

**SOCIEDADE NULA E SOCIEDADE IRREGULAR  
CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS,  
JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA  
DE FERRER CORREIA \***

*Manuel António Pita*

**SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO
2. A CONVERSÃO DA SOCIEDADE IRREGULAR EM SOCIEDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA
3. O REGIME DA SOCIEDADE COMERCIAL ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO NA FORMA LEGAL
4. A FALTA DE ESCRITURA PÚBLICA E A NULIDADE DO CONTRATO DE SOCIEDADE COMERCIAL
  - a) Antes do registo comercial
  - b) Depois do registo comercial
5. OS EFEITOS DA INVALIDADE
  - a) Anteprojecto de Sociedade por Quotas
  - b) Código das Sociedades Comerciais
6. A CONVERSÃO DA SOCIEDADE IRREGULAR EM SOCIEDADE CIVIL NA DOUTRINA DE FERRER CORREIA
7. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ
  - A - A sociedade do art. 36.º, n.º 2 e a sociedade em formação
  - B - O “tipo” sociedade civil
  - C - A nulidade como sanção da falta de forma
  - D - Conclusões

---

° Este estudo deverá ser publicado no Livro de Homenagem aos Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco da Gama Lobo Xavier

## 1. INTRODUÇÃO

Em acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e de tribunais de segunda instância encontramos com frequência a afirmação de que as sociedades comerciais constituídas sem a forma legalmente exigida são nulas mas que exercem a sua actividade sob o regime das sociedades civis. Por vezes, esta afirmação aparece como premissa para decidir que as sociedades irregulares por falta de forma legal do contrato não são sociedades inválidas porque se converteram em sociedades civis.

O texto que se segue procura analisar esta jurisprudência no sistema de valores recebido pelo Código das Sociedades Comerciais.

## 2. A CONVERSÃO DA SOCIEDADE IRREGULAR EM SOCIEDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA

I. A doutrina da conversão foi aplicada recentemente pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 8-11-2005 de que foi relator o conselheiro Azevedo Ramos. Sobre a qualificação jurídica do contrato, aí se escreveu o seguinte:

*«A Relação qualificou o ajuizado contrato como sendo de sociedade comercial, que é nulo por não ter sido celebrado por escritura pública.*

*E acrescentou que as sociedades comerciais irregulares se convertem em sociedades civis.*

*Com razão, diga-se, desde já.»<sup>1 2</sup>*

II. Esta orientação foi aplicada pela primeira vez num acórdão tirado a 19-11-1996 de que foi relator Machado Soares<sup>3</sup>. Neste aresto se desenvolveram com detalhe os argumentos em que se baseia a doutrina. O ponto de partida do raciocínio é o seguinte:

<sup>1</sup> O texto integral do acórdão encontra-se disponível na base de dados do Ministério da Justiça em [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj).

<sup>2</sup> A tese da conversão foi defendida na doutrina por JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 3.ed., Almedina, Coimbra 2000, p. 204; recusando a figura da conversão, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, 2004, p. 443.

<sup>3</sup> Este acórdão foi publicado na colectânea de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano IV, 1996, p.107-109.

*«...em casos ...em que as partes quiseram constituir uma sociedade comercial, sem todavia a terem submetido ao exigido formalismo legal... o art. 36.º n.º 2 do Cód. das Sociedades comerciais considera que efectivamente se constituiu uma sociedade, mas não uma sociedade comercial propriamente dita, sujeitando-a, antes, no que respeita às relações entre eles e com terceiros, ao regime das sociedade civis – arts. 980.º a 1021.º do Cód. Civil...»<sup>4</sup>*

São duas as premissas deste raciocínio: a sociedade irregular por falta de forma não é uma sociedade comercial; a sociedade comercial a que falta a forma legal fica sujeita ao regime da sociedade civil. Destas premissas decorre a conclusão de que a sociedade comercial nestas condições não é uma sociedade inválida por falta de forma legal<sup>5 6</sup>.

---

<sup>4</sup> Esta orientação está subjacente também no acórdão do STJ de 13-1-2005, de que foi relator Ferreira Girão. Aí se escreveu que «Até se verificar a sua legal formalização, a sociedade em causa rege-se pelas disposições das sociedades civis - nº2 do artigo 36 do Código das Sociedades Comerciais -, pelo que o recorrente, enquanto seu sócio e relativamente aos bens, entradas, lucros e prejuízos que a integram, só pode exigir do outro sócio (o ora recorrido), como gestor em nome alheio e próprio da actividade societária, a prestação de contas nos termos do artigo 1014 do Código de Processo Civil e ao abrigo do disposto nos artigos 987, nº1 e 1161, alínea d), ambos do Código Civil. » ; o texto integral deste acórdão encontra-se disponível na Internet na base de dados do Ministério da Justiça.

<sup>5</sup> Não poderá afirmar-se que esta orientação seja dominante também em todos os tribunais da segunda instância. Na verdade, a Relação do Porto no acórdão de 22-1-2002, de que foi relator o desembargador José Inácio Manso Rainho aplicou doutrina diversa. O litígio tinha por objecto uma sociedade comercial constituída sem a forma legal que uma das partes pretendia ver declarada nula. Em primeira instância o pedido fora recusado; a Relação do Porto concedeu provimento ao recurso apoiando-se no seguinte raciocínio:

«Os sócios iniciaram a actividade para que se associaram, pelo que caímos na aplicação do nº 2 do artº 36º do CSC.

E deste normativo decorre que são aplicáveis às relações estabelecidas entre os sócios e com terceiros as disposições sobre as sociedades civis. Mas não decorre mais que isto. É importante atentar nesta realidade, sendo indevido extrapolar daqui para a ideia - que a sentença recorrida expressamente subscreve - que a sociedade irregular se transmuda (enquanto o contrato não for reduzido a escritura pública) numa sociedade civil, de sorte que a falta de forma não invalida o contrato de sociedade (na certeza de que o contrato de sociedade civil não está, em princípio sujeito a forma especial, ut artº 981º, nº 1 do CC). Na realidade, a falta de forma implica a nulidade do contrato de sociedade comercial...»

Na investigação a que procedemos não encontramos nos outros tribunais de segunda ins-

III. A base legal da jurisprudência dos dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça é o art. 36., n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais. Note-se que esta norma representa a recepção da doutrina de Ferrer Correia, chamada da conversão da sociedade irregular em sociedade civil: trata-se de uma construção divulgada no texto das Lições de 1968<sup>7</sup>, que mais tarde foi traduzida em proposta para a reforma do direito das sociedades comerciais, primeiro na elaboração da Parte Geral dum

---

tância acórdãos que tenham decidido explicitamente com recurso à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que estamos comentando, mas também não encontramos arestos que de forma tão directa como o fez a RP no acórdão acima transcrito afastasse a doutrina da conversão da sociedade nula for falta de forma numa sociedade válida sujeita ao regime da sociedade civil. É, no entanto, recorrente a afirmação de que a sociedade a que falte a forma legal é nula (cfr. RP, 7-10-1991, relator Norberto Brandão; RP, 23-3-1998, relator Gonçalves Ferreira; RP, 12-4-1999, relator Couto Pereira). Nalgumas decisões, declara-se que a aplicação das regras da sociedade civil tem lugar enquanto não for declarada judicialmente a nulidade (expressamente, neste sentido, RL, de 10-11-2005, de que foi relatora Fátima Galante, e RP de 24-1-2006, relator Emídio Costa). O que é certo é que nunca os tribunais tomaram a iniciativa de declarar oficiosamente a nulidade da sociedade apesar de estar provado no processo que o contrato de sociedade carecia da forma legalmente prescrita.

