A SOCIEDADE EM COMUM

Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

Este livro tem por objeto o estudo das então chamadas "sociedades de fato" ou "irregulares", no direito brasileiro anterior e no direito comparado e, bem assim, precipuamente, o estudo da *sociedade em comum* – que veio a substituí-las – no Código Civil de 2002.

A atualidade do tema tratado é flagrante.

O Código Civil de 2002 regrou a sociedade em comum de um ponto de vista estritamente *societário*, inovando completamente a matéria, em comparação com o direito anterior, em que ficava indistinta a configuração do instituto (se sociedade ou comunhão).

Esse regramento alterou de maneira profunda a disciplina das sociedades que exercem suas atividades antes do registro, com a criação de um patrimônio especial ligado à atividade negocial exercida em comum pelos sócios.

A grande maioria da doutrina e da jurisprudência, entretanto, parece não se ter dado conta dessa alteração, reiterando o tratamento que lhes era atribuído anteriormente – sociedades de fato ou irregulares – o "produto bastardo" a que se referiu o mestre Sylvio Marcondes, autor do anteprojeto do Livro II da Parte Especial do novel Código Civil, livro que veio impropriamente a se chamar "Do Direito de Empresa".

O trabalho ora apresentado procura enfocar a *sociedade em comum*, assim, na perspectiva em que o Código Civil atual a colocou – o direito societário – com todas as consequências daí decorrentes, que em muito divergem da visão pretérita. Daí, repita-se, a sua inegável atualidade.

MALHEIROS EDITORES

ISBN 85-392-0166-2

9 788539 201663

A SOCIEDADE EM COMUM • Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França

A SOCIEDADE EM COMUM

CAPÍTULO V

O DIREITO BRASILEIRO ATUAL

1. Classificação do contrato de sociedade no Código Civil de 2002. 2. Conceituação e distinções. 3. Prova da existência da sociedade: 3.1 Nas relações internas; 3.2 Nas relações externas. 4. Regime jurídico: 4.1 A disciplina societária; 4.2 A disciplina do patrimônio e os interesses de terceiros; 4.3 A disciplina da atividade negocial. 5. Casuística. 6. Conclusão.

1. Classificação do contrato de sociedade no Código Civil de 2002

A questão fundamental que se faz necessário dirimir logo de início, para encaminhamento das soluções pertinentes, diz respeito à classificação do contrato de sociedade no Código Civil atual.

O conceito de sociedade emerge do art. 981, que assim reza: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".

O que se indaga, porém, é o seguinte: tal contrato é consensual ou formal, havendo forma específica de que dependa a sua *validade*?[1]

1. Segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, é "consensual o contrato para cuja celebração a *lei* não exige senão o acordo das partes" (...); "contrapondo-se aos consensuais alinham-se de um lado os formais ou solenes, e de outro os reais. Chama-se contrato *solene* aquele para cuja formação não basta o acordo das partes. Exige-se a observância de certas *formalidades*, em razão das quais o contrato se diz, também, *formal*". Tais formalidades podem consistir em escritura pública ou em mero escrito particular, como, por exemplo, se dá com o contrato de fiança (art. 819 do Código Civil) (cf. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 11ª ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 por Régis Fichtner, Forense, Rio de Janeiro, 2004, n. 191, pp. 61-62, itálicos do original). No ensinamento de Orlando Gomes, "em atenção (...) à conveniência de dar segurança ao comércio jurídico, a lei

produzido, por isso mesmo, **relações societárias**, quer entre os sócios, quer destes com terceiros.

"**Por estes 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".[6-7]

6. Cf. *Problemas...*, cit., pp. 144-145, negritos nossos, itálicos do original (o texto passou a integrar a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil). Poucas vezes alguém terá escrito algo tão profundo com tanta clareza e simplicidade. Em conferência produzida na Comissão Especial do Código Civil, da Câmara dos Deputados, intitulada "Direito Mercantil e Atividade Negocial no Projeto de Código Civil", Sylvio Marcondes ainda acrescentou: "Se a aquisição da personalidade jurídica decorre da inscrição, esta assinala o momento natalício de novo sujeito, como sujeito de direito; mas a entidade preexistia à personificação, como sociedade, a qual é pressuposto da personificação. Se a inscrição marca, nitidamente, esses dois momentos, é possível – e assim o fez o Projeto – tratar as sociedades, antes de inscritas e depois de inscritas. E por isso foi dividida a matéria das sociedades em dois subtítulos: 'Da sociedade não personificada' e 'Da sociedade personificada'. Nas sociedades não personificadas, *considerando que existe sociedade*, porque há contribuição de sócios e obrigação de partilha de resultados, independentemente de ela estar inscrita, *sociedade que produz relações societárias*, porque pode operar, inclusive com terceiros, *o Projeto não acolhe o que tradicionalmente se chama, em Direito Comercial, sociedade de fato ou sociedade irregular, sujeita às regras do direito comum, o qual é omisso em preceitos de caráter societário, relativos a essa sociedade não personificada*. Entretanto, *como existe sociedade e há um patrimônio separado do patrimônio dos sócios, embora ainda não autônomo*, o Projeto prevê esta sociedade, tratada como tal, mas não personificada, e a ela dá, por inspiração do art. 304 do Código Comercial, o nome de 'sociedade em comum'. É sociedade, mas ainda em comum, porque só deixará de sê-lo quando se transformar em sujeito de direito, por força da inscrição e da personificação" (em *Questões de Direito Mercantil*, Saraiva, 1977, n. 10, p. 16, destaques nossos). No mesmo sentido da explanação de Sylvio Marcondes, Mauro Brandão Lopes, *A sociedade em comum...*, cit., pp. 37 e ss., Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito...*, cit., n. 72, p. 142, e *Lições de direito societário*, vol. I, 2ª ed., Juarez de Freitas, São Paulo, 2004, n. 23, p. 50.

7. J. Lamartine Corrêa de Oliveira critica a solução do Projeto, que veio a ser adotada pelo Código Civil, nos seguintes termos: "Não temos nenhuma dúvida: o Projeto de Código Civil equacionou de modo insatisfatório o problema da sociedade em fase de constituição. Pretendeu romper com a reconhecidamente ruim (porque contrária à natureza e porque contém implícito reconhecimento de suposto efeito transformador do registro: transformador de comunhão em sociedade) solução da comunhão, mas acabou por nela recair, de modo ambíguo e indefinido, ao conceituar o patrimônio da sociedade em fase de formação como sendo de titularidade 'comum' dos sócios. Daí o título híbrido que o Projeto arranjou – 'sociedade em comum'..." (ob. cit., p. 246). Não concordamos com essa crítica. Como esclarece superiormente Wiedemann, conforme se viu na Introdução deste trabalho, a sociedade, no plano estrutural, compreende três disciplinas ou ordenamentos: o ordenamento *societário* (*Verbandsordnung*), o ordenamento *patrimonial*, e o ordenamento *da empresa* (*Unternehmensordnung*) (*Gesellschaftsrecht I...*, cit., Capítulo II, §§ 3 a 6, pp. 143-351). O fato de o legislador ter previsto que os bens e dívidas da sociedade seriam de titularidade comum dos sócios *não transforma* a sociedade em comunhão – que se rege, aliás, por normas muito diversas – eis que isto em nada interfere com os outros ordenamentos.

Tem-se, assim, que o contrato de sociedade, no regime do Código Civil, não é um contrato cuja *validade* esteja subordinada a forma especial, gerando, pois, *relações societárias*, como quer que seja constituído.[8] Afinal, não se há de esquecer que, *desde o direito romano*, a sociedade é um *contrato consensual*.[9]

A exceção se dá com as sociedades por ações, que são regidas por lei especial – a Lei 6.404/76 –, como prevê o art. 986 do mesmo diploma legal: "Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, *exceto por ações em organização*, pelo disposto neste Capítulo,

8. Bem a propósito, é importante ainda chamar a atenção para a significativa topologia do contrato de sociedade no Código Civil de 2002, o que só vem a reforçar as considerações de Sylvio Marcondes e a desrazão da crítica de J. Lamartine Corrêa de Oliveira: ao invés de se achar no Livro do Direito das Obrigações (Livro I), como se dava no Código anterior (Livro III do Código Civil de 1916), o contrato de sociedade encontra-se agora no Livro do Direito de Empresa (Livro II) – que originalmente, como ressaltado, se denominava "Da Atividade Negocial".

9. Havia apenas *quatro* contratos consensuais no direito romano: a compra e a venda, o mandato, a locação e a *sociedade*, que os autores geralmente classificam, por sua vez, em quatro espécies: a) a *societas omnium bonorum*, em que os sócios colocavam em comunhão todos os seus bens, presentes e futuros; b) a *societas universorum quae ex questu veniunt*, aquela em que os sócios, mantendo o seu próprio patrimônio, colocavam em comum o produto dos seus serviços e os rendimentos de seus bens, excluídos os bens presentes e os futuros adquiridos a título gratuito; c) a *societas unius rei*, aquela em que os sócios contribuíam com bens ou serviços visando a realização de uma única operação; d) a *societas alicuius negotiationis*, em que os sócios contribuíam com bens ou serviços visando uma série de operações comerciais (cf., por todos, José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, n. 241, p. 515 e, especificamente, n. 244, pp. 531-54). Sobre a *societas*, no direito romano, cf. B. W. Leist, *Zur Geschichte der römischen Societas*, Gustav Fischer, Iena, Alemanha, 1881; Vincenzo Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, 2ª ed., Jovene, Nápoles, 2006 (reprodução anastática da 1ª ed., de 1965); Antonio Guarino, *La società in diritto romano*, Jovene, Nápoles, 1988; e Franz-Stefan Meissel, *Societas – Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Peter Lang, Frankfurt, 2004.

observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples".[10]

2. *Conceituação e distinções*

Nesse tema cabe indagar, preliminarmente: a sociedade em comum abrange ou não abrange o que se convencionava denominar, no direito anterior, de sociedade de fato e/ou de sociedade irregular?

