

SYLVIO MARCONDES
Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

PROBLEMAS
DE
DIREITO MERCANTIL

(2.^a Tiragem)

1970

MAX LIMONAD
Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUA, 191 — 2.^o
SÃO PAULO — BRASIL

são próprios, os quais permanecem considerados como atividade civil, isenta das sujeições impostas aos empresários comerciais. Pareceu prematuro proceder de modo diferente, dada a heterogeneidade das condições ainda ocorrentes na extensão continental de nosso território, mas, firmado o conceito, fica lançada a semente de instituto que o futuro poderá fazer desenvolver, de acôrdo com o progresso do País.

Ao contrário, para o empresário comercial, além das regras componentes dos institutos complementares, sistematizadas no título III do anteprojeto, êste cria a obrigatoriedade de inscrições, averbações e publicidade, de certos atos essenciais ao exercício da atividade, delas dispensando, entretanto, os que considera pequenos empresários.

Cogita, em seqüência, da capacidade de agir das pessoas, em relação às atividades mercantis, adaptando-a aos preceitos do anteprojeto de código civil, especialmente quanto aos menores e aos empresários casados. E tendo em vista o interesse econômico e nacional, na preservação da continuidade das empresas, disciplina o prosseguimento de atividades interrompidas por morte ou por interdição do empresário.

7 — Da sociedade.

O nosso código civil conceitua a sociedade como acôrdo de vontades entre as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns. Com tal generalização, inspirada pelo código de obrigações suíço, exclui, na observação do comercialista *Carvalho de Mendonça*, fundado no Digesto, a preocupação interesseira, voltando-se à noção romana, que, nas relações dos sócios entre si, reconhecia a fraternidade. E, assim, estabeleceu, no respectivo capítulo, normas indiferentes à natureza dos fins sociais, que só levou em conta ao regular a destinação dos bens remanescentes da liquidação, e onde distinguiu a associação, de intuitos não econômicos, da sociedade, de fins econômicos.

Os trabalhos de projetamento de reforma dos códigos nacionais conduziram a método diverso, em função da própria natureza jurídica dos diferentes ajustes societários. O anteprojeto de código civil tomou a seu cargo as associações, consideradas *ato de união* e organizadas para fins não lucrativos. Ao anteprojeto de código de obrigações cabem as sociedades, cuja fonte se situa no *contrato*, pelo qual se organiza exercício de uma atividade econômica.

Neste, porém, não obstante sua natureza contratual, a sociedade se coloca fora do título reservado às “espécies de contrato”, e vem para êste anteprojeto parcial, como matéria componente “da atividade negocial”, posta ao lado da que trata do empresário. As mesmas razões, antes apontadas, a explicar a divisão da matéria no anteprojeto, bastariam para justificar o critério. Contudo, outros motivos separam a sociedade dos demais contratos. Primeiro, porque o elemento intencional, presente em todo negócio jurídico, toma, no caso, a subjetividade singular da *affectio societatis*, que ao *intuitus pecuniae*, comum nos contratos onerosos, acrescenta um especial e típico *intuitus personae*. Segundo, porque as relações contratuais não ficam restritas ao âmbito dos contratantes e dão origem a obrigações, ora diretas, ora subsidiárias, entre êstes e terceiros estranhos ao contrato. Terceiro, porque, mais do que isso, considerada a doutrina, já acima referida, da concepção do ato jurídico como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos, a sociedade, na maioria dos casos, não é apenas *ato-subjetivo*, de efeitos limitados aos instituidores, mas *ato-regra*, de natureza corporativa, extensível a futuros participantes. Quarto, porque, além de tudo, invadindo o patrimônio individual dos sócios, a sociedade arquiteta um patrimônio especial e, quando se personifica, com êle dota nôvo sujeito de direito, em que se converte, por um verdadeiro fenômeno de transsubstanciação.

