica, sujeito d'um systema de direitos e obrigações, a sua capacidade juridica, pertencendo-lhe *ipso jure*, só em seu nome póde ser exercida. Mas, como a personalidade das sociedades é uma formação juridica abstracta ou ideal, e como, por outro lado, a sua vida juridica não póde realisar-se sem uma actividade concreta e real, é indispensavel que a sociedade seja representada por órgãos directos, sujeitos da sua actividade funcional, encarregados da sua administração; e estes órgãos não poderiam ser senão pessoas physicas, que representem juridicamente a pessoa da mesma sociedade: são os seus gerentes ou administradores.

Entretanto, é preciso notar desde já que estes órgãos, gerentes ou administradores da sociedade, não são os seus unicos nem os seus superiores representantes. Acima d'elles está a propria personalidade collectiva da sociedade, constituída pela cooperação deliberativa da assembleia ou reunião dos socios, a quem pertence a direcção suprema dos negocios e interesses sociaes (codigo civil, artt. 1266.º e seg., especialmente 1270.º e n.º 5.º; codigo commercial, artt. 114.º, n.ºs 5.º e 7.º, 119.º, n.º 2.º, 151.º, 171.º, 179.º, § unico, 201.º, 205.º, 206.º e outros). Mas elles são os seus representantes, os seus agentes de execução no desenvolvimento natural e corrente da vida da sociedade, fazendo as suas vezes em todos os actos e contractos, judicial e extrajudicialmente (1). N'esta qualidade, os agentes ou administradores da sociedade não são mandatarios d'ella, mas são a propria sociedade representada pelos seus órgãos directos (2). Quando, no desempenho das suas funcções, contractam com terceiros, não são elles que individualmente adquirem direitos ou se sujeitam a obrigações, mas sim a propria pessoa juridica da sociedade que elles representam.

(1) Tal é a doutrina expressamente consignada na lei belga (artt. 13.º e 44.º) e que o nosso codigo commercial não repetiu, certamente porque a julgou desnecessaria na lei, visto ser uma consequencia necessaria do attributo da personalidade juridica.

(2) Isto, porém, não quer dizer que, sob um outro aspecto, os gerentes d'uma sociedade não sejam propriamente seus mandatarios. Com effeito, elles teem esta qualidade nas suas relações com a propria sociedade, que elles representam (codigo commercial, artt. 156.º, 172.º e § 1.º, 173.º e outros; codigo civil, art. 1267.º). Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 359 e 361.

D'estes principios resulta uma consequencia importantissima, que é ao mesmo tempo uma garantia destinada a assegurar os direitos e a determinar as obrigações da sociedade e a facilitar o desenvolvimento da sua vida juridica extrajudicial no desenvolvimento das suas operações: os direitos e obrigações resultantes dos actos e contractos celebrados pelos gerentes ou administradores, em negocios da sociedade, pertencem á pessoa juridica da collectividade, ainda que sejam feitos sómente em nome individual dos contractantes; e, por consequencia, nos actos da sociedade é desnecessaria a intervenção de todos os socios, bastando para a sua validade a intervenção d'aquelle ou d'aquelles a quem foi conferida, expressa ou tacitamente, a faculdade de administrar os negocios sociaes (codigo commercial, artt. 152.º, 171.º e 201.º; codigo civil, artt. 1266.º, 1268.º e 1270.º).

Dos mesmos principios resulta outra consequencia ou garantia, igualmente importante, destinada a regular e facilitar a vida judicial das sociedades: perante os tribunaes, as sociedades, quer como auctoras, quer como rés, demandando ou defendendo-se, procedem por si mesmas, não podendo ser representadas por qualquer socio, mas sómente por aquella ou por aquelles que de direito representam a sua pessoa juridica, isto é, por ellas mesmas directamente ou por seus gerentes ou administradores. Rigorosamente, nos termos expressos e restrictos da lei (codigo de processo civil, art. 11.º; codigo de processo com-

mercial, artt. 103.º-105.º, 112.º e outros), as sociedades industriaes são em juizo representadas pelos seus agentes ou administradores, porque estes são propriamente os seus chefes, as pessoas que representam de facto e de direito a pessoa juridica da collectividade. E, por consequencia, os socios que, não tendo poderes de gerencia ou administração, forem demandados judicialmente, poderão defender-se allegando a illegitimidade de partes como réus no respectivo processo. Mas quando a sociedade quizer propôr em juizo qualquer acção, poderá fazel-o collectivamente, sem que o réu possa allegar a illegitimidade da parte auctora, com o fundamento de ser uma sociedade e não se achar representada pelos seus chefes, gerentes ou administradores, porque com effeito a sociedade está legalmente bem representada, visto que á collectividade dos socios, acima da simples administração, pertence a direcção suprema dos negocios e interesses sociaes. E, de facto, esta intervenção collectiva dos socios pôde muitas vezes ser necessaria, se por qualquer motivo os gerentes ou administradores da sociedade não quizerem promover um determinado processo em favor dos interesses e direitos sociaes.

Liquidado que as sociedades só devem judicialmente ser demandadas na pessoa dos seus administradores, que são os seus chefes ou representantes, o que importa é determinar em cada caso, em face do contracto ou estatuto da formação da sociedade e em face das disposições legaes que simultanea e subsidiariamente regulam

a sua administração, quaes são as pessoas que n'esta qualidade devem ser citadas. Se o contracto declara quem são os directores, gerentes ou administradores, são estes os representantes da sociedade, que n'esta qualidade devem intervir no processo, tanto activamente, sendo a sociedade auctora, como passivamente, sendo ella ré. Mas deverão intervir todos os administradores ou bastará a intervenção d'um só ou alguns d'elles, quando forem mais do que um?

N'este caso, entendemos que a solução é diversa, conforme os administradores teem poderes para proceder isoladamente, ou só podem administrar collectivamente, isto é, com o concurso e a cooperação de todos. No primeiro caso, basta a intervenção de qualquer dos socios que tenha poderes de gerencia, visto que elle, de per si só, é um legitimo representante da sociedade. Mas, no segundo caso, é necessaria a intervenção collectiva de todos os socios administradores.

E, pela mesma razão, se o contracto não determina a fôrma de administração, ou se nem mesmo diz quaes sejam os socios administradores, qualquer dos nomeados, no primeiro caso, ou qualquer dos socios, no segundo, teem plenos poderes de gerencia e, portanto, a qualidade juridica de chefe, e é por isso competente para representar a sociedade, tanto judicialmente como extrajudicialmente.

Esta doutrina, em relação á faculdade de administrar, é expressamente estabelecida nos artt. 1266.º e 1268.º-1270.º do codigo civil, e nos

artt. 152.º e 154.º do código commercial, relativamente ás sociedades em nome colectivo. Ella applica-se igualmente ás sociedades em commandita, mas só aos socios de responsabilidade illimitada, porque só estes podem ser gerentes ou administradores effectivos (código commercial, artt. 201.º e 203.º). E applica-se igualmente aos directores das sociedades anonymas, notando que a assembleia geral dos accionistas poderá determinar ou modificar a fórma da administração, comtanto que não o faça contrariamente ao que estiver estipulado nos estatutos, que aliás pôde tambem modificar (código commercial, artt. 116.º, 173.º e § 1.º, 179.º, n.º 3.º, e outros). E dos principios expostos resulta claramente que a faculdade de administrar confere ao socio a qualidade de representante da sociedade. E, por consequencia, só os socios que teem a qualidade de gerentes ou administradores são os competentes para intentar qualquer acção ou ser demandados em nome da sociedade que representam (1).

(1) Foi, pois, com fundamento juridico que o accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-11-94 negou a revista do accordão da Relação de Lisboa de 25-8-94, que confirmou o despacho do tribunal criminal de Lisboa de 12-7-94, julgando parte illegitima o Sr. Antonio Narciso Rebello Alves Correia, como accionista da companhia real dos caminhos de ferro portuguezes, para intentar acção criminal contra o Sr. Marianno de Carvalho por factos reputados criminosos por este praticados na direcção da mesma companhia. Vide *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 27.º, pag. 152-155; *Revista dos Tribunaes*, 13.º, pag. 83 e 198; *Gazeta da Relação de Lisboa*, 8.º, pag. 460. Effectivamente nos crimes praticados contra uma sociedade, a parte particularmente offendida não é senão a propria pessoa da sociedade, como

Constituindo as sociedades uma personalidade juridica, que procede por si mesma, é necessario determinar o seu domicilio, que é muitas vezes indispensavel para o exercicio de certos direitos e para o cumprimento de certas obrigações, principalmente na fixação da competencia territorial.

O codigo civil, no art. 41.º, estabelece a regra geral, que determina o domicilio, fixando-o no lugar onde o cidadão tem a sua residencia permanente. Mas o § unico do mesmo artigo, para as corporações ou associações, manda substituir a residencia pela séde da sua administração. O codigo civil, porém, no art. 46.º, permite aos cidadãos a faculdade de estipular qualquer domicilio particular, para o cumprimento de actos determinados, comtanto que a lei os não sujeite a

individualidade juridica distincta da dos socios. Nos negocios da sociedade não interveem juridicamente as pessoas individuae dos socios. Portanto, só a propria sociedade ou os seus representantes são pessoas legitimas para proceder em seu nome. Por consequencia, em face do disposto no art. 865.º da Novissima Reforma Judiciaria e do art. 11.º do codigo de processo civil, só o Ministerio Publico e a propria companhia real dos caminhos de ferro portuguezes eram partes legitimas para proceder criminalmente contra o Sr. Marianno de Carvalho. Mas o que é extraordinario é que o Sr. Cabral Moncada, agente do M. P. no processo Alves Correia contra Marianno de Carvalho, se mostrasse tão zeloso na sua função de fiscal da lei, invocando na sua promoção a verdadeira doutrina sobre os artt. 865.º da Novissima Reforma Judiciaria, 11.º do codigo de processo civil, e 108.º do codigo commercial, mas se mostrasse ao mesmo tempo tão despreoccupado da alta missão que a mesma lei lhe impõe, deixando de proceder energicamente contra quem foi judicialmente denunciado como agente de crimes publicos. Dir-se-hia que o M. P. acima da lei collocára os interesses particulares do accusado !

um domicilio certo e necessario e que o façam em documento authenticico ou authenticado. E embora a lei não tenha consignado expressamente a mesma faculdade em relação ás corporações ou associações, é claro que aquella mesma disposição é egualmente applicavel ás pessoas moraes ou juridicas, não só por identidade de razão, mas porque estas pessoas abstractas exercem os seus direitos por intermedio de pessoas phisicas, cidadãos, que podem usar d'aquella faculdade.

O domicilio das sociedades industriaes é, pois, em regra geral, a séde da sua administração, que geralmente coincide com o seu principal estabelecimento. E dizemos em regra geral, porque em virtude d'aquella faculdade a sociedade póde estipular um domicilio differente.

Mas póde acontecer que a sociedade não tenha propriamente um estabelecimento nem uma administração com séde determinada e conhecida. O que, porém, ella ha de ter necessariamente é um ou mais gerentes ou administradores; e n'este caso, é pelo domicilio d'estes que se determina o da sociedade.

Tambem a sociedade, alem da administração principal ou central, póde ter administrações secundarias, agencias, succursaes ou estabelecimentos filiaes. N'este caso, desde que o estabelecimento filial tenha uma existencia individual, embora subordinada, isto é, que tenha uma administração propria, capaz de representar a pessoa juridica da sociedade, elle tem tambem o seu domicilio proprio, que é o da sua séde,

embora constitua com a administração principal um unico sujeito juridico (1).

O domicilio das sociedades é um facto juridico, que importa sempre determinar com toda a precisão, porque d'elle depende a competencia judiciaria territorial em relação aos actos e contractos da mesma sociedade. No processo judicial civil o réu deve ser demandado no juizo do seu domicilio (codigo de processo civil, art. 16.º, e codigo de processo commercial, art. 1.º); e por applicação d'este principio geral, as sociedades, sendo corpos collectivos, devem ser demandadas no juizo onde estiver a séde da sua administração (codigo de processo civil, art. 18.º).

Quando, porém, a sociedade tiver estabelecimentos filiaes ou administrações secundarias, o mesmo codigo de processo civil (§ un. do art. 18.º) faz expressamente a applicação legal da doutrina exposta, dispondo que o juizo do domicilio d'estas succursaes é competente para conhecer das causas intentadas contra a sociedade, quando disserem respeito a contractos celebrados ou obrigações contrahidas pelas mesmas administrações secundarias (2).

Constituindo a sociedade uma personalidade juridica, que tem um domicilio proprio e procede por si mesma, segundo a doutrina exposta, é facil de vêr desde já que o attributo juridico da sua individualidade existe, não só nas suas relações com terceiros, mas tambem nas relações dos

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.º 70.

(2) Thaller, *obr. cit.*, n.ºs 215 e 216.

socios, e que, portanto, o legislador foi incorrecto, inserindo no art. 108.º do código commercial as palavras « *para com terceiros* », parecendo restringir d'este modo a garantia da personalidade. Effectivamente, a coordenação systematica dos principios que regulam a vida do organismo juridico d'uma sociedade demonstra claramente a persistencia da sua individualidade nas suas relações com os associados: por um lado, a pessoa juridica da sociedade póde demandar os socios, para os compellir ao cumprimento das obrigações e responsabilidades por elles contrahidas, tanto em virtude do contracto originario da sua formação, como por outros contractos posteriores legalmente celebrados; e por outro lado, a sociedade, como pessoa juridica distincta, póde igualmente por elles ser demandada, para a satisfação de todos os direitos dos socios, como o pagamento da sua quota nos lucros realisados, o reembolso e indemnisação das despezas e dos serviços prestados, a exhibição dos livros e documentos das operações sociaes, etc., etc. (1).

19. O segundo principio inherente á personalidade das sociedades, igualmente fecundo em consequencias e garantias juridicas, é que a pessoa juridica da collectividade constitue o proprio

(1) Tal é a doutrina igualmente ensinada pelos commentadores do código commercial italiano, de cujo art. 77.º o nosso legislador transplantou a restricção apparente das palavras « para com terceiros ». Vivante, *obr. cit.*, n.º 280; Vidari, *obr. cit.*, n.º 50.

crédor ou devedor dos terceiros que com ella contractam, sendo para este effeito considerados tambem como terceiros os socios que fazem quaesquer contractos com a administração social. Sendo dotadas d'uma personalidade juridica distincta da dos seus membros, como taes as sociedades contractam em seu nome proprio, embora representadas por algum ou alguns socios. D'este principio, que é por sua vez uma consequencia natural, logica e inevitavel d'aquelle outro principio, segundo o qual a pessoa juridica da sociedade procede por si mesma, resulta necessariamente ser a propria sociedade que adquire os direitos e se sujeita ás obrigações oriundas dos seus actos e contractos.

Examinemos summariamente as applicações d'este principio nas relações juridicas da sociedade.

Os créditos da sociedade são direitos que propria e exclusivamente lhe pertencem. Por consequencia, só a mesma pessoa juridica da sociedade é pessoa legitima para compellir judicialmente os seus devedores ao pagamento devido, e a acção competente só poderá ser intentada por quem legitimamente representar a sociedade, com poderes expressa ou tacitamente conferidos. Qualquer socio que não tenha estes poderes é incompetente para demandar os devedores da sociedade.

Semelhantemente, tratando-se de dividas da sociedade, os seus crédores só poderão demandar a propria pessoa juridica da sociedade, e não

qualquer dos associados, visto que quem deve é ella propria, e não os socios individualmente considerados. E por consequencia, os crédores sociaes só poderão demandar os socios gerentes ou administradores, e não os que não tiverem taes poderes.

Ha, porém, auctores que parecem fazer uma restricção a esta doutrina, relativamente ás sociedades em que ha socios de responsabilidade solidaria e illimitada, dizendo que estes socios *são obrigados concorrentemente* com a sociedade (1), d'onde deveria concluir-se que n'estas sociedades os crédores sociaes poderiam igualmente demandar todos ou quaesquer d'aquelles socios individualmente considerados. Mas semelhante doutrina não tem, em verdade, fundamento juridico. Nas sociedades em nome colectivo e em commandita ha realmente socios de responsabilidade solidaria e illimitada; mas estes socios, nem quaesquer outros, não são obrigados concorrentemente com a sociedade. A solidariedade na responsabilidade dos socios tem um character particular que a distingue da solidariedade passiva em geral ou solidariedade dos comdevedores, que os obriga simultanea e concorrentemente, e a qualquer d'elles, ao cumprimento integral das obrigações communs. Nas relações juridicas dos socios e da sociedade que elles formam, a responsabilidade solidaria dos socios não é simultanea e concorrente com a responsabilidade da sociedade; ella é apenas

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 368.

subsidiaria em relação á da sociedade; ella só se manifesta desde que a sociedade não possa solver a sua; n'uma palavra, a responsabilidade solidaria dos socios só é verdadeiramente solidaria entre os socios, e não entre elles e a sociedade.

E' a doutrina que resulta necessariamente da garantia da personalidade juridica da sociedade distincta da dos socios.

O sujeito dos direitos e obrigações d'uma sociedade é a propria pessoa juridica da collectividade. Portanto, quem deve é ella mesma, é ella quem primeiro tem obrigação de pagar. Só quando ella não póde pagar, por estarem exgotados os seus recursos, é que a lei manda recorrer subsidiariamente á responsabilidade dos socios, que é solidaria entre os que a ella estão sujeitos.

E estas conclusões são juridicamente certas, ainda que a lei as não firmasse expressamente. O principio da personalidade juridica é sufficiente, para, por si só, as estabelecer. Mas, para evitar falsas interpretações, o legislador teve a prudente cautela de as formular expressamente no § 1.º do art. 153.º do codigo commercial: « *Os crédores, porém, d'uma sociedade em nome colectivo não serão recebidos a fazer-se pagar pelos bens particulares dos socios, emquanto não se achar excutido o capital social* ». E esta disposição é egualmente applicavel aos socios de responsabilidade solidaria e illimitada nas sociedades em commandita (codigo commercial, art. 201.º).

Do facto de ser a pessoa juridica d'uma sociedade o verdadeiro e proprio devedor das pessoas

que com ella contractam resultam consequencias importantissimas, relativamente aos direitos dos crédores da mesma sociedade e dos crédores particulares dos socios.

Distincta a pessoa individual dos socios da pessoa juridica collectiva por elles formada, é natural que tambem os patrimonios particulares d'aquelles se distingam do patrimonio colectivo d'esta, e que, por consequencia, os crédores da sociedade sejam pagos pelo patrimonio social, com exclusão dos crédores particulares dos socios. Assim logicamente dispõe o art. 137.º do codigo commercial: « *Os crédores da sociedade preferem aos crédores de cada um dos socios, pelo que toca aos bens sociaes. . .* »

Vê-se, pois, que no concurso de crédores da sociedade e de crédores particulares dos socios, os primeiros excluem os segundos.

Mas quererá isto dizer que os crédores particulares dos socios são sempre e absolutamente excluidos de se fazerem pagar sobre o patrimonio social? Certamente que não. Conceder um tal privilegio de intangibilidade dos bens sociaes, em relação aos crédores particulares dos socios, seria precisamente a consagração legal da fraude, fornecendo aos devedores um meio de se livrarem do pagamento das suas dividas, entrando com todos os seus haveres para o fundo d'uma sociedade.

A lei não poderia permittir factos juridicos de tal natureza, que seriam a negação do proprio direito.

Qual é, pois, o direito dos crédores particulares dos socios sobre os bens do fundo social?

São dois os systemas com que se póde garantir o direito d'estes crédores.

Segundo um systema, o crédor particular d'um socio póde fazer valer o seu direito, mas sem prejudicar a continuação regular da vida da sociedade; não póde, portanto, reivindicar parte alguma do capital social, tendo apenas o direito de penhorar a parte social do seu devedor e receber os respectivos lucros, se os houver; sómente, quando as partes dos socios no fundo social foram representadas por titulos negociaveis, o crédor poderá penhoral-as e vendel-as, porque este facto não importa perturbações na vida da sociedade, pois que esses titulos não são propriamente capital social, apenas o representam, e constituem propriedade particular do socio seu legitimo possuidor. Este systema é do codigo commercial italiano (art. 85.^o).

Segundo outro systema, qualquer que seja a especie de sociedade, qualquer que seja a natureza e fórma das partes sociaes, o crédor particular d'um socio tem sempre o direito de penhorar e fazer execução na parte social do devedor, embora este facto determine a dissolução da sociedade. Este systema mais radical é o estabelecido expressamente pelo nosso codigo civil (art. 1274.^o).

Qual dos dois é o mais razoavel, o mais equitativo e conforme com os principios da estrutura e vida juridica do organismo da sociedade?

O mais admissivel perante os bons principios é manifestamente o do codigo commercial italiano, porque, garantindo efficazmente os direitos dos crédores particulares dos socios, respeita a existencia da sociedade, que, tendo-se constituido legalmente, tem todo o direito de viver e funcionar até final desenvolvimento das operações industriaes que ella se propoz realisar. De resto, os crédores particulares de qualquer socio não teem legitimos motivos de queixa, porque teem obrigação de saber com quem contractam, e deveriam, portanto, saber que o seu devedor tinha os seus bens no fundo d'uma empreza collectiva; pelo contrario, os socios do devedor ficariam profundamente prejudicados se os crédores particulares d'este viessem levantar uma parte importante do fundo social, capaz de destruir o desenvolvimento ou a continuação dos seus negocios sociaes, sendo d'esta fórma completamente illudidos na sua boa fé, e defraudados com licença da lei, que permittisse a terceiros, absolutamente extranhos aos negocios da sociedade, a faculdade de sequestrar o fundo social.

Mas o nosso legislador do codigo commercial, que tanto copiou do codigo italiano, parece que não quiz aproveitar d'elle o razoavel systema de garantir os direitos dos crédores particulares dos socios, preferindo manter o systema radical e injusto do art. 1274.º do nosso codigo civil. Com effeito o nosso codigo commercial, que na sua maior parte foi pautado pelo italiano, desprezando o art. 85.º d'este, e nada dizendo sobre o assumpto,

manda applicar (no seu art. 3.º) o art. 1274.º do código civil.

Do mesmo facto de ser a pessoa juridica d'uma sociedade o proprio crédor ou devedor das pessoas que com ella contractam resulta necessariamente que os créditos ou as dividas da sociedade lhe pertencem exclusivamente, e não são créditos ou dividas dos socios, não podendo entre elles dar-se compensação. D'este principio decorrem varias consequencias, que importa fixar: 1.^a se a sociedade faz valer um crédito seu contra um terceiro, este não póde oppor-lhe em compensação o crédito que tenha sobre um ou alguns dos socios (1); 2.^a se um terceiro faz valer um crédito seu contra a sociedade, esta não póde oppor-lhe em compensação o crédito que um ou alguns dos socios tenham sobre o terceiro crédor; 3.^a se um terceiro faz valer um crédito particular contra um ou alguns dos socios d'uma determinada sociedade, o socio devedor não póde oppor-lhe em compensação um crédito da sociedade; 4.^a se um socio faz valer contra um terceiro um crédito particular, o terceiro não póde oppor-lhe em compensação o seu crédito sobre a sociedade, salvo o caso em que o terceiro não tenha cobrado o seu crédito sobre a sociedade, por se achar excutido o capital social, e aquelle socio fôr de responsabilidade solidaria e illimitada, porque então a divida da sociedade

(1) Este principio é expressamente estabelecido em alguns códigos commerciaes: código allemão, art. 121.º; código hungaro, art. 96.º; código federal suiso, art. 571.º.

torna-se divida solidaria de todos os socios de responsabilidade illimitada (1).

