

PONTES DE MIRANDA

TRATADO  
DE  
DIREITO PRIVADO


PARTE ESPECIAL

TOMO XLIX

Contrato de sociedade. Sociedades de pessoas.

3.<sup>a</sup> EDIÇÃO

2.<sup>a</sup> Reimpressão

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS  
SÃO PAULO — 1984

CIP-Brasil. Catalogação-na-Publicação  
Câmara Brasileira do Livro, SP

M645t  
v.49  
3.ed.

Miranda, Pontes de, 1892-1979.  
Tratado de direito privado / Pontes de  
Miranda. — 3. ed. — São Paulo : Ed.  
Revista dos Tribunais, 1984.

Bibliografia.

ISBN 85-203-0272-6 obra completa  
ISBN 85-203-0321-8 volume XLIX

1. Direito civil I. Título.

35-0938

CDU-347

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito civil 347
2. Direito privado 347

tituída especialmente para executar em comum certa empresa, explorar certa indústria, ou exercer certa profissão”.

2. SOCIEDADES CIVIS E SOCIEDADES COMERCIAIS. — As sociedades de direito privado que não têm fim comercial, isto é, que se não fazem comerciantes, como acontece também com as pessoas físicas, são ditas sociedades civis. O que determina ser tida como comerciante a pessoa física tem a mesma influência no tocante às pessoas jurídicas. Observe-se, todavia, que a *comercialidade* e a *civilidade* podem anteceder à personificação. Antes mesmo de se tornar pessoa, a sociedade já é civil ou comercial. À lei cabe delimitar o círculo jurídico das sociedades comerciais. A estrutura social não é, no direito brasileiro, elemento diferencial. Se é certo que as leis comerciais cogitam, peculiarmente, das espécies estruturais das sociedades comerciais, nem por isso se obsta a que se componham, à semelhança das sociedades comerciais, sociedades não de ser classificadas como civis.

Tem-se, hoje, de atenuar a diferença, que se criou, entre as sociedades civis e as comerciais. A unificação do direito privado é inevitável. As discussões em torno da natureza da diferença estão superadas. ¿Comerciam os clubes que dão refeições e aposentos? ¿Comerciam os clubes que vendem os objetos necessários aos jogos e às diversões?

Diz o Código Civil, 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 fôro”. A atitude do legislador provém do *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, arts. 3.087-3.096, que frisou a independência das sociedades, civis e comerciais, em relação à estrutura da sociedade (coletiva, seja ou não em nome coletivo; em comandita, simples ou por ações; anônimas ou companhias; em conta de participação; de capital e indústria).

No Código Civil, não se atendeu, especialmente, a que há empresas cuja propriedade é separada da direção, com órgãos particulares, distintos das pessoas que compõem a sociedade, e a que algumas instituições há que mais se devem considerar associações do que sociedades.

A remissão do art. 1.364 do Código Civil às leis comerciais pode fazer surgir dificuldade na classificação da sociedade como civil ou como comercial, mas o critério para a solução cifra-se na indagação da existência dos requisitos para se considerar comerciante a sociedade.

Diz o Código Civil, art. 1.365: “Não revestindo nenhuma das formas do artigo antecedente, a sociedade reger-se-á pelo que neste Capítulo se prescreve”. O que se há de entender é que primeiro se tem de verificar se foi seguida a estruturação conforme as leis comerciais. Se nas leis comerciais não há regras jurídicas sobre a espécie, tem-se de atender tão-só ao Código Civil, arts. 1.363-1.409.

A ligação entre sociedades para atos de exploração, ou de distribuição, em comum ou como nova entidade, é traço marcante da economia contemporânea. Cartéis e trustes provêm dessa tendência. Nos negócios jurídicos de incorporação para construção de edifícios, diferentes gêneros de indústria e comércio por vezes se unem, com personificação por cima (suprapersonificação, sobrepersonificação), ou sem ela. Outrosim, nos negócios de aluguer de edifícios, em comum (cf. J. FLECHTHEIM, *Deutsches Kartellrecht*, I, 12).

