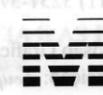


REVISTA DE  
DIREITO  
MERCANTIL  
industrial, econômico  
e financeiro

157

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano L (Nova Série)  
janeiro-março/2011

 **MALHEIROS  
EDITORES**

- of the empirical disclosure literature". *Journal of Accounting and Economics*, 31, 405-420.
- HOFSTEDE, G. (1980). *Culture consequences*. Thousand Oaks, CA, Sage Publications.
- HOFSTEDE, G., & BOND, M. H. (1998). "The Confucius connection: from cultural roots to economic growth". *Organizational Dynamics*, 16(1), 5-21.
- HOUTHULSEN, R. W. (2003). "Testing the relative power of accounting standards versus incentives and other institutional features to influence the outcome of financial reporting in an international setting". *Journal of Accounting and Economics*, 36, 271-283.
- LA PORTA, R., LOPES-DE-SILANEZ, F., & SHLEIFER, A. (2000). "Agency problems around the world". *Journal of Finance*, 55, 221-258.
- LA PORTA, R., LOPES-DE-SILANEZ, F., & SHLEIFER, A., & VISHNY, R. (2002). "Investor protection and corporate valuation". *Journal of Finance*, 57(3), 1.147-1.170.
- LANG, M., RAEDY, J. S., & WILSON, W. M. (2006). "Earnings management and cross listing: Are reconciled earnings comparable to US earnings?". *Journal of Accounting and Economics*, 42, 263-284.
- LARCKER, D. F., & RUSTICUS, T. (2005). *On the use of instrumental variables in accounting research*. Working paper, University of Pennsylvania.
- LEE, E., WALKER, M., & CHRISTENSEN, H. B. (2008). "Mandating IFRS: its impact on the cost of equity capital in Europe". *ACCA Research Report 105*.
- LOPES, A. B., & WALKER, M. (2008). *The relation between firm-level corporate governance arrangements, crosslisting and the informativeness of accounting reports: the Brazilian case*. Working paper, University of Manchester.
- LOPES, A. B. (2009). *The relation between firm-specific corporate governance, cross-listing and the informativeness of accounting numbers in Brazil*. Doctoral dissertation, University of Manchester.
- NIKOLAEV, V., & VAN LENT, V. (2005). *The endogeneity bias in the relation between cost-of-capital and corporate disclosure policy*. Working paper, Tilburg University.
- OHLSON, J. A., & JUETNER-NAUROTH, B. E. (2005). "Expected EPS and EPS growth as determinants of value". *Review of Accounting Studies*, 10, 349-365.
- RULAND, W., SHOHN, J., & ZHOU, P. (2007). "Effective controls for research in international accounting". *Journal of Accounting and Public Policy*, 26, 96-116.
- VERRECHIA, R. (2001). "Essays on disclosure". *Journal of Accounting and Economics*, 32, 97-180.
- WOOLDRIDGE, J. M. (2002). *Econometric analysis of cross section and panel data*. Cambridge, Mass., The MIT Press.

## Atualidades

### AS SOCIEDADES DE PESSOAS NA ATUALIDADE. UMA VISÃO COMPARATIVA CRÍTICA

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

1. Linhas introdutórias – A permanência das sociedades de pessoas perante o direito comparado. 2. As sociedades de pessoas. Definição genérica. 3. Características. 4. Antecedentes: a) A "societas" romana; b) A "societas publicanorum" (a "societas vectigalium"); c) As sociedades medievais. 5. As sociedades de pessoas em espécie: a) A sociedade em nome coletivo: a.1) Origem – Antonio Brunetti (a "gesamnte Hand" medieval); a.2) Evolução; a.3) A sociedade em nome coletivo perante o direito comparado atual; b) A sociedade em comandita simples; c) As sociedades simples: c.1) No direito italiano; c.2) No direito Suíço; d) A sociedade em conta de participação. 6. As sociedades de pessoas perante o direito brasileiro: a) O tratamento perante o direito anterior ao Código Civil de 2002: a.1) Orientação do Código Comercial de 1850; a.2) Advendo do Código Civil de 1916; b) As sociedades de pessoas no atual Código Civil.

#### 1. Linhas introdutórias – A permanência das sociedades de pessoas perante o direito comparado

Em que pese o modelo das sociedades em nome coletivo e da comandita simples estarem em desuso no Brasil isto não é verdadeiro perante o direito comparado, valendo a afirmação tanto para os países da família romano-germânica, como para aqueles da *common law*, no qual a figura da *partnership* permanece atual. Basta dizer que esta é a visão das *joint ventures*, a qual se apresenta no fundo como uma *partnership*, sem limitação da responsabilidade das sociedades agrupadas.

Qual a razão da manutenção em vida destas sociedades? Por um lado, o fato de que na maioria dos países europeus (bem como naqueles da *common law*), ressalva feita expressamente à França, Portugal e Espanha, estas sociedades não são dotadas de personalidade jurídica. Em decorrência, para efeito de tributação, os impostos so-

mente incidem quando da percepção dos lucros pelos sócios e não quando produzidos pela sociedade. Por outro lado, na maior parte dos países europeus exige-se um *capital mínimo* para as sociedades, assim ditas "de capitais" (sociedades anônimas e limitadas).<sup>1</sup> Note-se que a lei não

1. Assim, v.g., cf. CCI Art. 2.327: "Ammontare minimo del capitale. La società per azioni deve costituirsi con un capitale non inferiore a centoventimila euro; Capo VII – Della società a responsabilità limitata – Sezione I – Disposizioni generali – Art. 2.463. Costituzione. La società può essere costituita con contratto o con atto unilaterale. L'atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare: (...) 4) l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro, sottoscritto e di quello versato; (...)".

"§ 5 GmbHG Stammkapital; Geschäftsanteil (1) Das Stammkapital der Gesellschaft muß mindestens fünfundzwanzigtausend Euro betragen; § 7 AktG Mindestnennbetrag des Grundkapitals – (...); 1. März 2011 – Der Mindestnennbetrag des Grundkapitals ist fünfzigtausend Euro" (§ 5 Capital de fundação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada (1) O capital de fundação da sociedade deve ser de no mínimo vinte e cinco mil euros; §

distingue, para tal efeito, quando estas sociedades são unipessoais.

Pode-se indagar, ainda, qual a importância deste modo de ver nos países alienígenas para a realidade brasileira.

Neste ponto, não bastasse o fato das relações empresariais (melhor dizendo comerciais) ocorrerem dentre países, vale lembrar a tendência para a criação de um direito uniforme para os Países-membros da União Europeia, como denuncia a obra do Prof. Ole Lando nos seus *Princípios Contratuais do Direito Europeu*. E isto está na ordem do dia atualmente no continente europeu. Como não somos uma ilha e vivemos num mundo globalizado, sem deixar de lado a possibilidade de integração com os países vizinhos, justifica-se voltar à boa prática do direito comparado.

<sup>7</sup> da Lei das Sociedades por Ações – A quantia mínima do capital inicial é de cinquenta mil euros) (trad. livre nossa).

Suíça, Art. 621: “Das Aktienkapital muss mindestens 100.000 Franken betragen; – Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen (...) Art. 773 – Das Stammkapital muss mindestens 20.000 Franken betragen (Art. 621: O capital acionário deve corresponder a no mínimo 100.000 Francos suíços; Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Art. 773 – O capital de fundação necessita perfazer 20.000 Francos suíços no mínimo) (trad. livre nossa).

Espanha, Lei 2/1995, de 23 de março: “Artículo 4. Capital social. El capital no podrá ser inferior a quinientas mil pesetas [atualmente 3.005,56 Euros], se expresará precisamente en esta moneda y desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado”; o que vale inclusive para a nova Sociedade Limitada “Nueva Empresa”, conforme alterações introduzidas pela Lei 7/3003, de 1 de abril: “Artículo 135. Capital social. 1. El capital social de la sociedad Nueva Empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros. 2. En todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias”.

“Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) – Artículo 4. Capital mínimo. El capital social no podrá ser inferior a 10.000.000 de pesetas [atualmente 60.101,21 Euros] y se expresará precisamente en esta moneda.”

Aplica-se aqui a lição recente de um estudioso na nova introdução à 11ª ed. da obra de Renè David em castelhano:<sup>2</sup> “El derecho comparado no puede reducirse al ámbito reservado de algunos juristas. Todos los juristas están convocados a interesarse en el derecho comparado, ya sea para comprender mejor su propio sistema de derecho, ya sea para intentar mejorarlo, o bien para convenir, de común acuerdo con los juristas de países extranjeros, reglas de conflicto o reglas de fondo uniformes que propicien una armonización de los diversos derechos”.