20. O terceiro dos principios geraes, que synthetizam as consequencias e garantias juridicas da personalidade das sociedades, é a constituição d'um patrimonio, proprio d'esta pessoa juridica, e distincto dos patrimonios particulares dos socios. E' o ser moral que adquire e possue; é elle o proprietario exclusivo dos bens que constituem o capital social. O contracto de sociedade é, pois, um verdadeiro titulo translativo da propriedade das entradas dos socios para o capital da sociedade.

Este principio, fecundo em applicações na vida juridica das sociedades, é uma condição necessaria das outras condições de existencia da personalidade. Effectivamente, para que a pessoa juridica da sociedade proceda por si mesma e constitua o proprio crédor ou devedor das pessoas que com ella contractam, é indispensavel que ella tenha bens seus, um patrimonio proprio, capaz de satisfazer as necessidades da sua vida economica.

D'este principio, combinado com os outros dois, resulta: que só a propria pessoa juridica da sociedade póde dispôr dos bens sociaes, e portanto, só ella póde hypothecar os seus immoveis, que escapam mesmo a quaesquer hypothecas legaes que venham a recahir sobre os bens particulares dos socios; que é contra ella exclusivamente que

(1) Vivante, *obr. cit.*, n.º 290.

devem ser intentadas todas as acções reaes que tenham por objecto bens sociaes; que é contra ella que a prescripção sobre bens ou direitos sociaes produz os seus effeitos, não podendo ser suspensa por factos praticados pelos socios individualmente considerados; que a sociedade póde participar na formação d'uma outra sociedade, entrando com bens do seu capital, etc., etc. (1).

Mas as consequencias caracteristicas do caracter juridico do patrimonio da sociedade referem-se principalmente á natureza e condição juridica do direito social, isto é, do direito dos socios sobre o fundo ou activo social.

Qual é, pois, a natureza do direito social, e qual a sua condição juridica?

O direito moderno vae abandonando a velha classificação romana dos direitos em reaes e pessoaes, e, na verdade, com justificado motivo, porque esta classificação, alem de não ter um fundamento positivo e preciso, não tem alcance juridico de consequencias aproveitaveis. Mas n'esta classificação o direito social tem necessariamente o caracter d'um direito pessoal, pois que não incide sobre cousas materiaes determinadas. Os socios transferindo pelo contracto de sociedade a propriedade das suas entradas para o patrimonio colectivo pertencente a uma pessoa juridica completamente distincta, não ficam durante a existencia da sociedade comproprietarios indivisos. Por isso o direito que adquirem pelas suas entradas

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 373; Vivante, *obr. cit.*, n.º 290.

não conserva a mesma natureza dos bens sociaes; o seu direito, derivado exclusivamente do contracto social, incide apenas sobre uma parte dos lucros emquanto dura a sociedade e sobre uma parte do activo social depois da sua dissolução. O direito social é, pois, precisamente um titulo de crédito *sui generis* contra a pessoa juridica da sociedade, cujo valor real póde variar indefinidamente, desde o valor positivo enorme até ao valor negativo consideravel, conforme as condições economicas da vida social.

Mas uma classificação dos direitos patrimoniaes, que tem um fundo alcance juridico em consequencias praticas, e por isso expressamente consignada nos codigos desde a antiga legislação romana, e com a qual importa necessariamente confrontar a natureza do direito social, é a dos direitos mobiliarios e immobiliarios.

Comprehende-se facilmente a razão de ser do vasto alcance juridico d'esta classificação, desde que nos lembremos do desenvolvimento assombroso da riqueza mobiliaria dos ultimos tempos, e de que, em virtude do proprio facto da sua constante mobilidade, era necessario facilitar as garantias juridicas da sua existencia e desenvolvimento, modificando a rigidez das velhas normas do direito economico, principalmente estabelecidas para os direitos immobiliarios, para as adaptar ás necessidades de rapidez, de elasticidade e simplicidade das condições da vida circulatoria da economia moderna. Emquanto a propriedade imobiliaria, por virtude da sua

relativa quietação, continúa, em grande parte, sob o velho e severo regimen do direito antigo, a riqueza mobiliaria vive já sob o regimen d'um conjuncto de institutos juridicos, generalizados pela força expansiva sempre crescente do direito commercial, que lhe facilitam com efficazes garantias, as suas condições naturaes de preparação, circulação e emprego, no giro constante das necessidades da vida economica.

Na classificação dos direitos patrimoniaes em mobiliarios e immobiliarios, o direito social não poderia, pois, deixar de ter a natureza de mobiliario. E assim acontece realmente, tanto em face dos principios expostos como perante as proprias disposições do codigo civil (art. 375.º, n.º 2.º e art. 376.º, 2.ª parte). Effectivamente, em face d'estas disposições e dos principios expostos, vê-se claramente que o direito social, sendo apenas um direito de crédito contra a pessoa juridica da sociedade, que não incide sobre certos e determinados bens, não está comprehendido no n.º 2.º do art. 375.º do codigo civil, mas sim na 2.ª parte do art. 376.º (1).

Por consequencia, o direito d'um socio n'uma sociedade, quando mesmo não esteja sujeito a garantias mais simples, como acontece nas sociedades anonymas e em commandita por acções, pertencendo á cathegoria dos direitos mobiliarios,

(1) O codigo civil francez (art 529.º) e outros expressamente classificam como mobiliario o direito dos socios nas sociedades ou companhias de commercio e industria, ainda que ellas tenham bens immoveis.

regula-se pelas garantias d'estes, muito mais simples em relação aos direitos immobiliarios, sobretudo no que respeita ás condições de aquisição e transmissão.

Finalmente, se o direito do socio n'uma sociedade constitue um direito mobiliario seu, que é um direito de crédito, embora elle não lhe dê um direito de compropriedade sobre o patrimonio social, que pertence exclusivamente á pessoa juridica da sociedade, o mesmo direito comtudo faz parte do seu patrimonio particular, e póde por consequencia ser penhorado pelos seus crédores, para garantia d'estes, depois de satisfeitos os crédores sociaes.

Vê-se, portanto, como é antijuridico o systema, sobre as relações entre a sociedade e os socios, por um lado, e os seus respectivos crédores, por outro, proposto na conferencia de Nuremberg quando se discutiu o codigo commercial allemão; alguns conferentes, inspirados pelo principio da symetria nas fórmulas da disciplina juridica, propozeram que, separado e distincto o patrimonio social do particular dos socios, se reservasse exclusivamente o primeiro para os crédores sociaes presentes ou futuros, e o segundo exclusivamente para os crédores particulares dos socios. Semeilhante systema foi rejeitado, e com toda a razão, porque elle envolveria a propria negação do direito.

Um tal systema seria, por um lado, como já notámos, a permissão legal da fraude, consentindo que os devedores se livrassem do pagamento de

suas dividas, entrando com os seus haveres para o fundo d'uma sociedade. Por outro lado, destruia por completo o principio da responsabilidade solidaria e illimitada dos socios nas sociedades em nome colectivo e em commandita.

« Se o rigor da symetria póde conduzir a consequencias injustas, é certamente em materia commercial; e se o direito deve ser antes um impulso de direcção e uma força de garantia do que um obstaculo impertinente, deve sempre adaptar-se ás diversas contingencias da vida, e prevenir com a sua disciplina as necessidades mais provaveis, e não se envolver em nebulosas metaphysicas » (1).

Do mesmo modo, é antijuridico o systema segundo o qual, com o fundamento de constituir o direito social um titulo de crédito, se deveriam entre os crédores sociaes, em caso de fallencia, contar os socios como crédores da sua entrada. E' realmente antijuridico este systema, porque o direito social de crédito refere-se sómente aos lucros da empresa durante a sua existencia e a uma parte no activo depois da dissolução, mas só depois de satisfeitos os crédores sociaes. Dizer que o direito social é um direito de crédito não póde de modo algum significar que o socio tem sobre a sociedade um crédito igual á sua entrada, porque d'este modo o contracto de sociedade seria um verdadeiro emprestimo, o que manifestamente se não dá, porque cada socio transfere á pessoa da sociedade a propriedade da sua entrada.

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.º 61

Se os socios fossem tambem considerados como crédores, aconteceria que os crédores sociaes ficariam profundamente prejudicados pela concorrência dos socios, que constituiriam só á sua parte um crédito equal ao capital originario; e a propria sociedade que se constituisse com semelhante regimen juridico não gozaria do crédito commercial, que resulta da consignaço do patrimonio social como garantia exclusiva dos crédores sociaes extranhos á sociedade.

21. De harmonia com o plano traçado, importa agora resolver o problema da personalidade juridica em relação ás sociedades civis.

Os jurisconsultos divergem profundamente na soluço do problema, sustentando uns (1) que tambem as sociedades civis são pessoas juridicas, mas muitos outros (2) defendem terminantemente a doutrina contraria, ensinando que as sociedades

(1) Vavasseur, vol. 1.º, *obr. cit.*, n.º 27; Troplong, *obr. cit.*, n.ºs 58 e seg.; Houpin, *obr. cit.*, n.º 14; Delangle, *obr. cit.*, n.ºs 14 e seg.; Duvergier, *obr. cit.*, n.ºs 381 e seg.; Duranton, *obr. cit.*, n.ºs 334; Pascaud, *La personnalité moral des sociétés civiles, Revue française des Sociétés*, 1892, pag. 202-210; Vidari, *obr. cit.*, n.ºs 46-48; Vivante, *obr. cit.*, n.º 290; etc., etc.

(2) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.ºs 126 e seg.; Thaller, *obr. cit.*, n.ºs 220 e seg.; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 355; Pont, *obr. cit.*, n.º 126; Guillouard, *obr. cit.*, n.º 25; Demolombe, *Traité des obligations*, vol. 9.º, n.º 415; Laurent, *obr. cit.*, n.º 182; Bianchi, *Corso di diritto civile*, vol. 4.º, n.º 12; etc., etc. Do mesmo modo diverge a jurisprudencia dos tribunaes, sustentando, geralmente, a personalidade das sociedades civis a jurisprudencia franceza, negando-a a belga, e hesitando a italiana. Vide os auctores citados.

civis, exceptuando as que se constituem sob as fórmulas commerciaes, constituem um simples estado de communhão, em que cada socio é comproprietario dos bens communs indivisos, sobre os quaes tem, por consequencia, um direito real, que é mobiliario ou immobiliario, conforme a sociedade tem só bens moveis ou tambem immoveis.

Esta jurisprudencia, que contesta a personalidade juridica das sociedades civis, invoca, como decisivos, os seguintes argumentos geraes, alem d'outros particulares: 1.º que o direito romano e o antigo direito civil europeu, n'aquelle baseado, não reconheceram tal personalisação; 2.º que este attributo juridico é uma criação do direito commercial medieval para as sociedades de commercio, que só foi expressamente assimilada pelos codigos commerciaes, e não pelos codigos civis, e que, portanto, não deve nem póde applicar-se ás sociedades civis; 3.º que não póde logicamente deixar de ser assim, porque as sociedades civis, não se constituindo com as condições de fórma e publicidade, exigidas para a constituição legal e regular das sociedades commerciaes, são desprovidas d'um organismo juridico de vida externa, capaz de fazer conhecer a sua existencia, como pessoas moraes ou juridicas distinctas da individualidade dos socios, e, por consequencia, não podem existir como collectividades perante terceiros, constituindo apenas um contracto que só produz effeitos entre os associados; e finalmente, 4.º que as disposições dos codigos civis reguladoras da vida juridica do contracto de sociedade

não estabelecem o principio da personalidade juridica das sociedades, como o fazem a maioria dos modernos codigos commerciaes.

Ora, é facil de ver que estes argumentos são demasiado insignificantes para negar a personalidade das sociedades civis.

O primeiro argumento não prova cousa alguma: em primeiro lugar, porque não é absolutamente certo que o direito romano e o antigo direito civil recusassem a garantia da personalidade das sociedades, havendo auctores que sustentam opinião contraria; e em segundo lugar, porque, ainda mesmo que isso fosse um facto juridico certo e indiscutivel, o argumento não demonstraria realmente que o moderno regimen juridico do contracto de sociedade não reconheça á collectividade dos socios o attributo d'uma personalidade collectiva distincta; demais, é um preconceito e um erro, que só póde explicar-se pelo respeito, exagerado e mal comprehendido, da homenagem devida ao direito romano, mas que não póde consentir-se no estado actual da sciencia do direito, a pretensão de regular as relações juridicas da vida social contemporanea por um direito que, embora florescente e esplendido na historia do seu passado, é certamente incompetente para as necessidades do presente.

O segundo argumento é igualmente insignificante, e até mesmo erroneo. E' uma applicação grosseira do argumento *à contrario sensu*. Do facto de ter o direito commercial declarado expressamente que as sociedades de commercio constituem

uma personalidade juridica, e não ter o direito civil feito egual declaração, querer concluir que as sociedades civis não gozam do mesmo attributo da personalidade, é realmente tirar uma conclusão que não está nos principios estabelecidos. Para que tal conclusão fosse logica era necessario que a lei commercial, ou qualquer outra, dissesse que só as sociedades de commercio gozam da personalidade. Mas como tal não diz, nada obsta a que o direito civil, embora o não diga expressamente, reconheça a personalidade no conjunto das leis que formam o regimen juridico das sociedades. E é isso que de facto acontece. O argumento, pois, só serve para demonstrar que o direito commercial, tendo-se formado e desenvolvido sob uma elaboração mais scientifica, e mais claro e preciso que o direito civil, que continúa a deixar-se envolver nas nuvens da metaphysica do direito.

O terceiro argumento, é justo confessar-se, é rigorosamente scientifico; mas é apenas um argumento de sciencia pura, e não de direito positivo, constituído. Em verdade não é scientificamente juridico reconhecer a garantia da personalidade a sociedades que se constituem quasi secretamente, pelo menos sem darem conhecimento exterior da sua vida economica e juridica, podendo muitas vezes comprometter os direitos dos credores particulares dos socios, e mesmo os dos credores sociaes.

Mas, embora isto seja verdade, o argumento não demonstra que, de facto, no regimen juridico das sociedades do codigo civil não existe o prin-

cipio da personalidade collectiva. O que o argumento demonstra é: que se tal acontece, não devia acontecer; isto é, que as sociedades civis, para gozarem da personalidade, deviam tambem sujeitar-se a rigorosas condições de fórma e de publicidade, como as sociedades commerciaes; n'uma palavra, demonstra a tendencia, ou pelo menos, a necessidade da fusão do direito commercial com o civil (1).

Emfim, o quarto argumento seria decisivo, se fosse verdadeiro.

Mas é precisamente no regimen juridico das sociedades civis, que nós encontramos, de harmonia com o plano traçado e já percorrido, as garantias e consequencias caracteristicas da personalidade das sociedades industriaes, e, por consequencia, o mesmo principio estabelecido no art. 108.º do codigo commercial.

Determinemos, pois, o principio da personalidade das sociedades no regimen da lei civil.

Examinando a estrutura e vida juridica do contracto de sociedade, segundo o codigo civil, vê-se logo que elle produz necessariamente uma associação ou collectividade de pessoas. Mesmo na terminologia legal, o contracto de sociedade constitue sempre uma *associação*, como já demonstrámos (*supra*, n.º 2).

E essa associação ou collectividade de pessoas é pelo codigo civil chamada *sociedade* (artt. 1240.º e seg.). E examinando particularmente as dispo-

(1) José Tavares, *Theses selectas de direito*, repartição 1.ª, these 2.ª.

sições d'alguns artigos, convencemo-nos sem hesitações de que o corpo colectivo da sociedade constitue, por força da lei, uma pessoa juridica. Assim, por exemplo: o art. 1245.º declara que os bens adquiridos pelos socios, na segunda especie de sociedade universal, *se presumem da mesma sociedade*; os artt. 1246.º e 1247.º declaram que *certas dividas e certas despezas estão a cargo da sociedade*; a sociedade é, pois, *uma entidade, que tem direitos sobre bens e que está sujeita a certas obrigações*; a sociedade é, portanto, *uma pessoa juridica*, porque do contrario não poderia ter direitos nem obrigações. E' na susceptibilidade de direitos e obrigações que essencial e necessariamente consiste a personalidade juridica. Do mesmo modo, os artt. 1251.º-1255.º e 1258.º determinando a responsabilidade dos socios, dizem harmonicamente que o *socio é responsavel para com a sociedade*, e o art. 1261.º diz que a *sociedade é responsavel para com o socio*; a sociedade é, pois, *uma entidade, que é sujeito activo e passivo de responsabilidades*.

Poderá, em face d'estas disposições, contestar-se que tambem as sociedades civis constituem uma personalidade juridica distincta da dos socios?

Parece-nos que não póde haver hesitações na resposta. Parece-nos mesmo que aquellas disposições do codigo civil são, a final, quasi tão explicitas como o art. 108.º do codigo commercial.

Poderá talvez quem não quizer ler claro no fundo das palavras da lei dizer com LYON CAEN

et RENAULT (1) que o emprego da palavra *societate* nos artigos do código civil não demonstra que se trate d'uma entidade jurídica, significando simplesmente n'aquellas disposições que os associados são considerados sob o ponto de vista dos seus interesses collectivos, e não no dos interesses individuaes de cada um d'elles. LYON CAEN et RENAULT accrescentam ainda que isto é tanto mais exacto quanto é certo que o código civil só emprega a palavra *societate* nas relações reciprocas dos socios, fallando só de associados, nas relações da sociedade com terceiros. Mas esta parte do argumento desaparece perante o nosso código civil (artt. 1272.º-1274.º), que ainda nas relações com terceiros falla da entidade *societate*. E, em todo o caso, mesmo na vida interna da sociedade, e, portanto, mesmo perante o código civil francez (artt. 1845.º-1847.º e 1852.º), a lei não se limita a empregar a palavra *societate*, como significando os interesses communs dos socios; vae mais longe, considera a sociedade como sujeito de direitos e obrigações, e, por consequencia, como uma entidade jurídica.

Estes factos juridico-legaes parecem-nos sufficientes para convencer o espirito disciplinado pelo estudo do direito de que não pôde logicamente contestar-se a personalidade das sociedades civis.

Mas, para completo desenvolvimento e inteira demonstração da these, importa agora confrontar as consequencias e garantias geraes da personali-

(1) *Obr. cit.*, n.º 128.

dade das sociedades industriaes com o seu regimen na lei civil, e veremos como ha, a este respeito, perfeito accordo entre o direito civil e o commercial.

Na ordem do nosso estudo, o primeiro principio das consequencias e garantias da personalidade das sociedades é que a sua pessoa juridica procede por si mesma, tanto judicial como extrajudicialmente, sendo representada pelos gerentes ou administradores. E vimos que a consequencia, que é ao mesmo tempo uma garantia, mais caracteristica d'este principio é a representação da sociedade, em juizo, pelos seus gerentes ou administradores, sem que para isso seja necessario mandato, nem expresso nem especial (*supra*, n.º 18).

E por quem são representadas as sociedades civis em juizo? Será necessaria a representação de todos os socios individualmente considerados? Certamente não. As sociedades civis, como as sociedades commerciaes, são representadas em juizo pela sua administração, sem necessidade de mandato especial.

Com effeito, as sociedades civis são indiscutivelmente corpos collectivos. E, como taes, nos termos do art. 11.º do codigo de processo civil, são representadas pelos seus chefes, syndicos, fiscaes, ou por quem suas vezes fizer. Isto é tanto verdade como é certo que o § 2.º do mesmo art. 11.º mostra claramente que os corpos collectivos, de que falla o corpo do artigo, comprehendem tambem as sociedades industriaes, tanto as civis como as commerciaes, visto que o codigo não distingue, e tanto mais que elle comprehende especialmente o

processo do direito civil. Ora, os chefes do corpo colectivo d'uma sociedade, ou quem suas vezes faz, não são senão os seus gerentes ou administradores.

Nem se póde dizer que tal doutrina seja inapplicavel ás sociedades que não teem uma administração organizada, capaz de representar exteriormente a collectividade, porque perante a lei a sociedade tem sempre gerentes ou administradores. Quando os socios não estabelecem a fórma da administração, a lei declara que cada um d'elles está revestido dos poderes para administrar (codigo civil, art. 1270.º, n.º 1.º), e, portanto, cada um d'elles tem legalmente poderes para representar a sociedade, tanto judicial como extrajudicialmente. E' precisamente o que póde acontecer nas sociedades commerciaes em nome colectivo (codigo commercial, art. 152.º, n.º 2.º, e 154.º), as quaes são sempre, pessoas juridicas, desde que se constituem nos termos da lei.

O segundo e o terceiro principios, que synthetizam as consequencias e garantias da personalidade juridica d'uma sociedade, podem fundir-se n'este: a pessoa juridica da sociedade, tendo um patrimonio proprio, é ella mesma o crédor ou o devedor dos terceiros com quem contracta.

Não se verificará porventura este mesmo principio no regimen juridico das sociedades civis?

Elle encontra-se precisamente consignado nos artt. 1272.º e 1274.º do codigo civil. Segundo o art. 1272.º, os socios não são obrigados solidariamente pelas *dividas da sociedade*, nem alem da

sua parte no fundo social, salva convenção em contrario. Vê-se, pois, que a sociedade é propriamente o sujeito das dividas sociaes. Mas, como o art. 1273.º estabelece que os socios são responsaveis por uma parte das dividas da sociedade, poder-se-hia ainda dizer que, de facto, as dividas da sociedade são tambem, em parte, dividas dos socios, o que aliás não destruiria a personalidade distincta da sociedade. Porém, o art. 1274.º, dispondo que os crédores da sociedade preferem aos crédores de cada um dos socios, pelo que toca aos bens sociaes, estabelecem manifestamente o principio da separação dos patrimonios da sociedade e dos socios, e o principio de que a sociedade é o proprio sujeito das dividas sociaes, o que se não comprehende sem o attributo da personalidade juridica.

Do mesmo modo, os artt. 1251.º-1257.º mostram claramente que a sociedade é o proprio crédor ou sujeito das obrigações para com ella contrahidas.

Em conclusão: se o codigo civil explicitamente trata a sociedade como uma entidade capaz de direitos e obrigações, attribuindo-lhe de facto as consequencias e reconhecendo-lhe as garantias mais characteristics d'uma personalidade juridica, com que logica de direito se poderá contestar-lhe a natureza de pessoa juridica identica, ou pelo menos, analoga á das sociedades commerciaes? Semelhante contestação é decididamente a negação dos principios fundamentaes da propria lei (1).

(1) E', pois, com razão que o sr. Dr. Dias Ferreira (*obr. cit.*, vol. 1.º, 1.ª ed., pag 61) chama *peoas juridicas* ás sociedades civis, embora não faça a menor demonstração da these.