<sup>6</sup> A tese da validade da sociedade irregular foi afirmada por JOÃO LABAREDA, «Sociedades Irregulares - Algumas reflexões», in AAVV, *Novas perspectivas do direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 187.

<sup>7</sup> O pensamento da escola de Coimbra, construído a partir das Lições de Direito Comercial do Professor Ferrer Correia, para além de estar na base dos trabalhos preparatórios referidos, foi reafirmado pelo seu fundador em conferências proferidas nas vésperas e após a entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais. Utilizaremos os textos de duas dessas conferências: uma publicada pela revista *SCIENTIA IURIDICA*, tomo XXXV, n.ºs 199-204, de que foi editada uma separata com a paginação original e que citaremos como *Ferrer Correia, SQ, SJ*, e uma outra publicada na *ROA*, 1987, III, p. 659 a 700, que citaremos como *Ferrer Correia, SQ, ROA*.

As Lições orais foram coligidas primeiro por Vasco da Gama Lobo Xavier, numa edição de 1956, e que citaremos como *Lições 1956*; depois, numa edição de 1968, no que se refere ao II volume que versa a matéria das sociedades, com a colaboração de Vasco da Gama Lobo Xavier, Manuel Henrique Mesquita, José Manuel Sampaio Cabral e António A. Caeiro, que citaremos como *Lições*; em 1994, os três volumes das *Lições* foram publicados num único volume pela editora Lex.

Projecto de Lei das Sociedades Comerciais<sup>8</sup> <sup>9</sup> e, depois, no Anteprojecto de Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada<sup>10</sup>.

Justifica-se, assim, que comecemos o nosso estudo por uma breve comparação entre o Código e aqueles trabalhos preparatórios coordenados por Ferrer Correia e que, num segundo momento, analisemos o pensamento deste Mestre. Concluiremos com uma apreciação crítica da jurisprudência.

### 3. O REGIME DA SOCIEDADE COMERCIAL ANTES DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO NA FORMA LEGAL

I. No período anterior à celebração do contrato na forma legal, as relações internas e externas da sociedade regem-se pelo regime da sociedade civil. É o que se dispõe no art. 36.º, n.º 2 do CSC. Uma breve análise dos trabalhos preparatórios, permite concluir que, nesta matéria, o CSC reproduziu o conteúdo do 16.º do Anteprojecto.

---

<sup>8</sup> Em 1973, Ferrer Correia e António Caeiro publicaram a Parte Geral dum Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais (a partir de agora referido como Parte Geral); Este estudo foi publicado como separata do BMJ n.ºs 185 e 191, para cujas páginas faremos as remissões.

<sup>9</sup> O estudo de Parte Geral foi um trabalho conjunto de Ferrer Correia e António A. Caeiro; este insigne jurista, para além de colaborar nos estudos da escola de Coimbra, participou de diversos modos na elaboração do Código de Sociedades Comerciais, tendo depois publicado diversos trabalhos sobre este diploma de que salientamos: “*O Projecto de Código das Sociedades Parte Geral. Sociedades em nome colectivo*”, Lição proferida no Centro de Estudos Judiciários, em Maio de 1985, texto publicado na RDE 10/11 (1984/1985), pp.53-84; “*A Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais*”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró”, editado em separata, Coimbra 1988; “*As Sociedades de Pessoas no Código das Sociedades Comerciais*”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia”- 1984, editado em separata Coimbra 1988.

<sup>10</sup> Em 1977, Ferrer Correia, António Caeiro, Vasco da Gama Lobo Xavier e Maria Angela Coelho conceberam e publicaram o Anteprojecto de Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada ( a partir de agora referido como Anteprojecto SQ, Anteprojecto ou simplesmente ASQ).O anteprojecto foi publicado inicialmente na RDE, ano 3 (1977), n.ºs 1 e 2, ano 5 (1979), nº1. O texto foi editado em separata, pelo Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos da Universidade de Coimbra, com os comentários a uma primeira versão e o texto de uma 2ª redacção; no nosso estudo faremos remissões apenas para as páginas da separata.

CSC, Art. 36/2 [Relações anteriores à escritura pública]	ASQ, Art. 16.º [Período anterior à celebração da escritura]
2. <i>Se for acordada a constituição de uma sociedade comercial</i> , mas, antes da celebração da escritura pública, os sócios <i>iniciarem</i> a sua actividade, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros as <i>disposições</i> sobre as sociedades civis.	<i>Se, após a conclusão do acordo tendente à constituição da sociedade</i> , mas antes da celebração da escritura pública, os sócios <i>derem início</i> às actividades sociais, são aplicáveis às relações estabelecidas entre eles e com terceiros <i>as normas</i> das sociedades civis.

II. O conteúdo deste regime é claro: os direitos e obrigações nascidos neste período são tratados como se fossem direitos e obrigações nascidos no quadro de uma sociedade civil.

Mas o sistema tornou-se ambíguo. Ficou por esclarecer a questão de saber se as sociedades comerciais irregulares por falta de forma podem viver *ad aeternum* sob o regime do art. 36.º, n.º 2 ou se, pelo contrário, o regime da sociedade civil é aplicável sem prejuízo da sujeição às causas e aos efeitos da invalidade estabelecidas noutra lugar; ficou por esclarecer em particular a relação entre o n.º 2 do art. 36.º e o sistema de invalidades do contrato de sociedade, especialmente a invalidade por falta de forma legal. A clarificação do sistema exige, em nosso entender, que se analisem as causas de invalidade do contrato de sociedade e os seus efeitos. Para realizar este objectivo, pedimos ao leitor que nos acompanhe no confronto entre o Anteprojecto de Sociedade por Quotas e o disposto no CSC.

#### 4. A FALTA DE ESCRITURA PÚBLICA E A NULIDADE DO CONTRATO DE SOCIEDADE COMERCIAL

##### a) Antes do registo comercial

I. A falta de escritura pública, antes do registo comercial, não era expressamente declarada uma causa de nulidade pelos autores do Anteprojecto. Chegaríamos, no entanto, à conclusão de que essa falta de forma legal seria uma causa de nulidade se considerássemos que nas “disposições aplicáveis aos negócios nulos ou anuláveis”, – para onde remetia o n.º 1 do art. 19.º enquanto a sociedade não estivesse registada, – estariam incluídas também as disposições relativas à

definição das causas de nulidade do contrato.

Neste domínio, o CSC recebeu o modelo do Anteprojecto: a primeira parte do n.º 1 do art. 41.º do CSC, em relação ao n.º 1 do art. 19.º do Anteprojecto, apresenta apenas diferenças de estilo.