Por final, e não por menos, é interessante ver como, a par da visão comparatista, uma simples digressão histórica permite visualizar a postura singularmente caótica do nosso Código Civil (deste e do anterior) no tratar das sociedades.

## 2. As sociedades de pessoas – Definição genérica

Na lição de Herbert Wiedemann,<sup>3</sup> que reflete sua origem, sociedades de pessoas são comunhão de objetivos contratuais na forma da sociedade e nome coletivo (*Offenen Handelsgesellschaft* – OHG) e da sociedade em comandita simples (*Kommanditengesellschaft* – KG); sociedade em conta de participação (*Stillen Gesellschaft*); companhia de navegação coletiva (*Partenreederei*); associação comercial em participação – *partnership* (*Partnerschaftsgesellschaft*) e da União de Interesse Econômico Europeia (*Wirtschaftlichen Interessenvereinigung*).

Este conceito, como esclarece, não corresponde a um critério jurídico objeti-

2. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, edição, tradução e notas de Jorge Sánchez Cordero, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme e Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010, p. 8, in [www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2792](http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2792).

3. *Gesellschaftsrecht*, Band II, *Recht der Personengesellschaften*, Verlag C. H. Beck, München, 2004, pp. 4-10.

vo, já que por sociedades de pessoas entende-se, tão somente, uma ligação pessoal entre os membros de semelhante associação, diferenciadas da pessoa jurídica<sup>4</sup> pela existência da propriedade em mão comum (*gesammte Hand*).

Esta particularidade da propriedade em comum (*gesammte Hand*), na lição de Wiedemann, permaneceria até hoje como sinal central das sociedades de pessoas, em que pese a possibilidade de combinações como a GmbH & Co. KG<sup>5</sup> ou a existência das “*Publikum Personengesellschaften*”.

## 3. Características

Seriam suas características mais marcantes:

- *Organização personalista* – traduzida no *intuitu personae* (relevo à pessoa do sócio e consequente estabilidade do quadro societário) e na *affectio societatis*, entendida como o dever de colaboração entre os sócios de atuarem de boa-fé, uns perante os outros, para atingirem o fim comum.

- *Relação patrimonial solidarística* – expressa pela responsabilidade solidária e ilimitada (no direito brasileiro, subsidiária) pelas perdas sociais;

- *Natureza jurídica* – ligado ao desenvolvimento da sua independência conforme se lhe atribua personalidade jurídica ou não;

- *União patrimonial comunitária* (*Gesamthänderische Vermögensbindung*) – para justificar a solidariedade em direitos e obrigações, visto que em sua base, conforme a postura germânica, ter-se-ia um regime de copropriedade em virtude da ausên-

4. No direito alemão estas sociedades não têm personalidade jurídica.

5. Sociedade mista na forma da sociedade de responsabilidade limitada em comandita simples, a qual é desconhecida no direito brasileiro. Nesta a posição de sócio comanditado é ocupada por uma sociedade limitada, enquanto que aquela de sócio comanditário pode ser preenchida tanto por uma pessoa natural como por uma pessoa jurídica.

cia de atribuição de personalidade jurídica (assim também no direito italiano, suíço e canadense).

Para estas formas de propriedade em comum, ao invés de personalizar, o BGB criou atualmente a figura do *Sondervermögen* (§§ 717-720, 738 BGB), o qual como patrimônio afetado a um determinado fim, passou a responder pelos débitos sociais, eliminando a responsabilidade dos coproprietários.

Mas em que pese a tendência alemã atual no sentido da independência jurídica, a sociedade de pessoas permanece como uma figura intermediária entre a pessoa jurídica e a pessoa natural. De um ponto de vista geral, no direito alemão, a sociedade de pessoas é apenas um *Träger* (portador) de direitos e obrigações, correspondendo ao que o saudoso Walter Moraes<sup>6</sup> definia como personalidade jurídica em sentido impróprio. Confirma-se a lição: “Pela lei, toda sociedade autorizada é uma pessoa jurídica. Mas só corporações dão pessoas jurídicas em sentido próprio. A sociedade simples<sup>7</sup> (*societas*), não constituindo corporação, não é portanto pessoa jurídica em sentido próprio. Esta, em síntese, a lição de Unger (...)”.

## 4. Antecedentes

Nesta linha de rebuscar o passado a fim de aferir as incongruências do presente, impõem-se linearmente o recurso ao direito romano, o qual, principalmente tendo em vista os projetos de uniformização do direito europeu, tem sido revalorizado como possível fonte comum desta tarefa.<sup>8</sup>

6. *Sociedade Civil Estrita*, Ed. RT, 1987, p. 6.

7. *In casu* referindo-se à sociedade civil e não a atual sociedade simples, desconhecida na época perante o direito brasileiro.

8. Vislumbra-se, entre outros, trabalhos recentes revitalizando esta origem como demonstram artigos esparsos tais como os estudos de Berkeley de 2009, *The Genius of Roman Law from a Law and Economics Perspectives*; de Juan Javier del Grando, in <http://ssrn.com/abstract=1293939> ou o Dere-

A assim ser, coerentemente, a visão deve voltar-se para esta fonte.

a) A "societas" romana

O direito romano não reconheceu quer personalidade jurídica quer autonomia patrimonial para as sociedades privadas. Tampouco se podia falar de representação para estas sociedades. Com este modo de ver o vínculo societário, nas palavras de Margherita Pena,<sup>9</sup> "não tinha qualquer relevância perante terceiros" (trad. nossa).

A doutrina<sup>10</sup> situa sua origem no *consortium ercto non cito* (forma de copropriedade comum indivisa) e em experiências associativas ligadas à práxis das relações internacionais da *iurisdictio peregrina* (século II a.C.) mediante recurso à *iudicia bona fidei*. Elemento essencial era a *fraternitas* resultante do vínculo familiar. Conforme a lição<sup>11</sup> este era: "O consórcio que se instalava entre os herdeiros quando o pai falecia *intestato* e se apresentava como uma legítima e natural sociedade (Gaio). A comunhão não se estabelecia voluntariamente, mas no decorrer do tempo admitiu-se a possibilidade da divisão (com a *actio familiae erciscundae*) pela vontade de um dos *fratres* e ainda em decorrência da sua morte ou incapacidade" (trad. livre nossa).

A justificativa da unidade do grupo, prossegue esta pesquisadora, repousava na *Fraternitas* (ideia de colaboração para a obtenção de um fim comum, inexistindo qualquer hierarquia ente os participantes ou atribuição de quotas). Mas ao contrário

*cho Romano y Cultura Europea*, de Reinhard Zimmermann, igualmente de 2009, in <http://ssrn.com/abstract=1623282>, dentre outros.

9. "Il diritto societario nel diritto romano e nel diritto intermedio", *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, in <http://rivista.ssef.it/site.php?page=20040929105341531>, n. 1.

10. Assim Margherita Pena, ob. e loc. cit.

11. Idem. Aut., ob. e loc. cit.

do condomínio tradicional em que cada coproprietário detinha uma quota parte, cuidava-se de comunidade do tipo dinâmico, na qual qualquer dos consortes poderia alienar qualquer bem pertencente ao patrimônio com *efeitos reais para todos*. Por outro lado qualquer um deles poderia adquirir qualquer dos bens mantidos em copropriedade.

Com o tempo o instituto perdeu autonomia sendo absorvido no regime da copropriedade por quotas ideais e em virtude da evolução socioeconômica surge a base de nova forma organizativa para unir as forças econômicas, a saber, o contrato de sociedade fundado então no consentimento de todos os partícipes.<sup>12</sup>

Passa-se assim da "fraternidade" (relevo à qualidade como membro do grupo familiar), e de um regime de copropriedade obrigatório e indiviso decorrente de um vínculo natural para uma relação consentida. A finalidade deixa de ser aquela de gerir bens em um regime de copropriedade e é substituída por aquela de atingir um objetivo ou uma finalidade em comum. O vínculo natural familiar "fraterno" dá lugar à *affectio societatis* resultante da vontade de colaboração na realização do objetivo comum.

São exemplos conhecidos de contratos associativos as *societates universais*, assim a *societas omnium bonorum* (de todos os bens) e a *omnium quaestum* (de todos os ganhos, obtidos pelo trabalho dos sócios). Ao lado destas existiam as *societates particulares*, assim a *societas aliquius negotiationis* (destinada na maior parte a transações internacionais e envolvendo uma série de operações de um negócio específico); a *societas unius rei* (constituída mediante aporte de bens singulares para a obtenção de um benefício comum) ou ainda a sociedade de *argentarii* (dos banqueiros).