Para a grande maioria da doutrina, sim.[11]

10. "Não se enquadram no rol das sociedades em comum as *sociedades por ações em organização* (em comandita por ações, de garantia solidária ou anônima), como se verifica da ressalva contida no preceito objeto destes comentários, porque subordinadas a regime próprio, previsto na Lei 6.404/76. 'A sociedade por ações em organização não é regida pelas normas que dispõem acerca das sociedades irregulares ou de fato, tratadas pelo Código Civil com a designação de sociedades em comum (art. 986), mas pelas disposições da Lei do Anonimato. Assim, enquanto não constituída a sociedade, as contribuições dos subscritores não podem ser consideradas patrimônio conjunto ou comum deles nem é permitido que delas se utilizem os fundadores para os atos de constituição (Lei 6.404/76, art. 81, parágrafo único). Até que se concluam os atos constitutivos e que ocorra seu arquivamento na Junta Comercial, atuam os fundadores em nome pessoal e no interesse da sociedade em formação' (do autor, *Lições de direito societário – Sociedade anônima*, v. 2, n. 12, p. 30)" (cf. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito...*, cit., n. 74, pp. 144-145); "O texto se refere à constituição de sociedade a que falte requisito de regularidade, especialmente o registro. Excepciona a anônima porque o processo de constituição desse tipo de sociedade só se completa com o registro e a publicação do instrumento de constituição. Não há, sob esse aspecto, anônima irregular. Ou é sociedade anônima ou não se constitui segundo o tipo" (Rachel Sztajn, *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*, vol. XI, editado em coautoria com Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, Atlas, São Paulo, 2008, p. 161). A regra que exclui o regime das sociedades por ações em organização das normas sobre a sociedade em comum parece ter motivação na mesma razão pela qual, naquelas sociedades, inexiste responsabilidade solidária pela integralização do capital social: estivessem os subscritores sujeitos a responder subsidiariamente pela integralização, não cumpririam elas o seu papel ideal de captar a poupança popular. No direito anterior, porém, Calixto Salomão Filho atribuía à sociedade anônima irregular a qualificação de sociedade em comandita de pessoas, respondendo o sócio controlador como se fora comanditado e os sócios minoritários, meros prestadores de capital, como comanditários (*A sociedade...*, cit., pp. 103-104).

11. Cf. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, n. 1.7.7, pp. 85-86; Vera Helena de Mello Franco, *Manual de direito comercial*, vol. I, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2004, n. 9, p. 189; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 10ª ed., Saraiva, cap. 28, n. 6, p. 396; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, Atlas, São Paulo, 2003, n. 4.3.8, p. 66; Attila de Souza Leão

Marcelo Andrade Féres, em belo trabalho sobre a sociedade em comum, modificando ponto de vista anterior,[12] sustenta que não.

Para o mencionado autor, a par da sociedade em comum – que compreende apenas as sociedades em fase de organização –, continuam a existir tanto a sociedade de fato (por ele entendida como aquela em que não há prova escrita, ou em que "os seus membros não têm consciência da situação de cossócios por eles experimentada"[13]), quanto a sociedade irregular (por ele entendida, porém, como aquela "com irregularidades ulteriores ao registro do ato constitutivo"[14]).

Segundo Andrade Féres, "em matéria de prova reside a utilidade maior de se admitir a persistência da sociedade de fato [*ou criada de fato*[15]] ao lado da sociedade em comum regulada pelo Código Civil. Enquanto a prova da existência desta, pelos sócios, nas relações entre si ou com terceiros, só comporta meio *escrito*, nos exatos e expressos termos da primeira parte do art. 987 do Código Civil, aquela aceita qualquer meio de prova regulada pelo ordenamento".[16] A sociedade de fato, assim, poderia "ter sua existência provada por todos os meios dispostos no ordenamento".[17]

Essa tese, com a devida vênia, não convence.

Andrade Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. IV – *Direito das sociedades*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, n. 2.2, p. 44; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, LTr, São Paulo, 2007, n. 9, p. 99; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito societário*, 8ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, n. 24, p. 56; Marlon Tomazette, *Curso...*, cit., n. 1.1, p. 276; Ricardo Negrão, *Manual de direito comercial e de empresa*, vol. 1, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, n. 18.2, pp. 298-299. A esta mesma tese aderiu o Enunciado n. 58 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ-STJ), em 2002: "A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular". Conforme Rachel Sztajn, todavia, "parece que terão desaparecido do sistema de direito positivo as antigas sociedades de fato consideradas realidades concretas nos termos do art. 305 do Código Comercial" (*Código Civil...*, cit., p. 158). Com essa afirmação – que, de qualquer modo não é peremptória – não podemos concordar. A sociedade em comum, conforme se sustentará a seguir no texto, abrange também a antiga sociedade de fato.

12. Ob. cit., n. 5.1, p. 86.

13. Ob. cit., n. 8.2, p. 142.

14. Ob. cit., n. 11.1, p. 183.

15. [Nota nossa] A expressão "sociedade criada de fato" – melhor, constituída de fato – é, obviamente, inspirada no direito francês, cf. Andrade Féres, ob. cit., n. 8.1, pp. 138-139.

16. Ob. cit., n. 8.4, pp. 148-149.

17. Idem.

Em primeiro lugar, o art. 987 do Código Civil atual *claramente* abrange a sociedade de fato (ou constituída de fato) do direito anterior – vale dizer, aquela constituída sem prova escrita. Repita-se: "Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, *somente por escrito* podem *provar* a existência da sociedade, mas os terceiros podem *prová-la* de qualquer modo". A questão é, como se disse, meramente de *eficácia probatória* e não de existência ou validade da sociedade.

Em segundo lugar, essa mesmíssima questão – de eficácia probatória – ocorria também com relação à sociedade de fato regulada no Código Comercial[18] e no Código Civil de 1916,[19] conforme se viu no estudo do direito brasileiro anterior ao Código Civil de 2002. Isso não impediu que a jurisprudência, com base na melhor doutrina, admitisse a prova pretérita da sociedade, sobretudo para evitar o enriquecimento sem causa, conforme julgados colacionados pelo próprio Andrade Feres.[20]

De outra parte, se a sociedade de fato, ou constituída de fato, for entendida como o seu sinônimo francês, ou seja, aquela em que "os seus membros não têm consciência da situação de cossócios por eles experimentada", estamos aí fora do campo do direito societário, em uma situação anômala. A sociedade é um *contrato* e, como tal, exige o consentimento de seus membros, seja por escrito, seja por meio de comportamento tácito ou concludente.[21] Como quer que seja, de acordo com a

18. Art. 303 do Código Comercial: "Nenhuma ação entre os sócios ou destes contra terceiros, que fundar a sua intenção na existência da sociedade, será admitida em juízo se não for logo acompanhada do *instrumento probatório* da existência da mesma sociedade"; art. 304: "São, porém, admissíveis, *sem dependência da apresentação do dito instrumento*, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, *pode provar-se* por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (artigo n. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade".

19. Art. 1.366 do Código Civil de 1916: "Nas questões entre os sócios, a sociedade *só se provará por escrito*; mas os estranhos poderão *prová-la* de qualquer modo".

20. Ob. cit., n. 8.4, pp. 146-147.

21. Este último termo é equívoco, tendo sido utilizado para o que uma parte da doutrina alemã, a começar por Günter Haupt, em 1941, designou por "relações contratuais de fato" (*faktische Vertragsverhältnisse*) (cf. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht II*..., cit., p. 101, observando que, a propósito dessa teoria, *Schultze-V. Lasaulx*, logo após o fim da ditadura nazista, demandou dos tribunais: "Werft das Scheusal in die Wolfsschlucht!" – "Joguem o monstro na goela do lobo!" – e que o BGH o atendeu (...); cf., outrossim, a tradução em português, realizada por Alessandro

doutrina e a jurisprudência mais coerente, estratificada na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, não bastava e não poderia bastar o mero concubinato para gerar uma sociedade de fato, mas sim a contribuição (em bens ou serviços) para o exercício de uma atividade econômica e a distribuição de resultados.[22] De resto, porém, se a figura da sociedade de fato foi inúmeras vezes utilizada de forma anômala, anteriormente ao Código Civil atual, para o mesmo poderia servir a da sociedade em comum... E com mais vantagens até, por ser melhor disciplinada.[23]

Por outro lado, tanto o que uma parte da doutrina, no direito anterior, chamava de sociedade de fato (sem prova escrita) como o que

Hirata, do artigo de Karl Larenz, de 1956, intitulado *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico*, na *Revista Direito GV* 3, de janeiro-junho de 2006, pp. 55-64; para o pensamento mais recente de Larenz, cf. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., Beck, Munique, 2004, § 30, 21 a 27, pp. 578-580). A propósito, Werner Flume faz a distinção entre o "agir concludente" (*schlüssiges Handeln*) – que equivaleria a uma declaração de vontade tácita –, e o "comportamento concludente" (*konkludentes Verhalten*), que não teria esse significado (ob. cit., 2º vol., *Das Rechtsgeschäft*, Springer Verlag, Berlim, Heidelberg, Nova Iorque, Londres, Paris, Tóquio, Hong Kong, Barcelona e Budapeste, 1992, § 5, n. 4, pp. 72 e ss.). Utilizamos o termo no sentido de que há de existir uma conduta que equivalha a uma declaração de vontade, ainda que tácita, das partes, destinada a concluir um contrato (assim, Larenz, ob. cit., § 30, 14, p. 577, e, especialmente, Paulo Cardoso Correia da Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, n. 33, "a", notadamente pp. 749 e ss.) – no caso, de sociedade.

22. Lucros ou perdas, nos termos dos arts. 981 e 1.008, do Código Civil de 2002. Não se há de esquecer que o direito aos lucros é exercido mesmo quando eles não são distribuídos, mas ficam retidos no patrimônio especial destinado à exploração social, acrescendo o valor da quota dos sócios. Nesse diapasão, ensina Comparato, embora referindo-se às sociedades por ações: "(...) a participação do acionista no lucro da sociedade não se realiza, apenas, sob a forma de percepção de dividendo, mas de outras maneiras, segundo a sistemática legal de destinação dos lucros. O direito genérico do acionista consiste em não ser privado do benefício econômico gerado pela apuração de lucros no patrimônio social. Tal benefício econômico, no patrimônio individual dos acionistas, traduz-se, também, pelo aumento do valor patrimonial das ações de que são titulares, ainda que não aumentado o capital social" (*A constituição da reserva de lucros a realizar e o dividendo obrigatório*, em *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 152).

