

A SOCIEDADE EM COMUM¹⁻²

(Uma mal compreendida inovação do Código Civil de 2002)

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

Professor Associado do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Livre-docente em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

1. A sociedade de fato e a sociedade irregular no direito anterior. 1.1 Prova da existência da sociedade. 1.1.1. Nas relações internas. 1.1.2. Nas relações externas. 1.2. Regime jurídico. 1.2.1. A disciplina societária. 1.2.2. A disciplina do patrimônio e os interesses de terceiros. 1.2.3. A disciplina da atividade negocial. 2. A sociedade em comum. 2.1. Conceituação. 2.2. Prova da existência da sociedade. 2.2.1. Nas relações internas. 2.2.2. Nas relações externas. 2.3. Regime jurídico. 2.3.1. A disciplina societária. 2.3.2. A disciplina do patrimônio e os interesses de terceiros. 2.3.3. A disciplina da atividade negocial. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. A sociedade de fato e a sociedade irregular no direito anterior

As expressões “sociedade de fato” e “sociedade irregular”, que alguns autores davam como sinônimas, não foram utilizadas pelo Código Comercial de 1850.

Na verdade, o referido diploma legal tratou justamente do que chamou, no art. 304, de “sociedade em comum”³.

Diplomas posteriores é que utilizaram as expressões sociedade de fato (Dec. n. 917, de 24.10.1890, art. 5º, letra d; Lei n. 859, de 16.8.1892, art. 8º, letra d) e sociedade irregular (Lei n. 2.024, de 17.12.1908, art. 8º, letra c).

Vários autores, todavia, distinguiam uma da outra: a sociedade de fato seria aquela contratada verbalmente; a irregular aquela contratada por escrito, mas cujo contrato não tivesse sido registrado⁴.

¹ Artigo originalmente escrito para compor um livro em homenagem ao ilustre Prof. JOÃO BAPTISTA VILLELA.

² O autor escreveu uma monografia a respeito do tema deste artigo, editada sob o título *A sociedade em comum*, Malheiros Editores, 2013.

³ “Art. 304. São, porém, admissíveis, sem dependencia 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 (art. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade”.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 também disciplinou sucintamente a matéria, mas sem utilizar qualquer denominação particular.

Entendia-se, de qualquer modo, que a sociedade civil não registrada não era irregular⁵. Segundo PONTES DE MIRANDA, “No direito civil, sociedades que não se registaram, existem, sem irregularidade; apenas não se personificaram. O sistema jurídico comercial é que exige o registo para que ‘regularmente’ funcionem, porque uma das finalidades da política jurídica comercial é ser registado tudo que se passa a respeito de contratos sociais”⁶.

1.1. Prova da existência da sociedade.

1.1.1. Nas relações internas

No tocante à prova da sociedade, o art. 300, 1ª parte, do Código Comercial, enunciou: “O contrato de qualquer sociedade comercial só pode provar-se por escritura pública ou particular; salvo nos casos dos arts. 304 e 325”⁷. A seguir, dispunha o art. 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)”. Complementava o art. 303: “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”.

Aparentemente, portanto, ficava vedada aos sócios a prova da sociedade, na hipótese de inexistir contrato ou deste não ter sido registrado.

Na nota 6 ao art. 747 da *Consolidação das Leis Civis*, porém, TEIXEIRA DE FREITAS deu a seguinte interpretação ao artigo supracitado: “Aproveitarei a ocasião para firmar a verdadeira intelligencia do Cod. do Com. Art. 303, de que os nossos Juizes e Tribunaes têm feito resultar consequencias iniquas. 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. É o que bem se conhece pelas palavras do citado Art. – *que fundar sua intenção na existencia da sociedade* –. E na verdade, se estas palavras distinguem certas acções dos socios entre si, ou dos socios contra terceiros, como é possível entender, que os socios estão privados de

⁴ Assim, por exemplo, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, vol. 49, 3ª ed., 2ª reimpressão, RT, São Paulo, 1984, § 5.176, p. 59). CALIXTO SALOMÃO FILHO, escrevendo sob a égide do direito anterior, demonstrou cumpridamente a necessidade dessa distinção, ao menos para as sociedades regidas pelo Código Comercial (*A sociedade unipessoal*, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 93-95).

⁵ Nesse sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, Livraria Francisco Alves, Rio, 1919, vol. I, nota 6 ao art. 20, p. 220; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., § 5.176, n. 3, p. 65; WALTER MORAES, *A sociedade civil estrita*, RT, 1987, n. 119, p. 196.

⁶ Ob. e loc. ult. cit.

⁷ O art. 325 cuidava da sociedade em conta de participação.

demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociais, pela partilha de lucros havidos em comum, e de demandar a terceiros para pagamento de dívidas? Quando não exista sociedade legalmente constituída, ou contractada em forma legal, existio todavia uma *sociedade de facto*, – *uma comunhão de bens ou interesses*; e ahí temos uma causa jurídica das acções, embora não tenhamos a existência legal de uma sociedade. Por outra, o Art. 303 do Cod. do Com. proíbe, que sem o instrumento social registrado se venha demandar em Juízo efeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realize a prometida entrada social; porém não veda, que se demande em Juízo por efeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorisava-se a usurpação dos bens alheios. Esta é a doutrina de todos os escriptores francezes sobre o contracto de sociedade, doutrina tendo por si a boa razão, e mesmo o simples bom senso”⁸.

Essa interpretação foi seguida por todos os doutrinadores, a começar por CARVALHO DE MENDONÇA, que acrescentou: “Os socios, desde que se fundem em titulo diverso do contracto social, não estão privados de se demandarem reciprocamente, com o fim de evitar que uns se locupletem á custa dos outros. Não se podem escusar ás obrigações já contrahidas, nem impedir o regulamento dos lucros e das perdas ou a restituição das entradas, isto é, os efeitos da sociedade a respeito do passado. Os socios não estão prohibidos de reclamar uns dos outros o que, como donos, condminos ou credores, lhes é devido. Existe nesses casos um principio supremo a attender, e não seria justo fechar as portas dos tribunaes. A sociedade, porém, não póde obrigar os socios a fazer as entradas a que se obrigaram para que ella preencha os seus fins; um socio, tambem, não pode obrigar o outro a cumprir este dever”⁹.

A jurisprudência também não destoava¹⁰.

⁸ *Consolidação das Leis Civis*, 1º volume, Nova Edição Refundida, atualizada até 1910, Garnier, Rio – Paris, s/d, p. 464-465, itálicos do original. No mesmo sentido, e ainda fazendo revisão crítica da jurisprudência sobre o art. 303 do Código Comercial, cf., do mesmo autor, *Additamentos ao Codigo de Commercio*, Typ. Perseverança, 1878-1879, Rio, p. 677-680.

⁹ *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio, 1933, n. 667, p. 134-136. No mesmo sentido, se manifestaram, entre vários outros, WALDEMAR FERREIRA, *Sociedades Commerciaes Irregulares*, Editora Limitada, São Paulo, 1927, n. 32, p. 48-49 e *Tratado de Direito Commercial*, 3º vol., Saraiva, São Paulo, 1961, n. 415, p. 186-188; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. 49, § 5.176, n. 2, p. 62-63; JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de Direito Commercial Terrestre*, 5ª ed., Forense, Rio, 1971, n. 263; CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A sociedade...* cit., p. 93, nota 59, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIX, 10ª ed., Livraria Freitas Bastos S.A., Rio, 1981, nota 3 ao art. 1.366, p. 16-17; e WALTER MORAES, ob. cit., n. 106, p. 178.

¹⁰ “Ação entre sócios. Necessidade, em regra, da juntada do contrato social. Dispensa, em se tratando de sociedade irregular e de ação entre sócios para se demandarem pela partilha de lucros havidos em comum e pela prestação de contas. Haveria um locupletamento injusto, se fosse impedido o regulamento dos lucros e das perdas, isto é, se fossem negados os efeitos da sociedade irregular a respeito do passado” (STF, RE 10.932, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Galotti, j. 24/04/1960); “EMENTA: Comercial e civil – Ação de reconhecimento de sociedade de fato – Pedido de dissolução – Contrato escrito inexistente. I – A falta de documento escrito, comprobatório da existência de sociedade, constitui irregularidade, contudo, não desnatura

O Código Civil de 1916, por sua vez, continha disposições semelhantes às do Código Comercial. No § 2º, do art. 20, assim determinou: “As sociedades enumeradas no art. 16¹¹, que, por falta de autorização ou de registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos”. E, no art. 1.366, assim dispôs: “Nas questões entre os sócios, a sociedade só se provará por escrito; mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo”.

Não obstante a semelhança, introduziu o Código Civil, porém, sutis diferenças. Enquanto o Código Comercial exigia não só o contrato escrito, mas o seu *registro* para “validade”¹² entre os sócios (art. 301, 3ª parte), o Código Civil de 1916 falou apenas em “prova escrita”. E, no § 2º do art. 20 vedou apenas à sociedade acionar os seus membros e não estes entre si (se houvesse prova escrita, nos termos do art. 1.366).

Por consequência, “tendo a sociedade sido formada por contrato escrito, embora sem haver o registro”, afirmou J. M. CARVALHO SANTOS, “o contrato prevalece para todos os efeitos jurídicos, menos quando diz respeito à aquisição

a capacidade processual de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio, em poder dos demais. Tal restituição se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes. II – Incidência do dispositivo da Súmula n. 07, do STJ. III – Recurso não conhecido (3ª Turma, REsp 43070-SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 09/05/1994). Cf., também, o REsp 203.929/PR, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, j. em 20/03/2001. Ainda, do TJRS: “Sociedade irregular. Exclusão imotivada de um dos seus integrantes. Indenização por serviços prestados. Não tendo a sociedade adquirido personalidade jurídica, pois não registrada na forma da lei, é inadmissível a um dos sócios, dela excluído abrupta e imotivadamente, reclamar prestação exclusivamente decorrente de cláusula contratual. Pode entretanto cobrar dos demais integrantes da sociedade irregular indenização pelos serviços profissionais prestados como topógrafo, na execução de encargos cometidos por cláusula do contrato a benefício do objetivo social de realizar um loteamento balneário. Na lição de Teixeira de Freitas, não é toda ação entre os sócios que pressupõe a existência de sociedade personalizada, mas somente a ação que ‘nao tiver outra causa possível senão a existência da sociedade’. Demanda procedente em parte (Apelação Cível n. 37859, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 22/09/1981). No que diz respeito às sociedades de fato civis: “Ementa: Prestação de contas. Legitimidade. Prova. Sociedade de fato. A ação de prestação de contas deve dirigir-se contra o sócio gerente ou com poderes de administração e, não, contra a sociedade. Tratando-se de sociedade de fato, a prova de sua existência não está limitada àquelas de natureza documental. O artigo 1366 do Código Civil impõe a prova documental somente quando a causa de pedir se fundar no próprio contrato social” (3ª Turma, REsp 178423-GO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26/06/2000). A propósito dos efeitos futuros do contrato de sociedade de fato: “Comercial. Sociedade de fato. Reconhecimento. Farta produção de provas. Afastamento do pedido. Súmula 07. Integralização do capital social. Inaplicável o dec. 3.708/19. - Em recurso especial não se reexamina prova. - Em sociedade de fato, em que não existe estatuto, não há como falar em integralização do capital social. (STJ, REsp n. 252861/SP, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01/09/2005).

¹¹ O art. 16 tinha o seguinte teor: “Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. II – As sociedades mercantis. III – Os partidos políticos. § 1º. As sociedades mencionadas no n. I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial. § 2º. As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais. § 3º. Os partidos políticos reger-se-ão pelo disposto, no que lhes for aplicável, nos arts. 17 a 22 deste Código e em lei específica”.

¹² *Rectius*: eficácia (cf. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66).

de uma personalidade distinta da dos sócios. Vale dizer: os sócios, com fundamento nesse contrato, poderão acionar uns aos outros, com relação a tudo quanto diga respeito à sociedade, existindo, ainda neste caso, uma comunhão de bens, mas já regida pelas determinações do contrato e pelas disposições do Código Civil, quando regulamentou o contrato de sociedade nos arts. 1.363 e seguintes (Cfr. GOMES DE OLIVEIRA, *obr. cit.*, n. 60)¹³.

Mais ainda: como observou, com precisão, PONTES DE MIRANDA, “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”¹⁴.