12. Ibidem, aut. e ob. cit., n. 2.

Menciona-se ainda no século II a *commendas*, formada pela associação entre um sócio capitalista (oculto), com atribuição de participações sociais negociáveis para este. A morte de um dos sócios acarretaria a dissolução da sociedade. Pode-se vislumbrar na modalidade semelhantes com a *nautikon dancion* grega, em que um capitalista financiava a expedição submetida a risco. Perante o sucesso o titular da empreitada devolveria o capital acrescido de interesses. Se bem que, com mais propriedade, poder-se-ia aqui situar a origem do nosso contrato de seguro.

Mas estas sociedades, a par de não terem existência perante terceiros, não eram dotadas de um patrimônio separado, próprio, apto a responder perante os credores sociais.

Os associados permaneciam num estado de copropriedade em virtude do contrato, vedada a partilha dos bens antes do decurso do tempo ali fixado. Nas palavras de Joseph Risco<sup>13</sup> seria uma comunhão mitigada por um *pacto de non dividendo* e com este perfil teria originalmente ingressado no direito francês.

b) A "societas publicanorum"  
(a "societas vectigalium")

Aqui a melhor compreensão exige se distinga dentre as *societates* (*Gesellschaft*) e as *associações* (*Verein*).

Enquanto a *Societas* (*Gesellschaft*) nada mais seria do que um contrato, uma relação puramente obrigacional dando lugar a uma comunhão de bens; a *societas publicanorum*, restrita a certas funções públicas ou sociais era uma entidade em si mesma, embora não se pudesse falar em pessoa jurídica no sentido que esta porta atualmente. De qualquer forma, tinham

13. *La Copropriété en Main Commune (Gesamte Hand) et son Application Possible au Droit Français*, Toulouse, Imprimerie Cooperative Toulousaine, 1907, pp. 215-216, in <http://www.archive.org/details/lacoproprieteOOrico>.

existência legal ao contrário das sociedades privadas.<sup>14</sup>

Esta modalidade societária, surgida no terceiro século a.C., era formada por um conjunto de investidores (os *publicani*), os quais atuavam em projetos públicos e na recepção de tributos. Nestas sociedades, a par da transmissibilidade das participações societárias, os sócios não respondiam pelos débitos sociais.<sup>15</sup> Estas sociedades, todavia, apenas prestavam serviços para o Estado, não atuando no setor privado. Os romanos não viam nas associações entre os particulares qualquer autonomia. Estas nada mais eram do que uma relação obrigacional dentre sócios.

Uma razão para não se visualizar nas sociedades entre os privados um centro autônomo de interesses parece estar em institutos paralelos que de certa forma limitavam o acesso indiscriminado dos credores além das massas patrimoniais que os constituíam. Assim a *familia* romana<sup>16</sup> e o *peculium*.

Assinala a doutrina<sup>17</sup> constituir a família romana uma "entidade completa".

14. Cf. Margherita Pena, ob. cit. n. 9: "In relazione alla presunta personalità giuridica della societates i dati più concreti emergono nel Principato in cui si riscontrano affermazioni come quella di Gaio in D. 3.4.1.pr. (3 aded. prov.) nella quale si afferma che un esempio autonomo di centri di interesse è proprio la societates publicanorum ricordando peraltro l'esistenza dei collegia, di naviculari, dipistorum e quorundarum. Correttamente nota il Talamanca che non si sa se le strutture dell'autonomia fossero uguali per le societates e i collegia professionali. Ma certo non è verosimile che una forma giuridica così complessa non avesse dato luogo ad un inizio di entificazione al quale processo ha contribuito la lex Iulia de collegis".

15. Hansmann, Kraakman & Squire, *Law and the Rise of the Firm* I, p. 24, in [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=87350](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=87350).

16. A acatar a lição de Otto von Gierke (*Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd. Union, 2001, p. 65, trad. de Ernest Barker), a *familia* como uma associação natural existia como uma entidade em si mesma ao lado dos *collegium, corpus, universitas, civitas* e *imperium*, embora fosse desprovida de personalidade jurídica.

17. Idem, p. 20.

Desta forma “os credores que não transacionassem com pessoas atuando no interesse da família não tinham acesso a seus bens” (trad. livre nossa).

No mesmo compasso tem-se o *peculium*, decorrente da prática de se delegar aos escravos atividades comerciais. Para tanto era comum que o amo atribuísse a estes ou a seus herdeiros um montante determinado, denominado *peculium*. “O *peculium* e quaisquer interesses gerados permaneciam, formalmente, na propriedade do amo” (trad. livre nossa). Este se beneficiava ainda mediante “(...) o recebimento regular de pagamentos, ou permitindo que o escravo comprasse sua liberdade em troca da devolução do total ou de uma parte do pecúlio e seus acréscimos (trad. livre nossa).

Ainda que os credores pudessem executar o amo pelos débitos, sua responsabilidade (desde que ele não tivesse participado da gestão dos negócios) ficaria limitada ao montante do *peculium*.<sup>18</sup>

#### c) As sociedades medievais

É na idade média que se situa a origem das sociedades comerciais, período em que se assinala a existência das *compagnias* (sociedades gerais ou coletivas). Estas tinham origem familiar e nela todos tinham a representação e respondiam pessoal e solidariamente pelos atos praticados em nome da sociedade, compartilhando os riscos da atividade.

Menciona-se ainda a *societas terrae*, sociedade temporária com estrutura similar a da *commenda*, cuja vigência estava ligada à realização de um determinado negócio ou de uma viagem.

Data deste período, igualmente, a *Magna Societas Alemanorum* dedicada ao comércio por atacado, atuando inclusive internacionalmente. Esta, inicialmente restrita ao capital dos sócios passa, com o cor-

18. Ibidem, p. 21.

rer dos tempos, a receber capital de terceiros (capital de risco) mediante a retribuição de uma taxa fixa de interesses.<sup>19</sup>

Por final não se pode deixar de mencionar a sociedade em comandita simples, cuja origem estaria no contrato de *commenda*. Sob o ponto, assinala Rubens Requião na sua Tese de Concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná,<sup>20</sup> situar-se na proibição canônica contra a usura a razão para o desenvolvimento desta modalidade societária. *In casu*, os juros surgiam como pagamentos de dividendos, o que os tornavam legítimos.

Existia mais de uma forma de *commenda*, na lição de Requião, encontradas, inclusive “em primitivos agrupamentos sociais no interior da África, na Ásia e Oceania. Os estudos históricos, que os autores realizam, esclarecem as várias modalidades de *commenda*: ora a natureza do empreendimento impunha a conjugação do trabalho e somente o *commendator* oferecia capitais que o *tractator* aplicava, ora ambos ofereciam capitais e despendiam serviços. A primeira era a ‘*commenda*’ propriamente dita ou ‘*accommendatio*’, a segunda era a ‘*societas*’ ou ‘*collegantia*’. O professor Postan, a quem nos referimos acima, apresenta esclarecedora classificação, tendo em vista o medievo inglês: primeiro – sociedade em que o capital engajava os serviços de um comerciante (‘*service partnerships*’); segundo – o comerciante engajava o capital (‘*finance partnerships*’); terceiro – ambas as partes se conferiam os capitais e seus serviços (‘*real partnerships*’) (...)” (destaques nossos). Mas somente a primeira forma consistiria

19. Cf. Milkos Lazaro Gual Diaz, *De la Societas Omnium Bonorum a la S.R.L Nueva Empresa*, p. 2, in <http://www.monografias.com/trabajos59/societas-srl/societas-srl2.shtml>.

20. *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*, Curitiba, Papelaria Requião Ltda., 1959, p. 34.

a “*commenda* em sentido próprio”,<sup>21</sup> embora todas fossem formas associativas.

#### 5. As sociedades de pessoas em espécie

##### a) A sociedade em nome coletivo

##### a.1) Origem – Antonio Brunetti<sup>22</sup>

(a *gesammte Hand* medieval)

Situa a origem *mediata* da sociedade em nome coletivo na comunidade tácita medieval, a *gesammte Hand* germânica, decorrente da visão coletivista germânica (coletivismo agrário), no qual a propriedade era comum para todo o povo e sua exploração livre para todos. Mais imediatamente, a sua gênese está na *compagnia* medieval.

a.1.1) A *gesammte Hand* – Na lição de Joseph Ricol,<sup>23</sup> originalmente, o senhor feudal concedia a diversos vassallos um mesmo direito para explorar a terra. Estes deveriam formar uma comunidade, vivendo na mesma habitação, sob uma mesma direção. A regra valia para si e para seus descendentes. Destarte, se um viesse a falecer a propriedade dos bens comuns passaria para seus descendentes sem ter que voltar, como era regra no direito comum, para o senhor feudal. Eliminada a hierarquia paterna com a morte do progenitor, os sucessores passavam a exercer a comunhão por associação e em grau de igualdade. Esta a propriedade em mão comum (*gesammte Hand*) germânica.

