

PROVA DAS SOCIEDADES DE FATO DE NATUREZA EMPRESARIAL

Helena Najjar Abdo

Carlos Eduardo Jorge Bernardini

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade analisar os aspectos processuais relacionados à prova da sociedade de fato no âmbito empresarial no que diz respeito à caracterização de sua existência.

A grande dificuldade atinente à prova desse tipo de sociedade consiste, justamente, na identificação dos elementos de fato suficientes e aptos a demonstrar a sua efetiva configuração.

Não raro, a existência da sociedade de fato – alegada em defesa ou em causa de pedir – vem rechaçada em juízo por conta de deficiências das partes ou do magistrado na identificação de *quais* elementos de fato precisam ser objeto de prova para que seja caracterizada tal espécie de sociedade.

A informalidade, nota preponderante desse tipo de sociedade, torna a tarefa ainda mais complicada, tendo em vista que a prova documental – muitas vezes escassa ou mesmo inexistente – não basta à comprovação e reconhecimento cabal da existência de uma sociedade dessa natureza.

Consequência imediata dessa situação é a impossibilidade de reconhecimento da sociedade de fato e, com ela, a ausência de aplicação dos efeitos que esse reconhecimento gera não só àqueles que integram tal sociedade, como também a terceiros que, de alguma forma, com ela mantêm alguma relação jurídica de direito material.

Para exame dos elementos suficientes à prova da sociedade de fato, tratar-se-á, a seguir, do conceito e principais características dessa espécie de sociedade e de aspectos atinentes ao ônus, ao objeto e aos meios de prova aplicáveis à comprovação da existência da sociedade de fato de natureza empresarial.

romovido o registro

istrais, poderão ser

como, por exemplo,

ta inadimplente é

de de sua vontade.

iedade se negue a

sócio do acionista

es ou a constituir o

rá ao árbitro impor

ia, por exemplo) e

2 da Lei 9.307/96.

2. CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE DE FATO EMPRESARIAL

Sociedade de fato, também conhecida como sociedade irregular¹ ou não personificada e, pelo vigente Código Civil, como sociedade em comum², pode ser entendida, simplesmente, como *aquela que não tem seus atos constitutivos registrados nos órgãos competentes*. Faltando o instrumento escrito de constituição ou a sua inscrição – sendo que esta obviamente depende daquele – a sociedade será considerada de fato³.

O artigo 45 do Código Civil é expresso ao consignar que *“começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”*⁴. O Código Civil de 1916 continha norma semelhante em seu artigo 18.

O texto da lei é claro ao consignar que o registro dos atos constitutivos é requisito prévio para que uma sociedade empresária tenha personalidade jurídica própria. As sociedades de natureza empresarial têm um registro peculiar, que fica a cargo das Juntas Comerciais dos estados-membro da federação.

1 FÁBIO ULHOA COELHO utiliza a denominação sociedade empresária irregular em sua obra *Curso de Direito Comercial – de acordo com a nova Lei de Falência*, v. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 74.

2 *“Subtítulo I – Da sociedade não personificada – Capítulo I – Da sociedade em comum”*.

3 J. X. CARVALHO DE MENDONÇA faz uma distinção entre sociedades irregulares e sociedades de fato. Para aquele autor, as sociedades denominadas irregulares seriam as que operam sem o cumprimento das exigências legais para a sua constituição, registro no órgão competente e publicidade, enquanto as sociedades de fato seriam aquelas acometidas por vícios que as inquinam de nulidade e sobrevivem apenas enquanto não declarada sua nulidade (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Freitas Bastos, Rio, 1954). Todavia, para efeitos do estudo que aqui pretende, essa distinção carece de relevância prática, pois em ambos os casos (sociedade irregular e sociedade de fato), existem dificuldades em se provar a existência da sociedade, valendo para uma tanto quanto se disser para outra. Por sua vez, FRAN MARTINS, em um primeiro momento, defendeu a ideia de que as sociedades de fato deveriam ser denominadas de “sociedades irregulares”. Todavia, reviu seu pensamento e veio a afirmar que *“quer a sociedade tenha os atos constitutivos escritos e não arquivados, que resulte apenas de atividade comercial em comum com o ânimo societário, teremos uma sociedade de fato e não uma sociedade irregular. Esta será a sociedade que se organiza legalmente, arquivando seus atos constitutivos no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins, mas, posteriormente, praticam atos que desnaturam o tipo social (...). Já a sociedade de fato não chegou a possuir personalidade jurídica, por não ter arquivado os seus documentos constitutivos. A circunstância de terem algumas sociedades chegado a lavrar um contrato, especificando objeto, capital, atribuições e responsabilidade de sócios, etc. serve apenas de elemento de prova entre os sócios, nenhum reflexo tendo em relação a terceiros que são aqueles que contratam com a sociedade. O Código Civil em vigor se coaduna com tal ponto de vista (arts. 986 e segs)”* (MARTINS, Fran, *Curso de Direito Comercial*, 30ª ed., atualizada por Carlos Henrique Abrão, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 217 e 218).

4 A disposição contida no artigo 45 do Código Civil é reiterada no artigo 985 do mesmo diploma, que assim dispõe: *“A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”*.

Sendo assim, as sociedades de fato são competentes para a partir desse registro

O objeto de pr entendidas pela legis 986), existem no mu jurídicos na esfera dos

Embora a quest acontecer em tantas c também nessa matéri de fato pelos interess uma dicotomia: par eminentemente escri feita por qualquer m examinados os aspec da sociedade de fato

De todo modo, de fato aquela soci atos empresariais ca perante o órgão públ personalidade jurídi

A constituição parte da livre vontade *affectio societatis*, cor de desejar a formaçã de permanecer nessi vontade se perder, n não existirá ou se di

Na maioria dos da vontade conscient e, objetivando furtar terceiros, tal como o

Há, também, : atende a todos os req

Sendo assim, as sociedades empresárias que arquivam seus atos constitutivos nos órgãos competentes são chamadas de sociedades regulares ou, para alguns, sociedades personificadas, uma vez que adquirem personalidade jurídica própria a partir desse registro.

O objeto do presente estudo volta-se àquelas sociedades que, embora entendidas pela legislação civil como sociedades não personificadas (CC, art. 986), existem no mundo dos fatos e, uma vez reconhecidas, projetam efeitos jurídicos na esfera dos “sócios” (ou seja, das pessoas que a integram) e de terceiros.

Embora a questão seja de natureza processual, o Código Civil – como sói acontecer em tantas outras oportunidades – traz normas de natureza processual também nessa matéria. Nesse sentido, o artigo 987 admite a *prova* da sociedade de fato pelos interessados (os próprios “sócios” ou terceiros), criando, todavia, uma dicotomia: para aqueles, a prova da existência da sociedade deve ser eminentemente escrita, enquanto, para esses, admite-se que referida prova seja feita por qualquer meio. O assunto será abordado na sequência, quando forem examinados os aspectos relacionados à prova necessária para o reconhecimento da sociedade de fato.

De todo modo, para os fins do presente estudo, entendeu-se por sociedade de fato aquela sociedade empresária que, a despeito de praticar todos os atos empresariais característicos, não tem seus atos constitutivos registrados perante o órgão público competente, o que, conseqüentemente, não lhe confere personalidade jurídica própria.