1.1.2. Nas relações externas

No art. 303, como se viu, o Código Comercial exigiu o “instrumento probatório” da existência da sociedade para viabilizar a propositura de qualquer ação entre os sócios ou destes contra terceiros.

No art. 304, todavia, ressaltou: “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. 122¹⁵), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade”. E no art. 305 exemplificou: “Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 - Negociação promíscua e comum; 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum; 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública; 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum; 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais; 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social; 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes; 9 - O uso de nome com a adição - e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo n. 316)”.

¹³ Ob. cit., nota 3 ao art. 1.366, p. 25.

¹⁴ Ob. cit., vol. 49, § 5.179, n. 3, p. 80. À mesma conclusão chegou WALTER MORAES (ob. cit., n. 105, p. 177-178).

¹⁵ “Art. 122 - Os contratos comerciais podem provar-se: 1 - por escrituras públicas; 2 - por escritos particulares; 3 - pelas notas dos corretores, e por certidões extraídas dos seus protocolos; 4 - por correspondência epistolar; 5 - pelos livros dos comerciantes; 6 - por testemunhas”.

Para CARVALHO DE MENDONÇA, porém, a prova da sociedade irregular deveria ser a mais completa possível e “formada com muita segurança, mórmente quando se trata de arrastar á falência alguém que se tem como socio”¹⁶. Advertia que sobre os indícios enumerados no art. 305 deveria prevalecer sempre a verdade dos fatos.

Para finalizar, o Código Civil de 1916, como se viu, também permitiu a terceiros a prova da sociedade não registrada “de qualquer modo” (art. 1.366), bem como a sua responsabilização (§ 2º do art. 20).

1.2. Regime jurídico.

1.2.1. A disciplina societária.

Tendo em vista a remissão feita na parte final do art. 305 à sociedade em nome coletivo, pode-se dizer que, nas relações entre os sócios de uma sociedade comercial de fato ou irregular, aplicavam-se as regras daquela¹⁷. Sua falência, dissolução judicial e liquidação deveriam se fazer, segundo CARVALHO DE MENDONÇA, na mesma forma das sociedades regulares¹⁸. Relativamente à dissolução e liquidação, o Código de Processo Civil de 1939 editou regra especial, determinando, no art. 673: “Não havendo contrato ou instrumento de constituição de sociedade, que regule os direitos e obrigações dos sócios, a dissolução judicial será requerida pela forma do processo ordinário e a liquidação far-se-á pelo modo estabelecido para a liquidação das sentenças”¹⁹. Tal norma foi mantida em vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, por força do disposto no art. 1.218, inciso VII. No tocante à falência, a mais autorizada doutrina, após a promulgação do Dec. lei 7.661/45, entendia ser a sociedade de fato ou irregular legitimada passiva para tanto²⁰.

Quanto às sociedades de fato civis, na medida em que, como se viu, eram consideradas sociedades regulares, aplicavam-se aos sócios a disciplina prevista nos arts. 1.375 a 1.394 do Código Civil, com as restrições do art. 1.366 se não

¹⁶ “Esta prova, acham-se de acordo os escriptores, deve ser a mais completa possível. Os antigos autores diziam que a prova das sociedades tacitas devia resultar *ex rigidioribus argumentis*, e ser, sob todas as relações, *concludentissima*” (ob. cit., 2ª ed., n. 669, p. 138, nota 1 e n. 670, p. 139). Nesse mesmo sentido, NOÉ AZEVEDO, *Das sociedades irregulares e sua prova*, Memorial do Aggravo n. 16.429 da Capital, Empreza Graphica da Revista dos Tribunaes, São Paulo, 1930, *passim*. E, ainda, WALDEMAR FERREIRA, *Tratado...*cit., n. 414, p. 182.

¹⁷ Nesse sentido, CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., 2ª ed., n. 667, p. 137.

¹⁸ Ob. cit., 2ª ed., n. 667, p. 136-137.

¹⁹ Consoante WALDEMAR FERREIRA, a jurisprudência equiparava a dissolução da sociedade de contrato não registrado à sociedade sem contrato escrito (cf. *Tratado...*cit., n. 424, p. 207-208; v. ainda, sobre a dissolução e liquidação destas últimas, ns. 494 e 495, p. 327-332).

²⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. 28, 3ª ed., 1984, § 3.288, n. 2, p. 14; CARVALHO NETO, *Tratado das defesas falimentares*, vol. II, Editora Ática Ltda., São Paulo, 1967, p. 310, invocando as opiniões concordes de WALDEMAR FERREIRA, MIRANDA VALVERDE, ARISTEU PEREIRA e BERNARDO TIMM, SAMPAIO DE LACERDA, GASTÃO A. MACEDO DE MIRANDA, JOSÉ DA SILVA PACHECO, ELIAS BEDRAN e AUGUSTO AFONSO NETO.

houvesse prova escrita. Sua dissolução judicial, se houvesse tal prova, far-se-ia nos termos dos arts. 655 a 672 do Código de Processo Civil de 1939; não havendo, aplicava-se o disposto no art. 673²¹. A decretação de sua insolvência passou a ser regulada pelo Código de Processo Civil vigente (cf. art. 786).

1.2.2. A disciplina do patrimônio e os interesses de terceiros.

Era controversa a questão da personalidade jurídica das sociedades de fato e irregulares. Pela afirmativa: CARVALHO DE MENDONÇA (que atribuía personalidade jurídica à sociedade irregular em função de sua autonomia patrimonial²²); SPENCER VAMPRÉ²³; OCTÁVIO MENDES²⁴; MIRANDA VALVERDE²⁵; GUILHERME HADDAD²⁶; JOÃO EUNÁPIO BORGES²⁷; J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA²⁸; CALIXTO SALOMÃO FILHO²⁹. Pela negativa: JOÃO MENDES JUNIOR³⁰, WALDEMAR FERREIRA³¹; CARVALHO SANTOS³²; PONTES DE MIRANDA³³; FÁBIO KONDER COMPARATO³⁴; RUBENS REQUIÃO³⁵; FRAN MARTINS³⁶; BULGARELLI³⁷.

Para aqueles que afirmavam a personalidade jurídica de tais sociedades, era coerente sustentar que elas dispunham de um patrimônio próprio.

Era o caso de CARVALHO DE MENDONÇA: “As sociedades irregulares dispõem de patrimonio proprio; os credores particulares de cada sócio nada têm que ver com este patrimonio especial, nem podem illidir ou prejudicar os direitos dos credores sociaes, aos quaes o Codigo deu acção contra essas sociedades, facultando-lhes todos os meios, inclusive presumpções, para a prova da sua existencia (art. 305 do Cod. Com.); elas empregam a firma ou razão commercial; demandam e são demandadas”³⁸. Por isso, criticava ele os que viam nas sociedades irregulares uma comunhão: “Preclaros jurisconsultos, como os exímios

²¹ Cf. WALTER MORAES, ob. cit., n. 231, p. 349-350. Cf., outrossim, MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, n. 36, p. 110-111.

²² Ob. cit., 1ª ed., ns. 610 a 612, p. 88-92; 3ª ed., ns. 610 a 612, p. 88-92.

²³ *Tratado Elementar de Direito Comercial*, vol. 1, F. Briguier & Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1921, p. 386-387.

²⁴ *Direito Commercial Terrestre*, Saraiva, São Paulo, 1930, p. 277.

²⁵ *Comentários à Lei de Falências*, vol. 1, Borsoi, Rio, 1948, ns. 72-73, p. 110-111.

²⁶ *Sociedades comerciais irregulares ou de fato*, Borsoi, Rio, 1962, p. 27-28.

²⁷ Ob. cit., n. 264, p. 282-285.

²⁸ *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979, p. 229-230 e 241.

²⁹ Para as sociedades irregulares (mercantis), cf. *A sociedade...cit.*, p. 95-97.

³⁰ *Revista Forense* vol. 14, p. 447.

³¹ *Sociedades...cit.*, n. 53, p. 66 e *Tratado...cit.*, n. 418, p. 196-197.

³² Ob. cit., p. 17.

³³ Ob. cit., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66.

³⁴ *O Poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Forense, Rio, n. 37, p. 117.

³⁵ *Curso de Direito Comercial*, 1º vol., 14ª ed., Saraiva, 1984, p. 274.

³⁶ *Curso de Direito Comercial*, 23ª ed., revista e atualizada por JORGE LOBO, Forense, Rio, 1999, n. 190, p. 176.

³⁷ *Sociedades Comerciais*, Atlas, São Paulo, 1991, p. 103 (embora não muito claro).

³⁸ Ob. cit., 2ª ed., n. 611, p. 90.

TEIXEIRA DE FREITAS e CARLOS DE CARVALHO, encontram nas sociedades irregulares a *communhão de bens* ou de *interesses*. A corrente da jurisprudência tem sido essa. Por muito que nos mereçam tão respeitáveis opiniões, parecem-nos insustentáveis. As *sociedades irregulares* com apoio no Código Commercial, que regula os seus efeitos, tem disciplina diferente da que rege a *communhão de bens* ou de *interesses*. Na *communhão*, os consortes são coproprietários e podem dispor livremente dos seus quinhões. As sociedades irregulares têm, ao contrário, patrimônio próprio; os sócios não são coproprietários do fundo social. Nellas existe a cooperação dos sócios, seu pronunciado característico (n. 529 *supra*)³⁹.

WALDEMAR FERREIRA (que sustentava, inclusive, a invalidade do contrato de sociedade irregular⁴⁰), entendia exatamente o contrário: “A sociedade, contratada por escrito, perde o atributo societário. Deixa de ser sociedade. Contraí-se em mera comunhão de bens e interesses, colocando-se, como tal, no regime do Direito comum, ou seja, o civil”⁴¹. Por falta de personalidade jurídica, dizia ele, as sociedades irregulares não tinham patrimônio próprio⁴².

PONTES DE MIRANDA, embora afirmasse a inexistência de personalidade jurídica das sociedades irregulares, dirimiu a questão e antecipou a solução que o Código Civil de 2002 lhe deu: “As sociedades irregulares existem, porém não têm personalidade (sem razão, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, III, 89, que confundiu patrimônio separado com personalidade). Os credores particulares de cada sócio não podem ir contra esse patrimônio separado, especial, com prejuízo para os credores da sociedade. Os credores da sociedade somente podem ir contra o patrimônio de cada sócio depois da execução do patrimônio separado”⁴³.

Como quer que seja, o Código de Processo Civil de 1973, no art. 12, inciso VII, assim dispôs: “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens”. Conforme o ensinamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “... a lei do processo vai além e confere mera *personalidade*

³⁹ Ob. cit., 2ª ed., n. 612, p. 91-92.

⁴⁰ E isso não obstante TEIXEIRA DE FREITAS, mais de oitenta anos antes, criticando acerbamente um julgado da Corte, de 1857, ter já sustentado, com inteira propriedade: “Duas razões fôrão produzidas [no julgado], e sua leviandade é patente: 1.ª razão – incoherencia de reconhecêr-se em Juizo como existente, e validamente constituída, uma sociedade sem contracto –: Leviandade, já porque *contracto* não é a prova escripta d’elle, e **pode existir *contracto de sociedade sem instrumento social***; ...” (*Additamentos...cit.*, p. 676, itálicos do original, negritos nossos).

⁴¹ *Tratado...cit.*, n. 416, p. 193. Contestando tal conclusão, MAURO BRANDÃO LOPES assinalava que, afora outras diferenças, como o objeto da comunhão, nesta a solidariedade dos condôminos constituía exceção, devendo decorrer necessariamente de estipulação contratual (art. 626 do Código Civil de 1916), enquanto que na sociedade comercial irregular ela decorria da própria lei (art. 301, 3ª parte, do Código Comercial) (in: *A sociedade em comum: inovação do Anteprojecto do Código Civil*, RDM ns. 15/16, p. 38, RT, São Paulo, 1974).

⁴² *Sociedades...cit.*, n. 91, p. 123-125.

⁴³ Ob. cit., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66.

processual a alguns outros entes que, sem serem pessoas físicas ou jurídicas em sentido integral, são admitidas no processo como partes. Trata-se da *massa falida*, do *espólio*, do *condomínio imobiliário*, da *herança jacente* e da *herança vacante* (CPC, art. 12, incs. III-V, VII e IX)⁴⁴.