### § 5.171. Associação e sociedade

1. PRECISÕES. — A cada momento assiste-se ao emprego das expressões “associação” e “sociedade” como se fôssem sinônimos. Muitas vezes, como se a “associação” correspondesse qualquer constituição de negócio jurídico associativo e a “sociedade” somente determinado negócio jurídico associativo (e. g., a associação teria fim altruístico, ao passo que a sociedade o teria egoístico). Chegou-se a sustentar que a associação se designaria por ter membros variáveis e haver, nas sociedades, a invariabilidade dos sócios (e. g., FRANCESCO FERRARA, *Teoria delle Persone giuridiche*, 497 s.). Também se pretendeu que na associação se tenha o gozo imediato das utilidades, ao passo que na sociedade haja o gozo através de dividendos (TULLIO ASCARELLI, *Società, Associazioni, Consorzi, cooperative e trasformazione*, *Revista del Diritto Commerciale*, 1949, II, 425), ou, na associação, a predeterminação da quota das utilidades e, na sociedade, não (DOMENICO RUBINO, *Le Associazioni*

*non riconosciute*, 15 s.). Pensou-se também em haver atividade *produtiva*, na sociedade, e *satisfativa*, na associação. Sobre o assunto, Tomo I, § 82, 1.

A expressão “associação” é empregada, às vezes, em sentido vastíssimo, como na Constituição de 1946, art. 141, § 12. Basta que haja união voluntária, com fim comum. Então, pode não haver a economicidade. Tanto se refere às vinculações pessoais como às pessoais e reais, às duradouras e às acidentais. Não se confundem, porém, com as simples *reuniões*. Nem quanto às associações nem quanto às sociedades, o elemento da personalidade é essencial: apareceu, historicamente, depois; e, em princípio, se não se faz necessária à *criação* a personalidade, continua de ser ulterior à criação.

Se a sociedade ou associação, devidamente constituída, não satisfaz requisito para se personificar, não se torna — salvo se regra jurídica especial, ou se o próprio contrato lhe deu prazo para adquirir personalidade ou dissolver-se — sociedade de fato, ou não reconhecida.

De ordinário, nas associações, o patrimônio não é comum aos sócios: a corporação independe dos sócios e subsiste às mudanças. Não há a disponibilidade dos meios econômicos. Não se diga que essa posição seja por cima dos sócios ou que reforça a pessoa jurídica, nem que seja diferente a personificação.

O que se regula, nas associações e nas sociedades, é a vontade diferente, unitária, que se criou, ou que as manifestações de vontade criaram. A personificação é plus. O que importou foi o fato de ser necessária, para determinado fim, solidariedade humana.

2. CONCEITO DE ASSOCIAÇÃO. — *Associação*, em sentido lato, é a organização estável de duas ou mais pessoas, para se conseguir fim comum. Com isso, de certo modo se extrapola o conceito, que deveria limitar-se à participação de sócio, de associado. Em vez disso, faz-se compreensivo de comunhões hereditárias e acidentais, de sindicato, de partidos políticos e de quaisquer sociedades. O que liga tôdas as espécies é o fato de estabilidade, razão por que a simples “reunião”, transitória e instável, como é, não se pode ter como associação.

Sem que se repila, de todo, o emprêgo do termo, quando não suscite confusões, o sentido próprio é aquêle que evita, por

exemplo, porem-se sob o mesmo nome o que é comunidade sem associatividade e o que é, verdadeiramente, associação. A comunidade, só por si, não associa. A sociedade, sim; de modo que o problema, quanto ao conceito de associação senso estrito, consiste em saber-se qual a diferença entre associação e sociedade.

Elemento essencial à comunidade, à associação senso estrito e à sociedade, é a pluralidade de sujeitos (comuneiros, associados, sócios). A associação supõe a presença dos associados, a existência de órgão diretor e de assembléia, a que se atribuem as principais deliberações sociais. O fim comum há de existir. Se desaparece, extingue-se a associação. Outro elemento é o patrimônio, pôsto que não se possa afastar a possível criação de associação sem patrimônio.

Na Lei n. 173, de 10 de setembro de 1893, empregou-se a expressão “associação”, no sentido de entidades que se fundassem “para fins religiosos, científicos, artísticos, políticos, ou de simples recreio”, mas a interpretação do art. 1.º não podia deixar de fora as associações “para fins morais” ou “jurídicos”. Apenas se pré-excluiu, com evidente precisão conceptual, a entidade para fins econômicos, por se tratar de processo social de adaptação. Mas, no art. 15, se tais associações não adquiriam a personalidade jurídica, haviam de reger-se “pelas regras das sociedades civis” (art. 15). De modo nenhum se estatuiria que fôssem, por isso, sociedades, mesmo se estruturadas como sociedades por ações (art. 16).

3. DISTINÇÃO. — Se na associação se atribui todo o lucro de cada negócio jurídico, feito através dela, a cada associado de que proveio a prestação (*e. g.*, associação em tipografia, de cujas edições tenham os lucros, individualmente, os autores; exposição de quadros ou esculturas, cujos preços, ou os lucros, sejam pagos aos pintores ou escultores, individualmente), tem-se discutido se há associação ou sociedade.