Por consequencia, se as sociedades civis constituem tambem uma personalidade, a reconstrucção completa do seu regimen juridico deve fazer-se pela applicação dos principios inherentes á personalidade das sociedades commerciaes, desde que não sejam contrarios ás disposições do codigo civil ou exclusivos do direito commercial. E assim, embora o art. 1273.º do codigo civil diga que os socios são responsaveis, para com os crédores da sociedade, por quotas proporcionaes ás suas respectivas partes sociaes, deve entender-se que, á semelhança do que acontece nas sociedades commerciaes (codigo commercial, § 1.º do art. 153.º), esta responsabilidade é apenas subsidiaria, não podendo executar-se enquanto não fôr executido o capital social, tanto mais que o codigo civil (art. 16.º) manda applicar as leis que regulam casos analogos, sempre que as suas disposições não sejam sufficientes; e não ha em direito maiores analogias do que a que se dá entre as sociedades civis e as sociedades commerciaes em nome colectivo. Pela mesma razão, tambem o direito dos socios nas sociedades civis é um direito mobiliario. E nem poderia deixar de ser assim, porque, se a sociedade civil se constitue sob alguma das fórmias commerciaes, regula-se pelas disposições do codigo commercial (art. 106.º), e n'este caso, o direito dos socios é indiscutivelmente mobiliario (*supra*, n.º 20), ainda que a sociedade tenha bens immoveis. Ora seria um contrasenso manifesto que o direito dos socios na mesma sociedade fosse de natureza juridica com-

pletamente differente, pelo simples facto formal de se constituir a sociedade nos moldes civis ou nos moldes commerciaes. A fórma civil ou commercial d'uma sociedade póde produzir consequencias juridicas diversas, relativamente á medida dos direitos e obrigações dos socios entre si e nas suas relações com terceiros, mas o que não póde é alterar a natureza do vinculo juridico que une os contrahentes, pois os caracteres essenciaes e fundamentaes do contracto de sociedade existem tanto nas sociedades civis como nas commerciaes (1).

Finalmente, não se diga, contra a personalidade juridica das sociedades civis, que ella é excluida pelo proprio codigo civil (artt. 32.^o e 33.^o) que as restringe ás associações, corporações ou fundações de interesse geral, nem, com THALLER (2), que a propria definição legal do contracto de sociedade (codigo civil, art. 1240.^o) a exclue explicitamente, dizendo que a sociedade é uma communhão de bens, d'onde se deve concluir serem os bens sociaes, propriedade commum indivisa, e que, portanto, não ha personalidade social. Com effeito, o codigo civil, nos artt. 32.^o e 33.^o não declara que só as chamadas pessoas moraes tenham individualidade juridica; não emprega palavra ou phrase alguma, que auctorise tal restricção; mas limita-se a estabelecer essa individualidade, fixando as condições do seu reconhecimento, para determinar nos artigos seguintes o seu alcance juridico.

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.^o 46.

(2) *Obr. cit.*, n.^o 221.

Tambem o argumento do art. 1240.^o não tem valor algum perante a doutrina já exposta; e se algum tivesse, não poderia ser tomado em consideração, porque o art. 1240.^o do codigo civil applica-se egualmente ás sociedades commerciaes (codigo commercial, art. 3.^o).

Não deve, pois, restar a menor duvida sobre a solução geral do problema: o art. 108.^o do codigo commercial, que expressamente consigna a personalidade juridica das sociedades commerciaes, é tambem applicavel ás sociedades civis.

22. Demonstrado que as sociedades civis são, como as commerciaes, dotadas de personalidade, não se pense, porém, que as duas personalidades juridicas são precisamente identicas.

Entre ellas ha realmente identidade nos caracteres geraes, essenciaes e fundamentaes, como temos verificado.

Comtudo, da personalidade juridica das sociedades commerciaes resultam consequencias e garantias particulares, que importa definir e firmar.

As sociedades commerciaes, por virtude da personalidade, são necessariamente commerciantes, visto serem pessoas que exercem o commercio. Foi, pois, em boa logica que o codigo commercial (art. 13.^o), na determinação das pessoas a quem pertence a qualidade juridica de commerciante, aos commerciantes individuaes (n.^o 1.^o do art. 13.^o) accrescentou as sociedades commerciaes (n.^o 2.^o do art. 13.^o).

D'este principio resulta que as sociedades commerciaes são, como os commerciantes, especialmente obrigadas, nos termos dos artt. 18.º a 63.º do codigo commercial: 1.º a exercer o commercio sob um nome, firma ou denominação, por onde se conheça a sua individualidade; 2.º a ter uma escripturação mercantil, regularmente organizada, capaz de fazer conhecer facilmente e com precisão as suas operações commerciaes e o seu estado economico; 3.º a fazer inscrever no registo commercial da respectiva circumscripção os actos que a lei manda publicar por este meio, para conhecimento de todos os interessados; 4.º a organizar o seu balanço e as suas contas, para satisfação de todos os interessados.

Finalmente, as sociedades commerciaes, por serem commerciantes, estão sujeitas ao regimen da fallencia, que só abrange as pessoas d'esta classe (codigo commercial, artt. 692.º e 745.º e seg.). As proprias sociedades não commerciaes mas constituidas nos moldes do codigo commercial, embora se regulem pelas mesmas disposições, ficam excluidas da fallencia (art. 106.º) por não serem commerciantes.

A fallencia é um instituto juridico exclusivo dos commerciantes. Mas a verdade é que o seu conceito economico é tão adequado aos commerciantes como aos não commerciantes. Economicamente, não é outra cousa senão o desequilibrio financeiro do commerciante; juridicamente, é um processo que tem por fim a tutela dos interesses do commerciante e a garantia dos direitos dos

seus crédores. Ora o desequilibrio financeiro não é uma especialidade do commercio, mas sim um estado economico que póde igualmente verificar-se em todos os patrimonios. Demais, o commerciante insolvente e os seus crédores não teem direito de ser tratados pela lei sob um regimen especial e particular. E' por isso que actualmente muitos escriptores reclamam a generalisação da fallencia a todos os devedores insolventes (1).

(1) Vide os auctores citados em — *Das empresas no direito commercial*, por José Tavares, pag. 37, nota.

CAPITULO II

Diferenciação economica e juridica das sociedades commerciaes

SUMMARIO :

23. Necessidade e importancia da differenciação economica e juridica das sociedades Classificações legaes e doutrinaes
24. Sociedades *civis* e *commerciaes*. Importancia d'esta classificação O criterio scientifico e juridico da distincção é puramente objectivo, a forma escolhida á vontade dos socios não póde alterar a natureza commercial ou civil d'uma sociedade. Artt 104.º, 106.º e 107.º do código commercial. Applicação dos artt 2.º, 230.º e 463.º Character e merito scientifico d'esta classificação
25. Sociedades *civis*. Sociedades *universaes* e *particulares* Esta classificação applica-se igualmente ás sociedades commerciaes. A sociedade *familiar*—tambem póde ser commercial A sociedade de *parceria rural*—a parceria *agricola* é sempre civil, mas a *pecuaria* é muitas vezes commercial — n.º 4.º do art 464.º do código commercial. Sociedades *tacitas* e *expressas* Sociedades *civis com forma commercial* Art 106.º do código commercial.
26. Sociedades *commerciaes* e *cooperativas*. Artt 104.º e 207.º do código commercial Character d'esta classificação. As sociedades *cooperativas* nem sempre são commerciaes: são commerciaes ou civis, conforme a natureza do seu objecto. Sociedades *em nome colectivo*, *anonymas* e *em commandita*. Art 105.º do código commercial Character e alcance econo-

mico e juridico d'esta classificação. *Commandita simples e por acções* Art 199.º do codigo commercial

27. Sociedades commerciaes *regulares e irregulares* Artt 104.º e 107.º do codigo commercial. As sociedades commerciaes irregulares teem existencia juridica, entre os socios, como contractos validamente constituídos. A declaração de inexistencia abrange apenas a personalidade; não é propriamente uma nullidade, mas simplesmente uma sanção particular; seus effectos. Sociedades tacitas e expressas
28. Classificações doutrinaes: sociedades perfectas e imperfectas; de pessoas e de capitaes; de responsabilidade limitada e illimitada; a classificação das sociedades pela classificação das industrias; outras classificações.

23. Conhecida a estrutura fundamental do organismo *sociedade* pela determinação e pela analyse dos elementos economicos e juridicos que o constituem, a disciplina do methodo impõe agora ao nosso exame o estudo d'um outro capitulo não menos interessante que o primeiro. E' a determinação dos diversos typos sob os quaes se apresentam as variadissimas especies da sociedade industrial.

Tanto sob o aspecto economico como nas fórmas e garantias juridicas, as sociedades industriaes assumem feições e caracteres muito differentes, que importa determinar e analysar com a maxima precisão da sciencia e toda a exactidão do direito. A differenciação economica impõe-se, porque ella revela o papel que as diversas fórmas de sociedades desempenham na vida industrial e faz conhecer as mais urgentes necessidades do seu respectivo desenvolvimento. Por seu lado, a differenciação juridica não é menos util e necessaria, porque,

além de ser praticamente indispensavel, mostrará se as determinações positivas do direito correspondem ás indicações da sciencia e ás necessidades da economia.

N'este estudo analysaremos, sempre em obediencia á disciplina do methodo, separadamente as classificações legaes e as doutrinaes. Ha, com effeito, classificações expressamente estabelecidas na lei, e classificações que sómente são definidas no estudo analytico dos escriptores e juriconsultos.

As primeiras — *as legaes* — são certamente as que teem maior importancia juridica, e não teem naturalmente menor importancia economica. Mas tambem a maior parte das classificações doutrinaes teem alcance juridico apreciavel, embora não estejam literalmente comprehendidas nas disposições da lei.

E' claro, de resto, que n'esta distincção das classificações em legaes e doutrinaes nos referimos á lei portugueza, pois que não ha uniformidade nas leis dos diversos paizes. De modo que, classificações ha que sendo meramente doutrinaes n'um paiz são legaes em outro, e vice-versa, como teremos occasião de vêr.

Entre as classificações legaes, nós temos de examinar em primeiro logar a classificação geral das sociedades em *civis* e *commerciaes*, determinando o alcance e o criterio d'esta distincção. Em seguida, examinaremos as classificações das sociedades *civis* em confronto com as sociedades *commerciaes*. E depois analysaremos as classifica-

ções das sociedades commerciaes propriamente ditas.

Finalmente, das classificações doutrinaes examinaremos aquellas que pela sua reconhecida importancia merecem ser consideradas, e que, em nosso entender, se reduzem a quatro: sociedades *perfeitas* e *imperfeitas*; sociedades de *peçoas* e de *capitaes*; sociedades de *responsabilidade limitada* e de *responsabilidade illimitada*; e a classificação das sociedades pela *classificação das industrias*. Não deixaremos, porém, de fazer uma breve referencia a outras classificações.

24. A mais geral das classificações legaes das sociedades, e sem duvida uma das que praticamente maior importancia tem, é a distincção em sociedades *civis* e *commerciaes*.

Para se reconhecer o largo alcance juridico d'esta classificação, basta notar com LYON CAEN et RENAULT que, d'um modo geral, tanto interessa distinguir as sociedades commerciaes das civis como os commerciantes das peçoas que não teem esta profissão (1).

E, com effeito, são completamente differentes, os principios dos seus respectivos regimens juridicos, tanto em relação á constituição e funcionamento da sociedade como nas relações dos

(1) Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, vol. 2.º, n.º 89.

socios entre si e com terceiros. As sociedades civis, a não ser que se constituam sob as fórmulas commerciaes (codigo commercial, art. 106.^o), são regidas pelas disposições do codigo civil, que são muito diversas das do codigo commercial; e mesmo as sociedades civis de fórmula commercial conservam o seu regimen civil, em relação á jurisdicção e á fallencia.

Entre as principaes differenças do regimen juridico das duas especies de sociedades, importa fixar as seguintes :

1.^a As sociedades commerciaes, para terem existencia juridica perfeita, precisam de constituir-se por escripto, e os titulos da sua constituição e funcionamento estão sujeitos a rigorosas condições de fórmula e de publicidade (codigo commercial, artt. 104.^o, n.^o 2.^o, 107.^o, e 113.^o-117.^o); as sociedades civis, pelo contrario, não carecem de formalidades externas (cod. civ., artt. 686.^o e 1241.^o), salvos os casos dos artt. 1244.^o e 1250.^o do codigo civil, em que precisam de constituir-se por escriptura publica, e o caso em que resolvam adoptar uma das fórmulas commerciaes, porque n'esta hypothese terão de se sujeitar ás mesmas formalidades das sociedades commerciaes (cod. com., art. 106.^o);

2.^a As sociedades commerciaes são commerciantes (cod. com., art. 13.^o, n.^o 2.^o), e por isso estão sujeitas a todas as obrigações e gozam de todas as prerogativas d'esta classe, como firma e nome commercial, escripturação, balanço, fallencia, etc., etc.; porém, as sociedades civis, não sendo commerciantes, são excluidas d'esse regimen

juridico, sujeitando-se só a parte d'elle mesmo quando se constituam sob a fórma commercial;

3.^a Nas sociedades commerciaes, as acções resultantes do contracto de sociedade ou de actos sociaes prescrevem pelo lapso de cinco annos, se a sociedade se constituiu e funciona nos termos da lei (cod. com., art. 150.^o); nas sociedades civis, que não adoptam alguma das fórmas commerciaes, á falta de prescripções especiaes, aquellas acções prescrevem segundo as regras geraes do codigo civil;

4.^a As acções emergentes das sociedades commerciaes são da competencia dos tribunaes de commercio (cod. de proc. com., art. 3.^o), emquanto que as das sociedades civis são da competencia dos tribunaes ordinarios.

Assignalada d'uma maneira tão ampla a importancia pratica da divisão das sociedades em civis e commerciaes, vê-se logo como é util e indispensavel determinar o *criterio* da distincção das duas especies juridicas.

Por vezes a lei do direito positivo não corresponde aos principios da sciencia; mas esta desarmonia lamentavel não se verifica no problema que agora examinamos. Com effeito, perante os principios da sciencia juridica, o criterio de differenciação das sociedades commerciaes das civis não poderia incidir senão sobre o differente objecto da empresa social, isto é, sobre a natureza das operações industriaes que ella se propõe realisar (1).

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.^{os} 13 e seg.; Calamandrei, *obr. cit.*, n.^o 25; Vivante, *obr. cit.*, n.^o 285; Houpin, *obr. cit.*, n.^o 67; Vavasseur,

De harmonia com este principio, reconhecido por todos os commercialistas, uma sociedade será civil ou commercial, conforme os actos da sua industria forem de natureza civil ou commercial, nos termos do art. 2.º do codigo commercial, qualquer que seja, de resto, a fórma adoptada, quer as sociedades civis se constituam nos moldes commerciaes, quer as sociedades com fim commercial se constituam por fórmas civis.

Comtudo, a jurisprudencia d'alguns tribunaes francezes, belgas e italianos tem já por vezes decidido que a fórma das sociedades commerciaes é titulo sufficiente para qualificar como tal qualquer sociedade, embora de natureza objectiva civil (1). Mas semelhanté doutrina é insustentavel perante os rigorosos principios do direito, porque realmente a natureza de qualquer relação juridica não deve ser senão a que ella objectivamente tem, e não póde ser alterada pela simples vontade das partes; na verdade, admittir que a simples fórma d'uma sociedade escolhida á von-

obr. cit., n.º 4; Thaller, *obr. cit.*, n.º 168; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 92; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 200 e seg.

(1) Tambem entre nós já se sustentou esta doutrina a proposito d'uma sociedade de pesca, ensinando-se que o fóro commercial é o competente para a liquidação d'esta sociedade, com o simples fundamento de ser uma sociedade anonyma — *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, vol. 23.º, pag. 4. E' certo que tal sociedade é commercial, mas não pelo motivo da fórma commercial do anonymato, como parece insinuar a *Revista*, invocando o argumento do art. 106.º do codigo commercial. As sociedades de pesca são realmente commerciaes, sempre que especulam com a venda do peixe, mas são-no por força dos artt. 104.º e 463.º, n.º 3.º, do codigo commercial, e não por virtude do art. 106.º. Vide, José Tavares, *obr. cit.*, n.º 27.

tade dos socios seja titulo sufficiente para determinar a sua natureza, era um absurdo juridico injustificavel: seria permittir que uma entidade juridica se arrojasse a qualidade de commerciante sem praticar actos de commercio, seria admittir que de duas sociedades, tendo precisamente o mesmo objecto, uma poderia ser civil e a outra commercial, seria, n'uma palavra, contrariar arbitrariamente os mais elementares principios de precisão juridica.

Por consequencia, em face dos verdadeiros principios, toda a sociedade é commercial sempre que se proponha praticar actos commerciaes, mas é civil em todos os outros casos; e esta conclusão é sempre exacta, qualquer que seja a fórma externa adoptada para a sociedade.

Determinado o verdadeiro e unico criterio scientifico da distincção das sociedades em civis e commerciaes, é necessario averiguar o uso que d'elle faz o legislador do codigo commercial, para verificar se, com effeito, é verdade, como dissemos, que n'este problema ha perfeita harmonia entre os principios scientificos e as disposições da lei.

Somos, assim, chegados ao exame do art. 104.^o do codigo commercial em confronto com os artt. 2.^o, 106.^o e 107.^o.

Dispõe o art. 104.^o: « *São condições essenciaes para que uma sociedade se considere commercial: 1.^o que tenha por objecto praticar um ou mais actos de commercio; 2.^o que se constitua em harmonia com os preceitos d'este codigo* ».

Na primeira condição do art. 104.º o código consignou evidentemente o criterio objectivo da determinação das sociedades commerciaes. Mas quem se guiar apenas pelas disposições literaes da lei na interpretação do art. 104.º pensará talvez, attendendo ao corpo do artigo e á sua condição segunda, que, além do criterio objectivo, o código exige tambem a condição de fórma para que uma sociedade seja commercial. E d'este modo concluir-se-hia que uma sociedade, embora de objecto mercantil, não será commercial desde que se constitua sob qualquer fórma que não seja das preceituadas no código commercial.

Confrontando, porém, o art. 104.º com outras disposições do código, e investigando cuidadosamente o pensamento da lei, facilmente se reconhece que semelhante conclusão não é permittida.

Com effeito, toda a sociedade é necessariamente civil ou commercial. Se, portanto, uma sociedade se constitue, sob qualquer fórma que seja, ella é necessariamente commercial, desde que o seu objecto seja mercantil, porque civil é que ella certamente não é. E não se pense que a nossa asserção está em contraposição inconciliavel com o preceito do art. 104.º que exige, para que uma sociedade se considere commercial, a constituição na fórma dos preceitos do código. Esta disposição do art. 104.º quer simplesmente dizer que só as sociedades com fim commercial e constituídas segundo as normas do código teem a existencia juridica plena com todas as garantias que o mesmo código estabelece; de resto, se uma sociedade com

fim ou objecto mercantil se constituir sob fórmulas diferentes, nem por isso deixa de ser commercial, mas simplesmente se sujeita á sancção do art. 107.º, segundo o qual tal sociedade se deverá ter por não existente, ficando todos quantos em nome d'ella contractarem obrigados pelos respectivos actos, pessoal, illimitada e solidariamente. Mas, como adeante demonstraremos, esta declaração de inexistencia abrange apenas a personalidade, e não o proprio contracto de sociedade, que de facto tem existencia e effeitos juridicos (1). Mais explicitamente dizemos: da combinação dos artt. 104.º e 107.º resulta uma classificação legal de sociedades commerciaes em *regulares* e *irregulares*, gozando as primeiras da personalidade juridica, que é recusada ás segundas; ora, para que uma sociedade commercial seja regular, isto é, para que tenha personalidade juridica, é que é necessario constituir-se em harmonia com os preceitos do codigo commercial; mas todas as sociedades com fim ou objecto mercantil são necessariamente sociedades commerciaes, embora se não constituam nos termos do codigo commercial — são *sociedades irregulares*.

Confrontando por outro lado o art. 104.º do codigo commercial com o art. 106.º, poder-se-hia á primeira vista concluir que tambem as sociedades civis são pelo codigo consideradas commerciaes (2).

(1) Vide infra, n.º 27.

(2) Tal é a doutrina d'alguns tribunaes francezes, belgas e italianos; e tal parece ser a doutrina da *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, no lugar cit., a proposito da referida questão d'uma sociedade anonyma de pesca.

Mas semelhante doutrina é insustentavel, tanto perante os principios como perante a disposição do art. 106.º; com effeito, este artigo simplesmente manda regular pelo codigo commercial as sociedades civis que se queiram constituir nos moldes commerciaes, e conservando-as em todo o caso no regimen do direito civil, relativamente á jurisdicção e á fallencia.

Da doutrina exposta resulta, pois, com evidencia que o codigo commercial seguiu rigorosa e exclusivamente o criterio objectivo na determinação das sociedades commerciaes; toda a sociedade que tem por objecto operações de commercio é commercial, qualquer que seja a sua fórma; e são civis todas as sociedades que tem por objecto operações não commerciaes, qualquer que seja a sua fórma.

Fixado o criterio da distincção das sociedades em civis e commerciaes, a sua applicação ás diversas sociedades reduz-se precisamente á determinação dos actos de commercio: é nem mais nem menos do que a applicação do art. 2.º do codigo commercial. Nos termos d'este artigo, são actos de commercio todos aquelles que se acham especialmente regulados no codigo commercial, e, além d'elles, todos os contractos e obrigações dos commerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrario do proprio acto não resultar.

São, pois, commerciaes todas as sociedades que tenham por objecto praticar um ou mais actos d'aquelles que são especialmente regulados no

codigo commercial, e bem assim as sociedades constituídas entre commerciantes para praticar qualquer acto que, embora não seja objectivamente commercial, tambem não seja exclusivamente civil ou d'elle mesmo não resulte que não é commercial. Mas as difficuldades reconhecidas por quasi todos os commercialistas na determinação dos actos de commercio, e que se reflectem ainda hoje na doutrina e jurisprudencia portugueza, apesar de o legislador do nosso codigo commercial ter tido a pretensão de resolver todas as dúvidas com a regra do art. 2.º, como diz o relatorio do ministro da justiça, que precedeu a projecto do codigo, dão logar a muitas divergencias sobre o character civil ou commercial de muitos actos da vida economica.

Na impossibilidade de fazer uma enumeração completa das sociedades commerciaes, limitamos a fazer algumas applicações do art. 2.º do codigo commercial, em materia de sociedades, principalmente em relação áquellas cujo character póde suscitar duvidas no espirito do jurisconsulto. Em primeiro logar, e sobre estas não póde haver hesitações, são commerciaes todas as sociedades que tem por objecto praticar actos especial e expressamente regulados no codigo commercial, taes como: as emprezas commerciaes de transformação, fornecimento, agencia, espectaculos publicos, de edição, typographia, e livraria, construcção de casas e transporte (cod. com., art. 230.º) (1);

(1) Vide, José Tavares, *Das emprezas no direito commercial*.

as operações de bolsa e de banco (cod. com., artt. 351.º e seg., 362.º e seg.); o empréstimo, o penhor e o deposito mercantis (cod. com., tit. XI-XIV); os seguros, a compra e venda, o reporte e o aluguer mercantis (cod. com., tit. XV, XVI, XVII e XIX); e o commercio marítimo (cod. com., livro 3.º).

Ha, porém, algumas industrias que embora não tenham sido expressamente declaradas commerciaes pelo código commercial, como o foi a industria transformadora (art. 230.º, n.º 1.º), se resolvem comtudo na pratica de actos de commercio, e por isso são commerciaes as sociedades que as exercerem.

Consideremos as principaes pela ordem da classificação organica das industriaes (1).

Serão commerciaes as sociedades que tenham por objecto a pesca, a exploração d'aguas, a industria mineraria, a exploração agricola, e as industriaes de construcção?

E' claro que, economicamente fallando, estas industrias não são em si mesmas commerciaes; mas o seu exercicio póde ser tão connexo com a industria commercial dos seus productos que ellas constituam conjunctamente um commercio. E' o que acontece quando as empresas que as exercem teem por fim commerciar com os seus productos. E n'estas condições, o direito commercial, para não separar factos que se produzem e vivem conjunctamente, logicamente envolve no seu regi-

(1) José Tavares, *obr. cit.*, pagg. 77, 78, e 179 e seg.

men todas as industrias que se resolvem na pratica do commercio.