Quanto às sociedades civis, o art. 119 da Lei 6.015/73 afastou qualquer dúvida a respeito da sua personificação: “Art. 119. A existência legal das pessoas jurídicas só começa com o registro de seus atos constitutivos”.

No que diz respeito aos interesses de terceiros, nas sociedades de fato comerciais, os sócios, ainda que ocultos, respondiam solidaria e ilimitadamente perante eles, nos termos dos arts. 301, 3ª parte, e 305 *in fine*, do Código Comercial (este último dispositivo remetia à disciplina da sociedade em nome coletivo, art. 316)⁴⁵. Dessa forma, numa sociedade em comandita de fato, o sócio comanditário também respondia solidária e ilimitadamente⁴⁶.

A questão controversa era saber se tal responsabilidade era direta ou subsidiária, uma vez que o art. 350 do Código estabelecia um benefício de ordem: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados todos os bens sociais”.

CARVALHO DE MENDONÇA entendia, coerentemente, que a responsabilidade dos sócios era subsidiária, aplicável o supramencionado art. 350, bem como o art. 132 da Lei 2.024, de 17.12.1908⁴⁷. PONTES DE MIRANDA também julgava subsidiária a responsabilidade dos sócios, aplicável o art. 350⁴⁸. WALDEMAR FERREIRA tinha outra opinião. Sustentava que, não tendo as sociedades irregulares personalidade jurídica e nem patrimônio próprio, não podiam os seus sócios invocar o benefício de ordem⁴⁹.

A parca jurisprudência sobre a questão era cambiante⁵⁰.

⁴⁴ Ob. cit., vol. II, n. 535, p. 291. A propósito, a 7ª Câmara do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, assim julgou: “Locação. Ação indenizatória. Contratação feita por sociedade irregular. Propositura pelos sócios. Ilegitimidade ativa reconhecida. Recurso improvido. Porque é dotada de capacidade processual (art. 12, VII, do CPC), ainda que sem personalidade jurídica, cabe à sociedade irregular a propositura de ação indenizatória relativa a contrato por ela realizado. Aos sócios, portanto, falta legitimidade ‘ad causam’ para figurar na demanda” (Apelação com revisão n. 0045316-42.2000.8.26.0000, rel. Juiz Antonio Rigolin, julgado em 26/02/2002). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, porém, entendeu que os sócios teriam legitimidade ativa para propositura de ação visando a cobrança de prestação de serviços contratados pela sociedade irregular, na medida em que todos eles tinham poder de representação (Apelação Cível n. 2.0000.00.417680-7/000(1), rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 5.2.2004).

⁴⁵ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., 2ª ed., n. 667, p. 133; WALDEMAR FERREIRA, *Tratado...* cit., n. 416, p. 193; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66-67.

⁴⁶ Cf. CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., 2ª ed., n. 667, p. 133.

⁴⁷ *Tratado...* cit., 1ª ed., Duprat & Comp., São Paulo, 1914, n. 611, p. 90-91.

⁴⁸ Ob. cit., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66-67.

⁴⁹ *Sociedades...* cit., n. 91, p. 123-125. No mesmo sentido era a lição de MAURO BRANDÃO LOPES (*A sociedade em comum...* cit., p. 38).

⁵⁰ “Se se tratar de sociedade irregular ou de fato, a execução pode, de início, ser dirigida diretamente contra os sócios. Não há benefício de ordem, nem responsabilidade secundária dos sócios” (do corpo do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 0076767-80.2003.8.26.0000, da 11ª Câmara do extinto 1º Tribunal de

No que tange às sociedades de fato civis, CLÓVIS BEVILÁQUA sustentava que “a communhão responde pelas dívidas sociaes, cabendo a cada sócio uma parte nas dívidas, proporcional à sua entrada (art. 1.381 e 1.396). Todavia, se a dívida fôr contrahida por quem não tiver a administração da sociedade, não respondem por ella nem os bens sociaes nem, muito menos, os particulares dos socios (art. 1.387 e 1.395)”⁵¹. Tal lição foi expressamente acatada por CARVALHO SANTOS⁵². WALTER MORAES fez, todavia, a seguinte ponderação: “Não registrado o ato constitutivo, e suposta a norma legal presuntiva de que a gerência social cabe a cada sócio (...), nenhum sócio poderia opor ao credor a exceção de não ser autorizado a representar os demais, porque estaria opondo efeito próprio do contrato social sem publicidade. De outro lado, por este exato motivo da não oponibilidade de efeitos de um ato não registrado, não poderia o próprio sócio que negociou com estranho opor-lhe a sua irresponsabilidade num momento de execução, apontando então o representante autorizado legítimo. Noutras palavras, o credor cobra a qualquer sócio ou a todos se quiser, e se quiser àquele com quem negociou, já que não está obrigado a tomar conhecimento da sociedade mas pode conhecê-la, se quiser. Daí aquela conhecida observação de Vivante de que os credores da sociedade irregularmente constituída, põe-nos a lei ‘nella felice condizione giuridica’ de poderem considerá-la regular ou não segundo a sua conveniência”⁵³.

1.2.3. A disciplina da atividade negocial.

Aplicando-se às sociedades comerciais de fato a disciplina da sociedade em nome coletivo, tem-se que cada sócio presumia-se autorizado a administrar a sociedade (art. 361, 2ª parte, do Código Comercial), salvo disposição diversa do contrato que, todavia, não poderia ser oponível a terceiros.

Nas sociedades de fato civis, dava-se o mesmo, por força do art. 1.386, inciso I, do Código Civil de 1916.

Alçada Civil de São Paulo, rel. Juiz Urbano Ruiz); “Constatando-se que a sociedade existente entre as partes foi de fato e que esta confunde-se com a sociedade irregular, não tem esta, portanto, existência distinta da de cada um dos seus membros, que, por sua vez, não poderão invocar o beneficium excussionis, solidários que são pelas operações e atos praticados” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.01.001557-6/001(1), rel. Des. Irmair Ferreira Campos, j. em 6.7.07); “Sociedade irregular ou de fato. Os sócios das sociedades irregulares são solidariamente responsáveis nos mesmos termos em que o são os sócios das sociedades regulares em nome coletivo e os sócios ocultos. Essa solidariedade e subsidiária, isto é, primeiro responde a sociedade, depois os sócios. Apelação não provida” (TJRS, Apelação Cível 585013451, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Túlio Medina Martins, j. 17/09/1985); “Sociedade irregular ou de fato. A sociedade irregular ou de fato acarreta a responsabilidade pessoal e solidária dos sócios, que não poderão invocar o ‘beneficium excussionis’. Documento firmado por quem se intitula ‘socio gerente’. Apelo improvido e recurso adesivo desconhecido” (TARS, Apelação Cível 186085114, 1ª Câmara Cível, rel. Juiz Alceu Binato de Moraes, j. 12/05/1987).

⁵¹ Ob. cit., vol. I, p. 220.

⁵² Ob. cit., vol. I, nota 7 ao art. 20 do Código Civil, p. 393.

⁵³ Ob. cit., n. 204, p. 312-313.

2. A sociedade em comum

Vejam, agora, como essa matéria toda foi tratada pelo Código Civil de 2002.

O conceito de sociedade emerge do seu 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”.

Tal contrato, porém, é consensual ou formal? Por outra, há forma específica de que dependa a sua *validade*?⁵⁴.

Deve-se lembrar que o Código Civil atual admitiu a existência de sociedades *personificadas* (Livro II, Título II, Subtítulo II) e sociedades *não personificadas* (Livro II, Título II, Subtítulo I). Para as primeiras, que se regem subsidiariamente pelas normas da sociedade simples (arts. 1.040, 1.046, 1.053 e 1.096) – com exceção das sociedades por ações, que obedecem a lei especial (arts. 1.089 e 1.090) –, o código determinou a exigência de contrato escrito, particular ou público (art. 997, *caput*), eis que, *para adquirirem personalidade jurídica* – são sociedades *personificadas*, repita-se –, devem ser levadas a registro (art. 985)⁵⁵. Para as segundas, não (arts. 987 e 992).

O art. 987, que mais de perto nos interessa, por dizer respeito às sociedades em comum, assim dispõe: “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”.

É fora de dúvida, portanto, que para *validade* do contrato social não se exige forma especial, mas apenas para sua *eficácia*, como já ressaltava PONTES

⁵⁴ 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, 2004, n. 191, p. 61-62, itálicos do original). No ensinamento de ORLANDO GOMES, “em atenção (...) à conveniência de dar segurança ao comércio jurídico, a lei exige que certos contratos obedecem a determinada *forma*, elevando-se à condição de requisito essencial à sua validade. Nesses casos, a vontade das partes não basta à formação do contrato. Dizem-se *solenes* os contratos que só se aperfeiçoam quando o contrato é expresso pela forma prescrita na lei. Também denominam-se *contratos formais*” (*Contratos*, 26ª ed., atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino, Forense, Rio, 2007, n. 58, p. 92, itálicos do original).

⁵⁵ A exigência de contrato escrito, portanto, está ligada, a nosso ver, à possibilidade da aquisição da personalidade jurídica e não a uma formalidade essencial à própria *validade* do contrato de sociedade, como se vê a seguir. Nesse sentido, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de Empresa*, 3ª ed., RT, São Paulo, 2010, n. 73, p. 142-143; MARLON TOMAZETTE, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, Atlas, São Paulo, 2008, n. 3.1.3, p. 195; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, vol. III – *Contratos em espécie*, 11ª ed, Atlas, São Paulo, n. 33.2, p. 554-556.

DE MIRANDA. À falta de prova por escrito, há *ineficácia relativa* do contrato⁵⁶: os sócios ficam privados de provar a existência da sociedade⁵⁷, mas os terceiros poderão prová-la de qualquer modo⁵⁸.

O contrato de sociedade, no regime do Código Civil de 2002, assim, não depende de forma especial para sua *validade*, mas tão somente para sua *eficácia* – seja a aptidão para ser provado nas relações entre os sócios, seja a aptidão para aquisição de personalidade jurídica.

Disso resulta que as relações que se estabelecem em um contrato de sociedade, como lapidarmente explanou SYLVIO MARCONDES, são *relações societárias* (e não de *comunhão*):

“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 tópico, 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 regulares 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, acordo 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, fenômeno posterior, do qual a existência da sociedade é pressuposto, constitui a fonte geratriz de um novo 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 destes, para transformar-se em patrimônio autônomo, objeto de 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,

⁵⁶ “Diz-se que há ineficácia relativa”, ensinava PONTES DE MIRANDA, “quando o negócio jurídico é ineficaz para uma, ou para algumas pessoas, e eficaz para outra, ou para outras” (ob. cit., vol. 5, 4ª ed., RT, 1983, § 531, n. 1, p. 73). Com idêntico sentido, MARCOS BERNARDES DE MELLO (*Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, 1ª Parte, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 77) e ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 53-56).

⁵⁷ Mais adiante será examinado o alcance de tal disposição.

⁵⁸ O contrato, pois, existe e é válido. No sentido de que há ineficácia relativa do contrato de sociedade sem prova escrita, cf. MARCELO FORTES BARBOSA FILHO, *Código Civil comentado* (obra coletiva) – coord. CEZAR PELUSO, Manole, São Paulo, 2007, p. 826: “antes da consecução do registro, há apenas uma relação contratual, que produz efeitos exclusivamente entre aqueles que dela participaram (*inter partes*)”.

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 verá⁵⁹”.

Tem-se, assim, que o contrato de sociedade, no regime do Código Civil de 2002, não é um contrato cuja *validade* esteja subordinada a forma especial, gerando, pois, **relações societárias**, como quer que seja constituído⁶⁰.

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, rege-se a sociedade, *exceto por ações em organização*, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”⁶¹.

2.1. Conceituação.

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?

⁵⁹ Cf. *Problemas de Direito Mercantil*, Max Limonad, 1970, p. 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. Cf. outrossim, do mesmo autor, conferência proferida na Comissão Especial do Código Civil, da Câmara dos Deputados, intitulada “Direito Mercantil e Atividade Negocial no Projeto de Código Civil”, em *Questões de Direito Mercantil*, Saraiva, 1977, n. 10, p. 16. No mesmo sentido da explanação de SYLVIO MARCONDES, MAURO BRANDÃO LOPES, *A sociedade em comum...cit.*, p. 37 e segs., 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.