Mas esta forma de copropriedade não se confundia com o condomínio do direito romano. *In casu* a propriedade *como um todo* era coletiva, inexistindo a ideia de “quota parte” entre os coproprietários. Em seu núcleo tinha-se a ideia da indivisibilidade e a de solidariedade de cada um pelo

21. Idem, aut. e ob. cit., pp. 34, 35.

22. *Tratado del Derecho de las Sociedades I*, trad. de Felipe Solá Cañizares, Buenos Aires/Argentina, UTEHA, 1960, pp. 524, 525, n. 243.

23. Aut. e ob. cit., p. 236.

tudo. O direito de cada comunheiro sobre o conjunto era um *direito real sobre o todo* e não um direito pessoal (crédito) sobre determinada quota parte. A alienação de qualquer bem comum ou a constituição de direito real sobre eles exigia o consentimento de todos os comunheiros ou pelo menos de um representante da coletividade.

Paralelamente, o patrimônio comum era visto como um *patrimônio de afetação* (afetado a um determinado fim), somente ele respondendo pelos débitos relativos àquela copropriedade e isto sem qualquer conotação com os débitos particulares de cada comunheiro.

No direito francês posterior, como assinala Ricol<sup>24</sup> a recepção do instituto da *gesammte Hand* situou-se na “*communautés taisibles*”. Espécie de copropriedade formadas por famílias, sobretudo agrícolas que se reuniam para a exploração da terra e que equivaliam às chamadas *Ganerbschaften* alemãs. E é nesta *communautés taisibles* que se vai encontrar a origem da *sociétés taisibles* do direito francês (gênese da sociedade em nome coletivo).

Com o tempo esta comunidade, originariamente familiar e decorrente da sucessão, resultado do vínculo entre a terra, a casa e os cultivadores transmuda-se em regime de *copropriedade legal*, perdendo o seu caráter de coletividade familiar. A ascendência do individualismo afastou a obrigação da vida em comum, dando lugar à propriedade individual e à possibilidade da criação de um regime entre estranhos fora do núcleo familiar.

Instala-se, destarte, um regime de comunhão não mais dentre aqueles da mesma família, mas dentre aqueles que trabalhavam em conjunto, para uma finalidade comum.

a.1.2) A *compagnia* – Com esta visão Brunetti assinala que, por influência do desenvolvimento do comércio nas cidades

24. Idem, aut. e ob. cit., p. 237.

italianas medievais, mais *imediatamente*, a origem pode ser situada na *Compagnia* (*Cum Panis et Vinus*), distinta da *societas fraterna* romana, por suas próprias características.<sup>25</sup>

Em linha semelhante, Joseph Ricol<sup>26</sup> situa esta forma dentre os séculos XIII e XVI, descrevendo decorrer da coabitação “à pain et à pol”, durante um certo período de tempo (um ano e um dia) e da colocação em comum de bens para um determinado fim, a par da comunhão nos benefícios e nas despesas. Nela, todavia, diferentemente da *gesamte Hand* de sua gênese, há hierarquia como na antiga comunidade familiar. Só que agora representada por um “Chefe” em regra o mais velho que administrava esta propriedade comum, representando os demais. A par disto, somente podia alienar bens móveis, necessitando do consentimento especial dos demais no que se referisse aos imóveis. Quanto ao uso ou gozo destes bens, o critério era a medida das necessidades de cada um. Mas permanência, como pano de fundo, a influência da

25. Aut. e ob. cits., pp. 528, 529: “(...) Cessio quita importancia a la diferencia admitida por la gran mayoría de juristas entre *societas* y *compañía*, pero si, en definitiva, reconoce que la sociedad familiar toscana es una degeneración de la sociedad ordinaria en relación con el desarrollo y las necesidades del tiempo, no pude, después de todo, negar que sea una cosa distinta. Cuando se dice que la ‘sociedad familiar es solo una manifestación particular de la sociedad ordinaria, de la que se diferencia, no por la estructura divergente, sino porque en ella, junto con el vínculo normal de la sociedad, encuentran su sitio relaciones particulares de familia que, de cierto modo, la modifican, y que del ‘tronco único nacen dos ramas distintas, la sociedad en que no se usa el nombre de los compañeros y socios que la doctrina regula técnicamente a base de la legislación *in societas per viam accomandae* y la sociedad en que se utiliza el nombre de los compañeros, la sociedad de nombre colectivo de hoy’, se observa una diferencia orgánica y funcional. Orgánica, porque con el uso del nombre se crea una relación entre la sociedad y los terceros; funcional, porque la sociedad, de esta manera, pasa a obligar su propio patrimonio. Ambas situaciones no tienen su exacta equivalencia en la *societas* (...)”.

26. Aut. e ob. cits., pp. 238, 239.

estrutura da *gesamte Hand* germânica e igualmente, da mesma forma, como nesta, inexistia qualquer direito à partilha destes bens pelos herdeiros.

A partir do século XVI, na França, tem início a decadência da *société taissable*, com admissão da dissolução do regime de copropriedade em virtude da vontade de um dos coparticipantes que decida se retirar do conjunto e inclusive por sua retirada tácita.

Este processo culmina no século XVIII, após ataques ardentes dos economistas, com a sua proscrição pela Revolução.

a.1.3) Confronto com a *societas* romana – Na Itália, como mencionado, ela persiste na nova roupagem da *compagnia* medieval, a qual, mais uma vez na lição de Brunetti,<sup>27</sup> vai se distinguir da *societas* romana, por três características essenciais:

“1<sup>ª</sup>) a finalidade de lucro, que é sua força propulsora; 2<sup>ª</sup>) pelo regime de responsabilidade solidária de seus membros; 3<sup>ª</sup>) pelo exercício da empresa sob um nome próprio (...)” (trad., livre nossa).

Já perante a comunidade familiar da sua origem, o traço distintivo é a presença da *affectio societatis* que substitui o vínculo *fraternitatis*.

#### a.2) Evolução

A sociedade em nome coletivo era, inicialmente, uma estrutura atípica não regulada pelo direito positivo. Em 1673, na França, foi acolhida nas Ordenanças de Colbert, Título IV, art. 7, sob o nome de “sociedade geral” ou livre, ressurgindo no *Code de Commerce* de 1807, Título II, Seção I, arts. 19 e 20,<sup>28</sup> como pessoa moral,

27. Aut. e ob. cits., p. 529.

28. Cf. art. 19: “La loi reconnait trois espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif; la société en commandite; la société anonyme;

exercendo o comércio sob uma *firma* comum apta a designar a união dos sócios.<sup>29</sup>

No direito alemão, a modalidade foi igualmente acolhida, no *Allgemeines Deutschen Handelsgesetzbuch* de 1850 e pelo *Handelsgesetzbuch* de 1900, de onde emigrou para o atual Código Comercial nos §§ 105-160. Na Itália, uma vez recepcionada no *Codice di Commercio* de 1865 (na realidade o *Codice del Commercio del Regno di Sardegna*), encontrou guarida no *Codice di Commercio del 1882*, dentre as sociedades mencionadas no seu Livro I, Título IX, Capítulo I, Seção I, art. 76 (*Società in nome collettivo, in accomandita e per azioni*), sendo disciplinada particularmente nas suas normas dos arts. 105-113. No direito brasileiro foi regulada originalmente nos arts. 315 e 316 do Código Comercial de 1850 e, aqui, desprovida de personalidade jurídica.

#### a.3) A sociedade em nome coletivo perante o direito comparado atual

O tratamento outorgado à sociedade em nome coletivo, nos diversos diplomas legislativos, não é uniforme. Assim, no direito alemão, a par de restrita à atividade comercial<sup>30</sup> não tem personalidade jurídica

Art. 20. La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale”.

29. No direito francês todas as sociedades, com exceção da sociedade em participação (em conta de participação no direito brasileiro) têm personalidade moral. E assim já era no Código de 1807. Com este teor confira-se Georges Ripert, *Derecho Comercial II, Sociedades*, trad. de Felipe de Solá Cañizares, Buenos Aires, TEA, 1954, pp. 21 e ss.

30. § 105. “1): Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist” (Uma sociedade, cujo fim é o empreendimento de um negócio comercial, conduzido sob uma firma comum, é uma sociedade em nome coletivo quando nenhum dos sócios tem a

(é vista como uma comunidade de coproprietários – *Gesamthandsgemeinschaft*) e, particularmente, não exige que todos os sócios sejam pessoas naturais.

Em virtude desta ausência de personalização, do fato de admitir-se a possibilidade da participação de sociedades de capitais nestas sociedades e pelos benefícios fiscais carreados, surgiram formas atípicas de sociedades, compostas pela conjugação de dois tipos societários diferentes, numa nova forma original. Em regra, resulta da participação de uma sociedade limitada numa sociedade em nome coletivo, ou mais usualmente da sua assunção da posição de sócia comanditada, dando lugar a uma forma atípica a GmbH & Co. KG (sociedade por quotas de responsabilidade limitada em comandita simples).