Relativamente á pesca, embora sejam divergentes as opiniões (1), parece-nos incontestavel que ella tem character commercial, sempre que a respectiva empreza tenha por fim commerciar com o peixe. Entre nós teem sido divergentes os pareceres e os julgados, attribuindo uns ás emprezas de pescaria character puramente civil (2), e reconhecendo-lhes outros a natureza mercantil, quando constituídas em sociedades commerciaes (3). Mas esta solução é insustentavel, pois que a fórmula d'uma sociedade nenhuma influencia tem sobre a sua natureza civil ou commercial. Tambem é facil de vêr como geralmente é inadmissivel a primeira solução.

O que importa averiguar é se o exercicio da industria da pesca se resolve ou não na prática de actos commerciaes, segundo o art. 2.º do codigo commercial. Ora, se a empreza de pescaria se limita a exercer a sua industria sem o intuito

(1) José Tavares, *obr. cit.*, pagg. 80 e 89; vide auctores ahi citados.

(2) N'este sentido: sentença do tribunal de Estarreja de 21-6-77, confirmada pela Relação do Porto em accordão de 18-1-78 (*Rev. de Leg. e de Jurisp.*, vol. 11.º, pag. 473 e seg.), accordão da Relação de Lisboa, de 12-8-91 (*Direito*, vol. 27.º, pag. 31); sentença do tribunal commercial de Faro de 5-12-90 (*Revista do Foro portuguez*, vol. 5.º, pag. 319); accordãos da Relação de Lisboa de 11-8-86 e 19-8-91 (*Gazeta da Rel. de Lisboa*, vols. 2.º, pag. 154, e 5.º, pag. 464).

(3) N'este sentido sustentou, como já dissemos, a *Rev. de Leg. e de Jurisp.* (vol. 23.º, pag. 4) que o fôro commercial é o competente para a liquidação d'uma sociedade anonyma, cujo fim era a industria da pesca.

especulativo da venda do peixe, não pratica effectivamente actos de commercio. Mas se a empresa de pesca tem por fim a especulação mercantil com a venda do peixe, e este é o caso mais geral, é claro que pratica actos de commercio (cod. com., artt. 2.º e 463.º, n.º 3.º), e por isso tem necessariamente o character commercial. Os mesmos principios são applicaveis ás empresas de exploração de aguas e de minas, as quaes são commerciaes sempre que exerçam a sua industria com intuito de vender os productos por ella obtidos, principalmente quando a sua aquisição se fez por compra (1).

Relativamente á industria agricola, a simples leitura dos artt. 230.º, §§ 1.º e 2.º e 464.º, n.ºs 2.º e 4.º do codigo commercial, em confronto com o art. 2.º, mostra logo que a agricultura propriamente dita não entra na esphera dos actos de commercio. Mas deverá concluir-se d'estas simples disposições da lei que ficam excluidas da commercialidade todas as empresas da industria agricola? Os codigos

(1) Entretanto, a doutrina e a jurisprudencia, não tendo em consideração a amplitude dos artt. 2.º e 463.º do codigo commercial, teem-se manifestado em sentido contrario. — Sentença do tribunal de Anadia de 13-11-91 (*Direito*, vol. 24.º, pag. 49 e seg.); Sr. Dr. Dias Ferreira, *Codigo civil annotado*, vol. 1.º da 2.ª ed., pag. 328.

Mas note-se que a commercialidade das empresas de minas tem confirmação expressa no decreto de 30 de setembro de 1892, que regula a concessão e exploração de minas, e que no art. 63.º se refere ao caso da fallencia dos estabelecimentos mineiros ou metallurgicos. E já o tribunal commercial de Lisboa por sentença de 27-3-95 declarou a fallencia da companhia portugueza da mina Alfarera (*Diario do governo* de 1895, pag. 752).

commerciaes não declaram expressamente a commercialidade de semelhantes empresas, e, por seu lado, a maior parte dos jurisconsultos commentadores tacitamente parecem reconhecer o character puramente civil dos actos da industria agricola, pois que nem mesmo discutem o problema. Entretanto, se investigarmos o espirito da doutrina juridico-commercial que inspira os codigos de commercio, facilmente nos convencêremos de que elles assimilaram já um grande numero de factos economicos naturalmente integrados na complexidade d'aquella industria. Confrontando as disposições dos codigos sobre a determinação dos actos commerciaes da compra e venda, nota-se que todos elles estabelecem em principio geral a commercialidade da compra de cousas moveis, para serem revendidas no mesmo estado ou depois de trabalhadas, ou mesmo para lhes alugar o uso (1). Relativamente aos immoveis, os códigos dividem-se em tres grupos caracterisados por outros tantos systemas: uns nada declaram sobre a commercialidade da compra e venda dos immoveis (2); outros declaram expressamente que ella não tem character commercial (3); outros, emfim, declaram commercial a compra e venda dos im-

(1) Cod. com portuguez de 1833, art. 203.º; cod. francez, art. 632.º; cod. belga, art. 2.º; cod. allemão, art. 571.º; cod. italiano, art. 3.º; cod. hespanhol, art. 325.º; cod. mexicano, art. 75.º; cod. do Roumania, art. 3.º; cod. hungaro, art. 258.º; cod. argentino, art. 8.º.

(2) Cod. portuguez de 1833, francez, hespanhol, belga e outros.

(3) Cod. allemão, art. 275.º; cod. argentino, art. 452.º; cod. hungaro, art. 362.º; e outros.

moveis, quando feita com o fim de especulação mercantil (1).

Ora, em face d'estes principios sobre a commercialidade da compra e venda, facil é de ver que ha empresas da industria agricola juridicamente commerciaes, porque a sua vida economica está intimamente ligada ao exercicio do commercio.

A industria agricola comprehende a cultura dos vegetaes, a criação dos animaes e a exploração dos seus productos, por meio das forças productivas da terra.

Consideremos, por exemplo, as empresas de criação de gados. Se as pessoas que constituem a empresa são os proprios creadores ou engordadores dos animaes, limitando-se a aproveitar por este modo a agricultura das suas terras, não ha no complexo d'esta empresa senão actos da industria agricola propriamente dita, e por isso, a empresa nada tem de commercial. E foi assim que logicamente o codigo commercial (art. 464.^o, n.^o 4.^o) declarou que não são commerciaes as compras e vendas de animaes feitas pelos creadores ou engordadores. Mas se na empresa entram pessoas que não fornecem a sua industria agricola, mas sómente os animaes destinados á criação e engórda ou os capitaes para isso necessarios, parece-nos que a empresa é commercial em relação a estas pessoas, porque ellas não são realmente os creadores ou engordadores, e não estão, portanto, comprehendidas no n.^o 4.^o do art. 464.^o do codigo commercial.

(1) Cod italiano, art. 3.^o, n.^o 3.^o; cod portuguez vigente, art 463.^o, n.^o 4.^o; cod mexicano, art. 75.^o, n.^o 2.^o; e outros.

Por consequencia, é commercial a sociedade de criação e engórda de animaes, em que ha socios meramente capitalistas, que não fornecem á empreza a industria agricola propriamente dita. E' o caso da parceria pecuaria do codigo civil (artt. 1304.º e seg.), quando o parceiro proprietario só fornece os animaes para serem creados e engordados pelo parceiro pençador, e vendidos depois em proveito de ambos. Com effeito, o parceiro proprietario que só fornece os animaes e não entra para a sociedade com a industria agricola, realiza manifestamente actos de commercio na compra e venda dos animaes, porque elle não é o creador ou engordador; e por consequencia, a sociedade é commercial.

Consideremos agora, relativamente á industria agricola sobre os predios rusticos, uma sociedade que se propõe comprar terrenos incultos, ou mesmo cultivados, para os revender depois de os melhorar pelos processos agricolas mais aperfeiçoados. Ninguem contestará certamente que tal empreza pertence á industria agricola. Mas tambem é incontestavel que tal empreza tem um character essencialmente e objectivamente mercantil, na doutrina de todos os codigos que, como o nosso, declaram a commercialidade da compra e venda dos immoveis.

Do mesmo modo são commerciaes muitas emprezas, e portanto as sociedades que as exercem, accessorias da industria agricola, taes como: as que compram adubos vegetaes e animaes, mine-raes e chimicos, com o fim de os revender aos

agricultores; as que compram instrumentos de agricultura para lhes alugar o uso, e outras semelhantes.

Não se póde, pois, dizer d'um modo absoluto que a industria agricola não tenha entrado nos dominios do direito commercial (1).

Relativamente ás industrias de construcção, o codigo commercial declarou expressamente commerciaes (art. 230.º, n.º 6.º) as empresas que se propozerem edificar ou construir casas para outrem com materiaes subministrados pelo empresario, assim como declarou (art. 230.º, n.º 1.º e § 1.º) commerciaes as empresas da industria transformadora, mas só aquellas em que houvesse realmente a commercialidade da compra das materias primas e da venda dos productos fabricados (2).

Mas não haverá, por virtude dos artt. 2.º e 463.º, outras empresas de construcção tambem commerciaes, além das mencionadas no n.º 6.º do art. 230.º? Teem sustentado que não, tanto a doutrina, que commentou esta parte do codigo, como a jurisprudencia dos tribunaes (3).

(1) José Tavares, *obr. cit.*, n.ºs 12 e 28.

(2) José Tavares, *obr. cit.*, n.º 18.

(3) Sr. Dr. G. Moreira, *Actos de commercio*, pag. 206 e 207; Sr. Benevides, *Contractos commerciaes*, pag. 143 e 144; *Rev. de Leg. e de Jurisp.*, vol. 23.º, pag. 425, e vol. 29.º, pag. 501; *Direito*, vol. 29.º, pag. 17; os accordãos do *Sup. Trib. de Justiça*, de 12-7-92 (*Boletim dos Tribunaes*, vol. 7.º, pag. 632) e de 28-7-93 (*Revista dos Tribunaes*, vol. 13.º, pag. 261); accordãos da *Relação de Lisboa*, de 8-7-96 e 27-1-97 (*Rev. de Dir. Com.*, an. 3.º, pagg. 19 e 360).

E' certo que nos restrictos termos do n.º 6.º do art. 230.º não podem incluir-se outras empresas senão as de construcção de casas, nem tão pouco no n.º 1.º do mesmo artigo que abrange apenas as industrias de fabrica ou officina.

Mas nem por isso se deve contestar o caracter genuinamente mercantil de todas as empresas de construcção em que o empresario se encarrega de fornecer os materiaes comprados para esse fim. Sempre que se verifiquem estas condições, a venda da obra construída e a compra dos materiaes n'ella empregados são actos verdadeiramente commerciaes, por força dos artt. 463.º, n.ºs 1.º, 3.º e 4.º, e 467.º, devendo, porém, exceptuar-se d'esta commercialidade as empreitadas de officiaes ou artistas, que se limitam ao exercicio directo da sua industria, nos termos do art. 464.º, n.º 3.º (1).

Da doutrina exposta vê-se que a solução do problema do caracter civil ou commercial d'uma sociedade se reduz precisamente á applicação do art. 2.º do codigo commercial á determinação da natureza juridica dos actos que constituem o seu objecto: se, nos termos dos artt. 2.º e 104.º, n.º 1.º, a sociedade tem por objecto actos de commercio, ella é commercial; se os actos da empresa da sociedade não são commerciaes, ella é civil.

(1) Foi, pois, com razão que ainda no dominio do antigo codigo, aliás de muito menor amplitude mercantil, tanto nos actos, em geral, como nas empresas commerciaes, o *Supremo Tribunal de Justiça*, em accordão de 1-10-86, julgou mercantil a empreitada de construcção de caminhos de ferro (*Rev. do Fôro Port.*, vol. 2.º, pag. 4).

Vide José Tavares, *obr. cit.*, n.ºs 23 e 29.

Entretanto, para completa determinação do character commercial d'uma sociedade, importa ainda examinar o principio do n.º 1.º do art. 104.º nas suas applicações concretas, em relação a alguns problemas frequentes na pratica do commercio.

Por onde se deve verificar, n'uma sociedade, o objecto commercial, pelas determinações do contracto social, ou pela pratica real e effectiva dos negocios da sociedade?

Sustenta-se geralmente que o contracto social é a unica fonte a que devem soccorrer-se os tribunaes e os juriconsultos para determinar o character civil ou commercial d'uma sociedade, devendo naturalmente reputar-se sinceras as declarações do contracto, emquanto não se provar a simulação ou fraude (1). Esta é effectivamente a solução geral do problema. Póde, porém, acontecer que, sem intenção de simulação ou fraude, uma sociedade, que se constitue a principio para negocios de natureza civil, se entregue posteriormente á pratica de actos de commercio. E quando tal aconteça, é manifesto que a sociedade, originariamente civil, mudou de natureza, transformando-se n'uma sociedade commercial. E, por consequencia, se a sociedade se não tinha constituido nos moldes commerciaes, para gozar da individualidade juridica como sociedade regular, ella carece necessariamente de reformar o contracto da sua formação,

(1) Guillery, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 174; Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 207.

segundo os preceitos do código commercial, aliás será uma sociedade irregular, e incorre na sanção do art. 107.^o.

Com esta questão está intimamente ligado este outro problema: qual é a natureza jurídica d'uma sociedade que tem por objecto praticar simultaneamente actos civis e actos de commercio? E' civil ou commercial? Os auctores não são conformes, nem explicitos e precisos, sobre a solução do problema; dissertam em considerações varias, geraes e particulares, fazendo distincções e formulando hypotheses, mas não se fixam em principios certos e positivos (1). E, entretanto, é de principios certos e definidos que o direito e a jurisprudencia mais carecem. Ora, em nosso entender, o problema é susceptivel de solução precisa.

Se a sociedade no momento da sua constituição, isto é, no seu contracto organico, tem já por objecto praticar actos de commercio, um só que seja, visto que a lei não exige mais (cod. com., n.^o 1.^o do art. 104.^o), ella é certamente commercial, embora os actos civis que entram na sua empresa sejam tanto ou mais importantes.

Se, porém, a sociedade se constitue exclusivamente para negocios civis, e só posteriormente se resolve a praticar tambem actos de commercio, o simples facto de praticar um, dois, tres . . . d'estes actos não é titulo bastante para lhe attribuir

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.^{os} 208-210; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.^{os} 92 e 93; Houpin, *obr. cit.*, n.^{os} 67 e 70; Vavasseur, *obr. cit.*, n.^{os} 5 e seg.

o caracter de sociedade commercial, do mesmo modo que a simples pratica accidental d'alguns negocios commerciaes não é titulo bastante para attribuir a qualquer pessoa a qualidade de commerciante. Para tanto é necessario o exercicio profissional do commercio (cod. com., art. 13.º, n.º 1.º). Por consequencia, se uma sociedade civil pratica alguns actos de commercio, mas fazendo-o apenas accidentalmente, ella continua a manter a sua qualidade juridica civil; só poderá dizer-se que ella assume a natureza commercial se pratica habitualmente esses actos.

Este problema está, por sua vez, intimamente ligado com est'outro: para que uma sociedade seja commercial é necessario o exercicio habitual ou profissional do commercio?

Ensinam a affirmativa os auctores que explicitamente se referem ao problema (1).

Mas esta solução é insustentavel tanto perante a lei como perante os principios. Na verdade, desde que uma sociedade se constitue, embora para praticar um só acto, ella ha de ser necessariamente civil ou commercial, conforme a natureza do acto. Se com aquella solução se quer significar que não se comprehende a constituição d'uma sociedade commercial para a pratica d'um só acto de commercio, incorre-se n'um erro de facto, porque a

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 206 e 209; Vidari, *obr. cit.*, n.º 15. Vidari reputa, por isso, mais exacta a fórmula da lei belga (art. 1.º): « *sociedades commerciaes são as que teem por objecto praticar actos de commercio* » — do que a do codigo italiano (art. 76.º), que foi seguida pelo nosso (n.º 1.º do art. 104.º): « *praticar um ou mais actos de commercio* ».

pratica de todos os dias mostra frequentemente a associação momentanea de commerciantes e não commerciantes, muitas vezes para realizar uma só operação mercantil. E se se quer dizer que, sendo as sociedades commerciaes commerciantes, é illogico e arbitrario conferir esta qualidade ás sociedades momentaneas, porque só é commerciante quem exerce habitualmente o commercio, diz-se uma grande verdade, mas não se demonstra que as sociedades commerciaes, para terem esta qualidade, careçam do exercicio profissional; faz-se simplesmente uma apreciação critica da lei, que é muito justa e com que nós concordamos absolutamente. E o mesmo é de dizer-se, se com aquella doutrina se pretende significar que é um absurdo e um contrasenso indesculpavel obrigar as sociedades commerciaes momentaneas a seguir os tramites das formalidades de constituição exigidas pela lei.

Mas a verdade é que perante as disposições do codigo commercial, a sociedade é commercial, e, portanto, commerciante, desde que tenha por objecto um só acto de commercio.

Vê-se, pois, que a lei devia ter distinguido as sociedades commerciaes momentaneas das profissionaes, attribuindo só a estas a qualidade de commerciantes, e dispensando as primeiras das formalidades de constituição exigidas para as segundas (1).

(1) Esta doutrina foi já em parte adoptada no projecto de lei sobre as sociedades commerciaes (artt. 3.º, 4.º, 5.º, 309.º e 311.º) apresentado ás camaras em 1882 pelo Sr. Dr. Hintze Ribeiro —

Fixado o criterio e determinados os principios da classificação das sociedades em civis e commerciaes, importa ainda definir o character e o merito scientifico da differenciação economica e juridica das duas especies.

O character d'esta classificação é precisamente o mesmo da theoria economica e juridica do direito commercial, e o seu merito scientifico é precisamente o mesmo do dualismo legislativo dos codigos do direito civil e commercial, pois que a vida das sociedades commerciaes abrange na area amplissima de suas vastas operações toda a serie immensa dos actos das diversas industrias chamados á alçada do direito mercantil.

A theoria economica do commercio não coincide com a sua theoria juridica; esta é muito mais ampla, comprehendendo na sua complexidade não só os actos commerciaes propriamente ditos, mas todos aquelles que pelas suas relações economicas de interdependencia com a vida mercantil exigem as mesmas garantias, adequadas á facilidade e segurança nas transacções e ao normal e regular movimento circulatorio das utilidades economicas.

Diario da camara dos senhores deputados, anno 1882, pag. 99 e seg. Mas o legislador do codigo commercial, apesar de tomar em consideração aquelle projecto, não lhe aproveitou a doutrina n'esta parte. De modo que, segundo o projecto do Sr. Dr. Hintze Ribeiro, baseado na lei belga de 18-5-73, só eram sociedades commerciaes perfectas as que praticassem habitualmente o commercio. E o mesmo acontece na lei belga, sustentando, por isso, e com razão, os juriconsultos belgas que é condição das sociedades commerciaes propriamente ditas a pratica habitual dos actos de commercio; as que só accidentalmente praticam o commercio são pela lei belga chamadas associações commerciaes.

O direito commercial, nos processos do seu desenvolvimento historico, como systema de garantias juridicas peculiares a uma classe de individuos e ás cathegorias economicas dos actos mercantis, foi successivamente integrando na sua esphera jurisdiccional diversos actos das outras industrias e muitos factos da vida economico-juridica commum; e estas tendencias do direito commercial para a assimilação de muitos institutos proprios do classico direito civil teem a sua mais ampla victoria na organisação dos mais recentes codigos de commercio.

Este facto é mais que sufficiente para nos advertir da necessidade de reflectir no fundamento d'este dualismo legal do chamado direito privado.

E o mesmo facto, depois de interpretado nas suas causas e consequencias, fornece-nos tambem o mais poderoso argumento e a mais segura demonstração do mero empirismo legislativo e simples respeito d'uma tradição puramente formal, a que obedece ainda o respeito pelo absurdo systema dualista da codificação do direito economico. Effectivamente, a separação dos dois ramos do direito, civil e commercial, sendo imposta, por ser necessaria, nas circumstancias do periodo historico em que se produziu, é um anachronismo e um prejuizo nas actuaes condições economico-juridicas da sociedade.

A constituição autonoma do direito commercial comprehende-se e justifica-se nas circumstancias economicas e sociaes da edade media, porque a

falta de communicações e de garantias fez dos commerciantes uma classe privilegiada na regulação da sua actividade economico-social, mas cujos privilegios juridicos, e principalmente judicarios, eram reclamados pelas proprias necessidades do commercio e da sociedade em geral, que d'elle se alimentava.

Mas desde que as revoluções liberaes extinguiram todos os privilegios, e o progresso economico facilitou e promoveu a diffusão social do commercio que hoje é exercido, profissional ou accidentalmente, por todas as classes e por todos os individuos, o dualismo dos codigos, civil e commercial, é no dominio da sciencia um anachronismo, uma arbitrariedade legislativa, e na consideração das conveniencias praticas, é um prejuizo que pertinazmente se oppõe á regular e normal administração da justiça.

A ausencia de fundamento scientifico na constituição autonoma do codigo commercial revela-se d'uma fórmula inequivoca na sua propria theoria economica e juridica, que representa na sua maior parte uma usurpação dos institutos do direito civil e do industrial. As causas juridicas d'esta absorção residem na necessidade historica constante de modificar o rigoroso formalismo das normas do direito civil, accommodando-as ás condições do direito contractual economico, que exige mais facilidade de provas e prescripções no movimento contractual das obrigações, e mais simplicidade de processos judicarios para equal rigor de garantias no seu cumprimento.

Mas estes factores determinantes da evolução do direito commercial o que demonstram é a necessidade urgente de modificar o formalismo grosseiro e tradicional das normas do direito civil, simplificando as regras reguladoras das condições de existencia e desenvolvimento dos seus institutos, fundindo no mesmo corpo juridico todo o direito contractual economico.

A conservação do systema dualista só serve para mystificar o espirito dos jurisconsultos e a acção dos tribunaes, na determinação dos actos que pertencem a cada um dos ramos do direito, lançando a jurisprudencia nas duvidas e incertezas d'uma multidão incoherente de julgados contradictorios. A especialidade das normas juridicas, do foro e do processo, originam em todas as controversias chamadas ao tribunal uma multiplicidade de incidentes e recursos, que tem sempre o intuito, que sempre se consegue, de demorar, ás vezes indefinidamente, a applicação definitiva da lei na administração concreta da justiça.

E' por isso que nos escriptos mais brilhantes dos jurisconsultos italianos se tem propugnado nos ultimos tempos, com toda a energia dos melhores talentos, a constituição unitaria do direito privado social (1).

A sociologia reclama a integração juridica do direito civil e commercial, não só para extinguir

(1) Póde ver-se esta questão magnificamente exposta e discutida em: Vivante, *obr. cit.*, vol. 1.º, na *Introd.*; Tortori, *Sociologia e diritto commercial*, cap. 2.º e 3.º; Sr. Eduardo Saldanha, *Estudos sobre direito commercial*, pag. 178 e segg. da *Introd.* e auctores ahi citados. Vide José Tavares, *obr. cit.*, cap. 1 e § 3.º do cap. III.

esse dualismo anticientífico e contrario ás conveniências praticas da justiça, mas também para remodelar os velhos institutos dos codigos civis, transportados do *corpus juris* dos romanos, e refundidos, á sombra das conquistas liberaes, pelo espirito individualista das suas reformas e com o predominio do egoismo e das injustiças sociaes das suas consequencias politicas e economicas. Mas essa remodelação dos velhos institutos juridicos do direito economico, n'um mesmo corpo organico, deve subordinar-se ás conclusões da sociologia positiva, procurando uma transformação das forças economicas no sentido do socialismo scientifico, com o fim de melhorar as condições do operario e de todos os pequenos proprietarios e industriaes, que injustamente soffrem a exploração da burocracia e sobretudo da burguezia capitalista.