CSC Artigo 41.º Invalidade do contrato antes do registo	ASQ Artigo 19.º Invalidade do contrato no período anterior ao registo
1. Enquanto <i>o contrato de sociedade não estiver definitivamente registado</i> , a invalidade do contrato ou de uma das declarações negociais rege-se pelas disposições aplicáveis aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis, ...	1. Enquanto <i>a sociedade não estiver registada</i> , a invalidade do contrato ou de uma das declarações negociais rege-se pelas disposições aplicáveis ao negócios nulos ou anuláveis; ...

## b) Depois do registo comercial

1. O Anteprojecto não incluía a falta de escritura pública entre as causas de nulidade invocáveis depois de efectuado o registo. A matéria vinha regulada no artigo 32.º: o número 1 indicava as causas de nulidade, sem mencionar a falta de escritura pública e, depois, o n.º 2 esclarecia quais os vícios do título numa enumeração que não incluía falta de escritura pública<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Nas notas explicativas escreveu-se que «...de acordo com o regime instituído, o facto de o título constitutivo não constar de escritura pública não relevará, depois de efectuado o registo, como causa de nulidade da sociedade» (ASQ, p. 35, nota ao art. 32.º). Parece inegável alguma influência estrangeira no tratamento reservado à nulidade por falta de forma nos trabalhos de Ferrer Correia e dos seus colaboradores da Universidade de Coimbra, patente nos estudos preparatórios, especialmente na Parte Geral. No entanto, aquela parcimónia com o vício da falta de forma entronca, em nosso entender, na análise que Ferrer Correia fazia do papel do registo na constituição das sociedades por quotas no direito anterior: a falta de escritura pública, aliás não prevista como causa de nulidade no direito alemão das sociedades de capitais, era um intruso que poderia ser ignorado desde que se considerasse inexistente a sociedade a que faltasse o registo; nesta construção, a falta de registo absorvia todas as outras faltas, para quem entendesse que o registo sanava todos os outros vícios (cfr. FERRER CORREIA, *Lições* de 1956, p. 212; *Lições*, II, p. 311).

Segundo a doutrina portuguesa, na concepção alemã a sociedade nula era uma sociedade já registada - e, portanto, a falta de escritura pública não era concebível como um vício gerador de nulidade (v. MÁRIO DE FIGUEIREDO, «As sociedades comerciais

ASQ Artigo 32.º Regime do contrato depois de efectuado o registo	CSC Artigo 42.º Nulidade do contrato de sociedade por quotas, anónima ou em comandita por acções registado
I. Depois de efectuado o registo, o acto constitutivo da sociedade só pode ser declarado nulo, fora dos casos previstos em preceito especial, por um dos fundamentos seguintes: a) Ser inferior a dois o número dos sócios fundadores; b) Simulação; c) Vícios do título.	I. Depois de efectuado o registo definitivo do contrato de sociedade por quotas, anónima ou em comandita por acções, o contrato só pode ser declarado nulo por algum dos seguintes vícios: a)... c) Não ter sido observada a forma legalmente exigida para o contrato de sociedade [Não ter sido reduzido a escritura pública o contrato de sociedade]

irregulares e o artigo 8.º do novo Código de processo», RLJ, Ano 72.º, p. p.107; JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, «O Problema das sociedade irregulares», RFDUL, 1947, p. 149). Esta era também a interpretação que Joseph HEMARD fazia do direito alemão (v. *Théorie et Pratique des Nullités des Sociétés et Sociétés de Fait*, 2ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1926, p.882, n.º 671) (a falta de forma do contrato não se encontra entre os vícios que geram a nulidade: v. §§ 75, 76 e 77 da *GmbHG*, de que há tradução em português publicada em A. DE AZEVEDO SOUTO, *Lei das Sociedades por Quotas Anotada*, Coimbra Editora 1941, p. 289 ss.).

Na interpretação de Ferrer Correia, no sistema de registo constitutivo consagrado na Alemanha, até o registo a sociedade era inexistente, nas suas palavras, era menos do que uma sociedade nula (Lições, II, p. 310-311; reprint Lex 1994, p. 378). Deve reconhecer-se, contudo, que o referido Professor, nas suas Lições de 1968, defendeu expressamente que, na sociedade por quotas, os vícios do contrato (sic, p. 307) determinavam a nulidade do negócio jurídico, mas não esclareceu, pelo menos naquele lugar, se a falta de forma seria um desses vícios do contrato [cfr. Lições, II, p. 306 ss., n.º 112, al. a); reprint Lex 1994, p. 376]. Mais à frente, porém, no n.º 116, o Autor esclarece que entre os vícios do contrato, cujo regime caracterizara antes, se encontravam os vícios de forma, cuja nulidade seria inoponível a terceiros. Contudo, na continuação da sua explicação renascem as dúvidas sobre a questão de saber se o Autor estaria a pensar também na escritura pública, pois, por um lado, os exemplos apresentados são a falta de menções essenciais e, por outro lado, o raciocínio é desenvolvido, a partir de uma situação em que o registo já está realizado (“uma vez o registo feito”, sic, p. 317; reprint Lex 1994, p. 381). A tudo isto acresce o facto de o Autor defender ser inadmissível que esta sociedade por quotas nula “por vícios de forma” se convertesse em sociedade civil (p.317), precisamente ao contrário do que defendera para as sociedades do Código comercial (p. 297) e para a sociedades por quotas não registada que, nas suas palavras, “não existe como sociedade por quotas, é convertida em sociedade civil” (p. 313).

II. O texto do artigo 42.º do CSC demonstra que, neste domínio, a doutrina do Anteprojecto não foi seguida pelo CSC: até Julho de 2006, o não ter sido reduzido a escritura pública o contrato de sociedade era uma causa de nulidade, mesmo depois do registo, também para as sociedades de capitais, segundo se dispunha na alínea e) do n.º1 do art. 42.º; a mesma orientação manteve-se depois de Julho de 2006 reportando agora a invalidade ao facto de não ter sido observada a forma legalmente exigida para o contrato de sociedade.

III. Para tutela deste princípio, o CSC atribui ao Ministério Público competência para requerer a liquidação judicial da sociedade.

#### Artigo 172.º

##### Requerimento de liquidação judicial

Se o contrato de sociedade não tiver sido celebrado na forma legal ou o seu objecto for ou se tornar ilícito ou contrário à ordem pública, deve o Ministério Público requerer, sem dependência de acção declarativa, a liquidação judicial da sociedade, se a liquidação não tiver sido iniciada pelos sócios ou não estiver terminada no prazo legal.

IV. Estes elementos permitem concluir que, no sistema do CSC, a falta de forma legal é uma causa de nulidade do contrato de sociedade comercial, mesmo depois de efectuado o registo<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Esta conclusão é defendida pela generalidade da doutrina: v. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades Comerciais, Parte Geral*, Lisboa, 2000, pp. 102 e 103; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, *Das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2001, p.115; expressamente, no sentido da nulidade do contrato não reduzido a escritura pública, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Constituição das Sociedades Comerciais», in *Estudos de Direito das Sociedades*, coordenados por J.M. Coutinho de Abreu, 4. ed., Almedina, Coimbra 2001, p. 41 ss..