⁶⁰ Bem a propósito, é importante ainda chamar a atenção para a significativa topologia do contrato de sociedade no Código Civil atual, que só vem a reforçar as considerações de SYLVIO MARCONDES: 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 se denominava “Da Atividade Negocial”.

⁶¹ Cf. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 74, p. 144-145; RACHEL SZTAJN, *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*, vol. XI, editado em co-autoria 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, inexistente 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.

Para a grande maioria da doutrina, sim⁶².

MARCELO ANDRADE FÉRES, em belo trabalho sobre a sociedade em comum, modificando ponto de vista anterior⁶³, sustenta que não. Não nos convencemos desse entendimento, com a devida vênia, pelas razões que expusemos na monografia de início citada⁶⁴.

Para nós, a sociedade em comum *claramente* abrange, ante o disposto nos arts. 986 e no art. 987 do Código Civil, a sociedade irregular e a sociedade de fato do direito anterior – vale dizer, tanto aquela não registrada⁶⁵ como aquela constituída sem prova escrita⁶⁶. A questão é, como se disse, meramente de *eficácia probatória* e não de existência ou validade da sociedade.

Por outro lado, ambas as mencionadas sociedades, 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 – entre sociedade e personalidade jurídica⁶⁷.

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.

⁶² Cf. HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, n. 1.7.7, p. 85-86; VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Manual de direito comercial*, vol. I, 2ª 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 ANDRADE JÚNIOR, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. IV – *Direito das sociedades*, Forense, Rio, 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, 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, p. 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”.

⁶³ *Sociedade em comum*, Saraiva, 2011, n. 5.1, p. 86.

⁶⁴ *A sociedade...cit.*, p 111 e segs.

⁶⁵ “Art. 986. “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”.

⁶⁶ “Art. 987. 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”.

⁶⁷ Assim como no Brasil, na França todas as sociedades, com exceção da “société créé de fait” e da sociedade em conta de participação, têm personalidade jurídica – o que não ocorre com as sociedades de pessoas na Alemanha e na Itália, por exemplo (só as sociedades de capitais – sociedades limitadas e por ações – além da sociedade cooperativa, têm personalidade jurídica).

Essa qualificação – sociedade irregular – ademais, 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 registro⁶⁸.

Com efeito, 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 atividade⁶⁹.

O contrato de sociedade é um *negócio jurídico* – de caráter plurilateral⁷⁰, ou, conforme as concepções mais modernas, associativo⁷¹ – regendo-se precipuamente, na sua constituição⁷², por normas de direito privado, que visam à proteção dos *próprios contratantes*, quer em função de eventual incapacidade para a expressão da vontade (agente 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)⁷³. 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)⁷⁴.

⁶⁸ 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).

⁶⁹ “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 n. 109/183-109, Malheiros Editores, São Paulo, 1998; v. ainda, GIUSEPPE AULETTA, verbete *Attività*, na Enciclopedia del Diritto, vol. III, Giuffrè, Milão, pp. 981-987; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Empresa, Empresário e Estabelecimento*, Revista do Advogado n. 71, AASP, Agosto de 2003, p. 15 e segs., especialmente p. 18-19).

⁷⁰ ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 274 a 332.

⁷¹ 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, 2011, p. 45).

⁷² Ao menos nas sociedades contratuais.

⁷³ 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”).

⁷⁴ Nesse preciso diapasão, 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.

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*⁷⁵. 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”⁷⁶.

Dessa forma, a falta de registro (ou o seu cancelamento superveniente), não torna o *contrato de sociedade* irregular (a não ser por metonímia); poderá, sim, qualificar a *atividade* da sociedade de irregular, se esta ocorrer antes do registro ou persistir após o seu cancelamento.

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, mas sem inscrição no registro próprio, ou antes dele; 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).

2.2. Prova da existência da sociedade.

2.2.1. 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

⁷⁵ 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).

⁷⁶ *O empresário...cit.*, p. 184, negritos nossos.

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”).

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, “... o Art. 303 do Cod. do Com. proíbe, que sem o instrumento social registrado se venha demandar em Juízo efeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realize a promettida entrada social; porém não veda, que se demande em Juízo por efeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorisava-se a usurpação dos bens alheios”⁷⁷. 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 eqüitativa 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 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”⁷⁸.

⁷⁷ *Consolidação...cit.*, 464-465, itálicos do original; *Additamentos...cit.*, p. 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, p. 279-280).

⁷⁸ 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

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”⁷⁹.

2.2.2. Nas relações externas

Perante terceiros, os sócios somente podem provar a existência da sociedade por escrito, nos termos do art. 987 do Código Civil atual. Isso não significa, evidentemente, que os sócios possam *opor* eventuais cláusulas contratuais aos terceiros, se o contrato não estiver regularmente registrado, nos termos do art. 1.154 do mesmo diploma legal⁸⁰.

Em compensação, os terceiros podem provar a sociedade de qualquer modo, como dispõe a parte final do aludido art. 987, inclusive por indícios que levem à presunção⁸¹ da existência daquela⁸².

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, p. 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).

⁷⁹ 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’), contentando-se com *prova escrita* da existência da sociedade. Isso quer dizer que, havendo documento, ou um conjunto de documentos, que revele haver sociedade entre duas ou mais pessoas, estas podem utilizá-lo, ainda que não se revista da forma de um contrato social, para provar a existência de relações jurídicas societárias entre si ou com terceiro e agir umas contra as outras ou contra o terceiro, fundadas na existência da sociedade. Isso faculta distribuir as sociedades em comum em dois grupos, como ocorria no direito anterior: do ponto de vista dos sócios, há sociedades em comum que (i) permitem que se prove sua existência para revelar as relações jurídicas que mantém entre si e perante terceiros; e que (ii) não permitem essa prova, impedindo a eficácia de qualquer dessas relações jurídicas, ainda que, concretamente, possam existir. Trata-se da mesma divisão do passado, que catalogava as primeiras como sociedades irregulares e as segundas como sociedades de fato, porém, com novo formato” (*Direito... cit.*, n. 75, p. 145, *italicos do original*). E ainda: ARNOLDO WALD, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, Forense, Rio, 2005, n. 263, p. 92; MARCELO FORTES BARBOSA FILHO, ob. cit., p. 827, para quem “a exibição de recibos, de um instrumento de contrato, de correspondências enviadas e recebidas, por exemplo, pode servir a tal finalidade”.

⁸⁰ “Art. 1.154. 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”.

⁸¹ Anote-se, porém, o que dispõe o art. 230 do Código Civil: “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”. Mas, pode-se entender que, ao permitir aos terceiros provar a sociedade em comum “de qualquer modo”, o art. 987 estaria excepcionando o art. 227, que

Relembre-se, contudo, da advertência de CARVALHO DE MENDONÇA: a prova da sociedade irregular deve ser a mais completa possível⁸³ e “formada com muita segurança, mórmente quando se trata de arrastar á falência alguém que se tem como socio”⁸⁴. Advertia ele que sobre os indícios enumerados no art. 305 deveria prevalecer sempre a verdade dos fatos⁸⁵.

Vale dizer: para impelir alguém à falência, deverá ser provada, ainda que por qualquer meio, a contribuição com bens ou serviços para o exercício de atividade empresarial comum com outro ou outros sócios, bem como a partilha de resultados (lucros e perdas) entre eles – elementos estruturais do contrato de sociedade, em face do que dispõe o art. 981 do Código Civil⁸⁶.

2.3 Regime jurídico.

A sociedade em comum foi expressamente regulada no Código Civil de 2002, que lhe emprestou disciplina própria, prescrita nos arts. 986 a 990, tendo sido saudada, por um grande mestre do direito comercial brasileiro, já por ocasião do anteprojeto, como uma valiosa inovação, em face de suas congêneres previstas nos sistemas jurídicos italiano, suíço, alemão e americano, caracterizando-a como um tipo societário com características próprias⁸⁷⁻⁸⁸.

Caracteriza-se, em princípio, como uma *sociedade de pessoas*, já que se lhe aplicam, subsidiariamente, as normas da sociedade simples⁸⁹⁻⁹⁰.

não admite a prova testemunhal “nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”.

⁸² A doutrina continua a invocar, como indícios meramente exemplificativos da existência de uma sociedade, o disposto no revogado art. 305 do Código Comercial. Nesse sentido: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 73, p. 143; ANDRADE FÉRES, *ob. cit.*, n. 5.4, p. 103-104; ALEXANDRE BUENO CATEB, *A sociedade em comum*, ‘in’ *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues, Forense, Rio, 2004, p. 153.

⁸³ “Esta prova, acham-se de acordo os escriptores, deve ser a mais completa possível. Os antigos autores diziam que a prova das sociedades tacitas devia resultar *ex rigidioribus argumentis*, e ser, sob todas as relações, *concludentissima*” (*ob. cit.*, 2ª ed., n. 669, p. 138, nota 1).

⁸⁴ *Idem*, n. 670, p. 139.

⁸⁵ *Idem*, n. 670, p. 139, nota 7.

⁸⁶ Muito embora não cuidando de falência, correto o julgado que inferiu a existência de sociedade em comum em face da divisão de resultados (lucros) entre as partes (TJRS, Apelação Cível n. 70008434268, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 22/04/2004); e este outro, que requalificou, pelo mesmo motivo, um contrato que previa a compra e venda de um bem: “As obrigações assumidas na assinatura do contrato, que ora se busca cindir, vão além da formalização de compra e venda de um bem: ‘estabeleceu obrigações típicas daqueles que compõem uma sociedade em comum, quais sejam, obrigou os celebrantes a dividir as despesas e receitas que emergissem do exercício da atividade, constituindo uma sociedade irregular. (...)” (TJSC, Apelação Cível n. 008.061849-2, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 10/06/2011).

⁸⁷ Cf. MAURO BRANDÃO LOPES, *A sociedade em comum...cit.*

⁸⁸ Sobre a classificação da sociedade em comum como um novo tipo societário, cf. o nosso *A sociedade cit.*, p. 134 e segs.

⁸⁹ E, consequentemente, as modificações do contrato social, que digam respeito ao disposto no art. 997, só podem ser realizadas por unanimidade (art. 999); o sócio não pode ser substituído nas suas funções, nem ceder sua quota, sem consentimento dos demais (arts. 1002 e 1.003); o credor do sócio, *em principio*, não

2.3.1. A disciplina societária.

Qual o objeto da sociedade em comum: trata-se de atividade econômica de natureza empresarial ou não empresarial (i.e: simples⁹¹)?

O art. 983 do Código Civil⁹² não nos deve levar a enganos: ali trata-se das sociedades empresárias *personificadas*.

O que distingue as sociedades empresárias das sociedades simples, porém – ressalvadas as sociedades por ações e as sociedades cooperativas, que são, respectivamente, empresárias ou simples *pela forma* (parágrafo único do art. 982) – é, precisamente, o seu objeto, nos claríssimos termos do art. 982, *caput*: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”⁹³.

Dessa maneira, se a sociedade em comum tiver por objeto atividade própria de empresário sujeito a registro⁹⁴, será considerada empresária; se não, será considerada simples⁹⁵⁻⁹⁶.

poderá ingressar na sociedade (art. 1.026 c/c CPC, art. 685-A, § 4º), nem os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou (art. 1.027), e nem, por fim, os herdeiros do sócio (art. 1.028).

⁹⁰ E talvez seja a única sociedade de pessoas verdadeiramente autêntica que remanesce no direito brasileiro...

⁹¹ Anote-se que a sociedade simples, no sistema do Código Civil, tanto designa as sociedades não-empresárias como um tipo societário (consoante se deduz da interpretação dos arts. 982 e 983 do Código Civil, respectivamente). Nessa senda, ANDRADE FÉRES, ob. cit., n. 5.3, p. 99.

⁹² “Art. 983. A **sociedade empresária** deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias”.

⁹³ Cf. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO (*Direito...cit.*, p. 126, e *Sociedade para o exercício de trabalho intelectual*, em *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 49); OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade limitada*, Forense, Rio, 2006, p. SILVIO DE SALVO VENOSA e CLÁUDIA RODRIGUES, *Direito Civil – Direito Empresarial*, Atlas, 2010, p. 92. Cf., outrossim, da lavra do autor deste artigo, o parecer “Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização”, publicado na RDM n. 157/241, Malheiros Editores, São Paulo, 2011 e na Revista de Direito Empresarial n. 15/93, Juruá, 2011.

⁹⁴ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”; “Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”.