N'essa reconstrucção organica do direito privado social as sociedades civis e commerciaes deverão constituir um só instituto, regulado pelos mesmos principios, pois que a sua diferenciação não tem base economica nem razão juridica.

25. As sociedades consideradas em relação aos bens que constituem o capital social são *universaes* ou *particulares* (cod. civil, artt. 1243.º e 1249.º), conforme comprehendem toda uma generalidade de bens, ou se limitam apenas a certos e determinados bens ou a certa e determinada industria.

Esta classificação tem, como se vê claramente, um grande alcance economico, e tem, juridica-

mente, no dominio do código civil, uma particular importancia, tanto em relação aos direitos e obrigações dos socios, como em relação á forma porque se devem constituir.

Com effeito, a condição juridica dos socios nas sociedades universaes (cod. civil, artt. 1246.^o a 1248.^o) é fundamentalmente diversa da que elles tem nas sociedades particulares (cod. civil, artt. 1251.^o e seg.); e é nas proprias sociedades universaes muito differente, conforme a sociedade é de todos os bens presentes e futuros (art. 1246.^o) ou abrange sómente os moveis, os rendimentos dos immoveis presentes e todos os bens adquiridos de futuro (art. 1247.^o). Alem d'isso, as sociedades particulares podem provar-se por qualquer meio (art. 1241.^o), excepto quando na formação do fundo social entram bens immoveis, pois que n'este caso é necessaria a constituição por escriptura publica (art. 1250.^o), emquanto que as sociedades universaes de todos os bens presentes e futuros carecem sempre d'esta formalidade (art. 1244.^o), sem a qual o contracto não tem validade (art. 686.^o).

Naturalmente porque esta classificação só é estabelecida nos codigos civis, não se referindo sequer a ella os codigos commerciaes, os commercialistas absteem-se de fallar n'ella, e aquelles que a mencionam fazem-no simplesmente a titulo de curiosidade, ou porventura para n'ella filiarem o grupo das sociedades commerciaes, dizendo que estas são sociedades particulares (1).

(1) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.^o 87, Vidari, *obr. cit.*, n.^o 31.

Mas é incontestavelmente erronea semelhante doutrina, porque, de facto e de direito, esta classificação applica-se egualmente ás sociedades commerciaes, que tambem podem ser universaes ou particulares: de facto, porque sobretudo nas villas e aldeias é frequente a sociedade familiar commercial, membros da mesma familia exercerem um commercio com communhão de todos ou de uma parte indeterminada de seus bens; e de direito, porque nenhuma disposição do codigo commercial ou de qualquer outra lei, prohibe a quaesquer pessoas capazes a faculdade de se associarem commercialmente pondo em commum todos os seus bens. O contracto de sociedade commercial universal é certamente válido desde que satisfaça ás condições essenciaes, geraes e particulares, do contracto de sociedade, nos termos do codigo civil (1); simplesmente o contracto não produzirá todos os seus effeitos, se não se constituir nos termos do codigo commercial (art. 107.º) (2).

Uma outra especie de sociedade contemplada pelo codigo civil (artt. 1281.º e seg.) é a sociedade *familiar*.

A sociedade familiar é a constituída entre parentes até um certo gráu, que o codigo civil limita aos irmãos e aos paes e filhos maiores. E é claro que, relativamente ao objecto, tambem as sociedades familiares podem ser universaes e particulares.

(1) Vide *supra*, § 2.º do cap. 1

(2) Vide *infra*, n.º 27.

Tambem os commercialistas não consideram em particular esta especie, mas, pelas mesmas razões já indicadas, é manifesto que ella se applica igualmente ás sociedades commerciaes: toda a sociedade de commercio entre irmãos ou entre paes e filhos maiores é uma sociedade familiar, e vice-versa, toda a sociedade familiar que tem por objecto praticar um ou mais actos de commercio é sem duvida uma sociedade commercial, que fica sujeita á sancção do art. 107.º do codigo commercial, não se constituindo nos termos e segundo os tramites indicados n'este codigo.

O codigo civil considera ainda, relativamente ao objecto, um typo especial de sociedades — as de *parceria rural*, comprehendendo a *parceria agricola* e a *pecuaria* (artt. 1298.º e seg).

Nem os codigos contemporaneos nem os juriconsultos commentadores, em geral, consideram como sociedades estes contractos. Mas correctamente como taes os classificou o codigo civil, porque em verdade elles constituem verdadeiras sociedades, em que os associados põem em common certos capitaes e industria ou trabalho, para repartirem entre si os lucros realizados, sujeitando-se tambem a perdas communs.

A parceria agricola é uma sociedade, em que um ou alguns dos socios ou parceiros fornecem o uso e fruição de predios rusticos, e outro ou outros fornecem o seu trabalho de industria agricola sobre aquelles predios, dividindo-se entre elles os fructos na proporção combinada (cod. civ., art. 1299.º). Differe essencialmente do

arrendamento, porque n'este o dono do predio recebe uma quota determinada, em dinheiro ou em fructos, qualquer que seja a producção da empresa, quer seja grande, pequena ou nulla, emquanto que na parceria o socio capitalista, isto é, o dono do predio só recebe uma parte do que a empresa dér, sujeitando-se, portanto, a nada receber se a empresa nada dér. A este contracto que é tradicional na nossa pequena agricultura, dava-se antigamente o nome de sociedade *a meias*, por ser esta a proporção mais geralmente contractada (1).

Comparando a natureza da parceria agricola com as disposições do codigo commercial determinadoras dos actos de commercio (artt. 2.º, 230.º, §§ 1.º e 2.º, e 464.º, n.º 2.º) vê-se manifestamente que ella nunca póde ser uma sociedade commercial, pois não são de commercio os actos do seu objecto.

A parceria pecuaria é uma sociedade em que uns socios fornecem certos animaes e os outros o seu trabalho ou industria empregada em pençar e criar os animaes postos em sociedade (cod. civil, art. 1304.º).

Comparando a natureza d'esta sociedade com a compra e venda commercial (cod. com., artt. 463.º e 464.º), vê-se que ella é geralmente commercial. Com effeito, segundo o art. 463.º, na compra para revenda, tanto esta como aquella são commerciaes.

(1) Sr. Dr. Dias Ferreira, *obr. cit.*, vol. 3.º, nota ao art. 1299.º.

E' certo que o art. 464.º, n.º 4.º declãra que não sãõ commerciaes as compras e vendas de animaes feitas pelos creadores ou engordadores. Mas serã esta excepção do n.º 4.º do art. 464.º applicavel á parceria pecuaria? Entendemos que não, porque na parceria pecuaria a compra e venda dos animaes não é feita pelo creador ou engordador, que é o parceiro pençador. A adquisição é feita pelo parceiro proprietario e a venda é feita por ambos. Por consequencia, se o parceiro proprietario fornece sómente os animaes, e isto é o que geralmente acontece, o contracto é commercial, pelo menos em relação a elle, e portanto, a sociedade de parceria pecuaria é mercantil.

O numero 4.º do art. 464.º teve apenas em vista excluir da commercialidade, em harmonia com a primeira parte do § 1.º e com o § 2.º do art. 230.º, e com o n.º 2.º do art. 464.º, as compras e vendas feitas pelos proprietarios ou exploradores ruraes accessoria e connexamente com o melhor aproveitamento da sua industria agricola. Por consequencia, só quando o parceiro proprietario fornecer tambem a sua agricultura para a criação e engórda do gado é que terá applicação o n.º 4.º do art. 464.º. No caso contrario, que é o mais geral, o parceiro que se limita a fornecer o gado pratica o commercio com os animaes da parceria, e a sociedade é, pois, commercial em relação a elle.

Outra classificação expressamente estabelecida no codigo civil é a das sociedades *tacitas* e *expressas* (artt. 1241.º e 1282.º). As primeiras sãõ as que,

embora não resultem d'um contracto expresso, como as segundas, resultam manifestamente de factos que demonstram a sua existencia. Os factos dos quaes é licito deduzir a existencia d'uma sociedade tacita são muitos e variados. O codigo civil, em relação á sociedade familiar, diz ser sociedade tacita a que resulta do facto de terem os interessados vivido, por mais d'um anno, em communhão de meza e habitação, de rendimentos e despezas, de perdas e ganhos.

Mas em relação ás outras sociedades tacitas em geral, não estabelece regras fixas ou presumpções de direito. Temos, por isso, de nos contentar com os principios geraes do art. 16.º. E n'esta conformidade teem ainda applicação os principios a este respeito estabelecidos pelo codigo commercial de 1833. Segundo este codigo (art. 569.º), são presumpções leaes de sociedade tacita: 1.º a negociação promiscua e commum; 2.º a obrigação e pagamento commum das dividas da associação; 3.º o recebimento commum de dinheiro; 4.º a alheação e permutação commum; 5.º a aquisição em commum; 6.º se um dos associados se confessar socio; 7.º se duas ou mais pessoas prepozessem um institor; 8.º a dissolução da associação como sociedade; 9.º o emprego do pronome *nos* ou *nosso* nas cartas de correspondencia, nos livros, nas facturas, e nos mais papeis commerciaes; 10.º o facto de receber cartas endossadas a nomes ou firma social; 11.º o uso de marca commum nas fazendas ou volumes; 12.º o uso d'um nome com a addição — *e companhia*.

Ora, hoje não se póde precisamente affirmar que sejam presumpções legaes estes differentes factos, visto que o codigo de 1833 foi n'esta parte revogado pela carta de lei (art. 3.^o) que promulgou o codigo commercial vigente. Mas, como o codigo de 1833 era até então lei applicavel em direito civil, quando as disposições do codigo civil (art. 16.^o) fossem omissas, não será arrojado affirmar que ainda aquellas presumpções, se não são legaes, são pelo menos de boa logica juridica.

E não se julgue que é de somenos importancia esta applicação do art. 569.^o do antigo codigo commercial, porque, como teremos occasião de demonstrar, tambem no dominio do novo codigo commercial podem existir sociedades tacitas: são sociedades commerciaes irregulares, que não podem ter existencia como personalidades juridicas, por força do art. 107.^o, mas cujo contracto é valido nas relações reciprocas dos socios, desde que se satisfaça aos requisitos exigidos pelo direito contractual (1).

Finalmente, entre as sociedades civis é preciso considerar as que se constituem sob a fórma commercial.

Esta especie de sociedades civis não é regulada pelo codigo civil, mas sim pelo codigo commercial, segundo a disposição do art. 106.^o, que nos cumpre agora examinar e apreciar.

(1) *Infra*, n.^o 27. As sociedades commerciaes tacitas são expressamente reconhecidas, entre outros, pelo codigo commercial allemão, Thöl, *obr. cit.*, §§ 103.^o e 108.^o.

Emquanto nos diversos paizes o direito commercial não legislou sobre a applicação das fórmulas commerciaes ás sociedades civis, graves divergencias se levantavam, na doutrina dos jurisconsultos e na jurisprudencia dos tribunaes, sobre a solução d'este problema. Mas presentemente em quasi todos os Estados de legislação recente, a questão foi resolvida por um texto de lei, embora sejam muito diversas as soluções legalmente estabelecidas (1). Entretanto, um principio geral está una-

(1) Segundo o código commercial allemão, as sociedades em commandita por acções (art. 174.º) e as anonymas (art. 208.º), ainda mesmo que não tenham por objecto actos de commercio, são completamente equiparadas ás sociedades commerciaes.

No direito inglez, segundo leis de 1862, 1867, 1877, 1879, e 1883, todas as sociedades civis podem constituir-se como sociedades commerciaes.

Na Suissa, segundo o código federal das obrigações (art. 552.º e 590.º), esta faculdade é permittida ás sociedades em nome colectivo e em commandita.

Segundo o cod. com. italiano (art. 229.º), as sociedades civis podem assumir a fórmula das sociedades por acções (em commandita por acções e anonymas), ficando sujeitas ás disposições do código commercial, excepto pelo que respeita á fallencia e á competencia.

Na Belgica, segundo a lei do 22-5-1886 (art. 136.º), só ás sociedades civis de exploração e lavra de minas e pedreiras é permittido assumir as fórmulas commerciaes; mas os jurisconsultos ensinam que o facto de qualqner outra sociedade civil assumir fórmula commercial não importa nullidade, mas que simplesmente fica excluida das vantagens concedidas ás sociedades commerciaes. — Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.ºs 202 e 203; Guillery, *obr. cit.*, vol. 1.º, n.º 325, e vol. 3.º, n.º 1317; Namur, *Code de commerce*, vol. 2.º, n.º 1397.

Segundo os códigos do Uruguay, argentino (art. 403.º) e outros, as sociedades anonymas são sempre commerciaes, qualqner que seja o seu objecto.

Segundo o código hespanhol (art. 116.º) toda a sociedade, qualqner que seja o seu objecto, é mercantil, sempre que

nimemente consagrado: é que as sociedades civis podem constituir-se sob fórmulas commerciaes, sujeitando-se completamente ou em grande parte ao regimen do direito commercial.

Entre nós, antes do código commercial vigente, não havia disposições de lei que expressamente resolvessem o problema. Mas, em face dos principios liberaes do código civil que governam o contracto de sociedade, era manifesto que as sociedades civis se podiam constituir sob as fórmulas commerciaes; porém, ellas não poderiam regular-se pelas garantias particulares e exclusivas das sociedades mercantis. E todavia, dada a expansão constante e progressiva de todos os ramos da actividade industrial, parallelamente e connexamente com o desenvolvimento da vida mercantil, tornava-se muitas vezes de muita conveniencia e mesmo de grande necessidade que as sociedades industriaes civis adoptassem a fórmula commercial, especialmente a das sociedades por acções. E não faltaram no nosso paiz exemplos de sociedades civis assim constituídas, como o declarou o proprio relatorio (1) do ministro da justiça, que tomou a iniciativa do nosso código commercial vigente.

se constitua em harmonia com os preceitos do código de commercio.

Segundo a lei franceza de 1-8-1803 (art. 68.º), as sociedades em commandita e anonymas que se constituírem nos termos da lei commercial, são commerciaes, qualquer que seja o seu objecto, e ficam sujeitas ás leis e usos do commercio.

Vide: Vidari, *obr. cit.*, n.ºs 23 e 24; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.ºs 1089 e 1090, Calamandrei, *obr. cit.*, vol. 2.º, n.º 772 e 774.

(1) *Appendice ao código commercial portuguez*, pag. 29.

N'estas circumstancias, o codigo commercial não podia logicamente deixar de resolver o problema das *sociedades civis de fôrma commercial*, acceitando a doutrina geralmente estabelecida de se permittir ás sociedades civis que se constituam sob estas fôrmas, sujeitando-se mais ou menos amplamente ao regimen das sociedades commerciaes.

A solução dada pelo nosso codigo commercial é a seguinte :

Art. 106.º : « *As sociedades civis poderão constituir-se sob qualquer das fôrmas estabelecidas no artigo antecedente (sociedades em nome colectivo, anonymas e em commandita), mas ficarão n'esse caso sujeitas ás disposições d'este codigo excepto ás que disserem respeito á fallencia e á jurisdicção* ».

E, como que para fundamentar e justificar a solução dada ao problema pelo art. 106.º, o relatório do ministro da justiça que precedia o projecto do codigo transcreveu a seguinte passagem da grande obra de VIDARI (1), que nós repetimos aqui, porque ella é bem eloquente: « N'estas circumstancias, era de toda a urgencia, tentando-se reformar a lei das sociedades de commercio, resolver esta controversia, e resolvel-a no sentido que na actualidade o estado da sciencia e o exemplo de muitas e auctorizadas leis indicam como o melhor. Preoccupar-se com velhos escrupulos juridicos, e privar-se por um vão doutrinarmos de introduzir disposições que a razão dos tempos

(1) *Obr cit*, n.º 25 Relatorio do ministro da Justiça, no *cu' Appendice*, pag. 30.

e a propria força das cousas exigem imperiosamente, o mesmo seria que sacrificar os factos ao direito, quando o direito nada mais deve ser do que a disciplina d'uma certa ordem de factos. Mas como as fórmias proprias das sociedades de commercio, e principalmente a fórmula anonyma, são avidamente desejadas pelas empresas civis; e pois que muitas d'estas ou não poderiam existir convenientemente quando não assumissem a fórmula e modo de funcionar das sociedades commerciaes, ou viveriam sem duvida menos prosperamente, seria estulticia obstinar-se n'uma prohibição, que ora não tem razão de ser, ou n'um silencio contradictoriamente interpretado ».

Mas será effectivamente a solução adoptada pelo art. 106.º do código commercial a mais razoavel perante os principios da sciencia?

D'um modo absoluto, certamente que não, pelo menos em face da doutrina que já expuzemos, segundo a qual não ha razão scientifica que justifique a separação dos dois codigos do direito privado social, e portanto, o dualismo das sociedades civis e commerciaes. Perante os mais rigorosos principios da sciencia juridica, no mesmo capitulo do direito contractual economico as sociedades civis e commerciaes deveriam constituir o mesmo instituto, apenas diferenciado em especies diversas, segundo os seus caracteres economicos e juridicos real e objectivamente differentes (1).

(1) Supra, n.º 24.

Mas não é sob este ponto de vista que nós devemos apreciar aqui o art. 106.º do código commercial. Desde que o legislador, obedecendo aliás a uma tradição quasi universalmente seguida, acceitou o dualismo classico dos códigos civil e commercial, é sob o regimen d'este systema que nos cumpre considerar as disposições particulares de cada um dos códigos.

Ora, sob este ponto de vista, devemos confessar que o legislador do nosso código commercial adoptou effectivamente a mais rigorosa solução que o estado actual do direito offerencia ao problema (1). E' o que resulta, relativamente, da sua comparação com as soluções adoptadas pelas leis dos outros paizes, e absolutamente, dos principios já estabelecidos sobre a differenciação das sociedades civis e commerciaes. Ora vejamos.

Segundo a nota indicativa da legislação comparada, que deixamos exposta, vê-se que na legislação d'alguns Estados (Allemanha, Italia, Uruguay, Republica Argentina, França, etc.) a applicação das fôrmas commerciaes ás sociedades civis se restringe ás sociedades por acções; e comtudo, como logicamente observa VIDARI, se não é facil que as empresas civis assumam as fôrmas de sociedades em nome colectivo ou em commandita simples, isto não quer dizer que muitas vezes lhes não seja opportuno assumil-as

(1) O proprio Vidari, na *obr. cit.*, n.º 27, nota, elogia o art. 115.º do projecto do nosso código commercial (art. 106.º do código), o que todavia não admira, porque o nosso legislador adoptou precisamente a solução que era defendida por este notavel escriptor.

de preferencia a quaesquer outras. Supponhamos, por exemplo, que alguns proprietarios de predios contiguos querem constituir-se em sociedade para a execução de algumas obras hydraulicas. Para que e porque hão de ser elles obrigados a assumir a fôrma anonyma, quando porventura lhes baste, ou mesmo convenha mais, a fôrma em nome colectivo? Elles não teem necessidade de se soccorrer a capitaes extranhos, bastam-lhes os seus; e sobretudo, elles querem conservar nas proprias mãos a direcção da empreza. N'estas circumstancias e analogas, porque e para que impor uma fôrma de sociedade que repugna ou não corresponde aos interesses dos socios nem ás necessidades reaes dos factos? (1).

Além d'isso a maior parte das leis que seguem este systema não se limita a sujeitar ás sociedades civis de fôrma commercial as condições de fôrma e de publicidade das sociedades commerciaes e a attribuir-lhes as mesmas garantias, que não forem por sua natureza juridica exclusivas do commercio; mas vão até ao extremo de as declarar commerciaes, equiparando-as completamente e para todos os effeitos, até mesmo em relação á jurisdicção e á fallencia. Sómente o codigo italiano lhes mantem a este respeito o character civil.

Ora, as sociedades civis de fôrma commercial devem sujeitar-se em grande parte ao regimen das sociedades commerciaes, mas esta assimilação não deve ir até ao ponto de as identificar comple-

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.º 27.

tamente. Do contrario, como fazem aquellas leis, cahe-se no absurdo de considerar commerciante quem não exerce o commercio, de chamar commercial a um instituto extranho ao commercio, de acceitar, n'uma palavra, o falso principio que faz prevalecer a fórma externa sobre a natureza objectiva e intrinseca.

Por outro lado, as leis referidas que não incorrem no primeiro erro, porque extendem as fórmas commerciaes a todas as sociedades civis que as queiram adoptar (lei ingleza e codigo hespanhol), cahem no segundo que não é menos grave.

Porém, o nosso codigo commercial obedeceu ao rigoroso criterio dentro do regimen legal dos codigos do direito privado.

Permitte a applicação de todas as fórmas de sociedades commerciaes a qualquer sociedade civil, mas nem por isso cahiu no erro de attribuir ás sociedades civis a qualidade de commerciaes, simplesmente pelo facto de adoptarem para a sua constituição e funcionamento ás fórmas do commercio; mantem-lhes, como o codigo italiano o character civil, excluindo-as, por isso, da fallencia e da jurisdicção commercial.

Para o entendimento do art. 106.^o do codigo commercial resta agora indicar as principaes consequencias que resultam para as sociedades civis do facto de assumirem fórma commercial.

Para este effeito é necessario primeiramente fixar os principios geraes que resultam do preceito consignado no art. 106.^o, bastando para tanto reproduzir a doutrina ensinada por VIDARI sobre

o artigo correspondente (229.º) do código italiano. Em primeiro lugar cumpre notar que, se as partes podem dar ao contracto a forma mais conveniente, ellas não podem todavia forçar a natureza das cousas, nem transformar em actos commerciaes operações que natural e juridicamente teem caracter civil. Mas em segundo lugar é preciso reconhecer que a forma commercial, assumida por uma sociedade civil, a obriga ao regimen juridico geral que governa a estrutura e vida das sociedades commerciaes, de modo que faça saber ao publico a natureza juridica da empresa que lhe é annunciada e a medida do credito que lhe póde ser dispensado. E d'estas duas proposições fundamentaes é facil deduzir a disciplina juridica applicavel.

Se o objecto da empresa permanece civil, não obstante a forma commercial, não lhe será applicavel aquella disciplina que é, por assim dizer, característica e exclusiva da materia commercial, a qual diz respeito principalmente á jurisdicção e á fallencia. Uma sociedade civil, embora de forma commercial, não póde, pois, ser declarada em estado de fallencia, podendo-o comtudo ser os seus socios, se fõrem commerciantes; e os tribunaes de commercio não serão competentes para conhecer e julgar das controversias relativas a taes sociedades, a não ser que em relação á outra parte ellas tenham caracter commercial (cod. com., art. 99.º e cod. de pr. com., art. 3.º).

Pelo contrario, tudo o que respeita á forma do contracto d'estas sociedades, á sua constituição e

publicação, á administração, á dissolução e liquidação, á responsabilidade dos socios, á prescripção dos direitos e obrigações emergentes do contracto e dos actos sociaes, etc., etc., tudo isto será impreterivelmente regulado pelas normas estabelecidas para as sociedades commerciaes (1).