A constituição de uma sociedade empresária, seja ela de fato ou regular, parte da livre vontade dos seus constituintes em formá-la. É a denominada *affectio societatis*, consistente na declaração de vontade expressa e consciente de desejar a formação e constituição de uma sociedade empresarial, bem como de permanecer nesse estado conjunto. Não existindo essa vontade ou, se essa vontade se perder, não há *affectio societatis* e, como conseqüência, a sociedade não existirá ou se dissolverá.

Na maioria dos casos, a constituição da sociedade de fato empresarial nasce da vontade consciente seus constituintes, os quais, em busca de menos burocracia e, objetivando furtar-se a exigências legais – ou mesmo com o fim de prejudicar terceiros, tal como o fisco –, optam por operar sob essa condição irregular.

Há, também, situações em que a sociedade empresária nasce regular e atende a todos os requisitos legais para a sua existência, adquirindo personalidade

S DA

de irregular¹ ou não
em comum², pode
us atos constitutivos
rito de constituição
quele – a sociedade

“começa a existência
ato constitutivo no
do Poder Executivo,
ato constitutivo”³.
u artigo 18.

os constitutivos é
onalidade jurídica
stro peculiar, que
ederação.

lar em sua obra *Curso*
d., São Paulo: Saraiva,

em comum”.
sociedades de fato. Para
em o cumprimento das
publicidade, enquanto
linam de nulidade e
Comercial Brasileiro.
tende, essa distinção
e sociedade de fato),
ra uma tanto quanto
defendeu a ideia de
lares”. Todavia, reviu
constitutivos escritos e
o ânimo societário,
a sociedade que se
Empresas Mercantis
tipo social (...). Já a
arquivado os seus
legado a lavrar um
os, etc. serve apenas
a terceiros que são
na com tal ponto de
ualizada por Carlos

o mesmo diploma,
no registro próprio

jurídica própria, mas, por alguma razão, no decorrer da sua existência, perde tal personalidade jurídica, tornando-se uma sociedade irregular ou de fato.

Existe, ainda, uma terceira hipótese, em que a sociedade de fato surge *inconscientemente*, por uma série de atos, práticas e situações levadas a efeito pelas partes envolvidas, as quais passam a realizar negócios jurídicos em comum, que acabam por desnaturar-se de suas originais finalidades para convergir para uma situação de sociedade. Em muitos desses casos, os sujeitos envolvidos disciplinam sua relação jurídica por negócios jurídicos celebrados sob outras denominações e de naturezas diversas, mas, em realidade, agem como se formassem uma sociedade regular, sem, contudo, dar cabo à exigência legal de promover seus atos constitutivos e o consequente arquivamento.

Em todas essas hipóteses, consequências jurídicas são aplicáveis.

A ausência do registro dos atos constitutivos da sociedade gera algumas implicações processuais imediatas, tais como a ausência de capacidade processual ou capacidade para estar em juízo. Assim, para praticar atos processuais, a parte deve ter a mesma capacidade que se lhe exige para a prática de atos da vida civil. Por tal motivo é que podem figurar como partes de um processo as pessoas naturais e as pessoas jurídicas regularmente constituídas⁵, mas não as sociedades de fato, embora haja quem admita a sua capacidade processual para figurar no polo passivo de determinadas demandas⁶.

De todo modo, para tais finalidades, é necessário o prévio reconhecimento da *existência* da sociedade de fato, questão que justifica a utilidade deste estudo, que visa a trazer elementos sobre como se dá a prova desse tipo de sociedade.

Há consequências também no que diz respeito ao regime de responsabilidade dos integrantes da sociedade de fato. Para FÁBIO ULHOA COELHO, a principal delas é a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas obrigações da sociedade, uma vez que o arquivamento do ato constitutivo da pessoa jurídica é condição para a limitação da responsabilidade dos integrantes da sociedade⁷.

5 A capacidade de ser parte ainda se estende a certos "entes" que, embora não gozem de personalidade jurídica, podem figurar em um dos polos da relação jurídica processual ou, ainda, intervir no processo. Trata-se, por exemplo, da situação da massa falida, da herança jacente ou vacante e do espólio (CPC, art. 12).

6 Nesse sentido manifesta-se JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, in *Direito Societário*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, pp. 56-57.

7 *Curso de Direito Comercial - de acordo com a nova Lei de Falências*, v. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 74.

O artigo 990 responsabiliza de fato às obrigações da sociedade exceto daquele sócio subsidiário da responsabilidade de fato.

Contudo, mesmo com o registro (CC, art. 990), a falta de registro da sociedade de fato e o não arquivamento impede a aplicação da teoria da sociedade de fato. É verdade que há uma doutrina chamada teoria da sociedade de fato, já que, nesse caso, se atribuem amplos poderes de fato que ocorrem na realidade.

Daí, no regime de responsabilidade de fato, o reconhecimento prévio do reconhecimento do funcionamento.

Da mesma forma, o fato de revelar a consequência dos próprios sócios requer o reconhecimento. A doutrina ainda não reconhece a recuperação judicial do comerciante (Lei 11.101/2005) da sociedade de fato e o reconhecimento de fato.

Por fim - e tal como não conta com insolvência assim como em nenhum caso o Instituto da Seg

8 Sobre o tema, cf. Rubens Edmundson.

9 Defendendo essa doutrina, cf. *Curso de direito societário*.

10 MARTINS, Fran, *Curso de direito societário*, Rio de Janeiro: Forer, 2005.

11 COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito societário*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

O artigo 990 do Código Civil disciplina essa questão, dispondo que a responsabilidade de todos os sócios da “sociedade em comum” é ilimitada frente às obrigações da sociedade, concedendo-lhes, entretanto, o benefício de ordem, exceto daquele sócio que contratar em nome da sociedade, mantido o caráter subsidiário da responsabilidade dos sócios⁸.

Contudo, mesmo havendo norma específica para tratar do assunto (CC, art. 990), a falta de definição e comprovação acerca da própria *existência* da sociedade de fato e de quem nela exerceria os poderes de gestão e representação impede a aplicação do regime de responsabilidade definido em lei. Tanto isso é verdade que há remissões na doutrina e na jurisprudência à aplicação da chamada teoria da aparência aos negócios efetuados pela sociedade irregular, já que, nesse caso, se poderia presumir que qualquer de seus integrantes deteria amplos poderes de gestão e administração⁹, o que, muitas vezes, não é o que ocorre na realidade dos fatos.

Daí, novamente, a utilidade do exame aqui proposto, pois a definição do regime de responsabilidades na sociedade de fato também passa pelo prévio reconhecimento da existência dessa sociedade e da dinâmica de seu funcionamento.

Da mesma forma, a definição acerca da existência ou não da sociedade de fato revelará consequências jurídicas quanto à possibilidade de terceiros ou dos próprios sócios requererem sua falência (Lei 11.101/2005, arts. 97, IV e 105)¹⁰. A doutrina ainda restringe às sociedades regulares a possibilidade de requerer recuperação judicial (Lei 11.101/2005, art. 51, V) e de pedir a falência de outro comerciante (Lei 11.101/2005, art. 97, §1º), retirando tais possibilidades da sociedade de fato ou irregular¹¹.