23. Não se vê, assim, com o devido respeito, qual a utilidade da distinção preconizada por Andrade Féres, até porque, para ele, o regime da responsabilidade dos sócios, na sociedade de fato, seria aquele que "a codificação prevê para a sociedade em comum, isso é, 'Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade'. Este é o regime de responsabilidade da sociedade de fato" (ob. cit., n. 8.5, p. 150).

chamava de sociedade irregular (com contrato escrito, mas não registrado), ora compreendidas pela sociedade em comum, nada apresentam de *irregular*.

O que motivava essa qualificação de irregularidade para ambas aquelas figuras era a confusão – presente por vezes também no direito francês, como se viu – entre sociedade e personalidade jurídica.

O contrato de sociedade, como apontado por Sylvio Marcondes, é um *pressuposto* da personalidade jurídica; assim como o é a constituição de uma *associação*, de uma *fundação*, de uma *organização religiosa*, de um *partido político* (art. 44 do Código Civil) e, agora, de uma *empresa individual de responsabilidade limitada* (Lei 12.441, de 11.7.11).

O registro do contrato de sociedade ou o seu cancelamento nada têm a ver com a *regularidade* de tal contrato. Inexiste sociedade irregular – salvo se se entender como tal aquela *anulável* ou *nula* por vício de constituição – no regime do Código Civil. O contrato de sociedade *válido*, seja realizado por escrito, seja realizado verbalmente, é sempre regular.[24]

24. Mauro Brandão Lopes, ao analisar o Anteprojeto que veio a se converter no Código Civil, já observava: "O primeiro ponto a notar, embora já indicado na referida exposição de motivos, *é que a sociedade em comum visa a excluir do nosso direito a sociedade irregular*, tomando o seu lugar, como tipo determinado, na fase anterior à personificação das sociedades. Assim, antes de inscritos os atos constitutivos de qualquer sociedade, exceto a sociedade por ações (Anteprojeto, art. 1.029), será ela uma sociedade em comum. Essa sociedade, por não se personificar, não será sujeito de direitos e obrigações, e não terá portanto patrimônio próprio; mas, ligados a ela, existirão bens sociais que, juntamente com as dívidas sociais, constituirão um patrimônio especial, inicialmente 'composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios', e do qual serão titulares os sócios em comum. A existência de tal patrimônio especial não somente afasta desse modo a sociedade em comum tanto das sociedades regulares do atual direito brasileiro como também da sua sociedade irregular, como acima caracterizada" (*A sociedade em comum...*, cit., p. 39, destaques nossos). E, mais adiante: "De três das características da sociedade em comum, enumeradas acima (existência do patrimônio especial, benefício de ordem para todos os sócios exceto os que tenham tratado pela sociedade, e solidariedade subsidiária), decorre inequívoca conclusão: apesar de, na sistemática do Anteprojeto, aplicar-se a todas as sociedades o art. 1.041 (ou seja, a obrigação de requerer a inscrição do contrato dentro de quinze dias), a inobservância do preceito não acarreta outra consequência senão continuar a sociedade faltosa como sociedade em comum, sujeita às normas do respectivo capítulo. Pode assim a sociedade em comum subsistir indefinidamente, com a sua regulamentação específica, sem jamais passar a outro tipo societário pela aquisição de personalidade jurídica, da mesma forma que, no sistema italiano, como se verá mais adiante, permanece (por lei) sem personalidade a sociedade simples, com características semelhantes à sociedade em comum do Anteprojeto, embora com funções diversas dentro do sistema societário que integra (p. 40)".

De mais a mais, essa qualificação – de irregular – não é uma qualificação adequada para os negócios jurídicos, que devem ser enquadrados nas categorias da existência (ou inexistência), da validade (ou invalidade) ou da eficácia (ou ineficácia). O que pode ser irregular é a *atividade* exercida pela sociedade sem o registro.[25]

E aqui vem a calhar a genial e sempre tão pouco lembrada distinção de Ascarelli entre o regime do ato ou negócio jurídico e o regime da atividade.[26]

O contrato de sociedade é um *negócio jurídico* – de caráter plurilateral,[27] ou, conforme as concepções mais modernas, associativo[28] – regendo-se precipuamente, na sua constituição,[29] por normas de direito privado, que visam à proteção *dos próprios contratantes*, quer em função de eventual incapacidade para a expressão da vontade (agente

25. A esse respeito, é absolutamente precisa a Lei 11.101/05: "Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, *exerça regularmente* ***suas atividades*** *há mais de 2 (dois) anos* e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...)" O exercício regular da atividade do empresário ou sociedade empresária tem como pressuposto o registro (art. 967, c/c arts. 983 e 985, do Código Civil, e 51, V, da Lei 11.101/05).

26. "Atividade", para o mestre, "não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum" (cf. *O Empresário*, em *Corso di Diritto Commerciale*, tradução de Fábio Konder Comparato, *RDM* 109/183-189, São Paulo, Malheiros Editores, 1998; v., ainda, Giuseppe Auletta, verbete *Attività*, na Enciclopedia del Diritto, vol. III, Giuffré, Milão, pp. 981-987; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Empresa, Empresário e Estabelecimento*, *Revista do Advogado* n. 71, AASP, Agosto de 2003, pp. 15 e ss., especialmente pp. 18-19). A propósito, o Código Civil de 2002, como bem observa Newton De Lucca, poderia ter trazido uma disciplina geral sobre atividade, já que esse conceito é fundamental para a compreensão da teoria da empresa (cf. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. IX (obra coletiva) – coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 16).

27. Ascarelli, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 274 a 332.

28. Paolo Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milão, 3ª ed., 2001. Os contratos associativos destinam-se não a criar direitos subjetivos, como ocorre nos contratos de permuta (*lato sensu*), mas sim a criar uma *organização* (que, juridicamente, significa "a coordenação da influência recíproca entre atos", cf. Calixto Salomão Filho, *A sociedade...*, cit., p. 107, invocando o ensinamento de Ferro-Luzzi; cf., outrossim, de Salomão Filho, *O novo direito societário*, 4ª ed., Malheiros Editores, 2011, p. 45).

29. Ao menos nas sociedades contratuais.

absoluta ou relativamente incapaz – sanção: nulidade absoluta ou anulabilidade, cf., respectivamente, arts. 166, I e 171, I, do Código Civil), quer em função de ter sido a vontade viciada (art. 171, II).[30] Por isso, a validade do negócio jurídico requer agentes capazes, manifestação do consentimento de forma hígida, bem como objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104). Uma vez preenchidos esses requisitos, o negócio jurídico societário é válido (e, nesse sentido, inteiramente regular).[31]

Toda sociedade – simples ou empresária –, entretanto, tem por objeto uma *atividade econômica* – ainda que restrita à realização de um ou mais negócios determinados, conforme o art. 981 e seu respectivo parágrafo único do Código Civil.

Ora, no regime da atividade, o interesse protegido pelo legislador é o da *coletividade*.[32] Inexiste, como salientado por Ascarelli, a categoria da invalidade da atividade: "A atividade poderá ser lícita ou ilícita, mas não poderá ser nula. As normas sobre nulidade ou anulabilidade dos atos não podem ser aplicadas à atividade, que será existente ou inexistente e, no primeiro caso, *regular ou irregular*, lícita ou ilícita, mas nunca nula por vícios dos atos singulares, pois o cumprimento de atos nulos ou anuláveis pode vincular-se ao exercício de uma atividade".[33]

Dessa forma, a falta de registro (ou o seu cancelamento superveniente), não torna *o contrato de sociedade* irregular (a não ser por meto-

30. É claro que a invalidade da manifestação de vontade de uma das partes não contamina necessariamente todo o contrato, sendo esta, aliás, uma das características do contrato plurilateral, consoante Ascarelli (*Problemas*..., cit., p. 304, letra "s").

31. Nesse preciso sentido, o julgado citado por Mauro Rodrigues Penteado: "'O negócio realizado entre as partes está plenamente revestido de legalidade, dentro das limitações da sociedade de fato: agentes capazes, objeto lícito (compra e venda de gado), forma prescrita ou não defesa em lei (sociedade de fato)' (apud ac. da 13ª Câm. Civ. do TJSP, Ap. 116.014-2, *RJTJSP*, 106:247)", cf. *Dissolução*..., cit., n. 36, p. 109, nota 192.

32. A propósito, tivemos oportunidade de esclarecer: "O outro regime, da atividade empresarial, visa à proteção da coletividade. É por isso que o Código Civil diz ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis. Por quê? Porque o registro vai verificar se aquele cidadão está apto a exercer a atividade empresarial, se não foi condenado por crime falimentar, se não foi condenado por crime que impeça o exercício de atividade mercantil, e assim por diante" (cf. *Empresa*..., cit., p. 19). O registro público – seja o Registro Público de Empresas Mercantis, seja o Registro Civil das Pessoas Jurídicas – procede ademais, em garantia dos terceiros, ao exame das *formalidades legais* (art. 40 da Lei 8.934/94 e art. 156 da lei 6.015/73).

33. *O empresário*..., cit., p. 184, destaques nossos.

nímia); poderá, sim, qualificar a *atividade* da sociedade de irregular, se esta ocorrer antes do registro ou persistir após o seu cancelamento.

Nem há falar, outrossim, que as normas da sociedade em comum só se aplicariam à sociedade em organização, aproximando-se o seu regime do da *société en formation* do direito francês ou do da *Vorgesellschaft* do direito alemão. Nessas legislações, como se viu, tal problemática surge pela ausência de um prazo fixo para o registro dos atos constitutivos da sociedade, o que não ocorre nem no direito italiano,[34] nem em nosso direito (arts. 1.151, § 1º, do Código Civil e 36 da Lei 8.934/94). À expressão "enquanto não inscritos os atos constitutivos", constante do art. 986 do Código Civil, não pode ser atribuída interpretação literal. Se a inscrição for cancelada e a sociedade prosseguir em sua atividade, reputar-se-ão, obviamente, "não inscritos os atos constitutivos", aplicando-se o regime da sociedade em comum.[35]

Analisemos, agora, a distinção que Andrade Féres faz entre a sociedade em comum – que abrangeria apenas as sociedades em fase de organização – e a sociedade irregular – expressão que, para ele, se restringiria às sociedades com vícios supervenientes ao registro.[36]

34. E, certamente por esse motivo, essa questão, na Itália, não é objeto da acendrada polêmica que a respeito ocorre no direito francês e no direito alemão.