N'uma palavra, as sociedades civis de fôrma commercial mantem o seu character intrinseco civil, mas na sua constituição e no seu funcionamento regulam-se pelas mesmas regras das sociedades commerciaes, não ficando porém sujeitas á fallencia, nem á jurisdicção dos tribunaes de commercio, excepto nas questões que forem de natureza commercial em relação á outra parte.

Mas para completa interpretação do art. 106.^o do codigo commercial não bastam ainda estes principios geraes. Não basta dizer indeterminadamente ou d'um modo geral que ás sociedades civis de fôrma commercial se applicam as regras das sociedades commerciaes, exçpto as relativas á fallencia e á jurisdicção. E' necessario além d'isso determinar d'um modo preciso o alcance d'esta applicação. Por outras palavras: quaes são as disposições do codigo commercial applicaveis ás sociedades civis de fôrma commercial, e em que condições tem logar a sua applicação?

A' primeira parte da pergunta responde o art. 106.^o nas palavras « *mas ficarão n'esse caso sujeitas ás disposições d'este codigo excepto ás que disserem respeito á fallencia e á jurisdicção* ». Mas

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.^o 28.

é precisamente a resposta da lei « *às disposições d'este código* » que faz surgir sérias duvidas no nosso espirito. Da letra do código parece concluir-se que as sociedades civis de fôrma commercial estão sujeitas a todos os seus artigos, absolutamente a todos, que forem applicaveis ás sociedades, exceptuando *sómente* as disposições relativas á fallencia e á jurisdicção. E todavia nós temos a convicção de que tal não é o seu pensamento, de que tal não é o seu espirito. Nós entendemos que, além da excepção mencionada no art. 106.º, disposições ha no código sobre sociedades, que não são applicaveis ás sociedades civis de fôrma commercial. Temos a certeza de que, pelo menos, esta é a logica da lei. Vejamos:

Sobre as disposições do código que *ex professo* regulam as sociedades não pôde realmente haver a menor duvida. E' certo e evidente que ellas são applicaveis, tanto por força do disposto no art. 106.º como por virtude dos principios expostos.

Estas disposições são: em primeiro lugar, quasi todos (1) os artigos (104.º-223.º) do titulo 2.º do livro 2.º do código; e além d'isso, muitas outras disposições disseminadas pelo código, taes como: os artt. 21.º-25.º e o § un. do art. 19.º, sobre o nome e firma das sociedades; o § un. do art. 31.º e o art. 37.º, sobre o livro das actas; os artt. 46.º, n.º 2.º, 47.º, 2.ª parte, 49.º, primeira parte do

(1) Dizemos quasi todos, porque mesmo entre estes artigos ha algumas disposições que pela propria força das cousas são inapplicaveis ás sociedades civis de fôrma commercial. Taes são, por exemplo, os artt. 104.º, 107.º, 120.º, n.º 4.º, e 148.º.

n.º 1.º, n.ºs 5.º e 6.º, 54.º, etc., sobre matricula e registo.

Ha, porém, no codigo muitas outras disposições, que não sendo especialmente destinadas ás sociedades commerciaes, são-lhes igualmente applicaveis. São quasi todas as disposições que regulam a condição juridica dos commerciantes: art. 18.º, sobre as obrigações especiaes dos commerciantes; artt. 29.º-44.º, sobre a fórmula da escripturação mercantil e seu valor juridico; a maioria das disposições dos artt. 45.º e seg., sobre o registo; os artt. 62.º e 63.º, sobre o balanço e a prestação de contas; art. 284.º, sobre o direito de saque entre commerciantes; artt. 396.º e 400.º, sobre a prova do emprestimo e do penhor mercantis entre commerciantes, e outros.

E' a respeito d'estas varias disposições que, em nosso entender, se levanta a difficuldade no entendimento da applicação estabelecida no art. 106.º.

Quem acceitar literalmente o preceito d'este artigo entenderá que todas as disposições do codigo applicaveis ás sociedades commerciaes, e portanto todos os artigos referidos, são igualmente applicaveis ás sociedades civis de fórmula commercial.

Mas quem, na interpretação das leis, se lembrar de que acima das regras materialmente expressas em suas simples disposições literaes está o pensamento e a logica da mesma lei não póde acceitar uma conclusão tão superficialmente estabelecida.

Nós entendemos, com effeito, que da applicação das disposições do codigo commercial sobre ás sociedades ás sociedades civis de fórmula commer-

cial se devem excluir, além da excepção declarada no art. 106.º, todas aquellas disposições que são proprias, características e exclusivas dos commerciantes, e que só por isto são applicaveis ás sociedades commerciaes, pois que ellas são commerciantes.

E, na verdade, outro não é o pensamento da lei, que resulta da combinação do art. 106.º com o art. 13.º, n.º 2.º. As sociedades civis, embora de forma commercial, não são de modo algum sociedades commerciaes, e portanto não são commerciantes. Logo, não lhes são applicaveis as disposições que regulam as sociedades commerciaes na qualidade de commerciantes, mas sómente aquellas que as regulam como sociedades.

Um exemplo frisantissimo, que esclarece o criterio juridico pratico para a determinação das disposições applicaveis ás sociedades civis de forma commercial, é fornecido pelo art. 31.º e § un. O art. 31.º declara indispensaveis a qualquer commerciante os seguintes livros: de inventario e balanços, diario, razão e copiador. E o § un. declara que ás sociedades, além dos referidos, são indispensaveis outros livros para actas. Deverá concluir-se d'aqui que as sociedades civis de forma commercial teem obrigação de ter todos estes livros? Em face da doutrina exposta, a resposta é manifestamente negativa. A obrigação que o art. 31.º impõe ao commerciante de ter os livros de inventario e balanços, diario, razão e copiador, é apenas a garantia efficaz d'aquella outra obrigação do art. 29.º, segundo o qual todo o com-

merciante é obrigado a ter livros que dêem a conhecer, facil, clara e precisamente as suas operações commerciaes e fortuna. Mas esta obrigação é exclusiva dos commerciantes, e portanto applicavel ás sociedades commerciaes, porque ellas são tambem commerciantes. Mas ella não implica certamente com as sociedades civis de fórma commercial, pois que estas não são commerciantes. Porém, a obrigação imposta pelo § un. do art. 31.º ás sociedades de terem livros para actas é tambem applicavel ás sociedades civis de fórma commercial, porque ella é imposta á organização juridica da sociedade, e não á qualidade de commerciante.

Cumpre finalmente determinar as condições em que uma sociedade civil assume a fórma commercial, sujeitando-se ao regimen das sociedades commerciaes.

Dada uma sociedade civil qualquer, para verificar se ella se constituiu sob alguma das tres fórmas do codigo commercial, não basta averiguar se ella adoptou o nome de sociedade *em nome colectivo*, *em commandita* ou *anonyma*, ou qualquer outro confronto superficial com os tres typos commerciaes. E' necessario examinar cuidadosamente todo o conjuncto dos termos e condições do respectivo contracto, para se investigar com toda a precisão se effectivamente os socios tiveram intenção de constituir a sua sociedade civil segundo algum dos typos commerciaes.

Comprehende-se, com effeito, que varios individuos formem uma sociedade civil, sob a fórma do nome colectivo ou da commandita, mas quei-

ram não obstante isso conservar-se exclusivamente no regimen do código civil, conservando a sua respectiva responsabilidade isolada e limitada á parte de cada um no fundo social. E isto é evidentemente permittido pelo código civil, desde que sejam respeitadas as determinações da lei, e ainda que uma tal sociedade se approxime muitissimo d'aquelles typos commerciaes. O determinar em cada caso se uma certa sociedade civil se quiz constituir segundo um typo das sociedades commerciaes é principalmente uma questão de facto que juridicamente resultará do confronto das circumstancias do contracto com a organização dos typos commerciaes, e da intenção dos socios, que n'este problema tem sempre a maior importancia.

E não se pense que é de somenos importancia esta questão. Ella tem na verdade uma importancia enorme em frente das graves differenças do regimen juridico das sociedades perante os códigos civil e commercial, principalmente em relação á responsabilidade dos socios, á prescripção dos direitos e obrigações sociaes, ás condições de administração, etc., etc.

Por consequencia, só quando uma sociedade civil estiver manifestamente constituída n'um dos typos commerciaes é que se lhe poderá impôr o regimen do código commercial.

26. Uma outra classificação legal das sociedades industriaes é a que resulta expressamente

do art. 207.º do código commercial, em confronto com o art. 104.º. Segundo estes artigos ha duas grandes especies de sociedades industriaes — as sociedades *commerciaes* e as *cooperativas*.

Para exacto e completo conhecimento do caracter d'esta classificação é necessario determinar a natureza especial, economica e juridica das sociedades cooperativas nos diversos ramos da actividade humana, e confrontal-a com o conceito legal que o direito lhes attribue.

A cooperação é um facto economico muito complexo e o producto d'um especial modo de ser da industria. Póde dizer-se que a lucta entre o capital e o trabalho, a expansão poderosa e prepotente da grande industria, e d'ahi a necessidade imperiosa que peza sobre as classes trabalhadoras, impellindo-as a melhorar a sua sorte e a procurar uma condição de menor dependencia perante a força arbitraria do capitalismo insaciavel, são entre as muitas as maximas causas que deram origem ás sociedades cooperativas. As cooperativas propõem-se precisamente agrupar em sociedades diversas as dispersas forças economicas dos operarios, para conseguir os variados fins industriaes que o capitalismo se tem reservado exclusivamente, e para os quaes a simples condição dos salarios tem sido um obstaculo invencivel.

A cooperação, portanto, significa economica e socialmente: como fim, a independencia das classes operarias em frente do capital e da grande industria, a sua emancipação do regimen depri-

mente e antisocial do salariado; como meio, a associação das forças economicas, trabalho e pequenos capitaes, d'essas classes para conseguirem aquelle fim (1).

Vê-se, pois, que o verdadeiro conceito economico das sociedades cooperativas reside na propria condição economica dos socios que as devem constituir — são sociedades das classes trabalhadoras, dos operarios do trabalho manual, pescadores, mineiros, trabalhadores na agricultura, operarios das industrias de transformação, e operarios das industrias de circulação, como caixeiros, cocheiros, carreteiros, etc.; e perante estes principios do verdadeiro character económico das cooperativas, não deveriam ser consideradas como taes as sociedades cooperativas de consumo, ou quaesquer outras, cujos socios não pertencessem a alguma d'aquellas classes.

A cooperação pôde assumir diversos aspectos conforme os fins particulares que se propõe, ou os meios que emprega, para conseguir o seu fim supremo — o melhoramento de condição e a independencia dos operarios cooperadores.

Os escriptores costumam classificar objectivamente as cooperativas em tres grupos: de *produção*, de *credito* e de *consumo*, separando alguns, como VIDARI, das de *produção* as de *construção*.

(1) Para a determinação dos elementos economicos que constituem a natureza especial e caracteristica das sociedades cooperativas, basta-nos extractar para aqui esta doutrina ensinada por Vidari (*obr. cit.*, n.º 785 e seg.).

Mas esta classica classificação triforme das cooperativas não corresponde completamente ás indicações rigorosas da sciencia. Ella obedece, por um lado, á classica divisão tripartita da sciencia economica — *produção, circulação e consumo* — e, por outro lado, ao facto de serem aquellas as tres fórmulas mais características que as cooperativas teem assumido no seu desenvolvimento, pois que nos factos economicos da circulação, em harmonia com a divisão tripartita da economia, só se teem organizado cooperativas de credito. Mas a verdade é que, além de se tornar necessaria a classificação das cooperativas de produção, ha cooperativas industriaes que não podem rigorosamente integrar-se na classificação triforme: são as cooperativas das industrias de circulação, isto é, as de commercio e de transporte, pois que estas não pertencem á produção propriamente dita (1). D'este modo, póde admitir-se a classificação triforme das cooperativas em *industriaes*, de *credito* e de *consumo*, classificando-se, por sua vez, as industriaes em cooperativas das *industrias da produção* (extractiva, agricola e transformadora) e da *circulação* (commercio e transporte). Esta classificação mais completa das cooperativas impõe-se pelos principios da sciencia e pela realidade dos factos, pois que as cooperativas assumiram já todas estas fórmulas no estado actual do seu desenvolvimento.

Fórmulas expontaneas e adventicias, no dizer de VIVANTE, as cooperativas appareceram já nos

(1) José Tavares, *obr. cit.*, pag. 76-78.

tempos e nos paizes mais remotos para o exercicio de varias industrias, da agricultura, da pesca, do commercio maritimo. Mas o movimento sempre mais extensivo e penetrante, que as tem impulsionado em todos os ramos da actividade economica e industrial, accentuou-se principalmente, no segundo quartel do seculo presente. Um fecundo conceito renovador deu-lhes uma invencivel virtude de propaganda: o ideal d'uma organisação industrial em que os lucros do trabalho pertencessem aos trabalhadores, e a emancipação do capital, que não trabalha mas tudo absorve.

As cooperativas pertencem, pois, ás classes mais humildes da sociedade, são naturalmente uma instituição propria, e que deve ser exclusiva das classes trabalhadoras, como um meio de defeza contra as exigencias e os excessivos lucros dos empregados; foram constituídas entre operarios para assumirem directamente os trabalhos e repartirem entre si o seu producto, pelos consumidores para se abastecerem dos generos de subsistencia, pelos pequenos agricultores e commerciantes para se livrarem da usura e das dependencias do capital. E muitas vezes ellas deveram a sua origem a iniciativas philantropicas de cidadãos, de caixas economicas ou de outras obras pias: assim foram constituídas muitas cooperativas de construcção de casas economicas e hygienicas para habitação de operarios (1).

(1) Vivante, *obr. cit.*, n.º 558.

Emquanto que as diversas fôrmas cooperativas tomaram já enorme desenvolvimento em todos os paizes industriaes, principalmente na França, Inglaterra, Allemanha e Italia, desgraçadamente entre nós a instituição não lançou ainda as bases seguras da sua existencia, porque as condições miseraveis do nosso operariado não teem força capaz de organização permanente e efficaz sem o auxilio protector do Estado (1).

Mas cremos bem que se os poderes do Estado se resolvessem a prestar esse auxilio devido ás classes trabalhadoras, quando mais não fosse, ao menos por meio d'uma lei cuidadosamente organizada em seu exclusivo beneficio, a instituição lançaria tambem no solo portuguez profundas raizes, produzindo os beneficos resultados economicos, môraes e sociaes, que todos os espiritos esclarecidos reclamam em prol do melhoramento do operariado honesto e trabalhador. « Para que serve negal-o? As sociedades cooperativas não representam nem um capricho nem uma moda; são os primeiros delineamentos d'uma grande transformação que, desordenadamente ainda, se manifesta no mundo economico (2). E' a pequena industria reduzida ao extremo pela grande industria; são as classes operarias soffredoras que se

(1) Póde ver-se a relação das cooperativas fundadas entre nós, sob o regimen da lei de 2 de julho de 1867 até 1889, no *Diario do Governo* de 30 de abril de 1883 e em — *A previdencia*, do Sr. Costa Goodolphim. A maior parte d'essas cooperativas são apenas de consumo, e muitas d'ellas aproveitadas pelas classes burguezas.

(2) Bruzzo, *Relazione sulle società cooperative*, pag. 7 e 8.

põem em guarda para afastar os soffrimentos do presente e evitar os do futuro, e que não vêem outro meio de combater com maior fortuna n'esta lucta pela vida senão na associação das proprias forças. E se as gentes pobres se assustam, porque os poucos cooperadores encontram ainda graves desillusões, esta é a historia de todas as ideias novas, este é o destino da natureza humana. Mas depois das primeiras tentativas pouco afortunadas, quando as ideias começarem a fructificar, nos timidos crescerá a confiança e a coragem. Quem desespera da cooperação mostra ter pouca confiança no progresso, e n'aquella eterna e fatal lei da transformação, a que em vão procuram subtrahir-se as mais energicas vontades. Tudo caminha para deante, porque tudo se transforma » (1). E se as tendencias collectivistas são um facto incontestado na evolução das doutrinas e dos factos economicos, o cooperativismo marchará necessariamente na vanguarda, como o meio mais seguro e efficaz de educação e preparação do regimen socialista.

« A lei se quizesse traduzir em suas solidas formulas as vozes mais nobres da vida social economica devia favorecer em suas reformas a marcha natural d'estas tendencias » (2).

Dos principios expostos deduz-se agora facilmente, e em synthese precisa, a natureza economica especial das sociedades cooperativas: ellas são, subjectivamente consideradas, sociedades

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.º 791.

(2) Vivante, *obr. cit.*, n.º 558.

de operarios, das classes trabalhadoras pobres, d'aquelles que trabalham dia a dia, hora a hora, para alcançar o estrictamente necessario para a sua subsistencia e de suas familias, reservando apenas o tempo indispensavel para comer, e descançar da fadiga do pesado trabalho; objectivamente consideradas, ellas teem a natureza de todas as outras emprezas industriaes ou lucrativas, são de industrias extractivas, agricolas, de industrias de transformação (fabrica ou construcções), commerciaes, de credito e de consumo; consideradas em relação ao seu fim social, ellas são destinadas a libertar o trabalho da oppressão do capital, tornando-o independente na concorrência vital da humanidade.

Determinada a natureza economica particular das sociedades cooperativas, o direito, como expressão e garantia dos factos e necessidades sociaes, deveria identificar-se com ella, reconhecendo a sua existencia particular e autonoma, garantindo o desenvolvimento das suas tendencias e a conquista das suas aspirações legitimas.

Mas terá effectivamente o direito identificado o conceito legal das sociedades cooperativas com a sua natureza economica propria e com o caracter juridico que a sciencia aconselha? Um simples exame da classificação legal das sociedades em *commercias* e *cooperativas* impõe a resposta negativa.

Vejamos, pois, como appareceu e se fixou a estrutura juridica das sociedades cooperativas, para a confrontarmos com a sua natureza economica.

As sociedades cooperativas tomaram o seu mais

vigoroso impulso na segunda metade d'este seculo, sob o influxo humanitario e altruista das doutrinas socialistas, que defendem por toda a parte e por todos os meios legitimos a necessidade de reivindicar a autonomia e a superioridade do trabalho na partilha dos productos da actividade economica, melhorando tanto quanto possivel a situação das classes operarias. Na corrente de orientação d'estas ideias, notaveis economistas iniciaram com entusiasmo a propaganda cooperativista, fazendo consistir nos proprios esforços dos operarios, por meio da associação no trabalho, o mais perfeito e efficaz melhoramento das suas condições economicas. E' o systema que os francezes denominam *l'assistance par soi-même*, os allemães *Selbst-Hülfe*, e os inglezes *Self-help*.

Mas, naturalmente, porque o concurso das forças economicas dos operarios, principalmente pelo que respeita ás entradas em dinheiro, não poderá ser muito consideravel por parte de cada socio, e porque muitas vezes os socios poderiam precisar d'estes mesmos pequenos recursos para occorrer á satisfação das mais imperiosas e urgentes necessidades da vida, era necessario que os socios pudessem entrar para a sociedade com pequenos valores, sendo-lhes sempre permittido levantal-os quando d'elles carecessem.

A variabilidade dos socios e do capital social é, portanto, uma fundamental condição da existencia das sociedades cooperativas (1).

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.º 785; Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.º 1031.

Esta estructura juridica não se harmonisava porém com as fórmãs de sociedades reguladas pelo direito geral. Qualquer das fórmãs legaes das sociedades, em nome collectivo, em commandita ou anonymas, era sujeita a um systema de formalidades mais ou menos rigorosas, tanto na sua constituição como no seu funcionamento; o titulo constitutivo das sociedades, o augmento ou a redução do capital social, a entrada e a sahida dos socios, e outros actos importantes da vida social, dependiam geralmente d'um regimen de publicidade, que embaraçava o desenvolvimento natural das cooperativas. Por outro lado, nas condições precarias das classes trabalhadoras, ainda que dispensados fossem estes rigores de formalidades, era necessario favorecer com alguns privilegios a organização das cooperativas, para que ellas pudessem resistir á lucta desigual na concorrência das emprezas capitalistas.

Foi n'estas condições que o governo francez, em 1867, no intuito de promover o desenvolvimento das cooperativas, como o mais effizaz processo de conseguir, se não a independência, pelo menos o melhoramento das classes operarias, apresentou ao parlamento um projecto de lei organico d'estas sociedades, denominando-as *societades de capital variavel*, e não lhes dando o nome vulgar de cooperativas pela razão de que em todas as sociedades os socios são cooperadores (1). Este projecto, que abrangia apenas as cooperativas de

(1) Lyon Caen et Renault, *obr. cit.*, n.ºs 1032 e 1032 bis, nota (1).

produção, de credito e de consumo, foi substituido por um outro que accrescentou as de construcção, e por fim convertido na lei de 24 de julho de 1867, que generalisou as sociedades cooperativas a todos os ramos da actividade industrial ou lucrativa. A lei franceza das cooperativas caracterisou-as pela variabilidade do capital, permitindo-lhes sem embaraços nem restricções a livre entrada e sahida dos socios, além d'outras vantagens particulares.

Ao mesmo tempo entre nós foi promulgada a lei de 2 de julho de 1867 moldada no projecto da lei franceza.

Segundo a lei de 2 de julho de 1867 (art. 1.º) as sociedades cooperativas são associações de numero illimitado de membros, e de capital indeterminado e variavel, instituidas com o fim de mutuamente se auxiliarem os socios no desenvolvimento da sua industria, do seu credito e da sua economia domestica. E semelhantemente ao projecto da lei franceza, a nossa lei (art. 2.º) fixava taxativamente os fins a que podiam dedicar-se as cooperativas, estabelecendo que ellas podiam ter por objecto, separada ou conjunctamente: 1.º comprar para vender aos associados e a extranhos as coisas necessarias á vida; 2.º comprar para vender aos associados sementes, adubos agricolas, e as materias primas da industria de cada um; 3.º comprar para vender aos associados e a extranhos, e alugar só aos associados, as machinas e instrumentos necessarios á sua industria; 4.º organizar officinas de trabalho commum, e vender os pro-

ductos n'ellas fabricados; 5.º vender por conta dos donos, e mediante commissão, os productos dos trabalhos que os socios executarem isoladamente; 6.º construir casas para os associados; 7.º fazer operações de credito em beneficio dos associados exclusivamente.

Mas o codigo commercial, regulando completamente (§ 1.º do art. 207.º) e d'um modo especial (artt. 207.º-223.º) as sociedades cooperativas, revogou incontestavelmente a lei de 2 de julho de 1867, (art. 3.º da lei de 28 de junho de 1888) ampliando estas sociedades a todas as especies da industria, visto que não faz restricção alguma sobre o objecto ou fim que ellas se proponham (1).

No regimen do codigo commercial as sociedades cooperativas são especializadas sómente pela variabilidade do capital social e pela illimitação do numero dos socios (art. 207.º). A sua característica differencial é precisamente a variabilidade e a indeterminação dos socios e do capital social. Por consequencia, toda a sociedade, que

(1) Apesar d'isso, o secretario do tribunal de commercio de Lisboa, Sr. Baptista de Sousa, recusou-se a fazer o registo definitivo da Lusitana, sociedade cooperativa dos cocheiros e conductores da viação lisbonense, sociedade organizada perfeitamente nos termos das cooperativas segundo o codigo commercial, com o extranho pretexto de que esta sociedade se não restringia ao simples auxilio mutuo caracteristico das cooperativas definido pela lei de 1867 e reconhecido por notaveis escriptores, mas que pelo contrario se propunha fins de manifesta especulação. Vide a recusa no *Direito*, vol. 29.º, n.º 1.º, pag. 2 a 6. Mas a Lusitana recorreu da recusa, e a sua reclamação foi attendida pelo tribunal de commercio e confirmada pela Relação. Nem poderia deixar de ser assim, porque a Lusitana, sociedade de operarios, é rigorosamente uma cooperativa.

satisfaça a estes requisitos, póde organizar-se como cooperativa nos termos dos artt. 207.º e seguintes, sem atenção aos fins que se proponha nem á cathegoria social das pessoas que a constituam, gosando de todos os favores que a lei concede a esta especie de associações.