⁹⁵ “Art. 966. (...) Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”; “Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, **pode**, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária”.

⁹⁶ Nesse sentido: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 73, p. 144; ANDRADE FÉRES, ob. cit., n. 5.3, p. 100; DANIEL KALANSKY, *A sociedade em comum: um novo tipo societário?*, in *Direito Societário Contemporâneo I* (obra coletiva), coord. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, Quartier Latin, SP, 2009, p. 514-515.

A sociedade de fato entre concubinos era considerada, no regime do Código Civil de 1916, como uma sociedade civil – a mais importante delas, aliás, para um civilista que escreveu ótima obra sobre o assunto⁹⁷. Por aí já se vê a grande impropriedade conceitual que reinava acerca de tal sociedade. Se ela exercesse – como frequentemente ocorria – atos de comércio⁹⁸, por que razão deveria ser classificada como sociedade civil?

Hoje, o patrimônio dos conviventes está regulado pelo que determina o art. 1.725 do Código Civil, do seguinte teor: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Não está excluído, entretanto, que os conviventes contratem sociedade em comum por escrito¹⁰¹. Nessa matéria, porém, deve-se primar pela coerência: se se tratar de sociedade que tenha por objeto atividade empresarial, a sociedade será empresária, nos termos do art. 982 do Código Civil – e não simples.

Em que estrutura organizativa se enquadraria a sociedade em comum?

Rememorando. O art. 986 do Código Civil assim dispõe: “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples¹⁰²”. E o art. 987, logo a seguir, determina, em sua primeira parte: “Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade...”

Não havendo prova escrita, portanto, a sociedade em comum subsume-se, no que não estiver disposto nos arts. 987 a 990 (Capítulo I, do Subtítulo I, do Título II, do Livro II, do Código Civil), inteiramente “às normas da sociedade simples” – e, conseqüentemente, nessa hipótese, também ao seu *tipo*, exceto no tocante à responsabilidade dos sócios –, no que for cabível.

⁹⁷ Cf. WALTER MORAES, ob. cit., n. 121, p. 198.

⁹⁸ Exploração de um armazém, de um botequim, etc.

⁹⁹ No sentido de que tal disposição revogou o disposto no art. 5º da Lei 9.278/96 e do art. 3º da Lei 8.971/94, cf. THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA e LUIZ GUILHERME A. BONDIOLI, *Código Civil e legislação civil em vigor*, 30ª ed., Saraiva, 2011, p. 1.714, nota 1 ao art. 5º da primeira lei retromencionada.

¹⁰⁰ Sobre a sociedade de fato homoafetiva, no direito anterior, vale lembrar o lúcido artigo do Prof. JOÃO BAPTISTA VILLELA denominado *Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo?*, publicado na Revista Jurídica del Rey, n. 2, em abril de 1998, comentando julgado que a admitira, no qual, com espírito, concluiu: “Sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um nada tem a ver com o outro”...

¹⁰¹ O Código Civil vigente só proíbe a sociedade *entre cônjuges* (ainda que com terceiros!), se casados no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens (art. 977). Anacronicamente, aliás (veja-se, a propósito, o incisivo comentário de COMPARATO a acórdão que julgou nula sociedade entre cônjuges, na RDM n. 3/90, RT, São Paulo, 1971; e, ainda, o artigo de PAULO SALVADOR FRONTINI “Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?”, na RDM n. 43/37, RT, São Paulo, 1981).

¹⁰² Observe-se que a lei não excetua nem a sociedade cooperativa em organização (que, aliás, é simples pela forma, nos termos do art. 982, parágrafo único).

Mas, havendo prova escrita – sobretudo se houver contrato escrito¹⁰³ –, isso pode se modificar, eis que o contrato é que regerá as relações dos sócios “entre si”. O contrato, portanto, deverá prevalecer em tudo quanto não contrariar as normas específicas da sociedade em comum e no que independer da aquisição da personalidade jurídica¹⁰⁴.

Ora, aplicando-se subsidiariamente as “normas da sociedade simples” – e não o seu *tipo*, note-se bem –, tem-se que o contrato poderá ter adotado, por exemplo, o tipo ou forma de uma sociedade limitada, caso em que a sociedade se regerá pelas normas desta (art. 983). Evidentemente que a sociedade em comum, *externamente*, não poderá limitar a responsabilidade de seus sócios (art. 990).

Mas a questão que se coloca não é só essa. Se o contrato da sociedade em comum tiver adotado o tipo da sociedade limitada, diversas outras consequências advirão. A começar, por exemplo, pelo quórum exigido para as deliberações: na sociedade simples, tudo o que disser respeito à matéria constante do art. 997, dependerá da *unanimidade* (art. 999¹⁰⁵). Nas sociedades limitadas, há diferentes quóruns¹⁰⁶ de deliberação, como se sabe (art. 1.076). E assim por diante, inclusive, a nosso ver, para efeitos de exclusão extrajudicial de sócio, se prevista no contrato (art. 1.085)¹⁰⁷.

Desse modo, se o contrato da sociedade em comum tiver adotado a forma de sociedade limitada – ou outro tipo de sociedade empresária, exceto os das sociedades por ações – esta deverá ter prevalência *interna corporis*¹⁰⁸.

¹⁰³ “... sendo a sociedade provada por documento diverso do instrumento contratual, só as cláusulas nele materializadas é que têm eficácia relativamente aos sócios” (cf. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 75, p. 146).

¹⁰⁴ Era exatamente isso que se entendia no direito anterior, como se viu, relativamente às sociedades civis que não se registrassem, em exegese do art. 1.366 do Código Civil de 1916 (cf. CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, nota 3 ao art. 1.366, p. 25; e WALTER MORAES, *ob. cit.*, n. 103, p. 176).

¹⁰⁵ “Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime”.

¹⁰⁶ Seja-nos permitido utilizar o plural aportuguesado (em latim, *quora*), já registrado no Aulete Digital. O Aurélio digital (Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a) também já consigna, em português, “quórum”.

¹⁰⁷ A convocação a que alude o art. 1.085, parágrafo único, a nosso ver, deve ser realizada pessoalmente ao sócio excluindo (e, facultativamente, a outros sócios, se for o caso), mediante notificação extrajudicial ou documento em que este aponha o seu ciente – forma que substitui, com vantagens, qualquer convocação pelos jornais (cf., sobre exclusão extrajudicial de sócio, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*, em *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 194 e segs.).

¹⁰⁸ Nesse sentido, no direito anterior, CALIXTO SALOMÃO FILHO, *A sociedade...cit.*, p. 99. A propósito, há interessante julgado da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, rel. Des. Francisco Loureiro, Apelação Cível n. 9131892-35.2007.8.26.0000. j. 16/07/09. Os sócios constituíram uma sociedade limitada para exploração de uma lanchonete, deixando, todavia, de registrar o contrato. Um deles, no curso da atividade foi excluído sumariamente da sociedade. O tribunal aplicou as regras previstas contratualmente, consignando na ementa: “(...) Constituição de sociedade limitada para exploração de lanchonete, porém não submetida ao registro competente - Sociedade irregular - *Exclusão sumária de sócio, em descumprimento do contrato social*

De se notar que a lei dá a qualquer um dos sócios, na hipótese de omissão dos administradores, o direito de requerer o registro do contrato de sociedade: “Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado”. Desse modo, poderá o sócio, a qualquer tempo, pleitear o registro e, sobretudo na hipótese de não ter tido ciência da omissão dos administradores, responsabilizá-los¹⁰⁹. Poderá, também, se foi induzido a essa situação devido ao conluio dos administradores com os demais sócios, ou à negligência dos sócios controladores, pleitear, além da responsabilidade de todos, a sua retirada judicial na hipótese de contrato por tempo determinado, eis que o agravamento de sua responsabilidade (art. 990), causado por aqueles, constitui, obviamente, justa causa para tanto (art. 1.029, segunda parte). Essa mesma justa causa, a nosso ver, constituiria motivo para retirada imediata, no caso de contrato por tempo indeterminado, independentemente da observância do prazo previsto no art. 1.029, 1ª parte (sessenta dias de antecedência)¹¹⁰.

No intuito de fazer com que as sociedades, sobretudo as empresárias, se registrem, a lei prevê uma série de sanções indiretas para que isso venha a ocorrer. Dessa forma, além do problema da ineficácia referente à prova de sua existência e da responsabilidade solidária e ilimitada de seus sócios, a sociedade em comum: 1) não terá legitimidade ativa para requerimento de falência de seu devedor (art. 97, IV e § 1º da lei falimentar – Lei 11.101/05); 2) não terá legitimidade ativa para requerer recuperação judicial ou extrajudicial (arts. 48, 51, V, e 161 da lei falimentar); 3) não terá possibilidade de autenticar os seus livros na Junta Comercial (art. 1.181, parágrafo único, do Código Civil), o que faz com que não tenham eles eficácia probatória em seu favor (arts. 226 do Código Civil e 379 do Código de Processo Civil); 4) na hipótese de falência, seus administradores estarão sujeitos a responder por crime falimentar (art. 178 da lei falimentar c/c art. 1.181, parágrafo único, do Código Civil); 5) não gozará de proteção ao seu nome (art. 1.166 do Código Civil); 6) ficará impossibilitada de participar de licitações, nas

- Inequívoco interesse processual em pleitear a rescisão contratual ou dissolução parcial da sociedade, acompanhada do pedido de ressarcimento do capital investido - Mérito - Sócias remanescentes que admitem ter excluído o autor, deixando de ressarcir-lo integralmente - Parte do valor das despesas com obras custeadas pelo autor, consignado em cheques - 'Datio pro solvendo' mediante entrega ao autor de cheques de terceiro, parente das rés, devolvidos sem provisão de fundos - Dívida original não adimplida - Condenação das rés ao pagamento do valor respectivo - Saldo devedor restante também não adimplido, conforme se depreende da prova dos autos - Pedido de indenização por danos morais procedente, diante das peculiaridades do caso concreto - Autor que se viu descapitalizado ao investir em negócio do qual veio a ser afastado pelas rés, vindo a sofrer cobranças vexatórias em razão das dificuldades financeiras decorrentes. Recurso improvido” (destaques nossos).

¹⁰⁹ “Art. 1.151. (...) § 3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora”.

¹¹⁰ Tais soluções prevalecerão naturalmente, também, na hipótese de a sociedade continuar a sua atividade após o cancelamento do seu registro.

modalidades de concorrência pública e tomada de preço (Lei 8.666/93, 28, III e IV); 7) não poderá efetuar seu registro nos cadastros de contribuintes fiscais (CNPJ) e da seguridade social; 8) não poderá requerer o registro de marca (Lei 9.279/96, art. 128).

A maioria dessas disposições, como se vê, refere-se às sociedades empresárias, cuja *atividade*, sem o registro, é irregular, como se disse. Não nos parece que o mesmo ocorra em relação às sociedades em comum de natureza simples (que prestem serviços de natureza intelectual ou exerçam atividade própria de empresário rural)¹¹¹.

No tocante à dissolução da sociedade em comum, aplica-se o disposto nos arts. 1.033 e 1.034 do Código Civil. Sua dissolução judicial, se houver prova escrita de sua existência, far-se-á nos termos dos arts. 655 a 672 do Código de Processo Civil de 1939, mantido em vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, por força do que determina o art. 1.218, inciso VII; não havendo, aplica-se o previsto no art. 673 do CPC de 1939¹¹².

A sociedade em comum também poderá se dissolver pela decretação de falência, se empresária (art. 1.044, analogicamente)¹¹³, ou de insolvência, se simples (art. 1.034, II, analogicamente), sendo legitimada passiva para tanto, nos termos do art. 12, inciso VII, do Código de Processo Civil. O § 2º do mesmo dispositivo legal, ademais, determina expressamente: “As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição”.

O art. 105, inciso IV, da Lei 11.101/05 permite, expressamente, outrossim, que a sociedade em comum requeira a autofalência¹¹⁴, o mesmo se devendo admitir para o pedido de sua própria insolvência, se sociedade simples (art. 759 do

¹¹¹ No direito anterior, como se viu, a sociedade de fato civil não era considerada sociedade irregular. Muito embora a sociedade civil não se identifique totalmente com a sociedade simples (a prestação de serviços, que era atividade civil, por exemplo, hoje constitui atividade empresarial, com exceção dos de natureza intelectual, cf. art. 966 e par. ún., do Código Civil), a nós nos parece que o mesmo entendimento continua aplicável, em princípio, à sociedade em comum simples.