A jurisprudência também afirma a nulidade por causa da falta de forma legal do contrato. Mas só uma corrente retira daí a consequência da entrada da sociedade em liquidação (v. RP, 22-1-20012, Manso Rainho); uma segunda orientação, apesar de reconhecer intelectualmente a nulidade, aceita a sua existência efectiva sob o regime da sociedade civil, enquanto não for declarada a nulidade ( neste sentido, os acórdãos que reconhecem o direito à prestação de contas, nomeadamente RI.,17-12-1997, Martins de Sousa); uma terceira orientação, por fim, considera a sociedade irregular nula convertida em sociedade civil válida (especialmente, STJ de 19-11-1996).

## 5. OS EFEITOS DA INVALIDIDADE

### a) Anteprojecto de Sociedade por Quotas

1. O Anteprojecto regulava nos números 1 e 2 do artigo 19.º os efeitos da declaração de nulidade do contrato no período anterior ao registo.

<p>ASQ Artigo 19.º (Invalidade do contrato no período anterior ao registo)</p>
<p>1-Enquanto a sociedade não estiver registada, a invalidade do contrato ou de uma das declarações negociais rege-se pelas disposições aplicáveis aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis; <i>se, porém, as operações sociais já tiverem sido iniciadas, observar-se-á o disposto nos números seguintes.</i></p> <p>2-A declaração de nulidade e a anulação do contrato determinam de pleno direito a entrada da sociedade em liquidação; à liquidação e partilha são aplicáveis, das regras dos artigos 16.º a 18.º, as que convierem à natureza do caso.</p> <p>3-</p> <p>4-</p>

O ponto de partida era este: o regime de direito comum é aplicável ao contrato de sociedade.

Este regime de direito comum era afastado – somente no que se refere aos efeitos da invalidade mas não quanto às causas da invalidade – na hipótese de a sociedade já ter iniciado as operações sociais.

A declaração de nulidade da sociedade inactiva, aquela que não iniciara as operações sociais, produziria os efeitos de uma qualquer nulidade contratual: o que se compreende facilmente por se tratar de pôr termo a um contrato que ainda não tivera projecção externa.

Ao contrário, se as operações sociais já tivessem sido iniciadas, não se estava apenas face à tarefa de extinguir um contrato entre os sócios, havendo antes necessidade de extinguir uma organização que bem ou mal se criara e existira na sombra do contrato declarado nulo. Os autores entendiam que, também neste caso, a sociedade poderia ser declarada nula pelas mesmas causas que geravam a nulidade dos outros negócios; porém, os efeitos da invalidade não poderiam ser a destruição retroactiva do contrato, como era próprio do direito comum;

a declaração de nulidade da sociedade inválida determinaria de pleno direito a entrada da sociedade em liquidação; além disso, entendiam que os actos de liquidação deveriam ser modelados pelas características das relações jurídicas a extinguir: se estivessem em causa relações nascidas no período anterior à celebração da escritura pública, aplicava-se o regime da sociedade civil; ao invés, se as relações tivessem nascido depois da celebração da escritura pública, a sua liquidação obedeceria ao disposto nos artigos 17.º e 18.º, sede do regime da sociedade entre a escritura e o registo comercial<sup>13</sup>.

II. Embora não as designasse assim, os autores do Anteprojecto autonomizavam as figuras de sociedade nula e de sociedade irregular<sup>14</sup>.

Enquanto não fosse declarada a invalidade, a sociedade exerceria a sua actividade, sob o regime da sociedade civil; porém, uma vez declarada a nulidade do contrato, esta determinaria de pleno direito a entrada da sociedade em liquidação. E nesse momento o regime da sociedade civil era chamado para regular a liquidação da sociedade que fora declarada nula. Neste sistema, a aplicação do regime da sociedade civil à actividade da sociedade comercial no período anterior à escritura pública não era um obstáculo à declaração de nulidade da sociedade por causa da falta de forma legal; além disso, não lhe era atribuída a função de hipótese legal de conversão de um negócio nulo, o contrato de sociedade comercial, num negócio válido de tipo diferente, o de sociedade civil. Antes pelo contrário: a declaração de nulidade determinaria de pleno direito a entrada da sociedade em liquidação.

---

<sup>13</sup> Note-se que o mesmo sistema de efeitos se aplicaria à declaração judicial de irregularidade por falta de registo no prazo legal, por força do n.º2 do art. 21º: «A declaração de irregularidade terá os efeitos da primeira ou da segunda parte do n.º1 do artigo 19.º, conforme no caso couber»

<sup>14</sup> Sobre o tema da relação entre a sociedade nula, a sociedade irregular, a sociedade de facto e outras designações que a doutrina europeia utilizou, v. J. GIRON TENA, «Las sociedades Irregulares», *ADC*, 1951, pp.1291-1346.

## b) Código das Sociedades Comerciais

Coloquemos, em confronto o texto do Anteprojecto e o texto do Código.

<p>ASQ Artigo 19.º Invalidade do contrato no período anterior ao registo</p>	<p>CSC Artigo 41.º Invalidade do contrato antes do registo</p>
<p>1 - Enquanto a sociedade não estiver registada, a invalidade do contrato ou de uma das declarações negociais rege-se pelas disposições aplicáveis aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis; <i>se, porém, as operações sociais já tiverem sido iniciadas, observar-se-á o disposto nos números seguintes.</i></p>	<p>1 - Enquanto o contrato de sociedade não estiver definitivamente registado, a invalidade do contrato ou de uma das declarações negociais rege-se pelas disposições aplicáveis aos negócios jurídicos nulos ou anuláveis, <i>sem prejuízo do disposto no artigo 52.º</i></p>
<p>2 - A declaração de nulidade e a anulação do contrato determinam de pleno direito a entrada da sociedade em liquidação; <i>à liquidação e partilha são aplicáveis, das regras dos artigos 16.º a 18.º, as que convierem à natureza do caso.</i></p>	<p>Artigo 52.º Efeitos de invalidade 1 - A declaração de nulidade e a anulação do contrato de sociedade determinam a entrada da sociedade em liquidação, <i>nos termos do artigo 165.º, devendo este efeito ser mencionado na sentença.</i></p>
	<p>Artigo 165.º Liquidação no caso de invalidade do contrato 1 - Declarado nulo ou anulado o contrato de sociedade, devem os sócios proceder à liquidação, <i>nos termos dos artigos anteriores, com as seguintes especialidades:</i></p>

I. A primeira parte do texto do n.º 1 do art. 41.º do CSC é exactamente igual ao texto da primeira parte do n.º 1 do art. 19.º do Anteprojecto: sem margem para dúvidas, as causas de invalidade admitidas no Anteprojecto são também causa de invalidade no CSC. Mas a mesma identidade não pode ser imediatamente proclamada no que se refere aos efeitos da invalidade; porém, o que, sem margem para dúvidas não pode negar-se é que no CSC a declaração de nulidade determina a entrada da sociedade em liquidação, pois esta consequência está expressamente

prescrita no n.º 1 do art. 52.<sup>o15</sup>.