Postos estes principios, facil é agora demonstrar que a estructura juridica das sociedades cooperativas não corresponde ás suas condições economicas.

Com effeito, se o espirito economico das cooperativas reside essencialmente na protecção devida pelo Estado ás classes trabalhadoras, devendo as cooperativas ser precisamente sociedades de operarios, destinadas a garantir-lhes a autonomia, a independencia e a superioridade do trabalho perante o despotismo do capital, e que por isso e para isso carecem da maxima protecção e defeza, o legislador, ao regular a sua estructura e vida, devia manter-se n'um regimen que lhes assegurasse com plena efficacia o fim social e economico tão ardentemente proclamado pelos entusiastas do movimento cooperativo. O legislador devia, por um lado, organizar as cooperativas em beneficio exclusivo das classes trabalhadoras pobres, para que o capitalista não pudesse explorar as vantagens concedidas ao proletario; devia, por outro lado, provocar o desenvolvimento das sociedades cooperativas, eliminando todos os embaraços e obstaculos e concedendo-lhes todos os favores juridicamente possiveis e moralmente justos. Mas a lei não acautelou aquella prevenção nem formulou esta therapeutica, a não ser em pequena

dose. A lei consente que todo o capitalista persiga e domine o operario até mesmo no recinto da cooperativa, que lhe devia ser reservado; difficulta, em vez de facilitar, a constituição das cooperativas, não permittindo que ellas se formem com menos de dez socios, quando e certo que muitas *sociedades* se poderiam organizar e prosperar com menor numero; finalmente, a lei só favorece as cooperativas nas formalidades da sua constituição e funcionamento, e na isenção do imposto de sello e de qualquer contribuição sobre os lucros realizados; mas devia favorecel-as com a isenção de todo e qualquer outro imposto, e com subvenções e concessões que estimulassem o trabalho colectivo.

Para complemento do character da classificação legal das sociedades em commerciaes propriamente ditas e cooperativas, importa ainda confrontal-as em relação á fôrma e ao objecto.

Em relação á fôrma, umas e outras identificam-se nas mesmas cathogorias: em nome colectivo, anonymas ou em commandita (cod. com., artt. 105.º e 207.º, § 1.º). As cooperativas não constituem, pois, sob este aspecto, uma especie nova e differente, salvas ligeiras formalidades secundarias (artt. 207.º, § 2.º, 209.º, 210.º, etc.).

Relativamente ao objecto, porém, as sociedades cooperativas só são commerciaes quando realmente praticam o commercio, isto é, quando procuram a especulação lucrativa na simples função de intermediarias entre os productores e os consumidores.

Mas quando ellas são constituídas pelos proprios productores, ou emfim, quando se limitam a praticar actos que não são de commercio, não podem de modo algum considerar-se commerciaes.

Esta é indubitavelmente a verdadeira doutrina perante os rigorosos principios da sciencia (1). Mas será tambem a do codigo commercial?

A resposta envolve uma difficuldade melindrosa, dadas as differenças legaes importantes que separam as sociedades commerciaes das civis.

A simples leitura do codigo commercial sobre a parte das sociedades insinúa uma primeira impressão, segundo a qual parece que, perante a lei, todas as cooperativas são commerciaes. E esta impressão poderá mesmo appoiar-se no art. 2.º do codigo, que declara commerciaes todos os actos n'elle especialmente regulados.

Mas, reflectindo um pouco sobre o problema, parece-nos que tal não póde ser a doutrina da lei.

Com effeito, o art. 104.º do codigo, subordinado ás epigraphes «*Disposições geraes*», e «*Da natureza e especies das sociedades*», domina certamente toda a materia das sociedades, e, por consequencia, tambem as cooperativas. Ora este artigo estabelece irrevogavelmente como condição essencial para que uma sociedade seja commercial que ella tenha por objecto praticar um ou mais actos de commercio; portanto, desde que falte esta condição a sociedade é necessariamente civil. E nem se póde defender a solução contraria com a regra da

(1) Contra—Vidari, *obr. cit.*, n.º 703.

primeira parte do art. 2.º, porque então teríamos de considerar commerciaes as sociedades civis constituídas segundo o código commercial, o que é manifestamente falso e absurdo.

Entendemos, pois, que os principios estabelecidos sobre a classificação das sociedades em civis e commerciaes se applicam igualmente ás cooperativas, conforme tiverem ou não objecto commercial.

Examinemos agora a classica e historica classificação triforme das sociedades commerciaes.

Esta é a mais notavel e engenhosa classificação das sociedades commerciaes, e tão importante é o seu alcance economico e juridico que ella hoje se applica a todas as especies de sociedades industriaes, tanto ás sociedades civis como ás cooperativas (artt. 106.º e 207.º, § 1.º).

O art. 105.º do código commercial estabelece-a expressamente e define-a com precisão n'estes termos: « *As sociedades commerciaes serão de uma das especies seguintes: sociedade em nome colectivo; sociedade anonyma; sociedade em commandita.* § 1.º *A sociedade em nome colectivo é caracterizada pela responsabilidade, solidaria e illimitada, de todos os associados.* § 2.º *Sociedade anonyma é aquella em que os associados limitam a sua responsabilidade ao valor das acções com que subscreveram para o capital social.* § 3.º *A sociedade em commandita dá-se quando um ou mais dos associados respondem como se a sociedade fosse em nome colectivo, e outro ou outros apenas fornecem valor determinado, limitando a este a sua responsabilidade ».*

Examinando a estrutura fundamental dos tres typos classicos e historicos das sociedades commerciaes, facilmente se observa como cada um d'elles obedece a principios proprios e é destinado a satisfazer necessidades diversas.

A sociedade em nome colectivo estabelece entre os socios um vinculo de solidariedade tão intenso que cada um d'elles responde integralmente, solidaria e indefinidamente, por todas as obrigações legitimamente contrahidas em nome da pessoa juridica colectiva, ainda mesmo que sejam contrahidas por um só dos associados e sem o conhecimento dos outros. O espirito psychologico da sociedade em nome colectivo é pois a expressão da maxima confiança reciproca entre todos os socios. E por isso elle deve ter sido naturalmente a primeira fórmula regular das sociedades commerciaes, sendo provavel que a principio as associações não se compozessem senão d'aquelles que conhecendo-se e inspirando-se de reciproca confiança quizessem auxiliar-se garantindo as obrigações contrahidas em proveito commum.

Mas ao mesmo tempo é natural que, pela sua propria natureza particular, a sociedade em nome colectivo não fosse destinada a grandes desenvolvimentos, porque ella não permite reunir os enormes capitaes necessarios para as grandes emprezas. E porque a antiga distincção de classes afastava do commercio os nobres e ecclesiasticos, que possuam a maior parte dos bens economicos, e aos pequenos capitalistas desagradava muitas

vezes comprometter os seus haveres no risco da responsabilidade solidaria e illimitada, comprehende-se como não poderia ser vasto o campo de acção da sociedade em nome collectivo.

N'estas condições, a intelligencia humana devia necessariamente organizar um outro typo de sociedades que satisfizesse as exigencias da successiva e crescente expansão da vida mercantil. Era necessario que ao elemento pessoal, base do credito da sociedade em nome collectivo, se accrescentasse o elemento material e capitalista, capaz de attrahir os capitaes, que difficilmente se entregavam ao risco da responsabilidade pessoal, solidaria e illimitada. Tal é precisamente a sociedade em *commandita*, composta d'um ou mais socios de responsabilidade solidaria e illimitada, e d'um ou mais que só respondem até á quota de capital com que entram para a sociedade, qualquer que seja a natureza, o numero, a extensão das obrigações sociaes. A sociedade em *commandita* é uma simples transformação do contracto de *commanda* ou *commendacio*, frequentemente usado nos seculos XII e XIII, pelo qual um individuo, o *commandante*, ou *commendator*, entregava uma certa somma de dinheiro ou porção de mercadorias a outro individuo, o *commanditario*, geralmente commerciante marítimo, encarregando-o de negociar estes valores em nome proprio mas em proveito do proprietario d'elles, e mediante uma determinada retribuição ou comparticipação nos lucros. Mas, como se vê claramente, n'esta phase o contracto de *commanda* não constitue uma sociedade, porque, além de

não haver fundo ou capital social commum, visto que a propriedade pertence ao commandante, falta tambem a manifestação d'uma personalidade collectiva, pois que o commanditario tracta o negocio em nome proprio (1). Porém, o contracto soffreu uma completa transformação quando no seculo xiv se generalisou o commercio terrestre florescente, fazendo surgir empresas poderosas que espalharam a sua industria por todo o mundo commercial por meio d'uma vigorosa organização de succursaes, de commissões de viajantes e correspondentes, attrahindo á vida industrial os enormes capitaes recolhidos pelo clero e pela nobreza, que as prohibições canonicas e os prejuizos aristocraticos afastavam do commercio directo. O socio gerente assume uma posição dominante e uma séde estavel no meio da multidão dispersa dos seus subventores; e fixa-se intensamente na consciencia commum o conceito d'um corpõ moral, d'uma pessoa juridica collectiva, e d'um patrimonio social distincto do dos socios. A necessidade de proteger este capital como garantia exclusiva dos crédores sociaes contra os ataques dos crédores particulares dos socios aconselhou a conveniencia de affirmar a personalidade da sociedade em commandita, fazendo-a conhecer ao publico pela instituição do registo. D'esta maneira a associação em commandita

(1) E' singular que o nosso codigo commercial (art. 199.º e 204.º) inverte a significação dos termos, chamando socios commanditarios aos commandantes, e gerentes aos que propriamente são os commanditarios.

destacou-se da fôrma parallela da associação em participação, com que até então andava confundida (1).

Quem reflectir no conceito funcional da sociedade em *commandita* certamente reconhece a grandeza do papel que ella desempenha na vida industrial, congregando e conciliando muitas vezes as forças economicas geralmente dissociadas, e por vezes rivaes incompativeis, do trabalho e do capital. Fazendo o elogio da associação *commanditaria*, escreve bem VIDARI: « ella é uma das mais engenhosas creações da mente humana; porque, por meio d'ella, como que se illudiram todos aquelles prejuizos que mantinham fechada a via do commercio a uma grande parte dos cidadãos, e conseguiu-se a reunião de grandes capitaes, para o que era impotente a sociedade em nome collectivo; foi assim operado aquelle felicissimo connubio da responsabilidade illimitada com a limitada, que se adapta admiravelmente a tantas fôrmas da industria mercantil e ás peculiares condições em que ellas podem encontrar-se. Se, pela importancia economica, a *commandita* é hoje excedida pela *anonyma*, para o jurista, porém, e aquella ainda que merece uma particular attenção, porque, se deriva da sociedade em nome collectivo, por sua vez ella deu origem á sociedade *anonyma*. A *commandita*, de facto, participa da primeira, porque os socios *commanditados* respondem solidaria e illimitadamente por todas as obrigações

(1) Vivante, *obr. cit.*, n.º 330.

sociaes; participa da segunda, porque os commandantes só respondem até á sua quota no fundo social » (1).

Ainda hoje como em toda a sua historia a sociedade em commandita permite aos homens honestos, trabalhadores e capazes, mas pouco providos de capitaes, exercer, ampliar e aperfeiçoar a sua industria com o auxilio de socios capitalistas que por idade, saude, character ou posição social não podem ou não querem dedicar-se ao trabalho industrial, ou que confiam no character e nas aptidões do socio de industria a mais rendosa fructificação dos seus capitaes. A commandita é precisamente na ordem economica a associação do capital com o trabalho.

Entretanto, o seu potencial economico e financeiro tornava-se insufficiente, ou mesmo impotente, á medida que as empresas industriaes e commerciaes se expandiam nas mais vastas e longinhas esphas do trabalho humano, que as mais promptas e seguras communicações d'um paiz a outro, d'um a outro continente, as novas e maravilhosas invenções e descobertas das sciencias e das artes incitavam e impelliam o engenho humano aos mais assombrosos empreendimentos. Ao mesmo tempo que o commercio se tornou cosmopolita e impessoal, o credito e a confiança das grandes empresas deixaram de se medir pelo credito pessoal d'aquelles que as compunham para se avaliar pela potencia economica de que

(1) Vidari, *obr. cit.*, n.º 8.

ellas sabiam e podiam **dispôr**. Os grandes empreendimentos exigiam enormes capitaes e estavam sujeitos a grandes riscos **aleatorios**. Por um lado, os homens de bem recusavam-se a comprometter n'elles o credito e a honra do seu nome, os ricos não queriam comprometter os seus haveres; por outro lado, os capitalistas não queriam entregar os seus capitaes á mercê de qualquer gerente que d'elles pudesse livremente **dispôr**.

D'aqui surgiu expontanea a necessidade de crear uma nova **fôrma** de **sociedades** em que á responsabilidade **pessoal e illimitada** dos socios fosse substituida a **responsabilidade impessoal e limitada** do capital, mas em que os **socios** tivessem o direito de ingerencia na escolha dos **administradores** e o de **fiscalisação** dos seus **actos administrativos**.

Foi assim que surgiu, se desenvolveu e consolidou poderosamente a **sociedade anonyma**, em que a **acção**, titulo representativo do **capital** dos socios, substituiu a **pessoa**, em que o **capital** substituiu o **homem**.

O **caracter particular** da **sociedade anonyma** não reside tanto na **responsabilidade limitada** dos socios até á **medida** da sua parte no **capital social** como na **natureza juridica** da **acção** como titulo representativo das partes **sociaes**. A **acção** é um titulo eminentemente **negociavel**, de que os **accionistas**, socios das **sociedades anonymas**, podem substituir-se **constante e continuamente**, sem que **taes mudanças** produzam qualquer **alteração** na **estructura** ou no **funcionamento** do **organismo**.

social. Nas sociedades anonymas é indifferente a qualidade ou o nome das pessoas, e d'este facto resulta a denominação que lhes foi consagrada.

As sociedades anonymas produziram na vida social e economica uma notavel transformação. A divisão do capital em acções, tornando-se accessivel ás mais pequenas fortunas, deu logar á associação de individuos de todas as classes, reuniu nas mesmas assembleias, discutindo e deliberando em commum, grandes e pequenos proprietarios, capitalistas e industriaes, medicos, professores, artistas, ecclesiasticos, etc., sobrepondo aos velhos prejuizos de classe o consorcio democratico e a solidariedade social de todos os homens. A concentração de enormes capitaes attrahidos de toda a parte do mundo deu força e vida ás grandes empresas, que transformaram por completo as condições da vida terrestre, proporcionando todas as commodidades do presente, que ainda no principio do seculo seriam inacreditaveis. Tão immenso é o poder das sociedades anonymas que ellas substituem o proprio governo dos Estados no exercicio de muitas das suas funções publicas.

Esta enormidade do poder economico e financeiro das sociedades anonymas é um obstaculo poderoso ao desenvolvimento das menores empresas industriaes, esmagando-as sob o jugo d'uma concorrência desigual, constitue um monopolio anti-social e antieconomico do exercicio das industrias, e é muitas vezes instrumento de corrupção da politica e da administração publica. E por isso

muitos economistas tem já levantado contra ellas o grito de guerra e de destruição. Mas embora tenhamos de reconhecer os perigos sociaes e economicos do anonymato, não devemos tambm esquecer os immensos serviços por elle prestados ao progresso material da humanidade. Nem o Estado tem direito de o supprimir sem quebra d'um dos mais inviolaveis direitos do homem, como é o da associação.

Porém, o que o Estado póde e deve fazer é orientar a politica economica no sentido do equilibrio de todas as forças e actividades na lucha desigual entre o capital e o trabalho, favorecendo por todos os meios legitimos o desenvolvimento das sociedades cooperativas.

Determinada a razão de ser e a natureza fundamental dos tres typos classicos das sociedades commerciaes, facil é verificar a medida relativa do seu valor economico (1).

Na sociedade em nome colectivo, composta sempre de poucas pessoas, é naturalmente possivel uma vigilancia directa, pessoal e continua dos proprios socios. D'ahi resulta uma administração intelligente, activa e intensa, grande economia de tempo e de capital, maior productividade e menos despezas.

Na sociedade em commandita a vigilancia é igual á das sociedades em nome colectivo quando os socios de responsabilidade illimitada, que são os gerentes ou administradores, forem pessoas

(1) Para tanto basta extractar para aqui a doutrina ensinada por Vidari — *obr. cit.*, n.ºs 9, 10 e 12.

capazes, honestas e trabalhadoras; mas póde ser insignificante ou nulla, se os gerentes não tiverem aquellas qualidades, visto que os socios de responsabilidade limitada simplesmente fornecem o capital, ficando sem ingerencia effectiva na administração social.

Porém, menor ainda a vigilancia e maiores os perigos são na sociedade anonyma, porque n'esta os administradores teem necessariamente os mais amplos poderes, e quasi nullo é o poder de fiscalização dos accionistas, convocados raras vezes e a maior parte d'elles ignorantes dos negocios da administração.

N'estas condições é geralmente exacto o principio de que a extensão da empreza está na razão inversa da responsabilidade dos socios.

Examinando agora o criterio juridico da classificação triforme das sociedades, vê-se que elle reside precisamente no gráu da responsabilidade dos socios. Mas deve notar-se que os tres typos não abrangem todos os graus possiveis da responsabilidade dos socios. Com effeito, a responsabilidade não póde ser senão illimitada para todos os socios (sociedade em nome colectivo), limitada (anonyma), ou limitada para uns e illimitada para outros (commandita). Mas combinando estas medidas com a solidariedade e a divisão da mesma responsabilidade, poder-se-hiam constituir outros typos de sociedades, em que os socios teriam uma condição juridica differente, o que seria util sempre que os socios não quizessem sujeitar-se á gradação das responsabilidades dos tres typos historicos.

O codigo commercial, porém, só admitte precisamente os tres typos do art. 105.º, e qualquer sociedade commercial que se constitua em fórma differente será considerada como não existente nos termos do art. 107.º.

Mas não nos parece razoavel nem conveniente esta fixação taxativa e restrictiva das especies de sociedades commerciaes.

Na Italia, quando se discutiu o codigo commercial, o problema foi largamente debatido nos pareceres das Camaras de commercio e nos discursos parlamentares. Em vez do systema restricto dos tres typos foram propostas duas soluções muito differentes: uma radical permittia qualquer typo de sociedade organizado pelas engenhosas combinações dos socios, comtanto que fossem respeitadas as prescrições legaes; era o amplo reconhecimento do principio da liberdade contractual; a outra, mais moderada, era permittir, além dos tres typos, as sociedades de responsabilidade limitada do direito inglez, perfeitamente analogas, de resto, ás sociedades em nome colectivo, e que são afinal as sociedades do codigo civil. Ambas as soluções foram rejeitadas.

Infelizmente, entre nós nem sequer se discutiu o problema, sendo approvedo sem a menor observação o systema do codigo italiano. E comtudo parece-nos que qualquer d'aquellas soluções é preferivel ao systema restrictivo dos tres typos historicos.

O systema que reconhece as sociedades commerciaes de responsabilidade limitada do direito

inguez é perfeitamente razoavel, e tanto mais que elle é admittido pelo codigo civil. Mas o verdadeiro systema é o da plena liberdade dos socios, não só porque este é o principio garantido pelo direito contractual do codigo civil, mas tambem, e principalmente, porque o espirito do direito moderno, deve obedecer á tendencia de favorecer, e nunca impedir, o maximo desenvolvimento da vida economico-juridica.

Para complemento do exame geral da classificação triforme resta ainda indicar as duas fórmulas da commandita, definidas no art. 199.º do codigo commercial: « *A sociedade em commandita pôde ser constituída em commandita simples, quando não ha representação do capital por acções; e em commandita por acções que representam o capital social, abrangendo assim as entradas dos socios em nome colectivo e os fundos prestados pelos socios commanditarios* ».

Como se vê, o criterio juridico d'esta distincção reside no character da acção como titulo representativo das quotas do capital social. A razão de ser economica da commandita por acções está nas maiores vantagens das sociedades anonyms.

27. Até aqui temos examinado as classificações legais das sociedades regularmente constituídas, satisfazendo a todos os preceitos da lei, tantos ás condições intrinsecas ou objectivas como aos requisitos externos ou formalidades de constituição organica.

E' tempo agora de examinar o problema das sociedades commerciaes chamadas irregulares ou de facto, isto é, aquellas que, embora satisfazendo a todos os requisitos essenciaes do contracto de sociedade, não se constituem porém precisamente nos termos e segundo os tramites estabelecidos na lei commercial. São as sociedades de que tracta o art. 107.º do codigo commercial.

Confrontando este artigo do codigo com o art. 104.º, vê-se que este regula as sociedades regulares e perfeitas, de que até agora temos tratado, enquanto que o art. 107.º regula as irregulares.

Dispõe o art. 107.º: « *Ter-se-hão por não existentes as sociedades com um fim commercial que se não constituirem nos termos e segundo os tramites indicados n'este codigo, ficando todos quantos em nome d'ellas contractarem obrigados pelos respectivos actos, pessoal, illimitada e solidariamente* ».

A primeira leitura d'este artigo, e o seu confronto com o § 2.º do art. 131.º (1) e com o art. 147.º (2), parecem significar que a inexistencia decretada para as sociedades irregulares equivale á sua nullidade absoluta e completa.

E, effectivamente, muitas legislações estabelecem, e muitos auctores ensinam, que a falta das

(1) § 2.º do art. 131.º: « Quando a sociedade fôr judicialmente havida como não existente pela *insanavel nullidade* da sua constituição, ... deverá o respectivo juizo nomear os liquidatarios ».

(2) Art. 147.º: « O governo pôde promover nos tribunaes de commercio competentes, as acções que forem necessarias para se haverem como não existentes as sociedades que funcionem ou se estabeleçam em contravenção das disposições d'este codigo ».

formalidades exigidas pela lei produz necessariamente a nullidade das sociedades. Mas graves divergencias se levantam sobre a determinação do alcance, da natureza e dos effeitos d'esta nullidade. Ensina-se geralmente no direito contractual commum que a nullidade produzida pela violação de formalidades declaradas pela lei essenciaes ou indispensaveis é uma nullidade radical, absoluta, tornando o contracto por ella affectado não só annullavel, mas completamente inexistente. E d'ahi deduzem-se, em regra geral, os seguintes principios: 1.º o acto affectado de semelhante nullidade não é susceptivel de nenhuma ratificação ou confirmação, a não ser por uma reconstituição completa; 2.º esta nullidade póde ser invocada por todos, e entre e contra todos, aquelles que n'isso tenham interesse legitimo; 3.º os seus effeitos decorrem *ex tunc*, isto é, desde o dia da constituição do acto; 4.º ella produz todos os seus effeitos independentemente de qualquer processo judicial tendente a fazel-a decretar (1).

Entretanto os auctores, baseados nas disposições especiaes para as sociedades, sustentam que a nullidade d'estas por falta de condições de fórma não é tão radical e completa, manifestando-se por effeitos particulares, e reconhecendo a validade da sociedade em relação a um grande numero dos seus actos passados.