¹¹² Todos os sócios deverão figurar no pólo passivo da demanda, em litisconsórcio passivo necessário e unitário (STJ, 4ª Turma, Resp 767060, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 20/08/2009).

¹¹³ Cf. MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência* (obra coletiva) – coord. FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JR. e ANTÔNIO SÉRGIO DE MORAES PITOMBO, RT, São Paulo, 2005, n. 17.5, p. 96 (corretamente destacando que “tais sociedades estão sujeitas à falência, se exercerem, de fato, atividade própria de empresário”); e MARLON TOMAZETTE, ob. cit., n. 1.4, p. 279.

¹¹⁴ Cf. VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, *Falência e recuperação da empresa em crise*, Elsevier, Rio, 2008, n. 1.9.2, p. 16-18; VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência* (obra coletiva) – coord. FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JR. e ANTÔNIO SÉRGIO DE MORAES PITOMBO...cit., p. 420; FÁBIO TOKARS, ob. cit., n. 9, p. 101; JOSÉ NADI NERI, *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa* (obra coletiva) – coords. OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA e SÉRGIO MOURÃO CORRÊA-LIMA, Forense, Rio, 2009, p. 807-808; MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, *Sociedade...cit.*, n. 4.3.8, p. 64; SÉRGIO CAMPINHO, *Falência e recuperação de empresa*, 2ª ed., Renovar, Rio, 2006, n. 13, p. 22-23.

Código de Processo Civil)¹¹⁵. Na hipótese de autofalência, todos os seus sócios deverão ser citados, em litisconsórcio necessário, eis que serão atingidos pela sentença¹¹⁶, nos termos do art. 81, *caput*, da Lei 11.101/05¹¹⁷. Não há previsão expressa de que o mesmo ocorra com relação à insolvência, pelo que esta, no tocante aos sócios da sociedade em comum simples, segundo nos parece, somente poderá ser reconhecida se verificados os seus pressupostos (arts. 748 e 750 do CPC) com relação a cada um deles¹¹⁸.

Indaga-se, por fim: como poderia encontrar aplicação o disposto no § 1º, do supracitado art. 81, da Lei 11.101/05¹¹⁹, às sociedades em comum de natureza empresária (a que poderia corresponder, para eventual decretação individual de

¹¹⁵ Com efeito, o mencionado art. 12, inciso VII, do CPC, como já se assinalou, atribui “personalidade processual” às sociedades sem personalidade jurídica, que serão representadas *ativa* e passivamente “pela pessoa a quem couber a administração de seus bens”.

¹¹⁶ Não por outro motivo, aliás, o inciso IV, do art. 105, determina que o devedor, na hipótese de não existir contrato social, forneça, na petição inicial, “a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais”. V., a propósito, RICARDO TEPEDINO, em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coordenada por PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO e CARLOS HENRIQUE ABRÃO, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 287-288; LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa* (obra coletiva) – coords. OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA e SÉRGIO MOURÃO CORRÊA-LIMA...cit., p. 520-522.

¹¹⁷ Segundo argutamente observou MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência* (obra coletiva) – coord. FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JR. e ANTÔNIO SÉRGIO DE MORAES PITOMBO...cit., nota 731, p. 579, “com isso, e por exceção à regra geral do art. 1º da LRF, criou-se hipótese especialíssima em que, no direito pátrio, o não-empresário pode vir a ter a sua falência decretada: jamais isoladamente, mas necessariamente em conjunto com a sociedade, processando-se cumulativamente, nos mesmos autos, e sob os auspícios do mesmo juiz e do mesmo administrador judicial, duas ou mais falências”. Sobre este e outros aspectos da extensão da falência aos sócios de responsabilidade ilimitada em geral no direito pátrio, vale conferir o belo estudo de MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, intitulado *Falência da sociedade: extensão aos sócios de responsabilidade ilimitada*, ‘in’ *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 611-623.

¹¹⁸ É o que também entende HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, na sua excelente obra sobre a insolvência civil (cf. *A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*, Forense, Rio, 1980, n. 93, p. 133-134). O que se observa, portanto, é que o regime empresarial é mais benéfico para o credor social: o decreto de falência de sociedade em que haja sócio de responsabilidade ilimitada importa na cumulativa e concomitante falência de tal sócio, ainda que este não seja empresário e mesmo que não esteja ele insolvente; no regime geral civil, porém, o credor tem o ônus de demonstrar a cumulativa insolvência da sociedade e dos sócios, todos eles, sem o que não há espaço para o decreto de insolvência. O decreto de insolvência de sócios e sociedade não-empresária constitui especial hipótese de litisconsórcio passivo necessário na execução: “Configurar-se-á litisconsórcio passivo quando a sociedade civil tiver declarada sua insolvência, *ex vi* do art. 786 e seus sócios responderem, solidariamente, pelas dívidas, conforme as disposições da lei material. Em última análise, apenas se aplica a situação legitimadora consagrada no art. 592, II” (EDSON RIBAS MALACHINI e ARAKEN DE ASSIS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 10, RT, São Paulo, 2001, p. 610).

¹¹⁹ “Art. 81. (...) § 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se ao sócio que tenha se retirado voluntariamente ou que tenha sido excluído da sociedade, há menos de 2 (dois) anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência”.

insolvência dos sócios das sociedades em comum de natureza simples, a previsão do art. 1.032 do Código Civil¹²⁰)?

Se não houve registro do contrato – e, *a fortiori*, se não existe contrato escrito – não se afigura possível o registro de sua alteração para efeitos de contagem do prazo de dois anos previsto nos aludidos dispositivos legais. Em exegese teleológica, temos para nós que a propositura de notificação judicial aos demais sócios formalizando a retirada, com a publicação de editais para conhecimento de terceiros (art. 867 c/c 870, I, do CPC), ou de demanda visando a apuração de haveres, supriria tal lacuna. Se houver contrato escrito, o sócio retirante (ou excluído) poderá, ainda, registrá-lo e fazer averbar a notificação judicial ou a inicial de apuração de haveres na Junta Comercial (art. 33, II, “e”, da Lei 8.934/94¹²¹).

2.3.2. A disciplina do patrimônio e os interesses de terceiros.

Era controversa no direito anterior, como se viu, a questão da personalidade jurídica da sociedade de fato e da sociedade irregular, sobretudo de natureza mercantil.

Diante do disposto nos arts. 45 e 985 do Código Civil de 2002, todavia, não se justifica mais essa controvérsia. A personalidade só começa, só se adquire, com a inscrição da sociedade no registro próprio¹²².

Para nós trata-se, assim, de um *sujeito de direito não personificado*, como sustenta ALCIDES TOMASETTI JUNIOR: “*Sujeito de direito é todo ente, seja ou não pessoa, que o ordenamento jurídico admita ser titular das posições jurídicas ativas e passivas que estão no conteúdo das relações jurídicas. (...) As chamadas ‘pessoas jurídicas’, obviamente, somente são pessoas depois de personificadas. As associações, as fundações, as sociedades, as organizações religiosas e os partidos políticos podem atuar e atuam como sujeitos de relações jurídicas, já personificados, não personificados ou em vias de personificação. Uma fácil confirmação desta assertiva encontra-se na disciplina das sociedades em comum. ‘Enquanto não inscritos [registrados] os atos constitutivos [contrato societário,*

¹²⁰ “Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação”.

¹²¹ Recorde-se que a preocupação do legislador com a publicidade dos atos empresariais foi de tal monta que exigiu o arquivamento, na Junta Comercial, da prova de emancipação e de autorização do incapaz ou eventual revogação desta (art. 976), dos pactos e declarações antenupciais do empresário, assim como do título de doação, herança ou legado com cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade (art. 979) e, por fim, da própria sentença de separação judicial do empresário, sob pena de inoponibilidade a terceiros (art. 980)!

¹²² Art. 45: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”; art. 985: “A sociedade *adquire personalidade jurídica* com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”.

conforme o art. 981], reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples' (CC, art. 986). Nem mesmo de contrato societário documentado por escrito (art. 987) precisa a sociedade em comum para atuar como sujeito de relações jurídicas, não personificado, mas personificável”¹²³.

Afora o fato de que, no sistema do código, como já se ressaltou, as sociedades se distinguem em *personificadas* e *não personificadas*, estando entre estas a sociedade em comum (Livro II, Título II, Subtítulo I).

Não há como sustentar, assim, no direito atual, a personalidade jurídica da sociedade em comum¹²⁴, ainda mais em vista do patrimônio *separado* ou *especial* – e não autônomo¹²⁵ – que a lei reserva para o exercício da atividade econômica que constitui o seu objeto.

Determinou, nessa linha, o Código Civil vigente, em seu art. 988: “Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”.

Por que se diz patrimônio especial? Porque é destinado a uma *finalidade*¹²⁶: *a atividade negocial da sociedade em comum*, que pode ser de natureza simples ou empresária, consoante se demonstrou. Na medida em que a sociedade em comum não tem personalidade jurídica, todavia, esse patrimônio separado permanece na titularidade dos sócios, *em comunhão*¹²⁷.

¹²³ Cf. *A parte contratual*, em *Temas de Direitos Societário e Empresarial Contemporâneos*, (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011, p. 757-758. No mesmo registro, MARCOS BERNARDES DE MELLO (ob. cit., p. 145-147) e, ainda, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, que qualifica as sociedades em comum de “centros de imputação de interesses” (*Direito...cit.*, n. 72, p. 142).

¹²⁴ Assim, ANDRADE FÉRES, ob. cit., n. 5.8, p. 114-115.

¹²⁵ Muito embora essas denominações sejam utilizadas com diversos significados na literatura jurídica, SYLVIO MARCONDES preferia reservar a expressão “patrimônio autônomo” para designar o patrimônio de um novo sujeito, como ocorre na constituição das pessoas jurídicas: “Seja como for, de todos se deduz que o conceito de patrimônio autônomo *está no plano dos sujeitos*; o de patrimônio separado, *no dos objetos*” (*Problemas...cit.*, p. 96, destaques nossos). No mesmo sentido, OSCAR BARRETO FILHO (*Teoria do Estabelecimento Comercial*, Max Limonad, São Paulo, 1969, n. 43, p. 57-58, observando que “costuma-se unir patrimônios separados e patrimônios autônomos sob a denominação comum de *patrimônios de afetação*”) e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (*Do direito do acionista ao dividendo*, Obelisco, São Paulo, 1969, p. 74).

¹²⁶ Cf. SYLVIO MARCONDES, *Do objeto de direito; patrimônio*, em *Problemas...cit.*, p. 67-99; PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. 5, § 596, ns. 7 e 8, p. 378-380; e vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66.

¹²⁷ Nesse diapasão, ANDRADE FÉRES, invocando ainda lição do excepcional jurista português GUILHERME ALVES MOREIRA: “Nas sociedades em que haja a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações que como tais assumirem existe também, formada pelas entradas de cada um dos sócios, uma comunhão de bens que fica tendo, em relação ao patrimônio particular de cada sócio, uma certa autonomia, constituindo-se por essa comunhão um novo centro patrimonial”, cf. *Patrimônios autônomos nas obrigações segundo o Direito Civil português*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 7, 1921/1923, p. 58 (*apud* ANDRADE FÉRES, n. 5.7, p. 110 e nota 155). Anote-se, ainda, o Enunciado 210 do CEJ-STJ: “O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica”.

Parece-nos inteiramente aplicável ao direito brasileiro, assim, a noção de “comunhão de empresa”¹²⁸, magistralmente desenvolvida por GIUSEPPE FERRI no que tange às sociedades de pessoas do direito italiano – que, lembre-se, também não têm personalidade jurídica.

Nas sociedades em comum, as contribuições dos sócios destinam-se a formar um *núcleo patrimonial separado* para o exercício da atividade que constitui o seu objeto. Configura-se, assim, uma *comunhão de interesses, qualificada* pela comunhão *da atividade e dos bens*, o que dá lugar a um fenômeno grupal, no qual “os sócios não assumem mais uma posição autônoma, quase de contraposição, mas assumem uma posição unitária, como membros do grupo, do qual todos participam para o exercício em comum daquela atividade da qual depende a realização do interesse de cada um”¹²⁹. A unificação do grupo, portanto, se dá exclusivamente em função da ação externa, elevando-se a pluralidade a unidade porque *age unitariamente*; estaticamente, a pluralidade reaparece¹³⁰.