II. A falta de identidade entre o Anteprojecto e o Código no que se refere aos efeitos da invalidade assenta na técnica utilizada para delimitar o âmbito das excepções ao regime de direito comum.

O Anteprojecto concentrava os elementos essenciais do regime num único artigo. Começava por uma delimitação que, na falta de melhor, poderemos chamar subjectiva: só haveria afastamento do direito comum, para a sociedade cujas operações sociais já tivessem sido iniciadas; num segundo momento, no n.º 2 do artigo, esclarecia-se a natureza dos efeitos da nulidade: daria lugar a um processo de liquidação; finalmente, num terceiro momento, definia-se o regime substantivo aplicável a essa liquidação: seria, na hipótese que nos interessa para sociedade antes da escritura pública, o regime da sociedade civil.

III. A técnica utilizada pelo Código foi outra: as excepções estabelecem-se por remissão para o artigo 52.<sup>o</sup> (onde se determinam os efeitos da invalidade declarada após o registo, que, com esta remissão, são tornados extensivos ao período anterior ao registo).

a) A que sociedades se aplica este regime especial?

No CSC essa delimitação não ficou expressamente formulada. Numa primeira análise, a remissão para o artigo 52.<sup>o</sup> tem por objecto quer a sociedade inactiva quer a sociedade irregular. Esta conclusão tem sólido apoio, aliás, na remissão para o artigo 165.<sup>o</sup>, na parte em esta norma manda nomear liquidatários, excepto se a sociedade não tiver iniciado a sua actividade (n.º 1/a).

b) Mas do que não pode haver dúvidas é sobre os efeitos da declaração de nulidade da sociedade: no CSC, a declaração de nulidade determina a entrada em liquidação. A letra do n.º 1 do art. 52.<sup>o</sup> não permite outra conclusão.

c) Vejamos o regime substantivo aplicável à liquidação<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Esta consequência já era admitida pela maioria da doutrina portuguesa para o direito anterior ao actual CSC; v. a síntese em FERRER CORREIA, *Lições*, II, p. 277 ss.; reprint Lex 1994, 361 ss.

<sup>16</sup> Era este a vexata questio analisada sob a rubrica “natureza jurídica da sociedade ir-

O Anteprojecto remetia para o regime aplicável antes da declaração de nulidade, que era o da sociedade civil, como vimos. Portanto, o regime da sociedade civil presidia à vida e à morte das relações sociais.

Consultando o artigo 165.º, constata-se que a liquidação, no caso de invalidade do contrato, segue o regime da liquidação da sociedade regularmente constituída, com algumas especificidades, sem no entanto ir ao ponto de mandar aplicar à liquidação da sociedade nula por falta de forma legal as regras do artigo 36.º, n.º 2.

IV. Esta dualidade de regimes – um para a vida, o regime da sociedade civil, e outro para a morte, o regime da sociedade regularmente constituída –, criou espaço para desenvolver a ideia de que a sociedade comercial, a que falte a forma legal, a partir do momento em que inicie a actividade social deixa de ser uma sociedade comercial inválida e, pelo contrário, converte-se imediatamente, pelo facto do início da actividade, numa forma de sociedade válida, a sociedade civil. Levando ao extremo esta maneira de pensar, o regime do artigo 36.º, n.º 2 é visto como um obstáculo à extinção da sociedade comercial por causa da falta da escritura pública, precisamente por que configura uma hipótese de conversão automática *ex lege* da sociedade comercial nula por falta de forma em sociedade civil válida. É este o eixo central da jurisprudência do Supremo Tribunal que estamos a estudar.

V. Ora, estando demonstrado que o sistema do Código seguiu muito de perto a doutrina do Anteprojecto de Sociedades por Quotas, por sua vez baseado nos ensinamentos de Ferrer Correia, justifica-se que continuemos a nossa investigação tentando indagar em que medida a doutrina de Ferrer Correia suporta a interpretação em que se apoia a jurisprudência aplicada nos dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça referidos inicialmente.

## **6. A CONVERSÃO DA SOCIEDADE IRREGULAR EM SOCIEDADE CIVIL NA DOUTRINA DE FERRER CORREIA**

I. No texto das Lições, pelo menos para as sociedades do Código

---

regular” na doutrina portuguesa: v. FERRER CORREIA, *Lições, II*, n.º 100 e segs.

Comercial, a doutrina da conversão era aplicada por Ferrer Correia não à vida mas sim à morte da sociedade<sup>17</sup>. Em conformidade com aquela exposição, o regime da sociedade civil era chamado a aplicar-se para regular a liquidação da sociedade comercial declarada nula.

II. Mas algumas afirmações feitas noutros lugares em trabalhos da escola de Coimbra pareciam apontar outro caminho.

Na verdade, no estudo relativo à Parte Geral, ao explicarem o regime da invalidade do contrato, Ferrer Correia e António Caeiro, referindo-se ao vício de forma, argumentavam do seguinte modo: “Quanto ao vício de forma decorrente da falta de escritura pública, em nada ele impede, como é óbvio, que se considere existente entre as partes uma sociedade civil, por isso que a constituição das sociedade civis não está em princípio sujeita a qualquer forma especial; daí a norma do artigo 5.º deste anteprojecto”<sup>18</sup>.

O artigo 5.º da PG estava assim redigido:

*«Se após a conclusão do contrato mas antes da celebração da escritura pública os sócios derem início às actividades sociais, aplicam-se às relações entre os sócios e às relações com terceiros as normas das sociedades civis...»*

O artigo 16.º do Anteprojecto é, neste domínio, uma versão melhorada do texto da Parte Geral.

Aparentemente, no pensamento dos Autores, a sociedade comercial a que faltasse a forma legal subsistiria entre as partes como sociedade civil. A ideia era simples, de assimilação imediata, e, por isso, começou a aparecer em alguns acórdãos e foi divulgada por alguma doutrina<sup>19</sup>.

III. Depois da entrada em vigor do CSC, Ferrer Correia teve

---

<sup>17</sup> V. FERRER CORREIA, *Lições*, II, p. 303; reprint, Lex, 1994, p. 374; sobre a colocação do pensamento de Ferrer Correia, no contexto da doutrina que preconizava a conversão, no contrato de sociedade, das causas de nulidade em causas de dissolução, v. MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular e a integridade do capital social*, Almedina, 2004, p. 294 ss..

<sup>18</sup> V. Parte Geral, n.º 23, p. 47.

<sup>19</sup> A doutrina aparece citada pela primeira vez na jurisprudência, salvo erro, no acórdão da Relação de Lisboa, de 3-11-1988, de que foi relator Nascimento Costa, cujo texto integral está publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1988, V, pág. 103 e seguintes (v. especialmente ponto III, pág. 105).

oportunidade de esclarecer o sentido da sua doutrina.