Por fim – e talvez essa seja a questão mais relevante – a sociedade de fato não conta com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), assim como em nenhum outro cadastro estadual ou municipal ou mesmo perante o Instituto da Seguridade Social (INSS). Além das penalidades específicas

8 Sobre o tema, *cf.* REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 30ª ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, pp. 452-453.

9 Defendendo essa posição, *vide* BRUNO MATTOS E SILVA, *Direito de Empresa: teoria da empresa e direito societário*, São Paulo: Atlas, 207, p. 307.

10 MARTINS, Fran, *Curso de Direito Comercial*, 30ª ed., atualizada por Carlos Henrique Abrão, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 219.

11 COELHO, Fábio Ulhoa *Curso de Direito Comercial – de acordo com a nova Lei de Falências*, v. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 74.

relativas a essas irregularidades, a ausência desses cadastros, sobretudo do CNPJ, impede a sociedade de entabular negócios jurídicos regulares, de modo que suas atividades ficam forçosamente restritas ao universo da informalidade¹².

E é nesse contexto que ganha, de novo, relevância a prova da existência e do funcionamento da sociedade de fato, tendo em vista que é frequente que o Judiciário seja chamado a dirimir conflitos decorrentes desses negócios jurídicos informais em que a sociedade de fato se afigura envolvida.

3. ASPECTOS ATINENTES À PROVA DA SOCIEDADE DE FATO EMPRESARIAL

3.1. ÔNUS DA PROVA

O exame da relação jurídica processual revela que os sujeitos processuais (as partes, aí incluídos os intervenientes, e o juiz) são titulares de inúmeras *posições ou situações subjetivas processuais* (ativas e passivas), decorrentes da própria condição de sujeitos do processo. Consistem essas posições ou situações jurídicas subjetivas em *faculdades, ônus, poderes e deveres*, todos intrínsecos à relação processual.

Ônus, figura tão presente na prática do processo civil (ônus da prova, ônus de afirmar e de contestar *etc.*)¹³, consistiria, na elegante e sintética definição de JAMES GOLDSCHMIDT, em *imperativo do próprio interesse*. Ou, como esclarece o próprio pai da definição, em situação de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual¹⁴.

Ônus da prova é, nesse sentido, o encargo que cada parte tem de provar no processo os fatos que alega ou, simplesmente, os fatos de seu interesse, sob pena de ter de se sujeitar às consequências desfavoráveis decorrentes da sua inércia (improcedência do pedido, no caso do autor, ou procedência do pedido formulado pela parte contrária, no caso do réu)¹⁵.

12 *Idem*, p. 74.

13 DINAMARCO chega a dizer, inclusive, que o ônus é conceito vital na moderna ciência do processo civil (*cf.* "Fundamentos e alcance do efeito da revelia", in *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2).

14 *Derecho Procesal Civil*, Trad. Leonardo Prieto Castro e notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Barcelona: Labor, 1936, n. 35, p. 203.

15 Esse é o conceito tradicional, elaborado sob a perspectiva negativa da prova, ou seja, a que considera a prova como um encargo, cuja inobservância geralmente conduz ao insucesso da demanda pelo detentor do ônus descumprido. Não se desconhece, contudo, a dimensão positiva que a prova vem recebendo hodiernamente, a qual, embora fundamental para o Direito Processual, não comporta desenvolvimento nem se mostra relevante nos estreitos fins deste trabalho. Sobre

Segundo a regra pretendendo extrair a veracidade de tal fato.

É essa a norma como regra de julgamento para provar os fatos consuetudinários modificativos e extintivos.

Verifica-se, que no procedimento ou, no caso de ameaça à parte, improprio processo para o seu

Sob essa perspectiva aquele que vier a intervir como, por exemplo, o réu, e a dissolução da sociedade. Ou pode ser o réu, para demonstrar, por obrigação contratual a presença de interesse *alios*, afirma deter sócio interessaria a questão

16 o tema, *vide*, por exemplo, *Fundamentos do Direito Processual*, pp. 121-122. Também *tutta la dinamica del liberalismo processuale, propria inerzia la di diritto processuale*.

17 Veja-se o seguinte: identidade nominal e caracterização do contrato social, a da sócia com o grupo nuclear do nome específicas e com se um grupo empresarial das sócias do grupo a parte do grupo participação no caso nº 2007.001.1114

sobretudo do CNPJ,
ulares, de modo que
da informalidade¹².

prova da existência e
ue é frequente que o
es negócios jurídicos

VERDADE DE FATO

ujeitos processuais
ulares de inúmeras
) decorrentes da
ições ou situações
dos intrínsecos à

us da prova, ônus
ética definição de
como esclarece o
ar determinado

tem de provar
u interesse, sob
rrentes da sua
cia do pedido

ência do processo
so civil moderno.

Zamora y Castillo.

ou seja, a que
ao insucesso da
mensão positiva
Direito Processual,
a trabalho. Sobre

Segundo a regra clássica, quem alega determinado fato em juízo – dele pretendendo extrair consequências jurídicas – tem o encargo de demonstrar a veracidade de tal fato. Daí a máxima latina *allegatio et non probatio quae non allegatio*.

É essa a norma do artigo 333 do Código de Processo Civil, o qual impõe, como regra de julgamento, que o juiz verifique se o autor desincumbiu-se de provar os fatos constitutivos do direito alegado e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Verifica-se, que os ônus representam uma espécie de *força motriz* do procedimento ou, no dizer de EDUARDO COUTURE, representam uma verdadeira ameaça à parte, impelindo-a a praticar o ato, impulsionando, com isso, o processo para o seu fim¹⁶.

Sob essa perspectiva, o ônus da prova da sociedade de fato recairá sobre aquele que vier a invocar seu reconhecimento em juízo. Pode ser o autor, como, por exemplo, numa demanda que tenha por objeto o reconhecimento e a dissolução da sociedade de fato, com a consequente apuração de haveres¹⁷. Ou pode ser o réu, interessado em valer-se desse argumento em sua defesa, para demonstrar, por exemplo, a ausência de descumprimento de determinada obrigação contratual. Ou, ainda, pode ser um terceiro, que, para demonstrar a presença de interesse jurídico para intervir em determinada demanda *inter alios*, afirma deter sociedade de fato com uma das partes, sociedade essa a quem interessaria a questão objeto do processo.

o tema, vide, por todos, FLÁVIO LUIZ YARSELL, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo: Malheiros, 2009.

16 *Fundamentos do direito processual civil*, Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, pp. 121-122. Também CALAMANDREI anota “*la grande ingegnosità psicologica colla quale funziona, in tutta la dinamica del processo, ma specialmente in quella probatoria, quel meccanismo tipico del liberalismo processuale che è l'onere: per mezzo del quale la parte è parte responsabile della sua sorte processuale, ed è lasciata libera di modificare colla propria attività o di lasciare invariata alla propria inerzia la propria situazione giuridica nel processo*” (“Il processo come giuoco”, *Rivista di diritto processuale*, Pádua, v. 5, parte I, 1950, p. 46).