35. No direito alemão, como se viu, diz-se que, se o registro malogrou e a sociedade continuou as suas atividades, há a *transformação* de um *tipo societário* em outro: de *echte* em *unechte Vorgesellschaft*. Tal entendimento, para quem sustenta que a sociedade em comum constitui um novo tipo societário, pode ser aplicado ao direito brasileiro vigente: uma *sociedade limitada* cujo registro foi cancelado, mas mesmo assim prosseguiu em suas atividades, transforma-se, *ex vi legis*, em uma *sociedade em comum* (a transformação, como se sabe, é justamente a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução, de um tipo para outro; nesse sentido, o art. 220 da LSA e, com menos clareza, mas com o mesmíssimo sentido, o art. 1.113 do Código Civil). A propósito, Andrade Féres, invocando o ensinamento de Fábio Ulhoa Coelho, entende que, na hipótese de cancelamento do registro por inatividade (falta de qualquer arquivamento no prazo de dez anos consecutivos, nos termos do art. 60 da Lei 8.934/94), a sociedade que prosseguir no seu objeto seria considerada irregular, aplicando-se-lhe a disciplina da sociedade em comum: "Pelo procedimento da Junta, a sociedade é desativada. Seu registro é cancelado e, portanto, não há mais aparência de regularidade. Para se regularizar, é necessário que a sociedade proceda aos meios próprios de constituição. No caso, assiste razão a Fábio Ulhoa Coelho. Realmente, deve-se aplicar à espécie a disciplina da sociedade em comum, porque é como se a sociedade estivesse com a constituição pendente. E mais: há documento escrito, apesar de cancelado. Tudo a evidenciar a aplicação da sociedade em comum" (ob. cit., n. 12, p. 203).

36. Relembre-se que, no direito anterior, como vimos, a maioria dos autores reservava a denominação "sociedade irregular" para aquelas sociedades constituí-

O que entende o referido autor por vícios que sobrevêm ao registro? Dá ele como exemplo, "o fato *de a atividade* subsistir depois de ultrapassados 180 dias da verificação da falta de pluralidade de sócios, art. 1.033, IV, do Código Civil".[37] Como se verifica de seus próprios dizeres, aqui não se trata de irregularidade *da sociedade*, que estará *dissolvida* de pleno direito, mas sim *da atividade*; ao invés de proceder à liquidação, o sócio único dá continuidade à atividade social, em violação ao disposto no art. 1.036 (ou 1.038) e 1.102 e segs. do Código Civil. Outro exemplo dado pelo mesmo autor: a dissolução irregular ou de fato da sociedade.[38] Nessa hipótese, positivamente, também não se descortina uma sociedade irregular, mas simplesmente uma *dissolução irregular*, em violação aos preceitos mencionados e, em especial, àquele que determina, na liquidação, sejam ultimados os negócios da sociedade, realizado o ativo e *pago o passivo*, antes de ser distribuído o remanescente entre os sócios (art. 1.103, inciso IV).[39] Inexiste irregularidade, também, na sociedade cujos atos constitutivos inscreveram-se no registro incompetente.[40] O que ocorrerá, aí, é que ela não adquirirá personalidade jurídica, que só advém da inscrição "no respectivo registro" ou "no registro próprio", nos dizeres da lei (respectivamente, arts. 45 e 985, c/c 1.150, do Código Civil, e 15, § 1º, da Lei 8.906/94, para as sociedades de advogados)[41]

das mediante contrato escrito, mas não registrado; Fran Martins – expressamente invocado por Andrade Féres, cf. ob. cit., item 5.1, pp. 88-89 – após sustentar inicialmente a mesma posição, passou depois a entender que se tratava da sociedade que apresentasse irregularidades após o registro. Mas, como bem observado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, "(...) o mestre cearense atribui à expressão 'irregular' à sociedade *com defeito de atuação*, o que me parece ser outro assunto (...)" (*Direito...*, cit., n. 73, p. 143, destaques nossos).

37. Ob. cit., n. 5.1, p. 88, destaque nosso.

38. Ob. cit., n. 12.1, pp. 191-195.

39. Cf., a propósito, Mauro Rodrigues Penteado, *Dissolução...*, cit., n. 5, pp. 10-14. Registre-se que vários julgados do TJMG proferidos a respeito do assunto têm frisado, corretamente, que não basta o simples fato da dissolução da sociedade e da inexistência de bens para autorizar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, como amiúde se tem verificado em nossa jurisprudência (cf. Apelação Cível n. 1.0702.96.001119-6/001[1], rel. Des. Tarcisio Martins Costa, j. 1.3.2011; Apelação Cível n. 1.0024.05.647320-0/001[1], rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. 8.10.09; Apelação Cível n. 1.0040.04.026733-4/001[1], rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. 8.10.2009).

40. Andrade Féres, ob. cit., pp. 199-201.

41. A questão é, porém, controversa. Sob a égide do Código Civil anterior, Pontes de Miranda sustentava que o registro, qualquer que fosse, atribuía personalidade jurídica, "ainda que não tenha a restante eficácia que dele depende (*e.g.*, a

e, dessa forma, sua *atividade* poderá ser caracterizada como irregular, como se esclareceu. Sem autorização, a sociedade estrangeira não poderá "*funcionar* no País" (art. 1.134) e, uma vez autorizada, "não pode iniciar *sua atividade* antes de inscrita no registro próprio" (art. 1.136) – hipóteses claras, também, de atividade *irregular* e não de sociedade irregular.[42-43]

comercialidade)" (cf. *Tratado de Direito Privado*, Tomo 1, 4ª ed., Ed. RT, 1983, p. 326), muito embora o art. 18 do Código Civil de 1916 expressamente dispusesse: "Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos *no seu registro peculiar* (...)". Consoante o polimorfo jurista, portanto, a sociedade mercantil registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas adquiriria personalidade jurídica, mas não seria considerada uma sociedade comercial regular. Esse ponto de vista é difícil de aceitar, salvo em hipóteses em que seja fundadamente controverso o seu registro próprio (ex: sociedade cooperativa, após a promulgação do novo Código Civil, pois há quem sustente que o registro não mais seria na Junta Comercial, cf. Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, Forense, Rio de Janeiro, 2005, n. 1.773, p. 612, que afirma haver "dúvida legítima quanto à matéria"; Andrade Féres, ob. cit., p. 200, argumentando ainda que "por razões de segurança jurídica e, principalmente, pelos atributos do registro público, que procede, previamente, ao exame de legalidade dos atos apresentados a registro, é inegável que se afirma a personificação em casos como o cogitado. Os sócios que apresentaram o ato constitutivo da sociedade a registro e contaram com o aval do Estado pelos seus órgãos próprios, sejam as Juntas ou os Registros Civis, não podem se ver, de repente, alheados ao manto da pessoa jurídica"). A presunção de legalidade decorrente dos atos do registro, entretanto, não é absoluta, valendo lembrar ainda que, no caso das sociedades, o que as distingue, nos claríssimos termos do art. 982, com as exceções do respectivo parágrafo único, é o seu *objeto* – facilmente identificável na grande maioria dos casos. Já Comparato, em parecer citado e endossado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Indústria e Comércio (Parecer MICT/CONJUR n. 07/97, referente ao Processo MJ n. 08000.024887/95-78, exarado pelo Consultor Jurídico José Mário Bimbato em 25.4.97) assim sustentou: "De qualquer modo, o certo é que a sociedade cujos atos constitutivos não forem arquivados no registro apropriado não adquirirá personalidade jurídica, não podendo acionar os seus membros, nem a terceiros, embora estes possam responsabilizá-los por todos os seus atos (Código Civil, art. 20, § 2º)". Atente-se ainda, a propósito do tema, para o correto Enunciado n. 209 do CEJ-STJ: "O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tiver seu ato constitutivo inscrito no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé".

42. No tocante à sociedade que depende de autorização para funcionar (art. 45 e 1.126 e ss. do Código Civil), Andrade Féres entende que, por se tratar de "sociedade em formação", aplicar-se-ia o regime da sociedade em comum (ob. cit., n. 12.7, p. 210), o que não se daria no caso da sociedade estrangeira, já formada em seu país de origem (ob. cit., n. 12.8, pp. 211-212). Relativamente à primeira hipótese – sociedade que depende de autorização para funcionar – o direito anterior, como se

Em conclusão, e com todo o respeito, não se afigura correta a distinção preconizada por Andrade Féres – a par de não revelar também utilidade prática.[44-45]

viu, continha solução semelhante e explícita a respeito (art. 20, § 2º, do Código Civil de 1916). Relativamente à segunda hipótese – de sociedade estrangeira autorizada a funcionar que inicie a sua atividade antes do registro – Alfredo de Assis Gonçalves Neto (*Direito*..., cit., n. 590, p. 570) e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (ob. cit., n. 1.22.2.4, p. 299), entendem que, também nesse caso, aplicar-se-ia a disciplina da sociedade em comum. A questão dá o que pensar: no Brasil tratar-se-ia de uma sociedade em comum; no exterior (se for o caso), uma sociedade personificada...