Na verdade, na conferência proferida na Ordem dos Advogados em Lisboa sobre as sociedades por quotas, o Autor considerava evidente que a falta de forma bastante não poderia deixar de sujeitar o contrato à sanção da nulidade; o apelo à figura da sociedade civil e às normas que integram o seu estatuto, tinha por objectivo a conciliação entre a inelutável nulidade do contrato proveniente do vício de forma e a necessidade imperiosa de se lhe atribuírem alguns efeitos<sup>20</sup>. Continuava, assim, válida a doutrina exposta nas Lições: a conversão não tinha por fim “permitir que uma sociedade, depois de devidamente averiguado que não pode subsistir como sociedade comercial, se converta na forma menor<sup>21</sup> de sociedade civil – para continuar a exercer as suas actividades. (...) O problema da conversão só se põe quando já se apurou que a sociedade vai acabar...”

IV. Fica, assim, esclarecido que no pensamento de Ferrer Correia a sociedade a que faltasse a escritura pública era nula e que o regime da sociedade civil era chamado apenas para efeitos de liquidação, a fim de impedir as consequências prejudiciais para terceiros que a aplicação do regime comum da nulidade dos negócios jurídicos acarretaria<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> V. Ferrer Correia, SQ, ROA, 1987, III, p. 672-3.

<sup>21</sup> Sublinhado pelo Autor: v. Lições, II, p. 303; reprint Lex 1994, p. 374

<sup>22</sup> Note-se que a Relação do Porto no acórdão de 22-1-2002, de que foi relator o desembargador José Inácio Manso Rainho antes referido se apoiou expressamente na doutrina de Ferrer Correia para revogar a sentença do Tribunal de primeira instância. Aí se escreveu:

*«Como diz Ferrer Correia (Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado, pag 139) a falta de forma bastante não poderá deixar de sujeitar o contrato à sanção da nulidade. O que se passa apenas é que quando os sócios dão início imediatamente às actividades sociais a lei é sensível à teia de relações negociais que se estabelecem, pelo que as consequências da declaração de nulidade fixado no direito comum (artº 289º, nº 1 do CC) não se revelariam adequadas ao caso (idem, pag 144). É por isso que a lei, conciliando os interesses em jogo, remete a solução estabelecida na lei para as sociedades civis, porém, repete-se, apenas no que tange às relações entre os sócios e com terceiros. A melhor prova da bondade desta asserção retira-se aliás do que se dispõe no artº 172º do CSC: a falta de forma do contrato de sociedade impede a sociedade de existir, obrigando à liquidação da mesma, seja por iniciativa dos sócios, seja por iniciativa do Ministério Público.»*

## 7. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

I-A tese da conversão aplicada pelo Supremo Tribunal de Justiça não pode buscar apoio nem na doutrina de Ferrer Correia nem nos trabalhos preparatórios, como esperamos ter demonstrado, em sintonia aliás com a fundamentação do acórdão da Relação do Porto que transcrevemos. Subsiste, contudo, a necessidade de verificar se os valores finalmente consagrados no Código representam o ultrapassar do caminho começado a percorrer por Ferrer Correia, vindo a doutrina deste Mestre a ser substituída por uma arquitectura jurídica muito mais aperfeiçoada, como, para caracterizar o regime do Código, se escreveu no acórdão do STJ de 19-11-1996.

### **A - A sociedade do art. 36.º, n.º 2 e a sociedade em formação**

I. Na argumentação expendida no acórdão de 19-11-1996, os conselheiros afirmam que «a lei considera tais sociedades como situações normais, e não como sociedades irregulares»; citam em seu apoio Oliveira Ascensão para quem o acordo de constituição da sociedade, antes da celebração da escritura pública, está previsto no novo Código «como um estágio que reclama uma disciplina específica e não como infracções que devam ser sancionadas»<sup>23</sup>. Analisemos esta ideia.

A doutrina citada configura o art. 36.º, n.º 2 como uma etapa da criação da sociedade comercial; seria a primeira de um percurso que se concluiria no registo comercial do contrato. Para utilizar uma expressão que teve adeptos, a sociedade do artigo 36.º, n.º 2 seria uma sociedade em formação<sup>24</sup>. Como corolário, dir-se-ia, como fez o Supremo Tribunal,

<sup>23</sup> A obra citada é Oliveira Ascensão, *Direito Comercial - Sociedades Comerciais*, 1993, pág. 135.

<sup>24</sup> A figura da sociedade em formação tem merecido a atenção da doutrina portuguesa, especialmente depois da entrada em vigor do actual Código das Sociedades Comerciais: v. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «As sociedades em formação: sombras e luzes», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14 Abril/Junho de 2006, pp. 25 ss., PAULO TARSO DOMINGUES, «O regime jurídico da sociedade em formação», in *AAVV, Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 965 ss., Coimbra Editora, 2001. Para uma perspectiva da história e do direito comparado, v. MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular e a integridade do capital social*, Almedina, 2004, especialmente o modelo alemão, p. 45 segs, e a sua recepção pelo direito espanhol, p. 83 segs.

que «a sociedade irregular não é uma sociedade inválida, perante a nossa lei, não se justificando, por isso, a declaração da sua invalidade».

II. Não poderá rejeitar-se liminarmente esta construção. Na verdade, na história e no direito comparado encontramos o uso da sociedade civil para regular as relações entre pessoas que se obrigam a constituir uma sociedade comercial. Era, de resto, esta sociedade em que pensavam Ferrer Correia e António Caeiro quando conceberam a norma que esteve na base do actual artigo 36.º n.º 2. Com efeito, no estudo da Parte Geral escreveram que de facto, a sociedade civil em que estavam a pensar «não teria por objecto senão a constituição de uma outra sociedade -- uma sociedade comercial de certo tipo»<sup>25</sup>.

Ora bem, poderá contrapor-se a este raciocínio a ideia de que uma sociedade civil acordada para permitir a criação de uma sociedade comercial teria, por natureza, uma vida curta, duraria o tempo necessário para levar a seu termo os actos de criação da sociedade comercial, extinguindo-se com a realização do seu objecto social; seria contra a sua natureza servir de quadro legal para o desenvolvimento da actividade económica que constituía o objecto da sociedade que os sócios pretendiam constituir. Numa palavra, aquela sociedade civil destinada a constituir uma sociedade comercial não precisaria do n.º 2 do art. 36.º. Portanto, o regime do art. 36.º, n.º 2 não tem a função de amparar a existência de uma sociedade comercial em formação.

III. Os sistemas jurídicos que hoje recebem a figura da sociedade em formação estruturam-na a partir de elementos que não estão presentes no direito português<sup>26</sup>.

Por um lado, a sociedade comercial só é considerada em formação depois de o contrato ter assumido a forma legal; por outro lado, deixa de estar em formação decorrido um determinado prazo do seu início ou uma vez preenchidas certas condições, sem que o registo tenha sido requerido. Em Espanha, por exemplo, foi estabelecido o prazo de um ano a partir da escritura pública sem que o registo tenha sido requerido, embora a lei admita o termo da fase de formação em momento anterior

<sup>25</sup> V. Parte Geral, cit., p. 27.