17 Veja-se o seguinte exemplo da situação acima descrita: “Empresarial. Sociedades comerciais com identidade nomenclatural e que operam em áreas específicas para atender a um objetivo comum. Caracterização de grupo societário de fato. Saída de sócia minoritária formalmente ligada, por contrato social, a uma das sociedades. Apuração de haveres que deve levar em conta a relação da sócia com o grupo empresarial. 1. Partilhando as sociedades comerciais o mesmo elemento nuclear do nome “Approach”, estando sediadas no mesmo local, desenvolvendo atividades específicas e complementares com um propósito comum e possuindo controle único, caracteriza-se um grupo empresarial de fato em atenção à teoria da aparência. 2. Havendo a retirada de uma das sócias do grupo societário, necessário que se faça a apuração de seus haveres abrangendo a parte do grupo empresarial em que atuava, porém observando-se o percentual de sua cota de participação no capital. Provimento parcial do recurso.” (TJ-RJ, 6ª Câmara Cível, Apelação cível nº 2007.001.11168, Rel. Elton Leme, j. 27.06.2007).

São tantas e tamanhas as possibilidades de que a existência de uma sociedade de fato venha a ser objeto de prova no processo que fica impossível estabelecer de antemão a quem compete o ônus de produzir tal prova. Evidentemente, a prova interessará àquele a quem aproveitar o reconhecimento da sociedade de fato.

Não se pode descartar, todavia, que o próprio magistrado venha a determinar a realização de atividade probatória destinada à verificação da existência ou inexistência de uma sociedade de fato ou de qualquer aspecto de seu fundamento. Essa ideia encontra fundamento não só nos reconhecidos poderes instrutórios do órgão julgador (CPC, art. 130), mas também no fato de que o resultado do processo, ou seja, a sua efetividade interessa ao Estado. Nesse sentido, ainda que a inércia das partes interessadas não impeça o julgamento (dada a proibição do *non liquet*), é inegável, nesses casos, o prejuízo ao processo, tendo em vista que a prolação de uma decisão com base em quadro probatório deficiente apenas atende à finalidade de composição do conflito (escopo social), mas não à de *justa* composição do conflito (escopos jurídico ou magno). Daí o reconhecimento dos poderes instrutórios do magistrado nesse âmbito¹⁸.

3.2. OBJETO DA PROVA

Tradicional lição é aquela segundo a qual o objeto da prova nada mais é do que o conjunto dos fatos da causa, os quais compõem o *thema probandum*.

Moderna doutrina, no entanto, critica esse tipo de perspectiva, ao salientar, como faz CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que “o objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos (...). O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”¹⁹.

As características necessárias do fato probando são, portanto, a sua *controvérsia* (se não houver controvérsia, a prova não é necessária) e a sua *relevância* (deve haver alguma conexão entre o fato a ser provado e a causa de pedir ou a defesa).

No que diz respeito frequente a *alegação* d apresentam no que diz da prova para a demo

Ainda no entend depende sempre da ef modificação ou exting

A exemplo do qu aqui também não se p exatamente os element o quadro condizente (

Colhem-se, to jurisprudência, confo

O artigo 305 do revogado pelo Cód caracterização das sc ou não a outros fatos desse tipo de socieda

“Art. 305 – Pr alguém exerci não costumam

Desta natureza

1 – *Negociação*

2 – *Aquisição,*

3 – *Se um dos por uma forma*

4 – *Se duas ou*

5 – *A dissoluçã*

6 – *O empreg livros, fatura,*

18 YARSHHELL, Flávio Luiz, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 50-51.

19 *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, n. 786, p. 57.

20 *Idem*, p. 65.

21 O art. 2045 do CC Comercial.

No que diz respeito ao tema deste estudo, vale destacar que, muito embora frequente a *alegação* de existência de sociedade de fato, muitas dificuldades se apresentam no que diz respeito à seleção de *quais* fatos devem compor o objeto da prova para a demonstração de veracidade ou idoneidade de tal alegação.

Ainda no entender de DINAMARCO²⁰, no plano material, a relevância do fato depende sempre da eficácia que ele possa ter para a constituição, impedimento, modificação ou extinção do direito alegado pelo autor.

A exemplo do que ocorre com relação ao ônus da prova da sociedade de fato, aqui também não se pode definir de antemão, como numa receita culinária, quais exatamente os elementos que, uma vez reunidos, comporiam inquestionavelmente o quadro condizente com a existência de uma sociedade de fato.

Colhem-se, todavia, alguns critérios elencados na legislação e na jurisprudência, conforme se passa a tratar adiante.

O artigo 305 do antigo Código Comercial (Lei nº 556/1850), parcialmente revogado pelo Código Civil²¹, elencava uma série de elementos para a caracterização das sociedades de fato empresariais, de modo que, agregados ou não a outros fatos e alegações, poderiam servir como roteiro para a prova desse tipo de sociedade. Com efeito, assim dispunha o referido dispositivo:

“Art. 305 – Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.

Desta natureza são especialmente:

1 – *Negociação promíscua e comum.*

2 – *Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum.*

3 – *Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública.*

4 – *Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum.*

5 – *A dissolução da associação como sociedade.*

6 – *O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais.*

20 *Idem*, p. 65.

21 O art. 2045 do Código Civil tornou sem efeito toda a Parte Primeira (arts. 1º a 456) do Código Comercial.

7 – O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social.

8 – O uso de marca comum nas fazendas ou volumes.

9 – O uso de nome com a adição – e companhia.”

Apesar de revogado, verifica-se que o dispositivo em questão traz parâmetros úteis para a identificação dos fatos e condutas que, somados a outros elementos de prova, podem auxiliar na formação de um quadro probatório condizente com a existência de uma sociedade de fato.

Ao lado dos parâmetros do revogado artigo 305 do Código Comercial, pode-se elencar também a denominada *affectio societatis*, conceito de há muito conhecido e bastante utilizado em doutrina e jurisprudência.

Embora não se desconheça que, para muitos, se trata de um conceito ultrapassado²², o fato é que a *intenção* das partes no sentido de formar uma organização societária, ainda que ela não venha a ser posteriormente concretizada, também é útil na identificação da existência ou não de uma sociedade de fato, desde que, igualmente, tal elemento de prova (*affectio*) seja somado a outros existentes.

Os críticos da noção de *affectio societatis* preferem conferir ênfase ao elemento *fim comum* ou *fim social*, em lugar do ato volitivo ou da manifestação da intenção das partes. Em suma, entendem que a *finalidade* é mais importante do que a *intenção*.

De qualquer forma, esse pode ser mais um critério tendente à identificação da sociedade de fato, critério esse consistente no reconhecimento de um negócio jurídico, muitas vezes plurilateral, com um *fim comum*, ou seja, um objetivo convergente ao qual a organização societária se dedica.

A essas características somam-se outras geralmente presentes em qualquer organização societária, tais como (i) a comunhão de interesses, (ii) o exercício regular e conjunto de atividades corriqueiras ligadas a um fim comum e (iii) o fato de que terceiros (clientes, fornecedores, etc.) reconheçam aquela união de esforços como uma verdadeira sociedade de natureza empresária.

22 Veja-se, nesse sentido, VALLADÃO, Erasmo e Adamek, Marcelo Vieira von. “*Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social””, in VALLADÃO, Erasmo, Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 27-68.

Enfim, a jurisprudência notadamente aqueles de situações que, sor sociedade de fato, ta terceiros em que co utilização de uma de de cartão de crédito o negócio” em correspo terceiros; contratação

3.3. MEIOS E

O ordenamento à disposição das part Com efeito, podem lícitos, bem como os (CPC, art. 332 e CC

Trata-se de asq reconhecido e entend para a demonstraçã ou defesa ou (ii) o d magistrado a propósi de que se disponha²⁴.