43. Andrade Féres cogita, ainda, de irregularidade da sociedade que não se adaptou ao novo Código Civil, em obediência ao disposto no art. 2.031. Traz ele um interessante exemplo: "Embora raro, imagine-se uma sociedade de capital e indústria, inexistente no bojo do Código Civil de 2002, que continue a exercer suas atividades até hoje. *In casu*, a sociedade preserva sua personalidade jurídica, pois, como mencionado oportunamente, ela ainda consta do respectivo órgão de registro. A personalidade somente deixa de existir com a baixa definitiva da sociedade. Entretanto, sem dúvida alguma, essa sociedade encontra-se numa flagrante situação de irregularidade, consistente na extinção, em abstrato, de seu *tipo* legal. A irregularidade, por si só, não é o *quantum satis* a firmar a responsabilidade imediata dos sócios perante terceiros, tampouco há que falar em solidariedade por dívidas do empreendimento. É lógico que esse fato, aliado a outras circunstâncias, pode determinar a superação episódica da personalidade jurídica e, com isso, da autonomia patrimonial do ente societário" (ob. cit., n. 12.6, p. 209). A propósito, o Enunciado n. 394 do CEJ-STJ também dispôs: "Ainda que não promovida a adequação do contrato social no prazo previsto no art. 2.031 do Código Civil, as sociedades não perdem a personalidade jurídica adquirida antes de seu advento". Mas a questão que fica, diante do exemplo mais acima aventado, é a seguinte: Será que o art. 2.031 teria esse alcance, de determinar a modificação de um tipo societário *regularmente* constituído de acordo com a lei anterior? Como ficaria o sócio de indústria: teria, então, a obrigação de contribuir para o capital social, modificando o seu *status*? Não nos parece razoável tal entendimento (na Apelação Cível n. 1.0024.08.936555-5/001[2], do TJMG, j. em 5.4.2011, rel. Des. Mota e Silva, enfrentou-se exatamente o caso aventado por Andrade Féres: o tribunal entendeu que se tratava de "irregularidade" da sociedade, decretando a dissolução da sociedade de capital e indústria; mas isso porque o réu não contestou a ação). Anote-se que, para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, podem ainda haver sócios de serviço nas sociedades em nome coletivo e em comandita simples (sócios comanditados), por aplicação subsidiária das regras da sociedade simples; diferentemente do que se dava nas sociedades de capital e indústria, porém, tal possibilidade exigiria deles agora a responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais (*Direito*..., cit., pp. 296-297).

44. O problema que se coloca, no fundo, é se eventual irregularidade afeta ou não o registro da sociedade, acarretando o seu cancelamento. Se assim se der, e se a sociedade mesmo assim prosseguir na sua atividade social, aplica-se o regime da sociedade em comum. Se assim não se der, não. Outras sanções poderão ser aplicadas, inclusive – se verificados *rigorosamente* os seus pressupostos (o que a jurisprudência, em alguns casos, irresponsavelmente, deixa de fazer) –, a desconsideração da personalidade jurídica *para determinados atos*. Sobre esta última questão, discorrendo acerca da sociedade reduzida a um só sócio no direito anterior, Calixto Salomão Filho fez as seguintes – e pertinentíssimas – considerações: "Não se deve confundir o problema da dissolução com o da responsabilidade limitada. A lei não define a forma de responsabilidade entre o momento de verificação da unipessoalidade e o da (eventual) dissolução da sociedade. No silêncio da lei, parece ser mais razoável considerar que não existe qualquer modificação societária e organizativa na sociedade. De um lado, deve-se admitir que não basta a manutenção da personalidade jurídica prevista no art. 207 [*da LSA*] para justificar a manutenção da responsabilidade ilimitada [*sic*: limitada], já que no Brasil a personalidade jurídica não é exclusiva das sociedades com responsabilidade limitada. De outro lado, a transformação em sociedade com responsabilidade ilimitada, pela sua atipicidade, exigiria disposição expressa. Como será visto mais adiante, a pouca clareza dos textos legais faz com que a questão da caracterização da *fattispecie* sociedade unipessoal no Brasil se reduza à discussão sobre os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. *Com efeito, o não cumprimento da obrigação de proceder à liquidação é usado como argumento para caracterizar a fraude e justificar a desconsideração. Tais opiniões parecem ser fruto de uma confusão conceitual: a fraude, tanto aos credores quanto à lei, é um vício do ato jurídico incidente sobre sua validade. Não pode incidir sobre a validade de outros atos ou justificar uma responsabilização ulterior do agente. A necessidade de operar uma tal transposição traduz na realidade o vício de tal tipo de raciocínio, qual seja, a tentativa de utilizar categorias civilísticas, aplicáveis a 'atos', à 'atividade social'*" (*A sociedade*..., cit., pp. 116-117). Pondere-se, ademais, com Pontes de Miranda, que "***Não há invalidade superveniente*** – Quanto à invalidade sobrevinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis*" (ob. cit., vol. 4, 4ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1983, § 413, n. 2, p. 221). Sobre o abuso da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em geral, cf., de Márcio Tadeu Guimarães Nunes, *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*, Quartier Latin, São Paulo, 2007. A propósito, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa denomina sugestivamente um dos itens de sua obra da seguinte maneira: "(...) É tempo de 'reconsideração da personalidade jurídica' (...)" (ob. cit., n. 1.8.3.5, p. 114).

45. No tocante, ainda, à "irregularidade" da sociedade, afaste-se, por totalmente absurda e verdadeiramente aberrante, a parte final do Enunciado n. 383 da IV Jornada de Direito Civil promovido pelo CEJ-STJ: "A falta de registro do contrato social (irregularidade originária – art. 998) *ou de alteração contratual versando sobre matéria referida no art. 997* (irregularidade superveniente – art. 999, parágrafo único) conduzem à aplicação das regras da sociedade em comum (art. 986)" (destaques nossos). O parágrafo único do art. 999, citado no enunciado, *desautoriza totalmente tal conclusão*: "*É ineficaz em relação a terceiros* qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato". Tal parágrafo, como se vê, diz respeito, simplesmente, à *ineficácia* de pacto separado contraveniente ao contrato, em relação a terceiros, simplesmente porque tal pacto, *não registrado*, não pode produzir efeitos perante estes. O mesmo se dá com eventual alteração contratual não registrada, simplesmente porque "o ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia" (art. 1.154, *caput*, do Código Civil). A falta de registro da alteração contratual nada tem a ver com a manutenção ou a perda da personalidade jurídica – que só ocorre após o encerramento da liqui-

Do exposto, conclui-se que a sociedade em comum se configura em três hipóteses (arts. 986 e 987 do Código Civil): a) quando for constituída e exercer sua atividade sem prova escrita; ou b) com prova escrita,

dação, com a averbação da ata da assembleia no registro próprio (art. 1.109 c/c 51, § 3º), ou em hipóteses excepcionais, como a do art. 60 da Lei 8.934/94, mais acima analisada. Como bem anota Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em comentário ao art. 999 e seu parágrafo único, do Código Civil, "a modificação do contrato social *não conduz à modificação da inscrição da sociedade. A inscrição é imutável.* Se houver modificação de cláusulas que devem figurar na inscrição, há averbação de alteração à sua margem e o instrumento em que ocorre essa modificação (ata de reunião ou instrumento de modificação do contrato) é arquivado no mesmo ofício de registro que procedeu à inscrição da sociedade" (*Direito...* cit., n. 124, p. 182). No mesmo diapasão, a correta lição de Fábio Tokars: "a condição de sociedade comum é aplicável à sociedade que não tenha arquivado seu contrato social na Junta Comercial. A sociedade que tenha cumprido tal formalidade, mas posteriormente não tenha atendido às determinações legais de funcionamento, deixando, por exemplo, de proceder à escrituração contábil, continuará sendo uma sociedade regular, com a imposição de sanções específicas. Daí por que discordamos veementemente das manifestações jurisprudenciais no sentido de que a falta de arquivamento de uma alteração do contrato social tornaria irregular a sociedade. Desde que tenha ocorrido o arquivamento originário do contrato social, a sociedade é regular. Se alguma alteração deixou de ser arquivada, os efeitos se limitam à inoponibilidade de seu conteúdo a terceiros" (ob. cit., n. 9, pp. 99-100). Na jurisprudência anterior ao Código Civil de 2002, em sentido correto: "Sociedade comercial. Irregularidade. Inocorrência. Atos constitutivos arquivados no Registro do Comércio. Alterações contratuais posteriores não registradas. Fato que não a torna 'irregular', no sentido jurídico do termo. Indeferimento da arrecadação dos bens particulares dos sócios da falida. Recurso não provido" (TJSP, AI 134.950-1, 8ª CC., rel. Des. Franklin Nogueira, v.u., j. 29.8.1990); "Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Alteração contratual não registrada. Execução contra bens do sócio. A falta de inscrição no registro do comércio da alteração contratual resultante da saída de um dos sócios não transforma a sociedade de responsabilidade limitada em sociedade irregular, daí porque o retirante não responde, só por esse fato, de forma solidária e ilimitada pelas obrigações contraídas pela sociedade. Voto vencido. Apelação provida para acolher os embargos do devedor (TARS, Apelação Cível n. 183019330, 3ª Câmara Cível, rel. Juiz Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 18.5.1983). Em sentido contrário, e a nosso ver totalmente incorreto: "Sociedade comercial. Responsabilidade limitada. Alteração contratual não levada a registro. Circunstância que a torna em sociedade irregular, acarretando, consequentemente, solidariedade e responsabilidade ilimitada de todos os sócios. Arrecadação de seus bens pessoais nos autos da falência, portanto, admissível. Basta inexistir registro de alteração contratual para que a sociedade por cotas de responsabilidade limitada passe a ser considerada irregular, acarretando, consequentemente, a solidariedade e a responsabilidade ilimitada de todos os seus sócios, que possam ter seus bens pessoais arrecadados no processo de falência" (TJSP, AI 107.241-1, 7ª CC., rel. Des. Leite Cintra, v.u., j. 28.12.1988, *RT* 639/78). Ainda no último sentido: TJSP, Ap. 26.147-1, 6ª CC., rel. Des. Moura Bittencourt, v.u., j. 9.9.1983, *RT* 566/49; e *RT* 513/183.

mas sem inscrição no registro próprio, ou antes dele;[46] ou c) seu registro for cancelado, mas continuar o exercício de sua atividade. Abrange, portanto, tanto a antiga sociedade *de fato* (como tal entendida aquela formada sem prova escrita), como a antiga sociedade *irregular* (como tal entendida aquela com prova escrita, mas cujo contrato não tivesse sido inscrito no registro próprio).