O anteprojeto firma o conceito de sociedade com os dois elementos objetivos que o integram, a contribuição dos sócios em bens ou serviços e a sua participação nos resultados, e o

complementa com o requisito do exercício de uma atividade econômica, embora admitindo que a atividade se reduza à realização de um ou mais negócios determinados. A seguir, decompõe aquêle requisito, a fim de relacionar as sociedades com o conceito de empresário, considerando comerciais as que têm por objeto o exercício de atividade própria dos empresários dessa categoria, e, civis, as demais; com ressalva, porém, de regras particulares, referentes às sociedades por ações e a certas cooperativas. Estabelecida a classificação pelo objeto, determina as formas a serem adotadas, em razão d'êlé ou do tipo de sociedade, resguardados alguns casos especiais.

Finalmente, para completar as disposições gerais concernentes ao instituto, cogita da personalidade jurídica das sociedades. Problema que, no direito comparado, recebe diversificado tratamento legislativo e ainda afflige a doutrina, mas no Brasil encontrou definitiva solução, pioneira no código civil e revigorada no anteprojeto de reforma. A aquisição da personalidade — facultada a tôdas as sociedades — por força e virtude da inscrição, no registro próprio, do ato constitutivo, marca o exato momento natalício do nôvo ser jurídico e permite tratar, com a necessária segurança, as duas fases da sociedade, perante o direito — antes de ser sujeito, e depois que o é. O que conduz êste anteprojeto a dividir o presente título em dois subtítulos, para regular, no primeiro, *as sociedades não personificadas*, e, no segundo, *as sociedades personificadas*.

8 — Sociedade em comum.

O grupo das sociedades não personificadas compreende no anteprojeto, duas espécies: a que denomina *sociedade em comum* e a clássica *sociedade em conta de participação*. Neste tópicó, cuida-se da primeira.

O código de 1850, que, como os do seu tempo, não prima pela clareza em matéria de personificação das sociedades, participa da doutrina que as divide em duas classes — as re-

gulares e as irregulares. Nas primeiras, o contrato social, regularmente registrado, tem eficácia plena, para os sócios ou terceiros, e constitui o suporte das ações de uns contra outros. Nas segundas, por falta do registro, o contrato “não terá validade entre os sócios nem contra terceiros” e, assim, embora aos últimos se reserve o direito de provar, por qualquer meio, a existência da sociedade, esta, para os sócios, na conclusão de *Waldemar Ferreira*, perde o atributo societário, deixa de ser sociedade, contrai-se em mera comunhão de bens e interesses, colocando-se, como tal, no regime do direito comum.

Ora, a sociedade, acôrdo de vontades apto a constituir direitos subjetivos, é negócio jurídico, a produzir efeitos imediatos, de caráter societário e independentes de que ela adquira, ou não, personalidade jurídica. A personificação, fenómeno *posterior*, do qual a *existência* da sociedade é pressuposto, constitui a fonte geratriz de um nôvo sujeito de direito, capacitado a ser titular do patrimônio especial, que, *previamente* composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, se desliga da titularidade dêstes, para transformar-se em patrimônio autônomo, objeto da nova titularidade. Mas, o dito patrimônio especial, preexistindo à personificação da sociedade, é, como tal, complexo das relações jurídicas que a *atividade social* tenha produzido e, por isso mesmo, *relações societárias*, quer entre os sócios, quer dêstes com terceiros.

Por êstes fundamentos, o anteprojeto considera a sociedade, na fase antecedente à personificação, não como um produto bastardo, que, denominado *sociedade de fato*, a lei atual manda viver nos quadros do direito comum, mas perfilhando-a à linhagem societária, no grupo das sociedades não personificadas. Aí, levada em conta a titularidade dos sócios, ainda não desligada do patrimônio especial que lhe serve de sucedâneo, recebe o nome de *sociedade em comum*, regida por preceitos específicos e suprida pelas normas aplicáveis da sociedade simples, cuja estrutura mais adiante se verá.