Observa-se, poi dos direitos de ação contraditório (Const

Se o direito à pr todos os meios de prova

23 Exemplo de acórdã “Sociedade comerc o reconhecimento – Solução que se m – Preliminares afast 88.064-4/0, Rel. Cé

24 Cfr. TARUFFO, Michi Pádua, CEDAM, ja

25 Nesse sentido, YAR! autônomo à prova,

Enfim, a jurisprudência, em linha com os parâmetros estabelecidos acima, notadamente aqueles do antigo Código Comercial, também traz exemplos de situações que, somadas a outros elementos, auxiliam na configuração da sociedade de fato, tais como: envio e recebimento de correspondências de terceiros em que constam pedidos, notas fiscais e recibos de fornecedores; utilização de uma denominação social, ainda que não registrada; contratação de cartão de crédito corporativo; utilização das expressões “nossas lojas”, “nosso negócio” em correspondências; celebração conjunta de negócios jurídicos com terceiros; contratação de empregados, *etc*²³.

3.3. MEIOS DE PROVA

O ordenamento jurídico vigente não restringe os meios de prova colocados à disposição das partes para a demonstração da idoneidade de suas alegações. Com efeito, podem valer-se os interessados de todos os meios de prova lícitos, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei (CPC, art. 332 e CC, art. 212).

Trata-se de aspecto do denominado *direito à prova*, que vem sendo reconhecido e entendido como (i) o direito de empregar *todos os meios disponíveis* para a demonstração da verdade dos fatos em que se funda uma pretensão ou defesa ou (ii) o direito de influir sobre a formação do convencimento do magistrado a propósito dos fatos da causa *por todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha*²⁴.

Observa-se, pois, que o direito à prova é um desdobramento necessário dos direitos de ação e de defesa, no contexto do devido processo legal e do contraditório (Constituição da República, art. 5º, incs. LIV e LV)²⁵.

Se o direito à prova compreende, em seu conteúdo, o direito à utilização de *todos os meios de prova de que se disponha* – desde que lícitos e moralmente idôneos

23 Exemplo de acórdão em que alguns desses parâmetros foram utilizados é aquele assim ementado: “Sociedade comercial de fato – Reconhecimento de existência – Ação julgada procedente, com o reconhecimento da participação societária da autora na proporção de 50% do capital social – Solução que se mostra em conformidade com conjunto probatório – Inexistência de nulidades – Preliminares afastadas – Recurso improvido.” (TJ-SP, 8ª Câmara Dir. Privado, Apelação Cível nº 88.064-4/0, Rel. César Lacerda, j. 28.07.1999, v.u.).

24 Cfr. TARUFFO, Michelle, “Il diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, Pádua, CEDAM, janeiro/março-1984, pp. 75 e 106.

25 Nesse sentido, YARSELL, Flávio Luiz, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 210-211.

²⁴ *Affectio Societatis*:
de “fim social”, in
São Paulo: Malheiros,

–, então não parece correta a ideia de se restringir a prova da sociedade de fato àquela exclusivamente documental, como pretendeu fazer a legislação civil.

Como acima mencionado, o artigo 987 do Código Civil estabelece que “os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade (...)”. Ou seja, o dispositivo em questão limita a prova da existência da sociedade de fato por parte dos sócios, nas relações entre si ou com terceiros, àquela exclusivamente documental.

Não é novidade do legislador de 2002 essa restrição legal quanto à possibilidade de utilização de qualquer meio de prova para evidenciar a existência da sociedade de fato pelos sócios. Com efeito, o artigo 1.366 do Código Civil de 1916 também dispunha que “nas questões entre os sócios a sociedade só se provará por escrito, mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo”.

A razão para tal preceito só pode ser a de que a lei pretende coibir a adoção de situações como essa, de informalidade e ausência de registro nos órgãos públicos competentes. Daí o rigor dos dispositivos acima mencionados, tanto o vigente art. 987, quanto o antigo art. 1.366 do Código Civil de 1916²⁶.

Não obstante, desde a vigência do antigo Código Civil, a jurisprudência – sobretudo a do Superior Tribunal de Justiça – vem adotando temperamentos em relação a tal regra. Tem-se notícia de acórdãos que, reiteradamente, vinham admitindo a utilização de quaisquer meios de prova para demonstrar a existência da sociedade de fato, notadamente a prova oral²⁷.

26 Segundo comentários do Código Civil coordenado pelo Min. Cesar Peluzo, essas limitações impostas aos sócios representam uma resposta à sua situação de irregularidade, pois, não se tendo, em razão da omissão dos próprios sócios, operado a aquisição da personalidade jurídica, deverão eles suportar o ônus dessa opção (PELUSO, Cesar (coord.), *Código Civil Comentado*, 4ª Ed, Barueri:Manole, 2010. p. 989).

27 Nesse sentido, confirmam-se os acórdãos assim ementados: “Comercial e Civil – Ação de Reconhecimento de sociedade de fato – Pedido de dissolução – Contrato escrito inexistente. I – A falta de documento escrito, comprobatório da existência de sociedade, constitui irregularidade, contudo, não desnatura a capacidade processual de um dos sócios a postular em Juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio, em poder dos demais. Tal restituição se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes. II. Incidência do dispositivo na súmula nº 07, do STJ. III – Recurso não conhecido.” (STJ, 3ª Turma, REsp 43.070-SP, Min. Waldemar Zveiter, DJ 13.06.1994, p. 15105, RSTJ 65/441); “Sociedade de fato. Aquisição conjunta de gado Vacum. Prova da Existência. Art. 1.366 do Código Civil. Cuidando-se de verdadeira comunhão de fato, é ela suscetível de demonstração através de todos os meios de prova permitidos em direito. Recurso Especial não conhecido.” (STJ, 4ª Turma, REsp 45.858-SP, Min. Barros Monteiro, DJ 10.10.1994, p. 27176, LEXSTJ vol. 67/178 e RSTJ 69/442); “Comercial. Sociedade de fato. Reconhecimento. Farta produção de provas. Reconhecimento. Afastamento do pedido. Súmula 07. Integralização do capital social. Inaplicável o Dec. 3.708/19. – Em sede de Recurso Especial não se reexamina prova. – Em sociedade de fato, em que não existe estatuto, não há como falar em integralização do capital social.” (STJ, 3ª Turma, REsp 252.861-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01.09.2005).

Essa orientação da federação. Embora no 987 do Código Civil, sobretudo o de São P

28 “Apelação cível. So prescritos no artigo do Superior Tribunal de Justiça e os princípios sua existência não solução que se apr No entanto, diante haveres, após a pre de sentença, na fon autos, mínima pro relação entre as pa as partes, pois, em seu respectivo regi do apelante e da aj parte autora ser res já dito, será quanti entre as partes litiga personificada exer em liquidação de Rel. Des. Guaraci (29 “Agravamento de instr Comprovação ape Código Civil. Inad de se aguardar a pi jurídica do pedid apreciação. Agrav 990.10.087084-0, “Exclusão de sóci sociedade. Ausênc Apelo desprovido. Natan Zelinschi de “Declaratória de Improcedência. A Documentos apres mantida – Recurs -88.2010, Rel. Des “Civil. Apelação prestação de servi intuito de receber dos apelados. Rec Esbulho configura As denominadas sociedades sem re mas não são pess seus atos constitu sócios, nas relação sociedade comum admitido em direi proprietário permi em relação ao pr

Essa orientação não encontrou, todavia, acolhida em todos os tribunais da federação. Embora colham-se acórdãos em que o rigor da norma contida no 987 do Código Civil tenha sido mitigado²⁸, alguns Tribunais de Justiça, sobretudo o de São Paulo, ainda se mostram presos à literalidade do texto legal²⁹.