Já vimos, outrossim, no capítulo relativo ao direito brasileiro anterior ao Código Civil de 2002, a figura da *sociedade oculta*, que se configura normalmente por meio de uma sociedade existente que tem um ou mais sócios ocultos – no mais das vezes, credores sociais que passam a ditar os destinos da empresa –, formando com ela, assim, uma sociedade em comum.[47] Nessa hipótese, a sociedade em comum se dará entre *aquela* e estes (e não entre *os sócios daquela* e estes).[48-49]

46. Veremos, mais adiante, a distinção que se deve fazer entre as sociedades em formação.

47. Relembrem-se os dizeres de Noé Azevedo, em 1930: "Entendemos que pode ser feita a prova da transformação de uma sociedade regular em sociedade de fato, pela inclusão de novos sócios, assim como também achamos possível que uma sociedade regularmente constituída conserve a sua personalidade própria, mas entre em relações de tal natureza com terceiros, que chegue a formar com estes uma outra sociedade, que, não sendo regularizada, há de ser considerada como sociedade de fato" (ob. cit., p. 21).

48. A sociedade existente poderá ser, inclusive, uma sociedade anônima, como não é raro ocorrer, conforme bem lembra, com picardia, Ascarelli: "Basta pensare al rilievo – sempre fondamentale in questo campo – di considerazioni fiscali per cogliere le ragioni di questa fenomenologia!" ...; cf. *Problemi...*, cit., p. 472). Não vinga, por outro lado (muito embora o exemplo do texto seja o da participação de pessoas físicas como sócios ocultos de uma sociedade personificada, que pode ser uma companhia), a alegação de suposta impossibilidade jurídica *a priori* da participação de uma companhia em uma sociedade de pessoas (como são as sociedades em comum). No direito anterior, Comparato já demonstrara, à saciedade, a desrazão dos argumentos contrários a essa posição, que se baseiam, entre outras coisas, no "pretenso risco que existiria para os terceiros com a alegada confusão entre responsabilidade limitada entre determinadas sociedades e a responsabilidade ilimitada em outras (...) que provém, como já havia observado Vivante, de um evidente contra-senso. Essa limitação de responsabilidade não é da sociedade – pessoa jurídica, e sim dos seus sócios ou acionistas. **Perante terceiros, qualquer que seja o tipo societário, a pessoa jurídica responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações contraídas em seu nome. Sob esse aspecto, não há diferença alguma entre sociedades de capitais e sociedades de pessoas**" (*Da licitude da participação de sociedade de capitais em sociedade de pessoas*, em *Novos ensaios...*, cit., pp. 273-274, destaques nossos). De outra parte, observava ele, a LSA expressamente admite que a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades, sem distinção (art. 2º, § 3º). Tudo depende,

portanto, a nosso ver, dos poderes dos administradores, do objeto social, *do caso concreto* em suma, eis que, se é verdade que a participação em uma sociedade em comum gera riscos agravados, também o geram, por exemplo, operações de bolsa, derivativos, etc., que são cotidianamente praticadas pelos administradores. E a referida escusa (a suposta impossibilidade jurídica, *a priori*, da participação de uma sociedade de capitais em uma sociedade em comum) pode ser utilizada – como usualmente o é – a título de mero pretexto para lesar os direitos dos credores. Por final, se é certo que o mencionado estudo de Comparato tinha em consideração principalmente as sociedades em nome coletivo – que, no Código Civil de 2002, diferentemente do que ocorria no Código Comercial de 1850, que não era explícito a respeito, só admitem como sócios, por expressa disposição legal, pessoas físicas (art. 1.039) – , não menos certo é que as sociedades simples, cujas disposições aplicam-se subsidiariamente às sociedades em comum, às expressas admitem como sócios pessoas jurídicas (art. 997, I). E a esse respeito caem, como a mão à luva, as observações feitas por Comparato, no estudo em questão, sobre o direito suíço: "Na Suiça, o art. 552 do Código das Obrigações (versão de 1936) explicita que 'a sociedade em nome coletivo é a que contratam *duas ou mais pessoas físicas*, sob uma razão social e sem restringir sua responsabilidade perante os credores da sociedade, para comerciar, explorar uma fábrica ou exercer sob forma comercial qualquer outra indústria'. **A restrição quanto à qualidade dos sócios aparece, no contexto, como autêntica regra de exceção.** Em primeiro lugar, porque, na vigência da versão de 1881 do Código das Obrigações, interpretava-se a omissão da norma em precisar a natureza jurídica dos sócios como a admissão implícita de sócios pessoas jurídicas. **Ademais, porque é essa mesma a interpretação que se dá, ainda hoje, à norma do artigo 530 do Código, sobre a sociedade simples, cuja disciplina serve de direito comum em matéria societária, como sabido**" (ob. cit., pp. 271-272, itálicos do original, negritos nossos). No direito brasileiro vigente, a norma da sociedade simples – "cuja disciplina serve de direito comum em matéria societária" – é, ao revés, explícita a propósito da participação de pessoas jurídicas, como acabou de se verificar... Sobre essa questão, no direito italiano, cf., além de Ascarelli (ob. ult. cit., pp. 427 e ss. e 509 e ss.), Ferri (ob. cit., pp. 126-132) e Jaeger e Denozza (ob. cit., pp. 132-134). O direito positivo italiano foi reformado em 2003, passando a admitir, subordinada à deliberação da assembleia no caso de companhias, a participação de sociedades de capitais em sociedades de pessoas como sócias ilimitadamente responsáveis, com sujeição, inclusive, à extensão dos efeitos da falência. Na derradeira edição da obra de Jaeger e Denozza, realizada em coautoria com Alberto Toffoletto após a aludida reforma, os autores são reticentes quanto à possibilidade dessa participação em uma sociedade de fato, mas advertem, relativamente à deliberação assemblear: "*não parece que a sociedade possa se esquivar da responsabilidade perante os terceiros aduzindo a inexistência ou a invalidade da deliberação da própria assembleia*" (cf. *Appunti...*, cit., 6ª ed., Giuffrè, Milão, 2006, cf. pp. 124-125, destaques do original). Na Alemanha, a participação de sociedade de capitais em sociedades de pessoas é, de há muito, admitida, encontrando plena expressão na figura da GmbH & Co. KG, na qual a sócia comanditada, ilimitadamente responsável, é justamente uma sociedade limitada (sociedade de capitais) sendo os sócios comanditários seus quotistas. Na França, segundo se ressaltou, parece prevalecer ainda a visão retrógrada dos tribunais em considerar sócia de fato uma pessoa jurídica, por ser esta "dénuée par nature de tout sentiment" ("destituída, por natureza, de todo sentimento"), impedindo, com isso, a caracterização da *affectio societatis* (Vacrate, ob. cit., n. 354, p. 153).

Da sociedade oculta – que é uma sociedade em comum – deve ser nitidamente discriminada a assim chamada *sociedade aparente*, em que uma ou mais pessoas se apresentam, aos olhos de terceiros – de boa-fé, saliente-se! – como sócios. Aqui, o abuso da aplicação da denominada "teoria da aparência" leva, como ressalta a doutrina italiana, a resultados totalmente iníquos, sobretudo em direito falimentar. Dessa forma, se alguém se apresenta perante um terceiro de boa-fé como sócio de uma determinada sociedade (*sócio aparente*) e os verdadeiros sócios não o desmentem, o terceiro terá ação contra todos eles, podendo invocar, sejam as normas da sociedade em comum, sejam as da responsabilidade civil, na medida em que foi ludibriado. Também poderá responsabilizar a todos, se os verdadeiros sócios foram negligentes em impedir a atuação daquele que se apregoou como sócio sem o ser. Se não ocorrer nenhuma dessas duas situações, a sociedade ou os verdadeiros sócios, evidentemente, não poderão ser responsabilizados, pois o fato de alguém aparentar ser sócio perante um terceiro, sem qualquer *ação* ou *omissão* da parte daqueles, não pode carrear-lhes nenhuma espécie de vínculo.[50]

49. Do sócio oculto, ou de fato, porém, deve ser distinguido o *administrador de fato*, entendendo-se como tal " (...) a pessoa que, sem ter sido formalmente eleita para compor a administração, apodera-se da direção da empresa, utilizando-se sempre de algum administrador de direito para servir-lhe de servo ou, quando menos, permitir omissivamente a sua atuação" (cf. Marcelo Vieira von Adamek, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A*, Saraiva, 2009, n. 8.3.3.2, p. 467; o autor qualifica essa hipótese como sendo a do administrador *externo* de fato, para distinguí-la da figura do administrador de fato em sentido estrito, que seria aquele que foi designado administrador, "mas em relação ao qual, apesar de eficazes os atos de eleição e investidura, haja algum tipo de vício a inquiná-los (vício formal do ato ou impedimento à sua prática) ou cuja investidura resulte inequivocamente de ato diverso do previsto em lei", ob. cit., p. 466). Ou, indo além, sobre o conceito de administrador de fato: "Administrador de fato é aquela pessoa que, sem se achar legitimamente investida no cargo de administrador, pratica atos jurídicos em nome da sociedade" (Osmar Brina Corrêa-Lima, *Sociedade limitada*, Forense, Rio de Janeiro, 2006, n. 1.2.2, p. 64). Na doutrina estrangeira, cf. Michel Jantin e Paul Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 2007, p. 771; Campobasso, ob. cit., p. 389; Galgano, *Il nuovo diritto societario, I (Le nuove società di capitali e cooperative)*, 3ª ed., CEDAM, Pádua, 2006 (em coautoria com Genghini, Riccardo), p. 485; Kübler/Assmann, ob. cit., p. 211.

50. O autor deste trabalho está se valendo, *mutatis mutandis*, das conclusões do notável estudo de Fábio Konder Comparato, intitulado *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*, publicado na *RDM* 111/39, São Paulo, Malheiros Editores, 1998 (conclusões nas pp. 43-44). Nesse estudo, Comparato baseia-se, sobretudo, em Werner Flume (ob. cit., 2º vol., *Das Rechtsgeschäft*, Springer Verlag, 3ª ed., 1979, § 49, 3; cf., outrossim, na 4ª ed., cit., o § 49, n. 4, pp. 832 e ss.), cuja argumentação, para ele, constitui, "no quadro do direito alemão, uma condenação

De qualquer forma, jamais poderá o sócio aparente, a nosso ver, ser incluído, sem mais, na falência da sociedade e, assim, ser responsabilizado indistintamente perante *todos* os credores (independentemente da prova da boa-fé destes!), salvo se os induziu (a todos) a crer na sua condição de sócio, com o concurso da ação comissiva ou omissiva dos sócios verdadeiros. O mesmo se diga da hipótese em que vários indivíduos se apregoam como sócios sem o ser – caracterizando, portanto, uma *sociedade inteiramente aparente* – perante um terceiro de boa-fé: somente perante este poderão ser responsabilizados.