Pondo de lado a infinidade de questões, de hypotheses e de problemas particulares, que os

(1) Nyssens et Corbiau, *obr. cit.*, n.º 407; Calamandrei, *obr. cit.*, n.º 189.

commentadores estrangeiros discutem em face das diversas disposições das leis, porque semelhante revista, impropria d'este estudo restricto aos principios fundamentaes, só serviria para confundir o espirito, limitamo-nos ao exame da solução geral do problema perante a doutrina formulada no art. 107.º do nosso codigo. Abster-nos-hemos mesmo, por agora, de fazer a analyse das applicações do art. 107.º aos muitos e variados defeitos de fórma que podem verificar-se nas tres especies de sociedades commerciaes, porque esta analyse mais proprio logar tem no estudo particular que d'ellas havemos de fazer.

Restringindo-nos, pois, ao entendimento geral do principio consignado no art. 107.º, propomo-nos demonstrar que as sociedades irregulares, a que elle se refere, não são propriamente nullas ou completamente inexistentes, como á primeira vista parece; pelo contrario, ellas tem existencia juridica como contractos validamente celebrados entre os socios; a declaração de inexistencia formulada n'aquelle artigo abrange sómente a personalidade juridica, e não é uma nullidade propriamente dita, mas uma sancção particular que tem effeitos juridicos importantes.

A demonstração d'este entendimento da doutrina do art. 107.º resulta não só da sua letra e da sua historia, mas tambem do espirito da lei, dos motivos que determinaram o legislador a formular aquelle preceito e do fim que elle se propoz conseguir.

As nossas leis, quando declaram a falta de condições de validade d'um acto ou contracto,

empregam as expressões *nullo*, *nullidade*, *annul-lação*, *rescisão por nullidade*, emquanto que o codigo commercial, a proposito das sociedades irregulares, emprega a expressão *não existentes*. E procurando esta novidade de terminologia na historia da lei, nota-se que ella foi transplantada do projecto de lei sobre as sociedades commerciaes, apresentado pelo Sr. Dr. HINTZE RIBEIRO á camara dos deputados em 1882. Dizia, com effeito, o art. 6.º d'este projecto: « *As sociedades commerciaes devem constituir-se nos termos e segundo os tramites precisamente indicados n'esta lei, sob pena de se haverem como não existentes* ».

Mas, para complemento e como consequencia d'esta declaração de inexistencia, o mesmo projecto accrescentava o art. 8.º: « *São nullo e de nenhum effeito os pactos ou convenções sociaes, a que faltarem as formalidades prescriptas por lei* ».

Vê-se, pois, que segundo este projecto as sociedades commerciaes irregulares eram julgadas inexistentes; e que a sancção ou os effeitos d'esta inexistencia, n'uma palavra, o seu alcance juridico, consistia precisamente na nullidade completa dos respectivos pactos ou convenções sociaes.

Ora, o codigo commercial, tendo-se baseado, em materia de sociedades, principalmente n'aquelle projecto do Sr. Dr. HINTZE RIBEIRO, como declara o proprio relatorio do ministro da justiça, a quem se deve a iniciativa do codigo, e como se vê claramente pelo confronto das suas disposições, muitas das quaes são completamente copiadas, adoptou no art. 107.º o preceito do art. 6.º d'aquelle

projecto, mas rejeitou o do art. 8.º, adoptando em vez d'esta sancção de nullidade a sancção de responsabilidade da segunda parte do art. 98.º do codigo italiano, segundo a qual todos os socios d'uma sociedade irregular que em nome d'esta contractarem ficam illimitada e solidariamente responsaveis pelas obrigações contrahidas. Com os dois principios, um do projecto do Sr. Dr. HINTZE RIBEIRO e o outro do art. 98.º do codigo italiano, construiu o nosso legislador do codigo commercial a doutrina consignada no art. 107.º.

E toda esta historia do art. 107.º demonstra, portanto, que o nosso codigo repelliu o systema que reputa *nullas* as sociedades irregulares, accetando simplesmente o principio da sua inexistencia definido pela sancção da responsabilidade pessoal, illimitada e solidaria de todos os que em nome d'ellas contractarem.

Reflectindo n'esta doutrina, vê-se que a sancção do art. 107.º quer dizer o seguinte: é inexistente o vinculo juridico que faz do conjuncto dos socios uma personalidade collectiva, e em virtude do qual as obrigações contrahidas legitimamente em nome da sociedade são proprias da pessoa juridica d'esta, e não dos socios singularmente considerados; mais simplesmente: é inexistente a sociedade para com terceiros, mas ella produz todos os seus effectos nas relações dos socios entre si, desde que o respectivo contracto satisfaça ás condições essenciaes de validade do contracto de sociedade nos termos do direito contractual estabelecido no codigo civil.

A sociedade commercial irregular não existe como personalidade juridica, mas ella tem existencia juridica como contracto validamente constituido entre os socios.

Esta doutrina tem ainda a sua confirmação nos dois conceitos juridicos da sociedade — como contracto e como collectividade em pessoa moral. Ora, o codigo commercial regula as sociedades como corporações dotadas da individualidade juridica, estabelecendo as condições formaes da constituição d'esta individualidade e o modo do seu funcionamento até á sua extincção. E, salvas as condições de fórma externa, as condições do contracto de sociedade, mesmo das sociedades commerciaes, são reguladas pelo codigo civil.

Por consequencia, aquella declaração de inexistencia do art. 107.º do codigo commercial só pôde abranger as sociedades como elle as regula, isto é, consideradas como collectividades, como pessoas juridicas; emquanto que a nullidade ou validade do contracto que lhes serve de base e fundamento só poderá avaliar-se pelo codigo civil onde elle é regulado.

Emfim, a mesma doutrina é tambem completamente confirmada pelo espirito da lei na exigencia das rigorosas condições de fórma para a constituição e funcionamento das sociedades commerciaes.

A unica razão da lei que, segundo o testemunho de todos os jurisconsultos e legisladores, justifica a exigencia d'aquellas condições de fórma, que principalmente consistem no registo e publicação

de diversos actos sociaes, é a necessidade de acautelar os legitimos interesses dos terceiros contra as contingencias do commercio e as fraudes que estas podem produzir, obrigando as sociedades commerciaes a dar completo conhecimento ao publico das suas condições economicas, para facilmente cada um poder avaliar o credito que ellas merecem. Ora os interesses de terceiros ficam demasiadamente assegurados com a simples sancção da segunda parte do art. 107.º, sem necessidade alguma de se declarar nullo o contracto de sociedade nas relações reciprocas dos socios; os terceiros não carecem mesmo d'esta garantia, nem mesmo talvez a mereçam, porque em todo o caso, teem sempre obrigação de se informar do credito das pessoas com quem contractam.

Além d'isso, a nullidade do contracto das sociedades irregulares seria uma arbitrariedade injustificavel exercida contra todos os homens que tendo confiança reciproca se associam muitas vezes sem quererem sujeitar-se ás rigorosas formalidades ordenadas pelo codigo commercial.

Principalmente nas pequenas empresas estas sociedades imperfeitas existem por toda a parte em numerosa quantidade na tradição do pequeno commercio, porque além de serem mais commodas e economicas ellas são as unicas que se adaptam ás necessidades frequentes da associação momentanea para certas e determinadas operações commerciaes ou industriaes de curta duração. E se o direito não é senão a disciplina dos factos

sociaes, elle não póde manifestamente impedir nem prohibir a sua producção expontanea, natural e necessaria.

Finalmente, a nullidade do contracto das sociedades commerciaes irregulares nas relações reciprocas dos socios seria uma permissão legal da fraude, inconcebivel na mente do legislador. Com effeito, no vasto e complexo systema de condições e formalidades exigidas pelo codigo commercial para a constituição regular das sociedades, seria sempre facil a um socio conseguir a falta d'alguma ou algumas d'ellas, aproveitando-se mais tarde d'essa falta ou não fallando n'ella, conforme lhe conviesse ou não a validade do contracto, em face do infortunio ou da prosperidade da empreza social.

Em vista de todas as considerações expostas, parece-nos pois certo que o codigo commercial admite a validade das sociedades irregulares como contractos entre os socios, negando-se sómente a reconhecer-lhes o attributo da personalidade juridica, e portanto negando-lhes igualmente todas as consequencias e garantias que d'elle derivam.

E' por isso que nós entre as classificações legaes das sociedades mencionamos esta das sociedades regulares (as do art. 104.º) e irregulares (as do art. 107.º).

E d'esta maneira fica demonstrada a affirmação, feita a proposito da classificação das sociedades civis em confronto com as commerciaes, de que tambem estas podem ser tacitas ou expressas.

Simplemente as sociedades commerciaes tacitas são sempre irregulares, visto que o codigo commercial (art. 113.º) exige que o contracto social seja sempre reduzido a escripto.

28. Além das classificações expressamente estabelecidas na lei, muitas outras se encontram nos tratados dos economistas e jurisconsultos, que embora não estejam literalmente declaradas nas disposições legaes são comtudo por ellas reconhecidas.

Para concluir a doutrina d'este capitulo indiquemos summariamente as principaes.

Uma d'estas classificações é a das sociedades *perfeitas e imperfeitas*. Mas esta classificação tem conceitos diversos conforme o ponto de vista a que ella obedece. N'um primeiro sentido, adoptado no projecto de lei sobre as sociedades commerciaes do Sr. Dr. HINTZE RIBEIRO, esta classificação tem por base o attributo da personalidade juridica, considerando-se perfeitas as que representam uma individualidade juridica distincta da dos associados, e imperfeitas as que não representam essa individualidade, comprehendendo estas a sociedade momentanea e a associação em conta de participação (citado projecto, art. 3.º, § unico, e art. 5.º). N'este sentido e perante o codigo commercial a classificação equivale á das sociedades regulares e irregulares, que não era admittida por aquelle projecto, visto que elle declarava (art. 8.º) nullas e de nenhum effeito estas sociedades.

N'um outro sentido, a classificação das sociedades em perfeitas e imperfeitas tem por base o conjuncto das condições geraes e particulares do contracto de sociedade, considerando-se perfeitas as que satisfazem a todas ellas, e imperfeitas aquellas a que falta alguma. N'este sentido são imperfeitas, por exemplo: a associação em conta de participação, porque lhe falta o capital social commum a todos os associados; as sociedades illicitas, porque são nullas de direito; as sociedades de soccorros mutuos, as associações syndicaes, scientificas, literarias, e em geral todas aquellas a que falta o intuito de realisar lucros a repartir em commum entre os associados.

Sob o ponto de vista subjectivo as sociedades são por *interesses* ou de *personas* e de *capitales* ou por *acções*.

Ha com effeito sociedades cujos membros unidos por laços de parentesco, de amizade ou de confiança se associam *intuitu personae*, em consideração da sua propria personalidade, da sua honestidade, do seu character, das suas aptidões e do seu credito pessoal. N'estas sociedades os direitos, obrigações e relações sociaes revestem um tal character de intimidade, e a personalidade dos socios exerce sobre ellas uma tal influencia que a morte d'um d'elles é motivo sufficiente para dissolver o contracto social e nenhum d'elles póde, salva estipulação em contrario, substituir-se por um terceiro cedendo-lhe a sua parte ou o seu interesse social sem o consentimento unanime de

· todos os outros. São as sociedades por interesses ou de pessoas.

Ha, pelo contrario, outras sociedades em que a pessoa dos socios não representa por si só papel algum, em que elles não representam senão a somma do capital que teem no fundo da sociedade. N'estas sociedades os socios não são escolhidos em selecção imposta pelas relações de intimidade ou de confiança reciproca; estas sociedades estão abertas ao publico, a todos aquelles que querem tomar parte no capital social, e não veem nos seus membros a personalidade individual mas simplesmente o capital que lhes dá a vida economica e a personalidade juridica. Por isso a morte de qualquer socio não tem a menor influencia sobre a vida do organismo social, podendo todos elles substituir-se constante e continuamente. A propria personalidade dos socios é completamente indifferente para a medida do credito da sociedade para com os terceiros que com ella contractam, os quaes só veem o ser moral que tracta com elles e não teem por garantia senão o patrimonio colectivo. São as sociedades de capitaes ou por acções.

Confrontando esta classificação com os typos historicos, reconhece-se que a sociedade em nome colectivo e a commandita simples são sociedades de pessoas, que a anonyma é de capitaes, e que a commandita por acções tem um character mixto, parte de pessoas e parte de capitaes.

Sob o ponto de vista da medida da responsabilidade dos socios, as sociedades são de respon-

sabilidade illimitada e limitada, conforme cada um d'elles responde por todas as obrigações sociaes ou sómente até á medida da sua parte no capital social (1). A sociedade em nome collectivo e a *anonyma* são precisamente os typos d'esta classificação.

A *commandita* é de responsabilidade mixta, illimitada para os gerentes e limitada para os *commanditarios*. Por consequencia, tanto esta classificação como a antecedente são incompletas porque não abrangem as fórmulas mixtas. Mas a ultima é ainda muito mais incompleta, porque não abrange todos os gráus de responsabilidade, que resultariam da combinação com a solidariedade e com a divisão pelos socios.

Sob o ponto de vista objectivo, as sociedades industriaes devem classificar-se precisamente pelas industrias que exercem. De harmonia com a classificação organica das industrias ha, pois, quatro cathogorias fundamentaes de sociedades: *extractivas, agricolas, transformadoras e commerciaes*. Mas com estas cathogorias constituem-se fórmulas mixtas, que exercem duas ou mais industrias. Esta classificação é que é puramente doutrinal.

Finalmente, ha ainda outras divisões de sociedades, taes como: sociedades de capital fixo e de capital variavel, sociedades publicas e privadas, sociedades d'um ramo do commercio em geral ou

(1) Esta distincção é expressamente estabelecida no direito inglez: *with unlimited liability* e *with limited liability*.

de uma ou mais operações determinadas. Mas estas divisões não teem merecido a atenção dos legisladores nem dos tratadistas, com excepção da primeira que se integra na differenciação das cooperativas.

Indice

CAPITULO I

Natureza economica e juridica das sociedades industriaes

§ 1.º — *Funcção economica e definição juridica*

1. Espirito psychologico e mechanic do principio associativo. Fundamento e garantia do direito de associação. — 2. Conceito juridico e commum das expressões *associação* e *sociedade*. Estas expressões são real e juridicamente synonymas. Na terminologia geral da lei distinguem-se pela diversa natureza do seu fim e pelo seu differente regimen legal. Geralmente a palavra *sociedade* applica-se ás *sociedades industriaes*. — 3. *Funcção economica* das sociedades industriaes. Causas do seu desenvolvimento e da sua superioridade sobre as emprezas individuaes. Necessidade da coexistencia das emprezas individuaes e collectivas. — 4. Dupla significação juridica da palavra *sociedade*: *collectividade* e *contracto*. O primeiro é o seu verdadeiro sentido. — 5. *Definição juridica* da sociedade. Requisitos essenciaes. — 6. *Differenciação* da sociedade dos estados juridicos mais semelhantes; A) conta em participação; B) propriedade commum, communhão ou indivisão; C) quinão; D) compascuo; E) mandato e commissão; F) emprestimo retribuido; G) compra e venda; H) locação; I) prestação de serviços. **Importancia fundamental da *affectio societatis*** pag. 1- 46

§ 2.º — *Natureza e condições do contracto de sociedade*

7. Razão de ser d'este paragrapho. — 8. O contracto de sociedade é bilateral, oneroso, ou synallagmatico, e commutativo. — 9. *Capacidade dos contrahentes*. A determinação da capacidade faz-se pela determinação das incapacidades.

A) Incapacidade por menoridade; sua influencia no contracto de sociedade; nullidade; seu alcance; os menores não emancipados podem entrar no contracto de sociedade, representados por seus paes ou tutores. B) Incapacidade por demencia; o interdito por demencia é equiparado ao menor não emancipado. C) Incapacidade por surdez-mudez; é variavel com as aptidões do surdo-mudo, e praticamente determina-se pela sentença declaratoria da tutela. D) Incapacidade por prodigalidade; sua analogia com a dos surdos-mudos. E) Incapacidade accidental; suas condições. F) Incapacidade particular resultante do casamento; o marido póde livremente contractar qualquer sociedade, excepto se entrar para o capital social com algum immobiliario, porque então precisa da outorga da mulher; a mulher carece geralmente da auctorisação marital; excepções; justificação do principio geral da auctorisação do marido; os esposos podem contractar uma sociedade, comtanto que não revoguem os direitos do marido, como chefe da familia, nem alterem as condições do regimen matrimonial. G) Incapacidade dos fallidos; a sua incapacidade, analoga á dos prodigos, consiste na interdicção geral de administrar seus bens; alcance d'esta incapacidade; e applicação ao contracto de sociedade.

— 10. *Mutuo consensu*. E' necessario o consentimento de todos os socios. O consentimento póde ser prestado pessoalmente ou por meio de representação: representação dos incapazes; representação por mandato e por gestão de negocios. Nullidade do consentimento prestado em erro ou sob coacção. Applicação ao contracto de sociedade. — 11. *Objecto possivel*. E' nullo o contracto cujo objecto não fôr legal e licito. São nullas, por ser illegal ou illicito o seu objecto, as sociedades constituidas: para exercer o contrabando, no paiz ou no estrangeiro; para explorar o jogo; para explorar empregos publicos; para ajustar casamentos; e em geral, para praticar quaesquer actos reprovados pela moral social. — 12. *Constituição do fundo ou activo social*. Todo o socio é obrigado a concorrer para o activo social com capital ou com industria. O socio capitalista póde fornecer dinheiro, ou quaesquer outras cousas ou direitos, que possam ser objecto de contractos. O socio de industria póde fornecer o seu trabalho, ou apenas os seus conhecimentos technicos e especiaes. Mas não póde ser considerado socio aquelle que entra simplesmente com o seu nome. A entrada dos socios capitalistas constitue propriedade da sociedade, salva convenção em

contrario. Responsabilidade dos socios pelas suas entradas: dinheiro, titulos de credito, bens, valores realisaveis em dinheiro, e industria. — 13. *Emprego do activo social em operações lucrativas communs.* Na terminologia do codigo civil só ha *sociedade*, quando é este o objecto e o fim do contracto. Não são sociedades, n'este sentido, as associações religiosas ou caritativas, de recreio e de instrucção, scientificas, literarias, artisticas, de soccorros e seguros mutuos, e quaesquer outras que não tenham por fim um *proveito* ou lucro material, embora lhes sejam applicaveis as mesmas regras do contracto de sociedade, quando sejam de mero interesse particular. No mesmo sentido, não é de sociedade o contracto pelo qual duas ou mais pessoas põem em commum quaesquer objectos para se servirem d'elles privativa e alternativamente. — 14. *Participação commum dos socios nos lucros e nas perdas da empresa social.* E' prohibida, e portanto nulla, como sociedade *leonina*, aquella em que os lucros e as perdas recaírem respectiva e exclusivamente sobre algum ou alguns dos socios. Modificações do principio da participação commum nos lucros e nas perdas, conforme as clausulas e condições válidas do contracto. A commumidade nas perdas não se applica aos socios de mera industria, salva convenção em contrario. A repartição dos lucros faz-se na proporção e pela forma estabelecidas no contracto. No silencio d'este faz-se proporcionalmente ás entradas. Significação das expressões « lucros ou proveitos, e perdas »; sua verificação. A proporção convencionada sobre a repartição dos lucros e das perdas não se applica ao capital social, salvo se o contracto assim o determinar; no silencio d'este a partilha do capital social faz-se proporcionalmente á parte de cada socio. — 15. Sancções juridicas na falta do cumprimento das condições geraes e particulares do contracto de sociedade: nullidade, rescisão, dissolução, e execução das responsabilidades devidas. Applicação aos differentes requisitos da sociedade: incapacidade; falta ou viciação do consentimento; objecto *illegal* ou *illicito*; falta do cumprimento das obrigações *contrahidas* na constituição do fundo ou activo social; sociedades sem fim lucrativo; inobservancia do principio da participação commum nos lucros e nas perdas pag. 46-166

§ 3.º — *A personalidade juridica das sociedades*

10. Razão de ser d'este *paragrapho*. Conceito e fundamento da personalidade juridica *das sociedades*. Sua consagração

historica, e expressa na lei, em relação ás sociedades commerciaes. A actualidade do problema, principalmente em relação ás sociedades do codigo civil. O processo mais natural e logico da sua discussão, para o resolver com exactidão juridica. — 17. Consequencias e garantias geraes da personalidade juridica das sociedades. As sociedades, tendo personalidade juridica, são verdadeiras *pessoas moraes*, perante os principios scientificos do direito, embora não tenham este nome na terminologia do codigo civil. E, por isso, teem capacidade de adquirir direitos patrimonias, tanto por titulo gratuito como por titulo oneroso. — 18. A pessoa juridica da sociedade procede por si mesma, representada por seus gerentes ou administradores, tanto judicial como extrajudicialmente. Applicações — 19. A pessoa juridica da sociedade é o proprio crédor ou devedor dos terceiros, que com ella contractam. Applicações — 20. A pessoa juridica da sociedade tem um patrimonio proprio, distincto dos patrimonios dos socios. Applicações. — 21. O artigo 108.º do codigo commercial, que expressamente consigna a personalidade juridica das sociedades commerciaes, é applicavel ás sociedades do codigo civil. — 22. Consequencias e garantias da personalidade juridica particulares ás sociedades commerciaes pag. 166-225

CAPITULO II

Differenciação economica e juridica das sociedades commerciaes

23. Necessidade e importancia da differenciação economica e juridica das sociedades. Classificações legaes e doutrinaes. — 24. Sociedades *civis* e *commerciaes*. Importancia d'esta classificação. O criterio scientifico e juridico da distincção é puramente objectivo, a fórmula escolhida á vontade dos socios não póde alterar a natureza commercial ou civil d'uma sociedade. Artt 104.º, 106.º e 107.º do codigo commercial. Applicações dos artt. 2.º, 230.º e 463.º. Character e merito scientifico d'esta classificação. — 25. Sociedades *civis*. Sociedades *universaes* e *particulares*. Esta classificação applica-se egualmente ás sociedades commerciaes. A sociedade *familiar* — tambem póde ser commercial. A sociedade de *parceria rural* — a parceria *agricola* é sempre civil, mas a *pecuaria* é muitas vezes commercial — n.º 4.º do art. 464.º do codigo commercial. Sociedades *tacitas*

e *expressas*. Sociedades *civis com forma commercial*. Art. 106.º do codigo commercial — 26. Sociedades *commerciaes e cooperativas*. Art. 104.º e 207.º do codigo commercial. Caracter d'esta classificacão. As sociedades *cooperativas* nem sempre são *commerciaes*: são *commerciaes* ou *civis*, conforme a natureza do seu objecto Sociedades *em nome colectivo, anonymas e em commandita* Art 105.º do codigo commercial. Caracter e alcance economico e juridico d'esta classificacão. *Commandita simples e por açções*. Art. 199.º do codigo commercial — 27. Sociedades *commerciaes regulares e irregulares*. Artt. 104.º e 107.º do codigo commercial As sociedades *commerciaes irregulares* teem existencia juridica, entre os socios, como contractos validamente constituidos A declaracão de inexistencia abrange apenas a personalidade: não é propriamente uma nullidade, mas simplesmente uma sancção particular; seus effeitos Sociedades *tacitas e expressas*. — 28. Classificacões doutrinaes: sociedades *pérfeitas e imperfeitas*; de *peçoas e de capitaes*; de *responsabilidade limitada e illimitada*; a classificacão das sociedades pela classificacão das *industrias*; outras classificacões pag. 227-315