28 *"Apelação cível. Sociedade de fato. Ação de dissolução c/c indenizatória. 1. Ao que pesem os ditames prescritos no artigo 987 do Código Civil, a jurisprudência, com base no entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, pacificou a sua correta interpretação, isso, seguindo os preceitos de justiça e os princípios gerais do direito, decidindo que, tratando-se de sociedade de fato, a prova de sua existência não está limitada àquelas de natureza documental. 2. A dissolução da sociedade é a solução que se apresenta a fim de se encerrar as divergências e atritos que existem entre todos. 3. No entanto, diante da falta de cláusula contratual estabelecendo de que forma serão apurados os haveres, após a presente declaração e dissolução da sociedade de fato, cabe apuração em liquidação de sentença, na forma da lei processual. 4. No tocante aos danos morais, verifica-se que não há nos autos, mínima prova de sua ocorrência, onde, na verdade, se verifica descumprimento mútuo na relação entre as partes. 5. Forçoso reconhecer a existência de sociedade sem personificação entre as partes, pois, embora desprovida de personalidade jurídica, por ausência de ato constitutivo e seu respectivo registro no órgão competente, restou comprovada nos autos a atividade conjunta do apelante e da apelada na instalação e desenvolvimento do negócio, sendo, portanto, direito da parte autora ser ressarcida de parte dos prejuízos por tal atividade, ainda que ínfimos, o que, como já dito, será quantificado em liquidação de sentença, posto que é possível que haja compensação entre as partes litigantes. 6. Apelo parcialmente provido para reconhecer e dissolver a sociedade não personificada exercida pelas partes em relação ao 'albergue' e determinar a apuração dos haveres em liquidação de sentença."* (TJ-RJ, 19ª Câmara Cível, Apelação nº 0032762-49.2009.8.19.0002, Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna, j. 29.05.2012).

29 *"Agravo de instrumento. Demonstração da existência de sociedade não personificada. Comprovação apenas através de prova documental. Observância do disposto no art. 987 do Código Civil. Inadmissibilidade da produção de prova testemunhal a respeito. Desnecessidade de se aguardar a produção de provas em audiência para o exame da alegação de impossibilidade jurídica do pedido formulada com lastro no citado art. 987 do CC. Tema que exige pronta apreciação. Agravo provido."* (TJ-SP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.087084-0, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 15.06.2010).

"Exclusão de sócio. Inadmissibilidade. Apelantes não comprovaram que o apelado integrava a sociedade. Ausência de documentação hábil para tanto. Aplicação do artigo 987 do Código Civil Apelo desprovido." (TJ-SP, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 994.09.284161-4, Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, j. 05.08.2010).

"Declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato e apuração de haveres. Improcedência. Aplicação do artigo 987 do Código Civil vigente e do artigo 252 do RITJSP. Documentos apresentados que não se prestam a início de prova da alegada sociedade - Sentença mantida - Recurso não provido." (TJ-SP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0003845-88.2010, Rel. Des. João Pazine Neto, j. 22.02.2011)

"Civil. Apelação cível. a) Ação de dissolução de sociedade de fato. Inexistência. Contrato de prestação de serviços comprovado. Possibilidade de ajuizamento de ação de cobrança, com o intuito de receber os honorários que entende ser devido. b) Matéria possessória. Título precário dos apelados. Recusa em devolver o imóvel ao primeiro apelante após o término do contrato. Ebulho configurado. Condenação em perdas e danos. Conhecimento e provimento do apelo. As denominadas sociedades em comum, ou sociedade irregulares, ou sociedades de fato ou sociedades sem registro têm natureza de sociedade, por que nelas se identifica a affectio societatis, mas não são pessoas jurídicas, pois adquirem personalidade jurídica quando da inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio e na forma da lei (artigo 45 do Código Civil). Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade comum, o que não ocorre com os terceiros que podem prová-la de qualquer modo admitido em direito, provas testemunhais, correspondências, dentre outras formas. O fato de o proprietário permitir ao possuidor a morada no imóvel não gera direito de posse ao favorecido, em relação ao proprietário. Ebulho fundado na inobservância do prazo para desocupação do

Como poderou LEONARDO GRECO, em matéria de prova, sempre existirá uma margem ineliminável de arbítrio, especialmente, na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal, que pode redundar e efetivamente redundar em frequentes injustiças. Por outro lado, as *exclusões* e regras de avaliação, muitas vezes, em vez de coibir o arbítrio, acabam por favorecê-lo, dificultando a investigação da realidade objetiva³⁰.

Por isso é que, a despeito do que dispõe o artigo 987 do Código Civil, não se deve excluir, de antemão, qualquer meio de prova para a demonstração da existência ou não de uma sociedade de fato. Pode, inclusive, o julgador valer-se de indícios e regras de experiência, os quais, juntamente com outros elementos de prova, são tendentes a compor um quadro probatório condizente com a conclusão pela existência de uma sociedade de fato, ainda que se prescindindo da prova documental.

Com efeito, a informalidade é nota característica da sociedade de fato, quer no tocante à sua constituição, quer quanto aos atos praticados por seus sócios ou mesmo à relação da sociedade com terceiros. Por tal motivo, nesses casos, é frequente a impossibilidade de produção de prova cabal, sobretudo a documental e pré-constituída.

Daí porque tem-se admitido as chamadas provas indiretas, dentre as quais a indiciária, fundadas na premissa de que nem tudo pode ser percebido e apreendido diretamente.

Muito se discute acerca da idoneidade da prova indiciária como elemento de convicção do magistrado. Todavia, nem sempre o fato do qual decorre a consequência jurídica pretendida pode ser submetido à prova direta e, quando isso acontece, a parte pode realizar prova dos fatos *secundários* ou *circunstanciais*, que são os *indícios*, dos quais se infere a existência e o modo de ser do fato principal³¹.

Essa observação é especialmente válida para os casos em que, pela própria característica do direito material discutido em juízo, a prova direta se mostra de difícil ou impossível realização, o que é particularmente verdadeiro nas demandas em que se visa ao reconhecimento de sociedades de fato, dada a informalidade que permeia tal espécie de organização societária.

BARBOSA MORE
situação, ao afirmar q
o depoimento de uma te
Enquanto, porém, o de
o indício, repita-se, já
final; mas um ponto, se
do documento ou do de
de partida, em confron
prova documental ou t

Como dito, en
acontecer em demanc
o magistrado partir
chegar à convicção so

Entende-se por
integrado ao seu univ
vivência – de fatos repe
resultados³³.