Deve-se diferençar ainda a sociedade em comum da sociedade em conta de participação – ambas classificadas como sociedades não personificadas no Código Civil atual.[51] Na sociedade em conta de participação – cuja constituição "independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito" (art. 992) – a atividade social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, que é aquele que responde perante terceiros, com os bens constantes do seu patrimônio (inclusive, portanto, com aqueles que advieram da contribuição dos sócios participantes[52]). Mauro Brandão Lopes ensinava que a "primeira e primordial diferença" entre a "sociedade irregular" e a sociedade em conta de participação, se achava "na propriedade dos fundos destinados às operações sociais": "Na sociedade irregular, essa propriedade é de todos os sócios em comum, isto é, os fundos constituem compropriedade ou comunhão dos sócios, embora sujeitos às normas gerais da sociedade. (...) Já na conta de participação, o fundo em poder do sócio é sempre de sua propriedade exclusiva, mesmo quando conferido somente por sócio 'oculto'... Essa a diferença essencial".[53] Apontava ainda outras distinções: "Assim, na conta de participação, a responsabilidade dos sócios 'ocultos' é livremente estipulada no contrato social, ao passo que na sociedade irregular ela é sempre e necessariamente, embora subsidiária, ilimitada e solidária para todos os sócios; na sociedade irregular, a gerência pode ser exercida indistintamente por qualquer dos sócios, ao passo que na conta de participação ela é sempre de sócio ostensivo, o único que se obriga diante de terceiros".[54] *Mutatis mutandis*, essa lição se aplica ao direito vigente. Em princípio, não se confundem, assim, a sociedade em conta de participação e a sociedade em comum. Ocorre, porém, que o Código Civil admite a presença de mais de um sócio ostensivo (parágrafo único do art. 996), o que poderá gerar confusão com a sociedade em comum. Isso poderá suceder, também, quando o sócio participante se imiscuir na gestão social (parágrafo único do art. 993), tornando difícil, na prática, a distinção entre as duas figuras.

Fala-se, também, em sociedade *simulada*, que igualmente não se identifica com a sociedade em comum. Em estudo sobre a matéria, José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho concluiu que, "em matéria societária, pode-se admitir (i) a simulação absoluta, quando as partes declaram a constituição de sociedade sem querer negócio algum, hipótese em que se poderia falar com correção em sociedade fictícia, ou aparente; (ii) simulação com relação à pessoa dos associados, onde um dos vínculos é simulado, e atribuem-se direitos e obrigações a pessoa diversa da real; (iii) simulação relativa, quando as partes declaram negócio distinto do verdadeiro (*e.g.*, disfarçando sob a forma societária outro negócio jurídico), cláusulas não verdadeiras (*e.g.*, dissimulando o objeto social, a quota efetiva de participação nos resultados, a sede social, a natureza e valor da integralização), ou alteram a data dos instrumentos societários".[55] A sociedade em que haja sócios de favor não caracterizaria uma hipótese de invalidade da sociedade, mas tal sócio não poderia invocar a natureza

inapelável da teoria da representação aparente" (ob. cit., p. 42, nota 3). E, diremos nós, também no quadro do direito brasileiro, como Comparato cumpridamente o demonstra.

51. Ressalte-se que, para alguns autores, a sociedade em conta de participação não é, propriamente, uma sociedade, mas sim um "contrato de participação" (cf. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito...*, cit., n. 85, p. 154; e *Lições...*, cit., n. 71, p. 180; Fábio Ulhoa Coelho, ob. cit., cap. 33, n. 4, p. 479; José Edwaldo Tavares Borba, ob. cit., ns. 38-39, pp. 89-91; Marlon Tomazette, ob. cit., n. 2.2, p. 282; Ricardo Negrão, n. 18.3, p. 302, reconhecendo, porém, que a legislação civil expressamente a trata como sociedade). Para outros, trata-se de vera e própria sociedade, embora meramente interna (cf. Hernani Estrella, ob. cit., n. 165, pp. 342-343; Mauro Brandão Lopes, *A sociedade em conta de participação*, Saraiva, São Paulo, 1990, ns. 4-11, pp. 11-44; José Alexandre Tavares Guerreiro, em comentário a acórdão na *RDM* 54/128, São Paulo, Ed. RT, Rachel Sztajn, *Contrato de sociedade e formas societárias*, Saraiva, São Paulo, 1989, n. 50, p. 70; Maria Eugênia Reis Finkelstein, *Sociedade em conta de participação*, 'in' *Direito societário: tipos societários* (obra coletiva) – coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, Saraiva, São Paulo, 2009, n. 3.4, p. 133.

52. Embora a contribuição do sócio participante constitua, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, essa "especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios" (§ 1º do art. 994).

53. Cf. *A sociedade em conta...*, cit., n. 10, pp. 41-42.

54. Ob. ult. cit., p. 42.

55. Cf. *Promessa de sociedade e sociedade simulada*, in *Direito Societário Contemporâneo I* (obra coletiva), coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, cit., p. 121.

Dessa forma, tem inteira aplicação a interpretação que, a esses dispositivos da lei anterior, lhes emprestava a doutrina (e a jurisprudência).

Segundo se viu da lição de Teixeira de Freitas, seguida por todos os doutrinadores, "as acções, que esse Art. 303 do Cod. veda aos sócios entre si, e contra terceiros, se não forem acompanhadas do instrumento probatório da sociedade, não são todas as acções indistinctamente, mas só aquellas, que não tiverem outra causa possível senão a existência de uma sociedade. (...) E na verdade, se estas palavras distinguem certas acções dos socios entre si, ou dos socios contra terceiros, como é possivel entender, que os socios estão privados de demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos em commum, e de demandar a terceiros para pagamento de dividas? Quando não exista sociedade legalmente constituída, ou contractada em fórma legal, existio todavia uma *sociedade de facto, – uma communhão de bens ou interesses*; e ahi temos uma causa juridica das acções, embora não tenhamos a existencia legal de uma sociedade. Por outra, o Art. 303 do Cod. do Com. prohibe, que sem o instrumento social registrado se venha demandar em Juizo effeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realise a promettida entrada social; porém não veda, que se demande em Juizo por effeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorisava-se a usurpação dos bens alheios".[62] Ou, como ainda mais claramente se expressou João Eunápio Borges: "Mas não está a sociedade impedida de demandar os seus fregueses para exigir-lhes o preço das mercadorias que lhes vendeu, o pagamento dos títulos de crédito de sua responsabilidade etc. Podem os sócios demandarem-se reciprocamente para obterem a equitativa distribuição de lucros e prejuízos, a restituição de suas respectivas entradas etc. Porque em tais casos a ação não se funda na existência de sociedade mas no contrato de compra e venda ou em elementar princípio, de direito e de moral, que veda o enriquecimento injusto de uns em detrimento de outrem. A sociedade deu lucros: é óbvio que cada sócio pode exigir de quem os

62. *Consolidação*..., cit., 464-465, itálicos do original; *Additamentos*..., cit., pp. 677-680. Esse ensinamento é expressamente invocado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em comentário ao art. 987 do Código Civil atual, no qual faz também a ressalva: "Importante destacar, entretanto, que não é toda e qualquer relação jurídica ou ação que fica vedada entre os sócios ou entre eles e a sociedade nas condições acima descritas, mas, exclusivamente as que tiverem por fundamento a existência da sociedade" (*Direito*..., cit., n. 75, p. 146). Com análogo registro, Marlon Tomazette (ob. cit., n. 1.5, pp. 279-280).

retêm a parte que lhe toca, porque tal direito independe da existência da sociedade; quem compra é obrigado a pagar o preço, qualquer que seja a situação legal do vendedor".[63]

Nessas hipóteses, o art. 227 do Código Civil pode constituir, todavia, um óbice: "Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados".

É muito difícil, entretanto, que não haja algum documento comprobatório de relações entre as partes (depósitos, correspondências, pagamento de contas, etc.). E, em havendo, socorrer-se-á o interessado do disposto no parágrafo único do mencionado artigo: "Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito".[64]

De outra parte, ao se referir a prova escrita da existência da sociedade, o art. 987 do Código Civil atual não demanda contrato escrito, como já anotara Pontes de Miranda, seguido de outros doutrinadores, em relação ao art. 1.366 do Código Civil de 1916: "A prova por escrito, a que o art. 1.366 se refere, não é sempre a prova do contrato. Pode dar-se que haja escrito ou escritos que não sejam o do contrato, mas que sejam suficientes para que se repute existente a sociedade".[65]

63. Ob. cit., n. 263, p. 281. Nesse mesmo diapasão, Alfredo de Assis Gonçalves Neto: "Não poderá a sociedade, por exemplo, propor ação contra qualquer dos sócios para haver a integralização de sua quota de participação no capital social, porque o fundamento único para tanto seria a existência da sociedade. Em linha oposta, não está a sociedade impedida de demandar o sócio por nota promissória que lhe tenha passado por empréstimo que lhe tomou, nem de agir contra clientes para deles haver o preço de mercadorias ou produtos que lhes vendeu e assim por diante" (*Direito*..., cit., n. 75, p. 146). Analogamente, Marlon Tomazette (ob. cit., n. 1.5, pp. 279-280). A jurisprudência tem seguido esse entendimento: "(...)Porém, mesmo não havendo registro do contrato social da sociedade na Junta Comercial, e ainda que este sequer haja sido produzido, tal não desnatura a capacidade processual de um dos sócios postular em juízo o reconhecimento da sociedade e sua dissolução. Dicção dos artigos 987 e 990 do Código Civil" (TJRS, Apelação Cível n. 70003186848, 5ª Câmara Cível, rel. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 27.11.2003).