O importante, nesta modalidade, é que o sócio administrador (ou gerente) seja uma sociedade de capitais. O conjunto, como sociedade de pessoas, não é uma pessoa jurídica e como tal o imposto sobre os lucros produzidos somente incide quando da sua distribuição.

Tem-se, *in casu*, uma sociedade única, resultante da combinação de tipos societários distintos para o exercício de uma empresa única.

Embora a forma de concentração de empresas, não se confunde quer com os grupos quer com a fusão, incorporação ou cisão.

Distingue-se dos grupos à medida que as sociedades interligadas *não subsistem independentemente*, em que pese a autonomia jurídica, pois estão ligadas de tal forma que a empresa exercida é única.

Tampouco se identifica com a fusão ou com a incorporação, posto permanecer a autonomia jurídica das participantes (uma pessoa jurídica e um centro de interesses autônomo de imputação de direitos e obrigações), em que pese a unidade da sua responsabilidade limitada perante os credores da sociedade) (trad. livre nossa).

atividade (a empresa comum). Menos ainda assemelhar-se-ia à cisão, posto deste processo resultar uma *societate unica*. Seguindo a regra das sociedades de pessoas, utiliza firma e não denominação.

A modalidade comporta diferentes subtipos e dentre elas a mais interessante é a *Publikum KG*, na qual a posição de sócio comanditado é ocupada por uma sociedade limitada, admitindo, na qualidade de sócios comanditários algumas centenas de investidores e, com isto, o acesso das limitadas ao mercado. A oferta à estes prestadores de capital é feita mediante prospectos e as condições do contrato social, advém prefixadas. O direito dos comanditários é expressivamente limitado, e no mais das vezes exercido mediante um órgão de representação. Desta forma, a participação destes sócios é exercida indiretamente, por meio de um agente fiduciário (*treuhänder*). Na prática, denuncia a doutrina, a modalidade reduz-se a um meio de dispor do direito alheio.<sup>31</sup>

A construção, todavia, jamais teria lugar no direito nacional, tendo em vista cuidar-se de intermediação financeira, a qual, *ex-vi*, o disposto na norma do art. 17 da Lei 4.595/1964 é privativa das instituições financeiras.

Vale mencionar que a possibilidade da participação de uma sociedade de capi-

31. Cf. Bröner, Rux e Wagner, *Die GmbH & Co. KG*, Freiburg im Breisgau, Rudolf Haufe Verlag, 1989, p. 39. "Ihr Charakteristikum ist eine Vielzahl von Kommanditisten, deren Engagement an der Gesellschaft sich auf eine rein kapitalistische Beteiligung beschränkt (Anlagegesellschaft). Sie werden öffentlich durch Prospekte geworben und unterwerfen sich durch ihren Beitritt einen vorformulierten Gesellschaftsvertrag, auf dessen Gestaltung sie keinen Einfluss haben. Die Rechte der Kommanditisten sind sehr beschränkt und werden häufig nur über ein Vertretungsorgan (Bereit, Kommanditistenausschuss) wahr genommen. Teilweise sind die Anlagegesellschaften auch nur mittelbar über einen Treuhänder an der Publikums-KG beteiligt. In der Praxis war den Publikums-Gesellschaften von ihren Kommanditisten erhebliche Geldmengen zur Verfügung gestellt".

tais numa sociedade de pessoas não é desconhecida no direito italiano, valendo mencionar recente comentário,<sup>32</sup> superando a visão que anteriormente se tinha destas sociedades como uma sociedade de fato, como resultado da participação de uma sociedade de capital numa sociedade de pessoas.

A situação que dava recurso à desconhecimento da pessoa jurídica para o fim de atingir os sócios da sócia de responsabilidade limitada, todavia, foi afastada em virtude do disposto na norma do art. 147, primeira alínea da lei de falências italiana, cujo teor é o quanto segue: "La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili".

Vale dizer que as consequências da falência não atingem o sócio ou sócios limitadamente responsáveis, como são as hipóteses das sociedades limitadas e anônimas.

Igualmente restrita à atividade comercial<sup>33</sup> e sem personalidade jurídica advém no *Codice Civile* italiano (arts. 2.291-2.312), no qual de idêntica forma, como assinalado, não se veda a participação de sociedades de capitais em sociedades de pessoas,<sup>34</sup> e no *Código Federal Suíço das Obrigações* (arts. 552-559 CO), embora

32. Francesco Fimmano, *Super-Società di Fatto ed Abuso della Personalità Giuridica*, in [http://www.csdri.org/italiano/class\\_detail.asp?infoid=335](http://www.csdri.org/italiano/class_detail.asp?infoid=335).

33. "Art. 2.249. *Tipi di società*. Le società che hanno per oggetto l'esercizio di una attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo."

34. Art. 2.361, CCI, 2ª alínea: "Art. 2.361. *Partecipazioni*. (...) L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio".

neste último dela somente possam participar pessoas naturais.<sup>35</sup>

Com orientação semelhante foi acolhida no *Código de Sociedades Comerciais da Polónia* (*spólka jawna* - arts. 22-85) aonde, igualmente, não têm personalidade jurídica e todos os sócios devem ser pessoas naturais.<sup>36</sup>

No direito canadense, o novo Código Civil da Província de Quebec, que entrou em vigor em janeiro de 1994, também não atribuiu personalidade jurídica à sociedade em nome coletivo (ou *general partnership*), regulada nos seus arts. 2.198 e ss.<sup>37</sup>

35. No direito suíço, em orientação semelhante à aquela do direito alemão somente as sociedades dotadas de perfil corporativo podem ser personalizadas. Cf. *Code Civil*, art. 52 1: "Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce. (...) Art. 60 1: Les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement".

36. In <http://www.copernic-avocats.com/droit-societes-pologne/Droit-des-societes-en-Pologne.html>.

37. Cf. Charlaïne Bouchard, *Rapport sur la Nature Juridique des Sociétés de Personnes*:

*Étude de Droit Comparé Préparé pour Ministère de la Justice Programme d'Harmonisation de la Législation Fédérale avec le Droit Civil Provincial*, nos termos seguintes: "La question de la personnalité juridique des sociétés a aussi été complètement rebaisée: la société n'est pas une personne morale, mais ses attributs juridiques sont plus importants qu'en vertu de l'ancien Code" (p. 1); e nas conclusões (p. 59): "Malgré le fait que la doctrine et la jurisprudence ont souvent reconnu à la société du droit actuel une certaine personnalité morale, il ne conviendrait pas d'affirmer cette personnalité au Code Civil. D'une part, la personnalité ainsi reconnue ne correspond pas entièrement à celle d'une 'corporation' puisque les associés demeurent responsables personnellement des dettes sociales; d'autre part, cette affirmation pourrait susciter des difficultés aux sociétés québécoises par rapport à celles constituées dans d'autres provinces, notamment sur le plan fiscal. En effet, en droit canadien, la non-responsabilité aux dettes fait partie intégrante de la notion de personne morale ou de 'corporation'. Je proposerais donc de ne pas attribuer la personnalité juridique aux sociétés en nom

Em consequência, do mesmo modo como ocorre nos demais sistemas que não personalizaram esta sociedade, no plano fiscal inexistente um imposto sobre as sociedades.

Este, o imposto, recai sobre os sócios, proporcionalmente aos proveitos percebidos por meio da sociedade.

A *partnership* (*general partnership*) da *common law*, correspondente à nossa sociedade em nome coletivo, não têm personalidade jurídica, não constituindo uma pessoa distinta da de seus membros. Não constitui o que, no sistema da *common law*, se considera um *corporate body*. Assim sendo, os direitos e obrigações da sociedade nada mais são do que direitos e obrigações dos associados. Por tal razão, qualquer mudança dentre os associados destrói-lhe a existência, tendo em vista que não é considerada uma *legal entity*.

Já no direito francês, português e espanhol, igual ao que ocorre no direito brasileiro, a sociedade em nome coletivo (bem como a sociedade em comandita simples) têm personalidade jurídica.<sup>38</sup> Mas, em qual-

collectif ou en commandite. À l'exemple des droits germanique et anglo-saxon, les sociétés en nom collectif et en commandite du Code civil bénéficient désormais d'un patrimoine autonome et d'une individualité juridique, sans constituer pour autant des personnes morales. Si une telle assertion se révèle difficilement concevable dans la tradition civiliste, elle n'en constitue pas moins une réalité qu'il est nécessaire d'expliquer. La conception du patrimoine d'affectation concilie, en matière de société de personnes, les conséquences généralement attribuées à la personnalité morale avec certaines situations qui représentaient des atteintes à celle-ci. Cette construction permet ainsi de débarrasser la société de tout artifice et de lui substituer un mécanisme qui rend mieux compte de la coexistence des deux réalités suivantes: l'activité collective et les intérêts individuels" (in [http://www.bijurillex.org/site/att/BOUCHARD-Societe\\_2001-07-05\\_F.htm](http://www.bijurillex.org/site/att/BOUCHARD-Societe_2001-07-05_F.htm)).

