

TRATADO
DE
DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

POR

JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA
ADVOGADO

5.^a EDIÇÃO POSTA EM DIA

POR

ROBERTO CARVALHO DE MENDONÇA



VOLUME III

LIVRO II

Dos comerciantes e seus auxiliares

PARTE III

Das sociedades comerciais

ADVOCACIA
GRAÇA WAGNER S/C



Livraria Freitas Bastos s/a.

RIO DE JANEIRO
Largo da Carioca

SÃO PAULO
R. 15 de Novembro, 62/66

1958

530. Daí as diferenças:

a. Entre a *comunhão* e a *sociedade*. A comunhão pode ser o ponto da vontade dos contratantes, a dizer do contrato, como, por exemplo, "*si a duobus simul empta res sit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum*", Lei 31, Dig. *pro socio*, mas, assim o é excepcionalmente. Em regra, ela provém da lei, e por isso, ao contrário do que se dá na sociedade, podem achar-se na comunhão incapazes e menores, oferecendo exemplo diário a comunhão dos co-herdeiros, originada na sucessão.

Na comunhão, a propriedade da coisa é comum *pro-indiviso* entre os condôminos. Cada consorte possui uma quota ideal na coisa até que se proceda à divisão; tem a propriedade do seu quinhão; pode aliená-lo; cedê-lo a título gratuito ou oneroso. A substituição opera-se naturalmente no caso desta cessão e ainda no da morte do condômino. Trata-se de um estado precário, sendo facultado ao condômino, em qualquer ocasião, pedir a partilha sem que os outros se possam opor. O contrário se observa na sociedade, onde os sócios não são condôminos do fundo social, patrimônio, propriedade da sociedade, e, enquanto se não expira o prazo designado para a duração, nenhum sócio se pode desligar, salvo casos excepcionais, definidos em lei.

Na comunhão, cada condômino trabalha por si e para si, não para os consortes; não cogita da percepção dos lucros que a coisa comum produz, porém, dos benefícios que o seu quinhão lhe traz; não atende a outro interesse que o individual, porque os frutos da coisa pertencem a cada um deles individualmente. O fim da comunhão não é partilhar lucros, mas o gozo calmo e de repouso. Daí o corolário: o comuneiro não presta contas ao outro dos rendimentos da sua parte ou quinhão. Na sociedade há uma organização disciplinar; existe a colaboração ativa de todos os sócios no interesse comum (n. 529 *supra*); promovem-se lucros, que são de todos, partilhando-se regularmente.

Na sociedade, predominam a disciplina e a ordem, estabelecidas no contrato ou na lei, dado o silêncio das respectivas

cláusulas; falta à comunhão esta unidade diretiva. Não há deliberações tomadas em comum; cada qual resolve os seus interesses como entende. Daí a causa das lutas e dos atritos que quase sempre surgem; *communio iurgia parit* (1).

A comunhão é, porém, o *substractum* das sociedades comerciais; estas nascem sob a forma da comunhão (2) e terminam do mesmo modo (3).

Non est societas sine communione. A sociedade é a espécie *præcipua ac nobilissima*, na frase de FABRO (4).

531. b. Entre a *participação* e a *sociedade*. A participação nos lucros de uma casa comercial não basta para caracterizar a sociedade, conquanto seja um dos seus elementos constitutivos, pois a cooperação do participante não tem o caráter igualitário (5). Ela não habilita o participante a intervir na administração social, não lhe atribui o direito de criticar os atos do patrão, não o obriga pelas dívidas sociais. É simples modalidade do salário (6). Em os ns. 278 e 464 *supra*, definimos esta participação.

(1) PONT, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, vol. 1, n. 75: "La communauté et la société se distinguent par l'esprit que les anime, le but qu'elles poursuivent: y a-t-il un état actif, la poursuite d'une pensée de lucre par la mise en communauté de la chose commune, c'est la société: y a-t-il un état passif, transitoire, dont l'existence inévitable n'a d'autre raison d'être que de conduire à l'état contraire, le partage, c'est la communauté".

(2) Atenda-se ao espírito que domina o art. 287 do Cód. Com.

(3) Consultem-se os arts. 348 e 349 do Cód. Com., nos quais se fala em *divisão e partilha*, e o art. 164 do Dec. n. 434, de 4 de julho de 1891, que se refere ao *plano da partilha do ativo liquidado* (*).

(4) Sobre a Lei 14, Dig. *pro socio*.

A Rota de Gênova, em uma de suas decisões, dizia: "nulla in jure datur societas in qua, præter sociorum, consensum, non concurrant commune caput, communis opera et industria, itemque commune lucrum et damnum". (Veja-se, também, TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 1 ao art. 742).

(5) PIC, *Des sociétés commerciales*, vol. n. 76.

(6) "A participação nos lucros concedida aos prepostos ou outras pessoas que dependem de uma sociedade comercial, por si só não importa a constituição de uma sociedade de capital e indústria se as partes não têm a *affectio societatis* que se deve manifestar por escritura pública ou particular, formalidade substancial do contrato de sociedade mercantil (art. 303 do Cód. Com.); a participação em lucros, na espécie dos autos, nada mais é do que um salário aleatório, o qual pode existir só ou concorrer com um salário fixo". (Sentença do Juiz de Direito de Santos, Dr. MORETZSOHN DE CASTRO, confirmada pelos acórdãos de 17 de março de 1896 e 10 de abril de 1897, em *O Direito*, vol. 19, págs. 614-618).

Veja-se, ainda, a Sentença do Juiz do Comércio de São Paulo, de 9 de (*) Decreto-lei n. 2.627, art. 140, 5.º.