64. A propósito, o TJSP considerou que a prova testemunhal cumpre papel primordial para revelar se aquele que pretende reconhecida a condição de sócio se portava como tal ou não (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, APC 495.089.4/6-00, Relator Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 1.10.2009).

65. Ob. cit., vol. 49, § 5.179, n. 3, p. 80. Nessa linha, Alfredo de Assis Gonçalves Neto: "Não exige a regra do art. 987, para fins da distinção, a apresentação do *contrato social escrito* ('instrumento probatório da existência da sociedade'),

simulada de sua participação para escusar-se, por exemplo, de integralizar o capital social.[56] Calixto Salomão Filho, por sua vez, sustentou que "a simulação é aplicável a atos, e não a uma atividade",[57] para concluir que "sociedade simulada não há. O que pode haver é a caracterização da simulação em um determinado ato específico. A resposta a isso deve ser dada necessariamente em termos societários, ou identificando uma irregularidade na atividade social e aplicando as consequências respectivas, ou aplicando seletivamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica".[58]

É preciso tornar a esclarecer, ainda, que a sociedade em comum difere do que se denomina "sociedade de fato" na França (*société de fait*) ou na Alemanha (*faktische Gesellschaft*). Em tais países, essa "sociedade de fato" consiste na sociedade registrada, no mais das vezes desejada pelas partes, mas que vem a ser *invalidada* em razão de vícios na sua constituição (o que leva, em nosso direito, à sua dissolução, nos expressos termos do art. 1.034, I, do Código Civil – e também do art. 206, II, "a", da LSA).[59]

Finalmente, a sociedade em comum distingue-se da associação não registrada (de que, infelizmente, não cuidou o nosso legislador). A distinção está em que, como toda e qualquer sociedade (i) a sociedade em comum tem por finalidade a distribuição de resultados entre os sócios (lucros ou perdas, cf. art. 981 c/c 1.008 do Código Civil), enquanto que a associação não o tem (é a união de pessoas que se organizem para fins não econômicos, nos termos do art. 53); na sociedade em comum, há direitos e obrigações recíprocos entre os sócios (art. 981), enquanto na associação não os há (art. 53, parágrafo único[60]); e (iii) o patrimônio da sociedade em comum, após a sua dissolução, deve ser distribuído entre os sócios, após pagos todos os credores (art. 1.103, IV), enquanto que

56. Idem, p. 122. O autor cita uma hipótese ocorrida na jurisprudência francesa.

57. Nesse exato sentido, a lição de Ascarelli, *Problemi...*, cit., pp. 438-440.

58. *O novo direito societário*, 1ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1998, pp. 124 e 126.

59. No direito francês, cf., a propósito, a clássica monografia de J. Hémard, ob. cit.; no direito italiano, a celebrada monografia de Carlo Angelici, *La società nulla*, Giuffrè, Milão, 1975; e, no direito alemão, Claudia Pörnig, ob. cit.

60. Embora a lei seja explícita a respeito, é de se questionar se não haveria determinados deveres de conduta (lealdade, boa-fé) que seriam recíprocos entre os próprios associados (e não apenas em relação à associação), a justificar, inclusive, a sua exclusão (art. 57 CC).

o da associação se destinará, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 56 e do § 1º do art. 61, à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omisso este, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, ou, se não houver, à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União (art. 61, *caput*, e § 2º). Em princípio, portanto, não podem ser aplicadas às associações não registradas as normas da sociedade em comum (salvo, por analogia, talvez, a norma que determina a responsabilidade direta daquele que contratou pela associação, cf. art. 990[61]), já que se trata de figuras bem distintas.

3. *Prova da existência da sociedade*

3.1 *Nas relações internas*

O art. 987 do Código Civil, como se viu, dispõe o seguinte: "Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo".

Relembre-se, para efeito de comparação, o que dispunha a respeito o direito anterior. O art. 303 do Código Comercial estipulava: "Nenhuma ação entre os sócios ou destes contra terceiros, que fundar a sua intenção na existência da sociedade, será admitida em juízo se não for logo acompanhada do instrumento probatório da existência da mesma sociedade". O "instrumento probatório" era o contrato escrito e registrado, como se dessumia dos arts. 300, 1ª parte ("O *contrato* de qualquer sociedade comercial *só pode provar-se por escritura pública ou particular*; salvo nos casos dos arts. 304 e 325") e 301, 3ª parte ("Enquanto o *instrumento do contrato* não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente (art. 304)"). Já o art. 1.366 do Código Civil de 1916 determinava: "Nas questões entre os sócios, a sociedade *só se provará por escrito*; mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo".

Como se percebe, o art. 987 do Código Civil atual filia-se, em parte, ao art. 303 do Código Comercial, ao referir-se, especificamente, à prova da *existência* da sociedade; e, em parte, ao art. 1.366 do Código Civil de 1916, ao falar em prova *por escrito* (não se refere a "contrato escrito").

61. O § 54 do BGB e o art. 38 do CCI, relativos às associações não registradas, aplicam tal regra.

Dessa forma, tem inteira aplicação a interpretação que, a esses dispositivos da lei anterior, lhes emprestava a doutrina (e a jurisprudência).

Segundo se viu da lição de Teixeira de Freitas, seguida por todos os doutrinadores, "as acções, que esse Art. 303 do Cod. veda aos sócios entre si, e contra terceiros, se não forem acompanhadas do instrumento probatório da sociedade, não são todas as acções indistinctamente, mas só aquellas, que não tiverem outra causa possível senão a existência de uma sociedade. (...) E na verdade, se estas palavras distinguem certas acções dos socios entre si, ou dos socios contra terceiros, como é possivel entender, que os socios estão privados de demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos em commum, e de demandar a terceiros para pagamento de dividas? Quando não exista sociedade legalmente constituída, ou contractada em fórma legal, existio todavia uma *sociedade de facto, – uma communhão de bens ou interesses*; e ahi temos uma causa juridica das acções, embora não tenhamos a existencia legal de uma sociedade. Por outra, o Art. 303 do Cod. do Com. prohibe, que sem o instrumento social registrado se venha demandar em Juizo effeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realise a promettida entrada social; porém não veda, que se demande em Juizo por effeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorisava-se a usurpação dos bens alheios".[62] Ou, como ainda mais claramente se expressou João Eunápio Borges: "Mas não está a sociedade impedida de demandar os seus fregueses para exigir-lhes o preço das mercadorias que lhes vendeu, o pagamento dos títulos de crédito de sua responsabilidade etc. Podem os sócios demandarem-se reciprocamente para obterem a equitativa distribuição de lucros e prejuízos, a restituição de suas respectivas entradas etc. Porque em tais casos a ação não se funda na existência de sociedade mas no contrato de compra e venda ou em elementar princípio, de direito e de moral, que veda o enriquecimento injusto de uns em detrimento de outrem. A sociedade deu lucros: é óbvio que cada sócio pode exigir de quem os

62. *Consolidação*..., cit., 464-465, itálicos do original; *Additamentos*..., cit., pp. 677-680. Esse ensinamento é expressamente invocado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em comentário ao art. 987 do Código Civil atual, no qual faz também a ressalva: "Importante destacar, entretanto, que não é toda e qualquer relação jurídica ou ação que fica vedada entre os sócios ou entre eles e a sociedade nas condições acima descritas, mas, exclusivamente as que tiverem por fundamento a existência da sociedade" (*Direito*..., cit., n. 75, p. 146). Com análogo registro, Marlon Tomazette (ob. cit., n. 1.5, pp. 279-280).

retêm a parte que lhe toca, porque tal direito independe da existência da sociedade; quem compra é obrigado a pagar o preço, qualquer que seja a situação legal do vendedor".[63]

Nessas hipóteses, o art. 227 do Código Civil pode constituir, todavia, um óbice: "Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados".

É muito difícil, entretanto, que não haja algum documento comprobatório de relações entre as partes (depósitos, correspondências, pagamento de contas, etc.). E, em havendo, socorrer-se-á o interessado do disposto no parágrafo único do mencionado artigo: "Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito".[64]

De outra parte, ao se referir a prova escrita da existência da sociedade, o art. 987 do Código Civil atual não demanda contrato escrito, como já anotara Pontes de Miranda, seguido de outros doutrinadores, em relação ao art. 1.366 do Código Civil de 1916: "A prova por escrito, a que o art. 1.366 se refere, não é sempre a prova do contrato. Pode dar-se que haja escrito ou escritos que não sejam o do contrato, mas que sejam suficientes para que se repute existente a sociedade".[65]

63. Ob. cit., n. 263, p. 281. Nesse mesmo diapasão, Alfredo de Assis Gonçalves Neto: "Não poderá a sociedade, por exemplo, propor ação contra qualquer dos sócios para haver a integralização de sua quota de participação no capital social, porque o fundamento único para tanto seria a existência da sociedade. Em linha oposta, não está a sociedade impedida de demandar o sócio por nota promissória que lhe tenha passado por empréstimo que lhe tomou, nem de agir contra clientes para deles haver o preço de mercadorias ou produtos que lhes vendeu e assim por diante" (*Direito*..., cit., n. 75, p. 146). Analogamente, Marlon Tomazette (ob. cit., n. 1.5, pp. 279-280). A jurisprudência tem seguido esse entendimento: "(...)Porém, mesmo não havendo registro do contrato social da sociedade na Junta Comercial, e ainda que este sequer haja sido produzido, tal não desnatura a capacidade processual de um dos sócios postular em juízo o reconhecimento da sociedade e sua dissolução. Dicção dos artigos 987 e 990 do Código Civil" (TJRS, Apelação Cível n. 70003186848, 5ª Câmara Cível, rel. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 27.11.2003).

64. A propósito, o TJSP considerou que a prova testemunhal cumpre papel primordial para revelar se aquele que pretende reconhecida a condição de sócio se portava como tal ou não (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, APC 495.089.4/6-00, Relator Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 1.10.2009).

65. Ob. cit., vol. 49, § 5.179, n. 3, p. 80. Nessa linha, Alfredo de Assis Gonçalves Neto: "Não exige a regra do art. 987, para fins da distinção, a apresentação do *contrato social escrito* ('instrumento probatório da existência da sociedade'),