Desse modo, p
item 3.2, *supra* (com
Código Comercial)
impede que o magis
entre as partes de un
tal como exige o arti

Assim, não se e
de prova quando a m
de fato. Aqui o que v
dos fatos, quaisquer
– se aplicados com

- 32 “As presunções e a
1988, p.59.
33 FABRÍCIO, Adroaldo I
à Professora Ada P
São Paulo : DPJ, 21
34 Nesse sentido, val
baseado exclusiva
uso, pelo julgador,
ao fim e ao cabo,
outros elementos c
elas o seu juízo q

*imóvel. Indenização por perdas e danos, devida a partir do ato ilícito.” (TJ-RN, 1ª Câmara Cível,
– Apelação nº 2007.006669-0, Rel. Des. Francimar Dias, j. 19.06.2008).*

30 “O conceito de prova”, in *Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas
Dirceu Moniz de Aragão* (coord. LUIZ GUILHERME MARINONI), São Paulo: RT, p. 374.

31 Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. II, São Paulo:Saraiva, p. 195

BARBOSA MOREIRA reconhece a importância dos indícios nesse tipo de situação, ao afirmar que *“o que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não ainda o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o Juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. O indício, para resumir, é o ponto de partida, em confronto com a presunção e, é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal”*³².

Como dito, em situações de escassez de provas diretas – como sói acontecer em demandas que discutem a existência de sociedades de fato –, pode o magistrado partir de indícios e regras de experiência (CPC, art. 335) para chegar à convicção sobre a realidade da relação jurídica existente entre as partes.

Entende-se por regras de experiência *“aquelas que o magistrado, como homem integrado ao seu universo cultural, terá induzido da observação – ou mesmo da vivência – de fatos repetidos que costumam invariavelmente conduzir a determinados resultados”*³³.

Desse modo, partindo-se de alguns elementos fáticos mencionados no item 3.2, *supra* (como, por exemplo, os parâmetros do revogado art. 305 do Código Comercial) e aplicando ao caso concreto regras de experiência, nada impede que o magistrado conclua pela existência de uma sociedade de fato entre as partes de um processo judicial, sem que, para tanto, haja prova escrita tal como exige o artigo 987 do Código Civil.

Assim, não se exclui do campo de cognição do magistrado qualquer meio de prova quando a matéria discutida diz respeito à existência de uma sociedade de fato. Aqui o que vale é a utilização de meios adequados e suficientes à prova dos fatos, quaisquer que sejam eles. Até mesmo indícios e regras de experiência – se aplicados com cautela³⁴ e dentro dos limites legais – constituem meios

32 *“As presunções e a prova”*, in *Temas de direito processual civil*, 1ª série, 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1988, p.59.

33 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *“Fatos notórios e máximas de experiência”*, in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (coord. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo : DPJ, 2005. p. 435.

34 Nesse sentido, vale a advertência de ADROALDO FURTADO FABRÍCIO: *“o convencimento judicial, baseado exclusivamente em tais bases, supõe sempre uma cautela extrema por parte do juiz. O uso, pelo julgador, das máximas de experiência na formação do seu convencimento baseia-se, ao fim e ao cabo, em meras probabilidades estatísticas, servindo-lhes estas antes para reforçar outros elementos de convicção, ou para debilitá-los, do que para construir exclusivamente sobre elas o seu juízo quanto aos fatos.”* (idem, p. 437).

aptos a chegar a uma convicção o mais próximo possível da realidade sobre o que efetivamente ocorreu entre os personagens do processo.

Em síntese, limitar os meios de prova à disposição das partes para a demonstração da existência de uma sociedade de fato seria negar o direito à prova e, com isso, infringir os direitos de ação, defesa e as garantias do contraditório e do devido processo legal.

3.4. PROVA SUFICIENTE

Embora indubitavelmente mais utilizado no processo penal, o conceito de *prova suficiente* também demonstra utilidade para o processo civil, sendo especialmente relevante no respeito à prova da sociedade de fato empresarial.

No âmbito do processo penal, exige-se “prova suficiente” para a condenação, de sorte que o réu somente será condenado se forem cabalmente demonstradas a autoria do delito e, na maior parte dos casos, a presença do elemento subjetivo traduzido pelo dolo ou culpa do agente³⁵.

No que diz respeito ao processo civil, o conceito de suficiência da prova ganha contornos diferentes: aqui, prova suficiente não diz respeito à demonstração cabal e indene de qualquer questionamento sobre a ocorrência de determinado fato. Não se exige a certeza plena, mas tão somente um quadro probatório coerente e condizente com um razoável grau de probabilidade.

Como bem esclarece DINAMARCO, “nunca os encargos probatórios devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos. Considera-se cumprido o ônus probandi quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do homo medius, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis (...) Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana. O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória segurança para julgar estaria com muito mais frequência praticando injustiças do que fazendo justiça”³⁶.

35 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999, v. III, p. 236.

36 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. v.3. 2003. p. 81.

Em razão da ir prova de sua existênc sócios terão formaliz a informalidade ditou seja em relação a tero

Por isso é que a condizente com a prój discutida em juízo.

Dentre os critér o mais importante de do direito material e que ditarão ao magis o grau de probabili provado ou não³⁷.

Mas a isso se po prova documental a c Qualquer meio idôn conforme critérios d caso concreto – acerc

4. CONCLUS

De tudo o quan pontuais:

1. Societa atos coi persona atos coi

37 SILVEIRA, Daniel Cou dos juízos de fato n de Direito da Univi

38 Sobre o tema, veja só poderiam ser pi do instituto e exalti possuem bens em prova a sua disposi 1.366 do Código C sociedade.” (STJ, 3º

Em razão da informalidade de que se reveste a sociedade de fato, a prova de sua existência dificilmente será cabal e abundante. Dificilmente os sócios terão formalizado a organização societária por um contrato escrito. Se a informalidade ditou a relação entre os sócios, é provável que assim também seja em relação a terceiros.

Por isso é que a prova da sociedade de fato deve, antes de mais nada, ser condizente com a própria realidade em que inserida a relação de direito material discutida em juízo.

Dentre os critérios utilizados para concluir sobre a suficiência da prova, o mais importante deles é, sem dúvida, o que leva em conta as peculiaridades do direito material e do bem jurídico a ser protegido. São esses os critérios que ditarão ao magistrado o grau de suficiência da investigação, ou seja, qual o grau de probabilidade que se exige para entender determinado fato como provado ou não³⁷.

Mas a isso se pode chegar por qualquer meio de prova e não somente pela prova documental a que alude a primeira parte do art. 897 do Código Civil³⁸. Qualquer meio idôneo será, portanto, capaz de propiciar prova suficiente – conforme critérios de probabilidade que só podem ser examinados à luz do caso concreto – acerca da existência ou não de uma sociedade de fato.

4. CONCLUSÕES

De tudo o quanto se expôs, podem ser extraídas as seguintes conclusões pontuais:

1. Sociedade de fato empresarial é aquela que não tem seus atos constitutivos registrados nos órgãos *competentes*. Como a personalidade jurídica inicia-se com o registro e arquivamento dos atos constitutivos, esse tipo de sociedade empresarial não detém

37 SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, pp. 275-279.

38 Sobre o tema, veja-se o seguinte excerto de acórdão: "(...) Admitir-se que as sociedades de fato só poderiam ser provadas mediante documento escrito implicaria esvaziar a própria definição do instituto e exaltar o enriquecimento sem causa, pois se passaria a aceitar que indivíduos que possuem bens em comunhão não teriam o direito de reivindicá-los um dos outros, se a única prova a sua disposição for de natureza documental. Conforme lição de Carvalho Santos, o artigo 1.366 do Código Civil visa apenas às ações cuja causa de pedir se funde no próprio contrato de sociedade." (STJ, 3ª Turma, REsp nº 178.423-GO Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.06.2000).