4. ESPÉCIES DE ASSOCIAÇÕES. — Há associações regidas pelo direito privado (ditas associações de direito privado ou associações privatísticas), associações regidas pelo direito público (ditas associações de direito público ou associações publicísticas) e associações de utilidade pública. As duas últimas espécies são inconfundíveis, pôsto que haja utilidade pública na segunda e seja reconhecido à terceira o caráter de utili-



dade pública. O ato pelo qual se reconhece o caráter de utilidade não é somente declarativo; há atribuição, em virtude do que se reconheceu, razão para que a eficácia seja *ex nunc*, e não *ex tunc*, como se fôsse apenas declarativo.

A classificação das associações, no que concerne à facultatividade (voluntariedade) e à ausência de facultatividade (avoluntariedade), distingue as associações em *facultativas*, *legais* (ditas, imprópriamente, obrigatórias) e *coercivas*. Para que exsurja a *associação facultativa*, é preciso que os associados a constituam, com portas abertas a outros associados, que posteriormente manifestam a vontade de associar-se. Para que exista *associação legal*, basta que se haja composto o suporte fático para que a lei considere criada a associação. No suporte fático, não é elemento essencial a manifestação de vontade de associar-se, para qualquer dos membros. Para que haja *associação coerciva*, tem-se de supor que de alguma regra jurídica se irradiam dever e obrigação de duas ou mais pessoas associarem-se.

Conforme o território e o plano estatal, as associações são *locais* (estaduais, distritais, territoriais, municipais), *nacionais*, *internacionais* e *supraestatais*.

No que se refere aos sujeitos, as associações são *simples* ou *complexas*. Simples, quando, para que se faça parte da associação, é preciso que se satisfaçam requisitos subjetivos (pessoais ou não). É o que acontece com as associações de empregados e os sindicatos de empregados, as associações de empregadores e os sindicatos de empregadores, os clubes e grêmios de coestaduanos.

As associações são *perpétuas* ou *temporárias* (com termo, ou condição resilitiva; ou a termo ou sob condição resilitiva, mas prorrogável).

As associações ou são de direito privado, ou de direito público (estatal), ou de direito público interestatal, ou de direito das gentes. A *teoria do fim* entende que é o fim, privado ou público, que determina ser ou de direito privado, ou de direito público, a associação. Assim pensavam VITTORIO EMANUELE ORLANDO (*Principi di Diritto amministrativo*, 146) e GUIDO ZANOBINI (*Corso di Diritto amministrativo*, I, 7.<sup>a</sup> ed., 124 s.). Nem sempre a associação privatística tem fim privado; nem

sempre a associação publicística tem fim público. A associação de direito privado pode ter fim de proteção a inválidos, do lugar ou transeuntes, a acidentados de determinado lugar, ou de esporte. A associação de direito público pode ter por fim seguros de empregados ou funcionários, ou de pessoas que se transportem em aeronaves. A *teoria da direção ou ligação* distingue a associação de direito público como a que fica sob a direção ou a ligação ao Estado, mesmo se autárquica, e a associação de direito privado como a que não está sob o poder, o controle, do Estado (FORTI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, 175). A despeito da referência à ligação, quando se abstrai das regras jurídicas de controle das associações privadas, a teoria falha. Há a *teoria do império* (e. g., GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 263). O Estado tem a função de traçar os limites do direito privado e, pois, os do direito público. O que é tido como publicístico não pode ser privatístico. Associações de fins privados, associações sem império e associações que não são controladas pelo Estado podem ser consideradas pelo sistema jurídico como associações de direito público. O problema é *de iure condito*, e não *de iure condendo*. Chamaríamos a tal teoria *teoria dos limites no sistema*. É a verdadeira. O Estado é que pode levar em consideração o fim, o império e o controle.

As associações podem ser *simples* ou *complexas* (federações, confederações), como são as associações de trabalhadores, as de empregadores e os partidos políticos.

Quanto às finalidades, são *culturais*, *esportivas*, *religiosas*, *morais*, *jurídicas*, ou *políticas*.

A associação pode ser *reconhecida* ou *não-reconhecida*. Para essa, há o interesse comum, que é relevante para o direito; apenas o Estado lhe recusa personalidade jurídica, ou porque falte algum pressuposto, ou porque não se tenha requerido o reconhecimento. Se dizemos que também são associações não-reconhecidas aquelas para as quais não se satisfaz requisito registário, ou outro requisito sem ser o de reconhecimento, para a aquisição da personalidade jurídica, estamos a dilatar o conceito de não-reconhecimento. Antes do reconhecimento, se êsse é exigido para que se faça associação a reunião, ou antes de alguma outra formalidade, que bastasse, a asso-

ciação é *associação de fato*, por faltar a inteira juridicidade, e não qualquer juridicidade. Dissemos “por faltar a inteira juridicidade”, porque, de regra, há algo que entrou no direito (*e. g.*, o contrato, que precisava ou ainda precisava de aprovação estatal). O que importa é que haja mais do que *reunião*. Por outro lado, a diferença entre associação e sociedade tem de ser atendida. Elemento comum, negativo, entre sociedades irregulares e associações irregulares é o de não terem a personalidade que poderiam ter.