38. Code de Commerce, Article L210-6: "Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la

quer deles, de acordo com a orientação genérica dos demais países alienígenas, devem ter por finalidade atividade comercial,<sup>39</sup> com a particularidade, já assinalada, de que a sociedade em nome coletivo francesa é comercial pela forma,<sup>40</sup> orientação que se repete com relação às “compañias colectivas” espanhola que serão sempre mercantil “cualquiera que fuese su clase”.

Uma menção neste ponto deve ser feita às sociedades de pessoas luxemburguesas, as quais, em que pese a proximidade com o direito francês da personalização destas sociedades, admitem a participação de pessoas jurídicas em sociedades de pessoas.

#### b) A sociedade em comandita simples

A generalidade do que foi dito sobre as sociedades em nome coletivo, conside-

prorogation (...). Código das Sociedades Comerciais de Portugal, Decreto-lei n. 262/1986, de 2 de setembro, art. 5º (Personalidade): “As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras”. Código de Comércio da Espanha, Artículo 116: “El contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

39. Código das Sociedades Comerciais de Portugal, art. 1º (Âmbito geral de aplicação): “(...) 2. São sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções. 3. As sociedades que tenham por objecto a prática de actos de comércio devem adoptar um dos tipos referidos no número anterior”.

40. Code de Commerce, Article L210-1: “Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions”.

rando que a mesma regulação aplica-se às sociedades em comanditas simples e que estas receberam idêntico tratamento: personalizadas ou não; destinadas exclusivamente a atividades comerciais; admitindo ou não a participação de sócios pessoas jurídicas; comerciais pela forma (como no direito francês) ou não (como nos demais ordenamentos) e etc.

Para o que interessa, basta dizer que de forma uniforme porta como características essenciais o diferente tratamento da responsabilidade entre os sócios; a regra da imutabilidade da gerência, pois se o sócio comanditário pratica atos de administração passa a ser responsabilizado como se comanditado fosse; a exigência de que na firma social somente conste o nome do comanditado seguido da expressão “e companhia” e que, por final, se lhe aplicam, subsidiariamente, todas as normas estabelecidas para as sociedades em nome coletivo.<sup>41</sup>

#### c) As sociedades simples

Outra é a situação com relação às sociedades simples, tendo em vista que estas são exclusivas do direito italiano e suíço, destinadas ao exercício de atividades não comerciais, principalmente de natureza agrícola ou profissional.

c.1) No direito italiano esta sociedade vem regulada nas normas dos arts. 2.251-2.290 do Código Civil italiano e tem relevo particular, considerando que a sua disciplina fixa, por assim dizer, um quadro geral de normas societárias para todas as sociedades de pessoas. Não se presta a atividades comerciais e seu âmbito circuns-

41. Com este teor, cf. os arts.: 161-229, HGB; 2.313-2.324, CCI; Code de Commerce, L222-1 a L222-12; arts. 76, 2 e 114-120, Codice di Commercio de 1882 e do atual CCI arts. 2.313-2.324; Código Federal Suíço das Obrigações, arts. 594-618; arts. 102-124 (spółka komandytowa) do Código de Sociedades Comerciais da Polónia.

creve-se a atividades econômicas lucrativas não comerciais.

Todavia, nada impede que se valha de uma das formas societárias reservadas para as sociedades comerciais para o exercício das atividades que lhe são próprias, como expressamente autorizado pela norma do art. 2.249, última parte da segunda alínea.<sup>42</sup>

Com isto afastou-se a correlação entre objeto social e forma societária.

Pode ser utilizada no exercício de atividade agrícola, desde que não se limite ao uso e gozo da propriedade, pois o exercício em comum de uma atividade econômica é de rigor. Tampouco se confunda com o cultivo da terra levado a efeito por grupo familiar (comunhão tácita familiar), a qual se regula pelos usos e costumes e não pelo contrato de sociedade.<sup>43</sup>

Esta sociedade, como as demais sociedades de pessoas, não tem personalidade jurídica, portando apenas, o que os comentários definem como “autonomia patrimonial imperfeita”.<sup>44</sup> Tão pouco seu contrato está submetido a qualquer forma especial, dispensada a sua inscrição no registro de empresa, admitindo-se, inclusive, possa ser verbal.<sup>45</sup>

A responsabilidade de todos os sócios é solidária e os credores sociais podem exercer sua pretensão tanto sobre o patri-

42. “Le società che hanno per oggetto l'esercizio di una attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo. Le società che hanno per oggetto l'esercizio di una attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice a meno che i soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.”

43. Cf. Società Semplici (Notaio, Aziende Imprese e Società), in [http://www.notaio-busani.it/it-it/societa\\_semplice.aspx](http://www.notaio-busani.it/it-it/societa_semplice.aspx).

44. [http://www.societaeimpresa.com/societa\\_semplice.php](http://www.societaeimpresa.com/societa_semplice.php).

45. “Art. 2.251. Contratto sociale. Nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti.”

mônio social, quanto sobre o patrimônio particular do sócio que atuou em nome da sociedade, salvo demonstrada a sua inocência.<sup>46</sup>

Inclusive, inexistindo convenção expressa em sentido contrário e cujo teor teve a devida publicidade para conhecimento de terceiro, pode ser exercida igualmente sobre o patrimônio particular de qualquer sócio. O sócio pode, todavia, se valer, da mesma forma como corre na sociedade em nome coletivo, do benefício de excussão<sup>47</sup> e também aqui os credores particulares do sócio podem, a qualquer tempo, alcançar o patrimônio social, mediante a liquidação das quotas do sócio devedor. Isto, porém, só quando os bens particulares deste sejam insuficientes. No mais, as regras são semelhantes àquelas acatadas no direito brasileiro.

c.2) No direito suíço, igualmente não têm personalidade jurídica e, tampouco, denominação social. É considerada uma comunhão de interesses, resultante da conjugação de esforços ou meios<sup>48</sup> e advém como forma mais simples de sociedades de pessoas acolhida, atualmente, nos arts. 530-551 do Código Federal Suíço das Obrigações. Particularmente, admite a prestação

46. “Art. 2.260. Diritti e obblighi degli amministratori. I diritti e gli obblighi degli amministratori sono regolati dalle norme sul mandato. Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società per l'adempimento degli obblighi ad essi imposti dalla legge e dal contratto sociale. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa.”

47. “Art. 2.268. Escussione preventiva del patrimonio sociale. Il socio richiesto del pagamento di debiti sociali può domandare, anche se la società è in liquidazione, la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi.”

48. Art. 530 1: “Gesellschaft ist die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln” (Sociedade é a união em um contrato de duas ou mais pessoas para a obtenção de fins comuns mediante a conjugação de esforços ou bens) (trad. livre nossa).

em serviços e<sup>49</sup> pode ser criada para o exercício de uma determinada finalidade, extinguindo-se com a sua consecução. Vale dizer pode ser uma sociedade ocasional.

Ademais disto o sócio está obrigado a repartir com os demais sócios quaisquer lucros obtidos com a atividade própria da sociedade.<sup>50</sup> Os prejuízos sofridos igualmente são repartidos, salvo quando se tenha estabelecido o contrário.<sup>51</sup> A participação dos sócios, por conta própria, em negócios concorrentes com os da sociedade está vedada.

Da mesma forma que a sociedade simples do modelo italiano, esta sociedade não está submetida a qualquer forma especial, admitindo inclusive seja ajustada verbalmente. A forma escrita, todavia, pode ser aconselhada como meio para regular a repartição de lucros e as obrigações entre os sócios. A sua inscrição no registro de empresas está vedada.<sup>52</sup>

49. Art. 531 I: "Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit" (Cada sócio tem uma contribuição a prestar, seja em dinheiro, bens, créditos ou trabalho) (trad. livre nossa).

50. Art. 532: "Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den andern Gesellschaftern zu teilen" (Cada sócio está obrigado a partilhar com os outros sócios os lucros que, conforme sua natureza, iriam para a sociedade) (trad. livre nossa).