- personalidade jurídica, razão pela qual é conhecida por sociedade irregular, não personificada ou de fato;
2. Existe uma grande dificuldade o que diz respeito à prova da existência das sociedades de fato de natureza empresarial, dificuldade essa decorrente da informalidade de que são revestidas tais organizações societárias;
 3. Na maioria dos casos, a constituição da sociedade de fato empresarial nasce da vontade consciente seus constituintes, os quais, em busca de menos burocracia e, objetivando furtrar-se a exigências legais, ou mesmo com o fim de prejudicar terceiros, optam por operar sob essa condição irregular.
 4. Há, também, situações em que a sociedade empresária nasce regular e atende a todos os requisitos legais para a sua existência, adquirindo personalidade jurídica própria, mas, por alguma razão, no decorrer da sua existência, perde tal personalidade jurídica, tornando-se uma sociedade irregular ou de fato;
 5. Pode ocorrer, ainda, que a sociedade de fato surja inconscientemente, por uma série de atos, práticas e situações levadas a efeito pelas partes envolvidas, as quais passam a realizar negócios jurídicos em comum, que acabam por desnaturar-se de suas originais finalidades para convergir para uma situação de sociedade. Em muitos desses casos, os sujeitos envolvidos disciplinam sua relação jurídica por negócios jurídicos celebrados sob outras denominações e de naturezas diversas, mas, em realidade, agem como se formassem uma sociedade regular, sem, contudo, dar cabo à exigência legal de promover seus atos constitutivos e o conseqüente arquivamento;
 6. O reconhecimento da existência de uma sociedade de fato gera conseqüências jurídicas relevantes em diversos campos, tais como o da limitação da responsabilidade dos sócios, o da capacidade processual, o da legitimidade para intentar demandas e o das relações e negócios jurídicos estabelecidos entre a sociedade e terceiros;
 7. Ônus da prova é o encargo que cada parte tem de provar no processo os fatos que alega ou, simplesmente, os fatos de
8. Sob essa sobre ac podendo
 9. São mui de fato pode, de prova. E o reconl
 10. Muito de fato, à seleçã demons
 11. Colhen para a e da socie do Cód *affectio*. seja, un dedica,
 12. O orde prova c da idoi os inter moraln
 13. O artig do Cóc *si ou co. sociedau* existên entre si
 14. Porém, - vem :

ecida por sociedade

espeito à prova da
reza empresarial,
que são revestidas

sociedade de fato
constituintes, os
quando furtar-se a
judicar terceiros,

empresária nasce
sua existência,
alguma razão,
idade jurídica,

nscientemente,
a efeito pelas
jurídicos em
is finalidades
muitos desses
jurídica por
ações e de
formassem
cia legal de
uivamento;

de fato gera
tais como
capacidade
e o das
iedade e

tovar no
atos de

seu interesse, sob pena de ter de se sujeitar às consequências desfavoráveis decorrentes da sua inércia;

8. Sob essa perspectiva, o ônus da prova da sociedade de fato recairá sobre aquele que vier a invocar seu reconhecimento em juízo, podendo ser o autor, o réu ou mesmo um terceiro interveniente;
9. São muitas as possibilidades de que a existência de uma sociedade de fato venha a ser objeto de prova no processo. Por isso, não se pode, de antemão, fixar a quem compete o ônus de produzir tal prova. De todo modo, a prova interessará àquele a quem aproveitar o reconhecimento da sociedade de fato;
10. Muito embora frequente a *alegação* de existência de sociedade de fato, muitas dificuldades se apresentam no que diz respeito à seleção de *quais* fatos devem compor o objeto da prova para a demonstração de veracidade ou idoneidade de tal alegação;
11. Colhem-se na legislação e na jurisprudência alguns critérios para a seleção dos elementos de prova úteis ao reconhecimento da sociedade de fato, a saber: parâmetros do revogado artigo 305 do Código Comercial (Lei nº 556/1850), a presença da chamada *affectio societatis*, a identificação de um *fim comum* ou *fim social*, ou seja, um objetivo convergente ao qual a organização societária se dedica, dentre outros;
12. O ordenamento jurídico vigente não restringe os meios de prova colocados à disposição das partes para a demonstração da idoneidade de suas alegações. Com efeito, podem valer-se os interessados de todos os meios de prova lícitos, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei;
13. O artigo 987 do Código Civil, a exemplo do que previa o art. 1366 do Código Civil de 1916, estabelece que “*os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade (...)*”. Ou seja, o dispositivo em questão limita a prova da existência da sociedade de fato por parte dos sócios, nas relações entre si ou com terceiros, àquela exclusivamente documental;
14. Porém, a jurisprudência – sobretudo a do Superior Tribunal de Justiça – vem adotando temperamentos em relação a tal regra, de modo a

- admitir a utilização de quaisquer meios de prova para demonstrar a existência da sociedade de fato, notadamente a prova oral;
15. Não se deve excluir, de antemão, qualquer meio de prova para a demonstração da existência ou não de uma sociedade de fato. Pode, inclusive, o julgador valer-se de indícios e regras de experiência, os quais, juntamente com outros elementos de prova, são tendentes a compor um quadro probatório condizente com a conclusão pela existência de uma sociedade de fato, ainda que se prescindindo da prova documental.
 16. Para o processo civil, a suficiência da prova equivale a um quadro probatório coerente e condizente com um razoável grau de probabilidade, mas não de certeza;
 17. Dentre os critérios utilizados para concluir sobre a suficiência da prova, o mais importante deles é o que leva em conta as peculiaridades do direito material e do bem jurídico a ser protegido. São esses os critérios que ditarão ao magistrado o grau de suficiência da investigação, ou seja, qual o grau de probabilidade que se exige para entender determinado fato como provado ou não.
 18. E a isso se pode chegar por qualquer meio de prova e não somente pela prova documental a que alude a primeira parte do art. 897 do Código Civil. Qualquer meio idôneo será, portanto, capaz de propiciar prova suficiente – conforme critérios de probabilidade reveláveis à luz do caso concreto – acerca da existência ou não de uma sociedade de fato de natureza empresarial.

A DESCONFIANÇA DIREITO F

1. INTRODUÇÃO

Está assente na jurisprudência de se declarar a desconfiança de uma ação especial incidente do processo.

Não se admite, para a parte, nem que quaisquer sejam os contra-

Lembra, a propósito, dos bens do sócio “direta responsabilidade for exigível “título específico em ação própria”³.

Em nenhuma executiva em seu país, portanto, que diante de um *contraditório*, como é o direito pode ter atingido sem que a lei lhe assu-

1 “A aplicação da teoria autônoma para tal, no próprio processo para que o ato de fraude à lei ou 19.08.2003, DJU 1 (COMPARATO, Fát. anônima. 4.ed., f. Execução civil. 5 TJSJ, 29ª Câmara. Di Rev. de Direito Ba Instrumento. Cumprido declarar a desconfiança, não se e o devido processo 3 GRECO, Leonardo