<sup>26</sup> V. uma síntese dos elementos da figura da sociedade em formação no direito comparado, em MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular...*, cit., p. 183; analisámos as relações entre esta figura e o regime do CSC na p. 579 ss.

desde que se prove a vontade de não concluir o processo de constituição da sociedade comercial. Decorrido o prazo de um ano ou demonstrada a vontade de não concluir o processo de constituição, termina a fase da sociedade em formação<sup>27</sup>.

Esta sociedade do art. 36.º, n.º 2, teria início no dia em que um acto fosse praticado em seu nome, mas não sendo uma sociedade inválida por falta de forma legal, viveria por tempo indeterminado, enquanto não ocorresse uma das causas de dissolução da sociedade civil previstas no artigo 1007.º do Código civil. Parafraseando o acórdão do STJ, dir-se-ia que a sociedade do art. 36.º, n.º 2 seria uma sociedade, mas não uma sociedade em formação propriamente dita.

IV. Encontramos, contudo, no direito francês uma modalidade de sociedade em formação que se afastou do figurino tradicional de matriz alemã, pois não pressupõe a formalização do contrato na forma legal, bastando-se com o início da actividade<sup>28</sup>. No entanto, a natureza das coisas fez a jurisprudência consagrar uma fórmula que põs em evidência o carácter temporário da sociedade em formação: a sociedade deixa de estar em formação quando ocorra o “desenvolvimento de maneira duradoura e importante de uma actividade que ultrapasse os

<sup>27</sup> Contudo, a sociedade em formação não se extingue automaticamente, apenas se alterando a sua condição jurídica: de *sociudad en formación* passa a *sociudad irregular*, na terminologia do art. 16.º da Ley de SA: por consequência, fica sujeita a dissolução e, por outro lado, se continuar a exercer a sua actividade económica, aplica-se-lhe o regime da sociedade civil, se o seu objecto social for de natureza civil, ou o regime da sociedade em nome colectivo, quando o seu objecto se traduzir na prática de actos de comércio. Pode ler-se uma síntese do direito espanhol, em MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular...*, cit., p. 83 ss. A figura foi objecto de amplo estudo em Espanha: salientamos v. ALBERTO ALONSO UREBA, «*La sociedad en Formación*», in *AAVV, Derecho de Sociedades Anonimas, I*, La Fundacion, coord. por Alberto Alonso Ureba/Justino Duque Dominguez e outros, Madrid 1991, pp.519-612; M<sup>ª</sup> ISABEL SÁEZ LACAVE, *La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001; J.A.GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, *La sociedad de capital en formación*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

<sup>28</sup> Sobre o modelo francês de sociedade em formação, v. MANUEL ANTÓNIO PITA, *O regime da sociedade irregular...*, cit., p.115 ss.. Na doutrina francesa, v. especialmente: DIDIER PLANTAMP, «Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales», *RTDCom*, 1994, p.1 ss; E. PAILLET, «L'activité de la société en formation», *Rev. Soc.*, 1980,p.419 ss..

simples actos necessários à constituição”<sup>29</sup>; neste caso, a sociedade em formação muda para sociedade criada de facto, sujeita ao regime das *sociétés en participation*, sociedade que no direito francês é destituída de personalidade jurídica.

Ora, ainda que se admitisse esta modalidade de sociedade em formação, que não pressupõe um contrato celebrado na forma legal, faltaria, no direito português, estabelecer um limite temporal à sua existência.

## B - O “tipo” sociedade civil

I. O obstáculo criado pela natureza temporária da sociedade em formação será ultrapassado se o sistema jurídico permitir afirmar a conversão automática da sociedade irregular em sociedade civil. Vejamos.

A pergunta a fazer ao sistema do Código é esta: é possível legalmente o funcionamento duradouro de uma sociedade com objecto comercial sob o regime da sociedade civil?<sup>30</sup> O Supremo Tribunal responde que sim e qualifica essa sociedade como «uma não sociedade comercial propriamente dita». Numa primeira análise esta posição tem contra si a regra do n.º 3 do artigo 1.º do Código, por força da qual as sociedades que tenha por objecto a prática de actos de comércio devem adoptar um dos tipos legais previstos. Por conseguinte, o sistema do Código excluiria as sociedades com objecto comercial e forma civil.

<sup>29</sup> V. Cour de Cassation, 17 de Maio de 1989, in *Rev. Soc.*, 1990, p. 32.

<sup>30</sup> Sobre a tipicidade nas sociedades comerciais, v.: RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, 2000, nota 354, p. 106; J.H. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 3.ed. 2000, p. 25 ss.; J.M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito comercial, Vol. II Das Sociedades*, 2002, p. 75; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial vol.IV*, cit., p. 43 ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, II vol., Almedina, 2001, p. 145; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra 2000, p. 86 ss.; J. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid 1976, p. 56 ss.; PAOLO SPADA, *La Tipicità delle Società*, Cedam, Padova, 1974. A estrutura do CSC, com uma Parte Geral, pressupõe um conceito de sociedade comercial, síntese das características dos diversos tipos, mas não um tipo geral com diversos subtipos, na opinião de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, especialmente pp.65 e 66.

II. Poderão, apesar disso, existir no sistema outras regras ou princípios que afastem, em certas circunstâncias, o rigor lógico do n.º 3 do art. 1.º. Vejamos.

Devemos reconhecer que no quadro dos conceitos utilizados no Código Civil para construir o contrato de sociedade, não existe obstáculo à subsunção de uma sociedade com objecto comercial à categoria da sociedade civil<sup>31</sup>.

Na verdade, uma sociedade que se dedique a uma actividade comercial não deixa de ser uma sociedade que tem por objecto o exercício de uma actividade económica, como exige o artigo 980.º do Código Civil: enquanto não se constituir segundo a forma e os trâmites da lei aplicável às sociedades comerciais, reúne os elementos necessários para ser qualificada como sociedade civil. Nesta construção, a sociedade civil aparece como um tipo residual, a que se reconduzem todas as sociedades enquanto não preencherem os requisitos especiais do seu tipo.

III. Esta a lógica dos conceitos. Não parece, contudo, que a conclusão seja congruente com os interesses e valores defendidos pelo regime da sociedade civil e da sociedade comercial.

A história do direito das sociedades em Portugal estabeleceu desde há muito tempo a fronteira entre as sociedades comerciais e as sociedades civis pela linha do objecto: o objecto comercial acarreta uma tipicidade estrita e exige um conjunto de formalidades no momento da constituição; e esta maior exigência continua em vida da sociedade com a sujeição às obrigações dos comerciantes, nomeadamente em matéria de escrituração e publicação de contas. Ora, permitir que uma actividade comercial seja desenvolvida duradouramente no quadro do regime da sociedade civil representa a introdução de factores de desorganização na economia, com particular relevo para a ausência de contabilidade organizada e a inerente periódica prestação de contas<sup>32</sup>, potenciando a

<sup>31</sup> A. MENEZES CORDEIRO atribui à sociedade civil a natureza de “tipo básico”: v. *Manual de Direito das Sociedades*, I, Almedina, 2004, p. 257 ss.