A essa situação é que FERRI denomina de “comunhão de empresa”, que compreende dois conceitos: “de um lado, a unidade da empresa e, portanto, a unitariedade da ação externa e da destinação dos bens; de outro lado, a pluralidade dos sujeitos que naquela estão implicados”¹³¹.

A unitariedade da destinação dos bens importa um *particular regime* da comunhão dos mesmos, eis que tal regime justifica-se não apenas em um fundamento *contratual* da comunhão, mas no fato de que a comunhão dos bens é somente um *efeito reflexo* da comunhão de empresa¹³².

Dessa forma: (i) enquanto na comunhão normal cada condômino pode alhear a respectiva parte ideal e gravá-la (art. 1.314 do Código Civil de 2002), o sócio não pode ceder a sua quota – à qual se vincula, naturalmente, o patrimônio especial – sem consentimento dos demais (seja o consentimento de todos os demais sócios restantes, cf. art. 1.003, seja o de sócios representando $\frac{3}{4}$ do capital social, cf. art. 1.057)¹³³; (ii) enquanto cada condômino pode requerer, a

¹²⁸ Em se tratando de sociedades empresárias, evidentemente. Mas essa figura pode ser aplicada à atividade negocial em geral, que abrange tanto a atividade empresarial como a não empresarial (Cf. Leães, *A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro*, RDM n. 128/7, Malheiros Editores, São Paulo, 2002). Uma comunhão de atividade.

¹²⁹ FERRI, *Le società*, UTET, 1985, p. 159.

¹³⁰ Idem, p. 161.

¹³¹ Idem, p. 162.

¹³² Idem, p. 163.

¹³³ Mauro Brandão Lopes, no estudo que realizou à época do Anteprojeto do Código Civil, já salientava o seguinte: “Afinal, o patrimônio especial da sociedade em comum responde pelas dívidas sociais (Anteprojeto, art. 1.032), com a consequência que os sócios não podem proceder a partilha do acervo social antes de pagos os credores sociais; *não podem por isso dispor de sua quota-parte no patrimônio especial, enquanto durar a sociedade*” (*A sociedade em comum...*cit., p. 40). Anote-se, a respeito, o seguinte julgado: “Aliás, convém enfatizar que a sociedade irregular, ou de fato, foi regulada pelo novo Código Civil, sob a denominação de sociedade em comum, sendo que, em seu art. 988, apontado estatuto prevê que os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum. Trata-se, pois, de um patrimônio

qualquer momento (salvo pacto em contrário não superior a cinco anos, que poderá ademais ser afastado pelo juiz), a extinção da comunhão (art. 1.320 e §§), a dissolução da sociedade por tempo determinado depende do consentimento unânime dos sócios, ou de sócios representando $\frac{3}{4}$ do capital social (cf. art. 1.033, II, e 1.076, I); a de tempo indeterminado, da maioria absoluta (art. 1.033, III)¹³⁴; **(iii)** aplicando-se, *mutatis mutandis*, tais disposições à hipótese de retirada, enquanto cada condômino pode a todo tempo, conforme se viu, pleitear a extinção do condomínio (e, assim, deixar de ser condômino, “retirar-se”), o sócio só pode se retirar, nas sociedades por tempo determinado, provando judicialmente justa causa, e, nas de tempo indeterminado, mediante notificação prévia com o prazo de sessenta dias (art. 1.029); **(iv)** enquanto a dívida comum dos condôminos, salvo se estipulado diversamente, entende-se proporcional aos seus quinhões (art. 1.317), a dívida dos sócios da sociedade em comum é solidária (art. 990); **(iv)** enquanto na comunhão, havendo empate, decidirá o juiz (art. 1.325, § 2º), na sociedade, ocorrendo o mesmo, decidirá o maior número de sócios, somente recorrendo-se ao juiz se o empate persistir (art. 1.072, *caput*, c/c 1.010, § 2º).

O núcleo patrimonial da sociedade em comum, de outra parte, ainda invocando os ensinamentos de FERRI, adquire autonomia tanto perante os sócios, quanto perante os credores.

No tocante aos sócios, uma vez realizadas as suas contribuições para o patrimônio especial, a *gestão* deste competirá ao que estiver disposto nas regras organizativas do grupo. Com respeito aos credores, como vimos, essa autonomia impor-se-á tanto aos credores particulares dos sócios – que não poderão agredir o patrimônio especial¹³⁵ – como aos credores sociais, fazendo dos ativos dele componentes a sua específica garantia. Dada a separação patrimonial, outrossim,

distinto do patrimônio individual dos sócios, *mas que não se confunde com um condomínio*” (TJRS, Ap. 70014578009, rel. Des. Leo Lima, j. 13/09/2006, destaques nossos).

¹³⁴ E a intenção do legislador, ao fixar disciplinas diversas para o condomínio e para a sociedade, notadamente para sua extinção e dissolução, deve-se justamente à notável diversidade entre essas disciplinas e suas consequências. Como dizem PIER GIUSTO JAEGER e FRANCESCO DENOZZA, a comunhão, normalmente, pode ser dissolvida a qualquer momento; já a sociedade só se dissolve em hipóteses específicas e taxativas, previstas na lei ou no contrato social. Pois, se se trata de dividir uma coisa comum, em regra *não se destrói riqueza*; se, ao invés, se cuida de dissolver uma sociedade, o que leva normalmente à cessação da atividade negocial, *destrói-se riqueza*. A lei quis privilegiar, portanto, a *manutenção* da atividade econômica, produtiva, submetendo a empresa coletiva às normas societárias (Cf. *Appunti di Diritto Commerciale*, tomo I [Impresa e Società], 5ª ed., Giuffrè, Milão, 2000, p. 102-106).

¹³⁵ Mas poderão se valer do disposto no art. 1.026 do Código Civil (nesse sentido, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, ob. cit., n. 2.2, p. 320; ARNOLDO WALD, ob. cit., p. 94). Em se tratando de sociedade em comum sem prova escrita, diante de grave dificuldade do credor do sócio aferir qual é a participação deste na sociedade, “(...) e, portanto, em caráter excepcional, pode-se sustentar, com base no princípio de proteção ao terceiro de boa-fé, que o juiz, segundo seu prudente arbítrio, encontrará solução na equidade, reputando que o crédito tem no conjunto dos bens sociais a garantia de seu pagamento, em concurso com os demais créditos dos credores sociais” (ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 80, p. 149).

não é possível a um terceiro devedor da sociedade compensar o seu débito com um crédito que possua contra um dos sócios.

Mas os credores da sociedade em comum, além de contarem com a garantia consistente nos ativos existentes no patrimônio especial, ainda poderão se valer da responsabilidade subsidiária, solidária e ilimitada, dos sócios – e direta daquele que contratou pela sociedade –, nos termos do art. 990: “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”.

Uma vez que assiste aos sócios, em geral, o benefício de ordem¹³⁶, incumbe-lhes, nos termos do art. 596, § 1º, do Código de Processo Civil¹³⁷, indicar bens, existentes no patrimônio especial, “sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito”¹³⁸.

Já o sócio que contratou pela sociedade tem responsabilidade *direta*, vale dizer, não poderá se utilizar do benefício de ordem, previsto no art. 1.024 do Código Civil¹³⁹.

2.3.3. A disciplina da atividade negocial.

Sabe-se que a administração de uma sociedade tem uma face interna – gerência da atividade social – e uma face externa – representação (ou “apresentação”, como queria PONTES DE MIRANDA¹⁴⁰) da sociedade perante terceiros¹⁴¹.

Se a sociedade em comum for constituída sem prova escrita que traduza essa disciplina, aplicam-se, *interna corporis*, as regras da sociedade simples, consoante o comando contido no art. 986 do Código Civil. Ou seja, a administração será *disjuntiva*, competindo separadamente a cada sócio, nos

¹³⁶ “Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

¹³⁷ “Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. § 1º. Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito”.

¹³⁸ Evidentemente que, por falta de registro da sociedade, especialmente na falta de contrato escrito, será muitas vezes difícil a comprovação de que determinado bem compõe o patrimônio especial, seja para o sócio executado, seja – precipuamente – para o credor, o que deverá ser levado em conta pelo julgador.

¹³⁹ A regra parece ter se inspirado no art. 2.267 do CCI. Por meio dela, são protegidos os terceiros de boa-fé, bem como os sócios investidores, que não participam da gestão social (MARLON TOMAZETTE, ob. cit., p. 278).

¹⁴⁰ Cf., a propósito, o art. 1.018 do Código Civil: “Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, *constituir mandatários da sociedade*, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar”.

¹⁴¹ Cf. art. 1.022 do Código Civil: “A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”. Referido artigo acha-se na Seção IV, intitulada: “Das relações com terceiros”.

termos do art. 1.013¹⁴²⁻¹⁴³. E, nessa hipótese, cada sócio poderá impugnar (vetar¹⁴⁴) operação *pretendida* por outro (não assim aquela já celebrada¹⁴⁵), cuja realização, desse modo, dependerá da aprovação da maioria dos votos dos demais (art. 1.013, § 1º). Responderá o sócio, outrossim, *perante a sociedade*, se realizar operações contra a vontade, conhecida ou cognoscível, da maioria (art. 1.013, § 2º).

Perante terceiros, vige a regra do art. 989: “Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresse limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer”. Não havendo contrato escrito, não há invocar tal disposição. Mas, em havendo, a hipótese da *cognoscibilidade* (“terceiro ... que deva conhecer”), parece-nos inaceitável, do ponto de vista do direito societário hodierno, mormente em se tratando de sociedade em comum de cunho empresarial. O interesse protegido, ao invés de ser o de terceiros, é o dos sócios... que escolheram mal o administrador e nem sequer procederam ao registro da sociedade!¹⁴⁶

É evidente que o ônus dessa prova, seja do conhecimento, seja da cognoscibilidade, é somente dos sócios¹⁴⁷ – e a sua demonstração deverá ser aferida com absoluto rigor pelo julgador.

De outra parte, havendo contrato escrito, os poderes de gestão *interna corporis* deverão respeitar o que nele estiver disposto. Se se tiver adotado a forma de sociedade limitada, vigerão adicionalmente as normas desta última.

A administração por não sócio (permitida para as sociedades simples, *ex vi* do art. 1.019, parágrafo único do Código Civil, cujas normas são subsidiárias da sociedade em comum), acatada pela doutrina¹⁴⁸, dá o que pensar. A não ser que o administrador tenha expressamente declinado e comprovado a sua condição para o terceiro (fornecendo-lhe, por exemplo, cópia do contrato social ou da ata que o elegeu), responderá perante ele.

¹⁴² “Art. 1.013. A administração da sociedade, *nada dispondo o contrato social*, compete separadamente a cada um dos sócios”.

¹⁴³ Nesse sentido, o Enunciado n. 211 do CEJ-STJ, embora referindo-se erroneamente ao art. 989 do Código Civil, que diz respeito a poderes *externa corporis*: “Presume-se disjuntiva a administração dos sócios a que se refere o art. 989”.

¹⁴⁴ Cf. ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 162, p. 217.

¹⁴⁵ Cf. HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *ob. cit.*, n. 3.8.6, p. 348-349.

¹⁴⁶ Aliás, é positivamente incompreensível que o ensinamento do nosso genial VISCONDE DE CAIRU, proferido nesse exato sentido há mais de duzentos anos, não tenha sido inteiramente acolhido ainda: “A culpa, ou dolo do Caixa [o sócio administrador] não prejudica aos terceiros, que com ele tratarão naquella qualidade, sendo em todo o caso os sócios obrigados pelos tratos do dito, devendo imputar a si o terem escolhido, proposto, e autorizado tal pessoa” (cf. JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, publicado entre 1798 e 1804, ed. de 1874, Typographia Academica, Rio, p. 501, n. 7).

¹⁴⁷ Cf. HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *ob. cit.*, n. 2.4, p. 324.

¹⁴⁸ ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito...cit.*, n. 79, p. 149; ARNOLDO WALD, *ob. cit.*, p. 96.

3. Conclusão.

Como se vê, o Código Civil de 2002 regulou muito mais adequadamente a matéria das sociedades sem registro do que o direito anterior, enfocando corretamente a questão do ponto de vista do *direito societário*, o que representa inegável avanço – infelizmente ainda mal compreendido pela maioria dos autores que cuidaram das sociedades em comum e pela jurisprudência.