Quanto à capacidade civil, os sistemas jurídicos não são coincidentes a respeito do regramento. Nega-a, de todo, o sistema francês. Dão-lhe alguma, material e processual, *e. g.*, o sistema alemão e o brasileiro (Código Civil, art. 20, §§ 1.º e 2.º). A concepção alemã influenciou no Código Civil italiano, arts. 36-38, e no Código de Processo Civil italiano, art. 754. Sobre o assunto, Tomo I, § 83.

Para que surja associação não-reconhecida, é preciso que tenha havido conclusão do contrato, porém não se afasta que se haja concluído *pactum de contrahendo cum tertio*, que vincule os interessados. Por outro lado, o contrato de associação pode ser concluído com a adesibilidade por outros interessados. Depende do que se estabeleceu para as adesões e inclusão dos interessados; *e. g.*, conforme cláusula de integração de três em três aderentes.

Se o ato constitutivo deu poderes de apresentação ou de representação aos que dirigem a associação, esses poderes podem ser exercidos, como quaisquer outros, tanto mais quanto os terceiros não têm de conhecer o que internamente possa destoar da outorga. Quem opera em nome e por conta da associação é responsável, seja como órgão ou não no seja (DOMENICO RUBINO, *Le Associazioni non riconosciute*, 2.ª ed., 257).

Os membros da associação, que alegam ofensa a direito de sócio, podem oferecer ou aceitar compromisso, ou podem suscitar o juízo arbitral, se foi previsto em lei, no ato constitutivo ou nos estatutos (cf. ALEXANDER LEIST, *Die Strafgewalt moderner Verein*, 175 e 102).

A autonomia das associações para a concepção e a feitura dos seus estatutos não é ilimitada, embora se atribua a OTTO VON GIERKE (*Die Genossenschaftstheorie*, 186). Só existe, em

extensão, a deliberabilidade pelos órgãos da associação se a lei (assim, ALEXANDER LEIST, *Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht*, 1 e 172), ou o ato constitutivo, ou os estatutos não a limitaram. O limite pode advir de regra jurídica positiva (= impositiva) ou negativa (= proibitiva), pois o que importa é que seja *ius cogens*.

A ação para que se reconheça a qualidade de associado é a *ação declaratória*. Todavia, se houve exclusão, ou se se atribui ter havido retirada espontânea do membro, tem-se de propor a *ação constitutiva negativa*, para que, desconstituído o ato do órgão ou o ato do preposto, se declare ao autor a qualidade de associado.

Quando se quer sair de associação não-personificada, tem-se de observar o contrato, ou a regra jurídica do art. 1.374 do Código Civil. No tocante à dissolução da associação, de ordinário a assembléia geral é que decide, e não se permite que tal poder tenha algum órgão (cf. art. 1.399, VI; diferente o direito anterior; cf. MAX GASSER, *Austritt und Ausschliessung aus Vereinen*, 31).

5. SINDICATOS. — Enquanto o sindicato de empregados é associação de pessoas físicas, o sindicato de empregadores pode vincular pessoas físicas e pessoas jurídicas. Se o empregador é pessoa física, fácil é compreender-se que possa associar-se para a sindicalização, ou entrar no sindicato, votar e ser votado. Se pessoa jurídica, a função de *apresentação* depende da organização da pessoa jurídica. De ordinário, se a pessoa jurídica é sociedade pessoal, a apresentação é coligada à administração; mas, segundo o art. 17 do Código Civil, os estatutos podem atribuir *poder de apresentação* ou *de representação* a qualquer sócio e, na falta, o poder de apresentação incumbe à diretoria. Na própria sociedade em comandita simples, o comanditário está sujeito ao art. 314 do Código Comercial. Na sociedade em nome coletivo, o sócio pode ter discriminada função, mas presume-se que qualquer sócio pode usar a firma (Código Comercial, art. 316, 2.ª alínea). Na sociedade de capital e indústria, o contrato social tem de especificar as funções dos sócios de indústria (Código Comercial, art. 319, 1.ª alínea). Na sociedade em conta de participação simples, o sócio ostensivo é que apresenta a sociedade (Código Comercial,