51. Art. 533 I: "Wird es nicht anders vereinbart, so hat jeder Gesellschafter, ohne Rücksicht auf die Art und Grösse seines Beitrages, gleichen Anteil an Gewinn und Verlust. 2. Ist nur der Anteil am Gewinne oder nur der Anteil am Verluste vereinbart, so gilt diese Vereinbarung für beides. 3. Die Vereinbarung, dass ein Gesellschafter, der zu dem gemeinsamen Zwecke Arbeit beizutragen hat, Anteil am Gewinne, nicht aber am Verluste haben soll, ist zulässig" (1. Não se dispendo em contrário, do sócio independentemente do modo ou montante da sua contribuição, tem igual participação nos lucros e nas perdas. 2. Tendo-se acordado apenas uma parte nos lucros ou nos prejuízos, vale este ajuste para ambos. 3. O ajuste para que o sócio, que tenha contribuído para o fim comum, partilhe somente dos lucros e não dos prejuízos, é lícito) (trad. livre nossa).

52. In <http://www.kmu.admin.ch/themen/00614/00656/00662/index.html?lang=it>.

#### d) A sociedade em conta de participação

Weidemann<sup>53</sup> situa a origem destas sociedades conjuntamente com aquela da sociedade em comandita simples, assinando que em ambas tem-se a participação de um sócio capitalista (*Kapitalgebers*) em uma empresa de terceiro e que em virtude de razões pessoais, não quer dar conhecimento desta participação a terceiros. Desta forma permanecia oculto perante aqueles que negociavam com a sociedade.

Vê-se aqui, pensamos nós, uma situação semelhante ao que ocorria com a instituição do *peculium* no antigo direito romano.

Esta sociedade, prossegue Wiedemann,<sup>54</sup> foi acatada no *Code du Commerce* de 1807, sob a denominação de *associations commerciales en participation*, dentre as demais "três formas clássicas de sociedades comerciais", então reguladas nos arts. 47 e ss. (trad. livre nossa).<sup>55</sup> Daí, conforme a narrativa, passou para os arts. 419 e ss. da lei de sociedades comerciais (Lei 537, de 24 de julho de 1966)<sup>56</sup> e, por final, com a nova redação dada ao Código Civil francês em 1978 foi englobada nos arts. 1.871, 1.872-2 dentre as sociedades civis, como sociedade

53. Aut. e ob. cit., pp. 878, 879.

54. Aut., ob. e loc. cit.

55. Cf. o original: "47. Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation - Co.19.48. 48. Ces associations sont reetives à une ou plusieurs opérations de commerce; elles ont lieu pour les objets, dans les formes avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les partitipans. 49. Les associations en participation peuvent être consintées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise - Co.27.109. 50. Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités pour les auters sociétés (...)"

56. "Art. 419. La société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et ne se révèle pas aux tiers. Elle n'a pas la personnalité morale, n'est pas soumise à publicité, et peut être prouvée par tous moyens. Les dispositions du chapitre préliminaire et du titre II, chapitre IV, de la présente loi ne lui sont pas applicables."

de fato<sup>57</sup> e igualmente despojada de personalidade jurídica.<sup>58</sup>

57. Idem, aut., ob. e loc. cit. V. tb. a atual regulação dada pelo *Code Civil, Chapitre III: "De la société en participation. Article 1.871. Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation. Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens. Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1.832, 1.832-1, 1.833, 1.836 (2<sup>me</sup> alinéa), 1.841, 1.844 (1<sup>er</sup> alinéa) et 1.844-1 (2<sup>me</sup> alinéa). Article 1.871-1. A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif. Article 1.872. A l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société. Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision. Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social. Article 1.872-1. Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit. Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1.872 (alinéas 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre Ier du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1.873-2 ont été accomplies, celles du Titre IX-bis du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision. Article 1.872-2. Lorsque la société en participation est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps. A moins qu'il n'en soit autrement convenu, aucun associé ne peut demander le partage des biens*

No direito italiano, ainda conforme Wiedemann, esta sociedade encontra-se atualmente nas normas dos arts. 2.549-2.554, num capítulo à parte daquele dedicado aos diversos tipos de sociedades.<sup>59</sup> Já no direito suíço esta sociedade não encontrou abrigo no Código Federal das Obrigações sendo relegada para o Código Civil, como forma de sociedade atípica, um contrato que pode abranger toda organização portadora de uma finalidade comum, quer ideal quer econômica. No direito alemão permanece em sua inteireza e em relevo

indivis en application de l'article 1.872 tant que la société n'est pas dissoute. Article 1.873. Les dispositions du présent chapitre sont applicables aux sociétés créées de fait".

58. "Article 1.842. Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au Chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation."

59. "Titolo VII - Dell'Associazione in Partecipazione. Art. 2.549. *Nozione*. Con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto. Art. 2.550. *Pluralità di associazioni*. Salvo patto contrario, l'associante non può attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati. Art. 2.551. *Diritti ed obbligazioni dei terzi*. I terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante. Art. 2.552. *Diritti dell'associante e dell'associato*. La gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante. Il contratto può determinare quale controllo possa esercitare l'associato sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare per cui l'associazione è stata contratta. In ogni caso l'associato ha diritto al rendiconto dell'affare compiuto o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno. Art. 2.553. *Divisione degli utili e delle perdite*. Salvo patto contrario, l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto. Art. 2.554. *Partecipazione agli utili e alle perdite*. Le disposizioni degli articoli 2.551 e 2.552 si applicano anche al contratto di cointeressenza agli utili di una impresa senza partecipazione alle perdite, e al contratto con il quale un contraente attribuisce la partecipazione agli utili e alle perdite della sua impresa, senza il corrispettivo di un determinato apporto. Per le partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro resta salva la disposizione dell'articolo 2.102."

nas normas dos §§ 230-237 HGB. Já no direito anglo-americano ela não merece nenhuma referência a parte.

Na lição de Mauro Brandão Lopes,<sup>60</sup> reportando-se a Carvalho de Mendonça esta sociedade teria adentrado no nosso Código Comercial, encontrando abrigo nas normas dos seus arts. 325-328, graças aos Códigos Comercial espanhol de 1829 e aquele português de 1933, este último inspirado na prática comercial francesa. O Código de Comércio espanhol atual, todavia, não contempla a modalidade dentre as sociedades que elenca no seu art. 122.<sup>61</sup> Mas tendo em vista o teor do art. 1.669 do Código Civil espanhol, quando trata das sociedades civis, o entendimento é o de que foi situado dentre estas sociedades, sendo expressamente despojada de personalidade jurídica.<sup>62</sup>

Idêntico comportamento tem o Código das Sociedades Comerciais português que não as enumera dentre as sociedades comerciais arroladas no seu art. 1º, 2º.<sup>63</sup> Esta modalidade passou para o Código Comercial português de 1888, arts. 224-229, atualmente revogados para ser tratada a parte como um contrato de colaboração, assimilado ao consórcio (quicá por influência do direito anglo-americano que vê na

60. *A Sociedade em Conta de Participação*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 2-3.

61. Cf. Artículo 122: "Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: 1. La regular colectiva. 2. La comanditaria, simple o por acciones. 3. La anónima. 4. La de responsabilidad limitada."

62. "Artículo 1.669. No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes."

63. Cf. "2. São sociedades comerciais aquelas que tenham por objecto a prática de actos de comércio e adoptem o tipo de sociedade em nome colectivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por acções."

*joint venture* uma *partnership*), na norma do art. 21 do Decreto-lei 231/1981.<sup>64</sup>

## 6. As sociedades de pessoas perante o direito brasileiro

### a) O tratamento perante o direito anterior ao Código Civil de 2002

#### a.1) Orientação do Código Comercial de 1850

No direito brasileiro anterior o Código Comercial não lhes reconhecia personalidade jurídica. A par disto, vigorava a exigência da correlação entre objeto social e forma societária. Assim, seguidamente, o CCo, salientava o fim comercial<sup>65</sup> ou o exercício de atividade comercial.<sup>66</sup> O que valia dizer, não se podia escolher uma das formas destas sociedades, para o exercício de atividades não comerciais.

Por tal razão, igualmente, a exigência, na sociedade em comandita e na em conta de participação de que pelo menos um dos sócios fosse comerciante (arts. 311 e 325 CCo.).

64. "Capítulo II - Do contrato de associação em participação. Art. 21º (Noção e regulamentação). 1 - A associação de uma pessoa a uma actividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para a segunda, regular-se-á pelo disposto nos artigos seguintes. 2 - É elemento essencial do contrato a participação nos lucros; a participação nas perdas pode ser dispensada. 3 - As matérias não reguladas nos artigos seguintes serão disciplinadas pelas convenções das partes e pelas disposições reguladoras de outros contratos, conforme a analogia das situações."

65. "Art. 311. Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita."

66. "Art. 315. Existe sociedade em nome colectivo ou com firma, quando duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social. Não podem fazer parte da firma social nomes de pessoas que não sejam sócios comerciantes."