Partindo-se da visão societária do fenômeno, chega-se, outrossim, à conclusão de que a expressão “sociedade irregular” é um caso secular de *metonímia*. A *atividade* da sociedade é que, como se viu, pode ser regular ou não (neste último caso, se a sociedade – empresária – não estiver inscrita no registro). No caso da sociedade em comum simples, ademais, a sua atividade, em princípio, nos parece regular, mesmo sem a inscrição da sociedade no registro.

A denominação “irregular” é adequada, como se disse, para a disciplina da *atividade* e não para a do *ato* ou *negócio jurídico*. Os vícios do negócio jurídico situam-se nos planos da existência/inexistência, validade/invalidade, eficácia/ineficácia. Não existe, como gênero, a categoria do negócio jurídico irregular – salvo se se entender, com isso, os negócios inválidos. E a sociedade é um negócio jurídico – plurilateral, para alguns, ou associativo, para outros.

Da mesma forma, não existe a categoria da atividade nula ou ineficaz. Se a atividade existe, como genialmente ensinou ASCARELLI¹⁴⁹, ela pode ser *lícita* ou *ilícita* (atividade de exploração do jogo do bicho, de contrabando, de exploração do lenocínio, etc.), *regular* ou *irregular* (atividade exercida sem alvará da Prefeitura ou outras licenças administrativas, atividade empresarial sem registro na Junta Comercial). Eventuais atos praticados no exercício da atividade poderão ser inválidos, mas isso não faz da atividade uma atividade nula.

Partindo-se, outrossim, da visão dialética do fenômeno societário preconizada pelo excepcional jurista alemão HERBERT WIEDEMANN¹⁵⁰, descortina-se, ademais, um aspecto panorâmico da questão.

Ao se falar em “sociedade irregular” utiliza-se, como se salientou, de uma *metonímia*, pois a atividade da sociedade é que pode ser irregular. O uso de tal qualificação, portanto, *denota uma visão apenas parcial do fenômeno societário*. Está-se atribuindo à sociedade, *como um todo*, características da sua *atividade*, esquecendo-se dos outros planos: do plano societário e do plano do patrimônio. O fenômeno societário *não é visto na sua inteireza*.

¹⁴⁹ *O empresário...cit.*, RDM n. 109, p. 184.

¹⁵⁰ *Gesellschaftsrecht I – Grundlagen*, C. H. Beck, Munique, 1980. Cf., outrossim, *Excerto do “Direito Societário” I – Fundamentos*, de HERBERT WIEDEMANN, tradução de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, RDM 143/66, Malheiros Editores, São Paulo, 2006; também em *Direito Societário Contemporâneo I...cit.*; e em *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, São Paulo, 2009

Mais ainda. Ao conferir à “sociedade irregular” a natureza de comunhão (e não de sociedade), como grande parte da doutrina fazia e alguns ainda o fazem, utiliza-se, igualmente, de uma *metonímia*: atribui-se à sociedade, *como um todo*, características do *patrimônio* destinado à atividade social (este é que se acha em comunhão entre os sócios, como corretamente diz o novo Código Civil). Enxerga-se, portanto, a disciplina patrimonial, mas são olvidadas a disciplina societária e a da atividade. O fenômeno societário novamente *não é visto na sua inteireza*.

Por final, justamente por não se tratar de comunhão e sim de sociedade, as relações que se estabelecem entre os sócios da sociedade em comum, como disse o excepcional mestre Sylvio Marcondes – são relações *societárias*.

A sociedade em comum, portanto, é uma sociedade como qualquer outra, diferenciando-se das demais única e exclusivamente no plano da *eficácia*¹⁵¹.

São Paulo, novembro de 2013.

Erasmus Valladão França

¹⁵¹ Seja a aptidão para prova do seu contrato, seja a aptidão para aquisição de personalidade jurídica. E nem se diga que haveria outra diferença, justamente no tocante à falta de personalidade jurídica. Se é verdade que o Código Civil atual classificou as sociedades em personificadas e não personificadas, tal classificação nada diz com respeito à essência do fenômeno societário. Como explanou Sylvio Marcondes, a sociedade é um *pressuposto* da personalidade jurídica. Ela vem antes... Assim como o são uma associação, uma fundação, um partido político, uma organização religiosa ou uma empresa individual de responsabilidade limitada (art. 44 do Código Civil). A pessoa jurídica, como diz Calixto Salomão Filho, é uma *Leerformel* – uma fórmula vazia. A confusão de sociedade com pessoa jurídica tem sido fonte de gravíssimos equívocos.

4. BIBLIOGRAFIA

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência* (obra coletiva) – coord. Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, RT, São Paulo, 2005

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil*, em *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011

ANDRADE Júnior, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. IV – *Direito das sociedades*, Forense, Rio, 2002

ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945

ASCARELLI, Tullio. *O Empresário*, em *Corso di Diritto Commerciale* (1962), tradução de Fábio Konder Comparato, RDM 109/183, Malheiros, 1998

ASSIS, Araken de e MALACHINI, Edson Ribas. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 10, RT, São Paulo, 2001

AULETTA, Giuseppe. *Attività*, na *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Giuffré, Milão

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002

AZEVEDO, Noé. *Das sociedades irregulares e sua prova*, Memorial do Aggravo n. 16.429 da Capital, Empreza Graphica da Revista dos Tribunaes, São Paulo, 1930

BARBOSA Filho, Marcelo Fortes. *Código Civil comentado* (obra coletiva) – coord. Cezar Peluso, Manole, São Paulo, 2007

BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*, Max Limonad, São Paulo, 1969

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. I, Livraria Francisco Alves, Rio, 1919

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*, 8ª ed., Renovar, Rio, 2003

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª ed., Forense, Rio, 1971

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*, Atlas, São Paulo, 1991

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo Código Civil*, Atlas, São Paulo, 2003

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Falência da sociedade: extensão aos sócios de responsabilidade ilimitada*, em *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*, 2ª ed. Renovar, Rio, 2006

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 1ª ed., Duprat & Comp., São Paulo, 1914

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio, 1933

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XIX, 10ª ed., Livraria Freitas Bastos S.A., Rio, 1981

CATEB, Alexandre Bueno. *A sociedade em comum*, em *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues, Forense, Rio, 2004

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 10ª ed., Saraiva, 2007

COMPARATO, Fábio Konder. *Sociedade comercial – Marido e mulher – Nulidade – Embargos de terceiro – Improcedência – recurso provido* – comentário a acórdão, RDM 3/90, RT, São Paulo, 1971

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Forense, Rio, 1983

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade limitada*, Forense, Rio, 2006

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009

FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*, Saraiva, 2011

FERREIRA, Waldemar. *Sociedades Comerciais Irregulares*, Editora Limitada, São Paulo, 1927

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*, 3º vol., Saraiva, São Paulo, 1961; _____ 12º vol., Saraiva, São Paulo, 1964

FERRI, Giuseppe. *Le società*, 2ª ed., UTET, Turim, 1985

FERRO-LUZZI, Paolo, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milão, 3ª ed., 2001

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da e SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*, vol. XI, Atlas, São Paulo, 2008

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Empresa, Empresário e Estabelecimento*, Revista do Advogado n. 71, AASP, 2003

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Direito Societário Contemporâneo I* (obra coletiva), coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Quartier Latin, São Paulo, 2009

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros Editores, 2009

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização*, parecer, RDM 157/241, Malheiros Editores, São Paulo, 2011; também em Revista de Direito Empresarial n. 15/93, Juruá, Curitiba, 2011

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*, vol. I, 2ª ed., RT, São Paulo, 2004

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência* (obra coletiva) – coord. Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, RT, São Paulo, 2005

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*, Elsevier, Rio, 2008

FRONTINI, Paulo Salvador. *Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?*, RDM 43/37, RT, São Paulo, 1981

GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino, Forense, Rio, 2007

GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, vol. I, 2ª ed., Juarez de Freitas, São Paulo, 2004

GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*, 3ª ed., RT, São Paulo, 2010

GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. *Sociedade para o exercício de trabalho intelectual*, em *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011

HADDAD, Guilherme. *Sociedades comerciais irregulares ou de fato*, Borsoi, Rio, 1962

JAEGER, Pier Giusto e DENOZZA, Francesco. *Appunti di Diritto Commerciale*, tomo I (Impresa e Società), 5ª ed., Giuffrè, Milão, 2000

KALANSKY, Daniel. *A sociedade em comum: um novo tipo societário?*, em *Direito Societário Contemporâneo I* (obra coletiva), coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Quartier Latin, São Paulo, 2009

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista ao dividendo*, Obelisco, São Paulo, 1969

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro*, RDM 128/7, Malheiros, São Paulo, 2002

LISBOA, José da Silva (Visconde de Cairu). *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, Typographia Academica, Rio, 1874

LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil*, RDM 15/16, RT, São Paulo, 1974

MALACHINI, Edson Ribas e ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 10, RT, São Paulo, 2001

- MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, Max Limonad, São Paulo, 1970
- MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*, Saraiva, São Paulo, 1977
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa* (obra coletiva) – coords. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima, Forense, Rio, 2009
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*, 23ª ed., revista e atualizada por JORGE LOBO, Forense, Rio, 1999
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, 1ª Parte, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010
- MENDES, Octávio. *Direito Commercial Terrestre*, Saraiva, São Paulo, 1930
- MENDES JUNIOR, João. RF, vol. 14/447, Rio, 1910
- MORAES, Walter. *Sociedade Civil Estrita*, RT, São Paulo, 1987
- MOREIRA, Guilherme Alves. *Patrimônios autônomos nas obrigações segundo o Direito Civil português*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 7, 1921/1923
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, vol. 1, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007
- NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira e BONDIOLI, Luiz Guilherme A., *Código Civil e legislação civil em vigor*, 30a ed., Saraiva, 2011
- NERI, José Nadi. *Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa* (obra coletiva) – coords. Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima, Forense, Rio, 2009
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e liquidação de sociedades*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência* (obra coletiva) – coord. Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, RT, São Paulo, 2005
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 11ª ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 por Régis Fichtner, Forense, Rio, 2004
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 5, 4ª ed., RT, 1983
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 28, 3ª ed., RT, 1984
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 49, 3ª ed., 2ª reimpressão, RT, São Paulo, 1984
- REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, 1º vol., 14ª ed., Saraiva, 1984
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. 3, 15ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986
- SALOMÃO Filho, Calixto. *A sociedade unipessoal*, Malheiros, São Paulo, 1995

SZTAJN, Rachel e FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*, vol. XI, Atlas, São Paulo, 2008

SZTAJN, Rachel e FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e recuperação da empresa em crise*, Elsevier, Rio, 2008

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, vol. 1, Borsoi, Rio, 1948

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Additamentos ao Código de Commercio*, Typ. Perseverança, Rio, 1878-1879

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*, 1º volume, Nova Edição Refundida, atualizada até 1910, Garnier, Rio – Paris, s/d

TEPEDINO, Ricardo. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva coordenada por Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, Saraiva, São Paulo, 2005

THEODORO Júnior, Humberto. *A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*, Forense, Rio, 1980

TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*, LTr, São Paulo, 2007

TOMASETTI Junior, Alcides, *A parte contratual*, em *Temas de Direitos Societário e Empresarial Contemporâneos*, (obra coletiva), coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, São Paulo, 2011

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*, vol. 1, Atlas, São Paulo, 2008

VAMPRÉ, Spencer. *Tratado Elementar de Direito Comercial*, vol. 1, F. Briguiet & Cia. Editores, Rio de Janeiro, 1921

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, vol. III – *Contratos em espécie*, 11ª ed, Atlas, São Paulo, 2011

VENOSA, Sílvio de Salvo e RODRIGUES, Cláudia. *Direito Civil – Direito Empresarial*, Atlas, São Paulo, 2010

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010

VILLELA, João Baptista. *Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo?*, Revista Jurídica del Rey, n. 2, 1998

WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, Forense, Rio, 2005

WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht I – Grundlagen*, C. H. Beck, Munique, 1980

WIEDEMANN, Herbert. *Excerto do “Direito Societário” I – Fundamentos*, tradução de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, RDM 143/66, Malheiros, São Paulo, 2006; também em *Direito Societário Contemporâneo I* (obra coletiva), coord. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Quartier Latin, São Paulo, 2009; e em *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, São Paulo, 2009