<sup>32</sup> Note-se que uma percentagem significativa dos litígios judiciais relativos a sociedades irregulares têm por objecto pedidos de prestação de contas. Era esse o pedido nos casos julgados pelos dois acórdãos que suscitaram o presente estudo, mas também no acórdão de 7-10-1999, no processo n.º 494/99, da 2.ª secção de que foi relator o Conselheiro Noronha Nascimento, com texto integral na Internet; é esse o tema dominante

economia paralela e a concorrência desleal. Em nossa opinião, os valores e interesses gerais prosseguidos pelo sistema através da tipicidade das sociedades com objecto comercial são de tal monta que não permitem a existência duradoura de uma sociedade com objecto comercial sob o regime da sociedade civil. No direito português, a sociedade do Código civil é uma sociedade objecto civil. Neste sistema, a remissão para o regime da sociedade civil, feita no art. 36.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais, não abrange o contrato de sociedade, nem consequentemente a sua forma, tendo por objecto apenas as relações jurídicas nascidas depois de acordada a constituição da sociedade comercial.

### **C - A nulidade como sanção da falta de forma**

I. Em nosso entender, o regime do n.º 2 do art. 36.º não afasta o regime estabelecido para a sociedade inválida, nomeadamente não afasta o regime da nulidade do contrato por falta de forma legal.

O sistema estaria, sem dúvida, mais claro e mais seguro se o legislador tivesse recebido o regime proposto no Projecto do Ministério da Justiça<sup>33</sup>.

Na verdade, o n.º 1 do art. 41.º prescrevia que a nulidade do contrato por falta de forma legal poderia ser invocada a qualquer tempo por qualquer interessado e, para efeitos de liquidação judicial, também pelo Ministério Público; no n.º 3 do mesmo artigo esclarecia-se que a nulidade em causa podia ser conhecida officiosamente pelo tribunal. Além disso, no artigo 42.º eram definidos procedimentos para sanação da falta de forma: o juiz da acção de nulidade do contrato ordenaria que, juntamente com a citação, a sociedade fosse notificada de que a instância seria suspensa durante sessenta dias, para que o vício fosse sanado; a sanação da nulidade por falta de forma obedeceria a um procedimento especial, delimitado no n.º 6 do artigo 42.º, se entretanto os sócios tivessem actuado como se o contrato fosse válido.

O legislador de 1986 preferiu a arquitectura dos trabalhos

---

também nos acórdãos tribunais de 2ª instância publicados, nomeadamente um da Relação de Lisboa de 12-11-1998 e outro da Relação do Porto de 10-3-1997, publicados, respectivamente, na CJ. 1998,V, p. 91-92 e 1997,II, p. 194-196.

<sup>33</sup> Publicado em 1983 como separata do «Boletim do Ministério da Justiça» sob o título Código das Sociedades Comerciais (Projecto).

preparatórios elaborados por Ferrer Correia e os seus colaboradores; porém, a remissão que é feita no n.º 1 do art. 41.º para as disposições aplicáveis aos negócios nulos não permite ao intérprete declarar que foi intenção da lei afastar o valor tradicionalmente atribuído à forma legal de requisito ad substantiam cuja falta gera nulidade. Pois é precisamente esse regime geral que estabelece, no art. 220.º do Código civil, a nulidade como sanção para a falta de forma legal.

II. A jurisprudência que nega a invalidade da sociedade irregular por falta de forma encontra nos artigos 172.º e 173.º um obstáculo intransponível. Com efeito, se as sociedades comerciais a que se aplica o artigo 172.º não são nulas não se descortina o fundamento da competência que é atribuída ao Ministério Público para requerer, sem dependência da acção declarativa, a liquidação judicial da sociedade cujo contrato não tiver sido celebrado na forma legal. Em rigor, esta norma exige uma norma secundária que regule a intervenção do Ministério Público em todos os processos judiciais onde se prove que existe uma sociedade comercial exercendo a sua actividade sem que o contrato tenha sido celebrado na forma legal. O exercício desta competência apenas conduziria à liquidação da sociedade se a situação não fosse entretanto regularizada no quadro do art. 173.º<sup>34</sup>.

III. A dúvida que se nos afigura legítima no quadro do sistema é a de saber se a nulidade por falta de forma deverá ser declarada oficiosamente pelo tribunal<sup>35</sup>.

O Projecto do Ministério da Justiça era claro nesta matéria: a nulidade poderia ser declarada oficiosamente pelo Tribunal (n.º 3 do art. 41.º). Esta regra não foi recebida expressamente no Código; e a remissão que é feita no n.º 1 do art. 41.º para as disposições aplicáveis aos negócios nulos ou anuláveis poderá não se considerar extensiva ao artigo 286.º do Código civil, se houver razões para restringir o

<sup>34</sup> O princípio da regularização das sociedades inválidas, no caso de vício sanável, encontra-se afirmado também no n.º 1 do art. 44.º. Sobre a fiscalização a realizar pelo Ministério Público, v. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006, p.173.

<sup>35</sup> Sobre o tema do conhecimento oficioso da nulidade por falta de forma do contrato de sociedade comercial, permitam-nos remeter para o que escrevemos em *O regime da sociedade irregular...*, cit., p. 314 ss.

seu alcance.

Mas não encontramos na jurisprudência que estamos analisar razões de direito que permitam afastar uma que seja das características da nulidade consagradas no artigo 286.º do Código Civil. Pode apoiar-se na necessidade de regularização estabelecida no art. 173.º o princípio de que, em matéria de sociedades, a nulidade por falta de forma legal é o último remédio para limpar o sistema. Contudo, um princípio jurídico não prevalece sobre norma legal expressa; por consequência, o princípio da regularização não permite que os tribunais se recusem a cumprir o dever que lhes é imposto pelo artigo 286.º do código civil.

A consequência da declaração oficiosa da nulidade seria a entrada da sociedade em liquidação. Ora bem, antes de ser iniciada a liquidação deveriam ser organizados e aprovados, nos termos da lei, os documentos de prestação de contas da sociedade, reportados à data da declaração de nulidade, como, feitas as devidas adaptações, se prescreve no art. 149.º. Ao ordenar que um dos sócios da sociedade irregular preste contas fora do quadro da liquidação que se seguiria à declaração oficiosa da nulidade, os tribunais estão a permitir que a sociedade irregular continue. Com esta posição, afastam-se da melhor hermenêutica que manda que, ao proferirem as suas sentenças, os tribunais sopesem as consequências sociais e económicas dos seus actos.

## **D - Conclusões**

Concluimos assim que não existe qualquer fundamento nem na letra nem no espírito da lei para afirmar a validade da sociedade comercial antes da celebração do contrato na forma legal.

Do mesmo modo, não existe fundamento para afirmar a conversão legal da sociedade nula por falta de forma em sociedade civil válida por causa de os sócios terem iniciado imediatamente a actividade económica.

Estas conclusões encontram apoio expresso na doutrina de Ferrer Correia que esteve na base da redacção do n.º 2 do artigo 36.º do Código das Sociedades Comerciais.