Com o mesmo fundamento, nas sociedades em nome colectivo, advinha a proibição de que fizesse parte da firma o nome de sócios não comerciantes (art. 315, segunda alínea, CCo.) ou, alternativamente, uma ou outra. Valia a mesma regra da comercialidade do objeto, como regra, ainda para a sociedade de capital e indústria.<sup>67</sup> Esta mesma exigência se aplicava às sociedades ocasionais. Sendo o sócio ostensivo comerciante, exigia-se ainda que o lucro comum fosse obtido "em uma ou mais operações de comércio determinadas".<sup>68</sup>

#### a.2) Advento do Código Civil de 1916

Com o advento do Código Civil de 1916 que reconheceu personalidade jurídica para todas as sociedades (e aqui inclusive as sociedades em conta de participação),<sup>69</sup> também as sociedades de pessoas passaram a serem consideradas pessoas jurídicas, orientação que perdura no atual Código, ressalva feita à sociedade em conta de participação (agora) e em comum.

Na raiz desta opção estaria a tese da realidade da pessoa jurídica (teoria orgânica), como parece decorrer das palavras de

67. "Art. 317. Diz-se sociedade de capital e indústria aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e por outra parte com a sua indústria somente."

68. "Art. 325. Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (art. 122)."

69. "Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I - As sociedades civis, religiosas, piás, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. II - As sociedades mercantis."

Clóvis Beviláqua<sup>70</sup> segundo a qual "A pessoa jurídica, como sujeito de direito, do mesmo modo que do ponto de vista sociológico, é uma realidade, é uma realidade social, uma formação orgânica investida de direitos pela ordem jurídica, afim de realizar certos fins humanos (...)".

Neste ponto vale a pena ponderar ser difícil visualizar uma estrutura orgânica nas sociedades de pessoas, conforme o modelo de Gierke. Se esta é adequada perante as sociedades anônimas, tendo em vista a sua estrutura corporativa, o mesmo não se coloca perante estas sociedades meramente contratuais. Melhor seria aqui conformá-las com a teoria da ficção, tal como proposto por Savigny, aceitando sejam pessoas jurídicas por que a lei assim o determinou. Mas não por sua estrutura.

Vale aqui, mais uma vez, a lição de Walter Moraes, citado acima, quando faz a distinção entre personalidade jurídica em sentido próprio e impróprio.<sup>71</sup>

Paralelamente jogou por terra a correlação entre objeto social e forma societária ao estabelecer: "Art. 1.364. Quando as sociedades civis revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, entre as quais se inclui a das sociedades anônimas, obedecerão aos respectivos preceitos, no em que não contrariem os deste Código; mas serão inscritas no registro civil, e será civil o seu foro (...)".

Com isto as sociedades comerciais medievais foram sumariamente "civilizadas", dando-se ênfase ao Código Civil em detrimento do vestuto Código Comercial.

### b) As sociedades de pessoas no atual Código Civil

O novo Código Civil não corrigiu estas mazelas, mantendo estas sociedades

70. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1921, p. 201, em comentários ao art. 13.

71. V. retro nota 6.

personalizadas (ressalva feita à sociedade em conta de participação e à comum), em que pese constituírem mera relação obrigacional para realização de uma finalidade comum.

Vale a afirmação maximizada para a sociedade simples, posto que esta em nenhum dos dois modelos legais em que tem origem é dotada de personalidade jurídica.

Com isto, as sociedades de pessoas são condenadas ao esquecimento no direito brasileiro, visto que somam desvantagens fiscais à responsabilidade solidária. Como não se exige capital mínimo para as limitadas e anônimas, a par de possibilidade da criação da ME na forma de limitadas, a utilidade da sociedade em nome coletivo e da comandita simples no direito nacional é nenhuma.

E nem se coloca em questão a possibilidade da criação das chamadas sociedades mistas ou "duplas" (*Doppeltgesellschaften*), acima mencionadas, pois a parte de nenhuma vantagem fiscal o atual Código Civil proibiu expressamente a participação das sociedades de capitais em sociedades de pessoas, tanto na qualidade de associado na sociedade em nome coletivo; como na posição de comanditado na sociedade em comandita simples (arts. 1.039 e 1.045, CC/2002).

Tampouco se pode imaginar a possibilidade de "grupos de sociedades de pessoas" o que, diga-se, é uma realidade no direito alemão e objeto de pesquisas recentes.<sup>72</sup>

Quando muito estas poderiam ocupar o papel de sociedade controladora ou de comando num grupo de sociedades qualquer, o que, tendo em vista a solidariedade própria destas sociedades seria de nenhum sentido.

Em paralelo não reservou estas sociedades para a prática da empresa (comércio), posto sancione a possibilidade de

72. Cf. Brigitte Haar, *Die Personengesellschaft im Konzern*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.

existirem na forma da sociedade simples, quando limita a submissão da sociedade em nome coletivo ao regime falimentar "... se empresárias..." (art. 1.044, CC). Como as normas das sociedades em nome coletivo aplicam-se às em comandita simples, também estas ficam despidas da sua "empresarialidade". Confirma-se, destarte, o desrespeito à origem mercantil destas sociedades, tarefa, aliás, já iniciado pelo CCB de 1916 na malfadada norma do art. 1.364 já referida. Melhor seria se acatasse a orientação do Código Comercial dos franceses ou o dos espanhóis, considerando estas sociedades de origem medieval "*comerciais pela forma*". Mal não faz lembrar que, embora submetidas, subsidiariamente, às regras estabelecidas para as sociedades civis no Código de Napoleão, já na origem se assinalava a diferença entre as sociedades civis e comerciais.

Assim, enquanto nas últimas a solidariedade pelos débitos sociais era de rigor, nas primeiras esta solidariedade era afastada.<sup>73</sup>

Outra é a situação da sociedade em conta de participação. Esta permanece atual e atraente, inclusive no nosso direito, quando se vislumbram as inúmeras possibilidades da sua aplicação. Mal, todavia, andou o novo Código quando lhe regulou a falência.

E mal andou, pois se antes da reforma ainda se poderia sonhar, perante a falência do sócio ostensivo, com o recurso ao pedido de restituição, então previsto no art. 76 do Decreto-lei 7.661/1945, então em vigor e agora acolhido na norma do art. 85 da atual Lei 11.101/2005, com a solução do atual CC, tal possibilidade deixa de existir. Ao dispor da norma do art. 994, 2º, CC,

73. Cf. "Art. 1.873. Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce". "Art. 1.862. Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir".

para o sócio participante nada mais restará do que se habilitar como credor quirografário.

A par disto, aparentemente, teria eliminado a nossa herança portuguesa da sociedade de capital e indústria,<sup>74</sup> o que é negado pelo disposto nas normas dos seus arts. 997, V, 1.006 e 1.007 que sancionam a possibilidade da prestação em serviços. Deixa em aberto, todavia, qual a forma societária para uma sociedade composta desta forma. Tem-se em vista que se esta modalidade de cooperação for a utilizada para o exercício de empresa, a necessidade da escolha da forma societária empresarial será de rigor. A sociedade limitada, expressamente está fora de questão tendo em vista a vedação expressa da norma do art. 1.055, § 2º, do CC/2002.

Quanto à comandita simples, estaria impedido ao sócio de indústria a participação como comanditário, visto que para este a contribuição em bens ou em dinheiro como "*Kapitalanleger*" (prestador de capi-

tal), seria de rigor. A afirmação esteia-se não só nas origens históricas desta sociedade, como no atual art. 1.045, CC/2002, quando menciona sua obrigação limitada ao valor da sua quota.

Resta-lhe a forma de sociedade em nome coletivo, como, aliás, expressamente permitido nos CCI (arts. 2.295, 2.263 e 2.286) e no Código das Sociedades Comerciais Portuguesas (art. 176(1), (a), (b) e 178(1), (2) e (3)).

Vale, por final, a crítica à redação imperfeita da norma do art. 990, CC, quando após afirmar a responsabilidade *solidária e ilimitada* de todos os sócios, estabelece uma graduação nesta solidariedade de molde a afastar a *subsidiariedade*, que não declarou inicialmente, perante aquele que contrata pela sociedade. Mais claro seria afirmar, pela ordem, a responsabilidade *subsidiária, solidária de todos os sócios*, para ao depois excepcionar desta "*subsidiariedade*" aquele que contrata pela sociedade.

74. A sociedade de capital e indústria herança do Código de Comércio português de 1833, embora banida quando da promulgação do Código de Comércio de 1888, ingressou no nos-

so direito (Código Comercial de 1850) nas normas dos arts. 317-324. Note-se que o Código de Comércio de 1807 dos franceses, a ela não fez menção.