

Doutrina & Atualidades

A SOCIEDADE EM COMUM¹⁻² (Uma malcompreendida inovação do Código Civil de 2002)

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

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

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

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

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

1. Artigo originalmente escrito para compor um livro em homenagem ao ilustre professor João Baptista Villela.

2. O Autor escreveu uma monografia a respeito do tema deste artigo, editada sob o título *A Sociedade em Comum*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

3. CComercial: “Art. 304. São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (art. 122), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade” (grifamos).

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

Vários autores, todavia, distinguem uma da outra: a *sociedade de fato* seria aquela contratada verbalmente; a *irregular*, aquela contratada por escrito mas cujo contrato não tivesse sido registrado.⁴

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

Entendia-se, de qualquer modo, que a sociedade civil não registrada não era ir-

4. Assim, por exemplo, Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, São Paulo, Ed. RT, 1984, § 5.176, p. 59). Calixto Salomão Filho, escrevendo sob a égide do Direito anterior, demonstrou cumpridamente a necessidade dessa distinção, ao menos para as sociedades regidas pelo Código Comercial (*A Sociedade Unipessoal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 93-95).

regular.⁵ Segundo Pontes de Miranda: “No direito civil, sociedades que não se registaram existem, sem irregularidade; apenas não se personificaram. O sistema jurídico comercial é que exige o registo para que ‘regularmente’ funcionem, porque uma das finalidades da política jurídica comercial é ser registado tudo que se passa a respeito de contratos sociais”.⁶

1.1 Prova da existência da sociedade

1.1.1 Nas relações internas

No tocante à prova da sociedade, o art. 300, primeira parte, do CComercial enunciou: “O contrato de qualquer sociedade comercial só pode provar-se por escritura pública ou particular; salvo nos casos dos arts. 304 e 325”.⁷ A seguir, dispunha o art. 301, terceira parte: “Enquanto o instrumento do contrato não for registrado, não terá validade entre os sócios nem contra terceiros, mas dará ação a estes contra todos os sócios solidariamente (art. 304)”. Complementava o art. 303: “Nenhuma ação entre os sócios ou destes contra terceiros, que fundar a sua intenção na existência da sociedade, será admitida em juízo se não for logo acompanhada do instrumento probatório da existência da mesma sociedade”.

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

Na nota 6 ao art. 747 da *Consolidação das Leis Civis*, porém, Teixeira de Freitas

5. Nesse sentido: Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, vol. I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1919, nota 6 ao art. 20, p. 220; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 65; Walter Moraes, *A Sociedade Civil Estrita*, São Paulo, Ed. RT, 1987, n. 119, p. 196.

6. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 65.

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

deu a seguinte interpretação ao artigo supra-citado: “Aproveitarei a ocasião para firmar a verdadeira intelligencia do Cod. do Com. Art. 303, de que os nossos juizes e tribunaes têm feito resultar consequencias iniquas. As acções, que esse Art. 303 do Cod. veda aos sócios entre si, e contra terceiros, se não forem acompanhadas do instrumento probatório da sociedade, não são todas as acções indistinctamente, mas só aquellas que não tiverem outra causa possível senão a existência de uma sociedade. É o que bem se conhece pelas palavras do citado Artigo – ‘que fundar sua intenção na existencia da sociedade’. E, na verdade, se estas palavras distinguem certas acções dos socios entre si, ou dos socios contra terceiros, como é possível entender que os socios estão privados de demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos em commum, e de demandar a terceiros para pagamento de dividas? Quando não exista sociedade legalmente constituída, ou contractada em fôrma legal, existio todavia uma *sociedade de facto* – *uma communhão de bens ou interesses*; e ahí temos uma causa juridica das acções, embora não tenhamos a existencia legal de uma sociedade. Por outra, o Art. 303 do Cod. do Com. prohiibe que sem o instrumento social registrado se venha demandar em juizo effeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realise a promettida entrada social; porém não veda que se demande em juizo por effeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorisava-se a usurpação dos bens alheios. Esta é a doutrina de todos os escriptores francezes sobre o contracto de sociedade, doutrina tendo por si a boa razão, e mesmo o simples bom-senso”.⁸

8. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, 1ª vol., nova ed. refundida, atualizada até 1910, Rio de Janeiro/Paris, Garnier, s/d, pp. 464-465. No mesmo sentido, e ainda fazendo revisão crítica da jurisprudência sobre o art. 303 do CComercial, cf., do mesmo autor, *Additamentos ao Código de Commercio*, Rio de Janeiro, Typ. Perseverança, 1878-1879, pp. 677-680.

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

A jurisprudência também não destoava.¹⁰

9. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1933, n. 667, pp. 134-136. No mesmo sentido se manifestaram, entre vários outros: Waldemar Ferreira, *Sociedades Commerciaes Irregulares*, São Paulo, São Paulo Editora Ltda., 1927, n. 32, pp. 48-49, e *Tratado de Direito Commercial*, 3ª vol., São Paulo, Saraiva, 1961, n. 415, pp. 186-188; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 2, pp. 62-63; João Eunápio Borges, *Curso de Direito Commercial Terrestre*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, n. 263; Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, cit., p. 93, nota 59; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 10ª ed., vol. XIX, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1981, nota 3 ao art. 1.366, pp. 16-17; e Walter Moraes, *A Sociedade Civil Estrita*, cit., n. 106, p. 178.

10. “Ação entre sócios – Necessidade, em regra, da juntada do contrato social – Dispensa, em se tratando de sociedade irregular e de ação entre sócios para se demandarem pela partilha de lucros havidos em comum e pela prestação de contas. Haveria um locupletamento injusto se fosse impedido o regulamento dos lucros e das perdas, isto é, se fossem negados os efeitos da sociedade irregular a respeito do passado” (STF, 1ª Turma, RE 10.932, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 24.4.1960).

“Ementa: Commercial e civil – Ação de reconhecimento de sociedade de fato – Pedido de dissolução – Contrato escrito inexistente. I – A falta de documento escrito comprobatório da existência de sociedade cons-

O Código Civil de 1916, por sua vez, continha disposições semelhantes às do Código Commercial. No § 2º do art. 20 assim determinava: “As sociedades enumeradas no art. 16¹¹ que, por falta de autorização ou de

títui irregularidade, contudo não desnatura a capacidade processual de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio, em poder dos demais. Tal restituição se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa destes. II – Incidência do dispositivo da Súmula n. 07 do STJ. III – Recurso não conhecido” (STJ, 3ª Turma, REsp 43070-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 9.5.1994).

Cf. também STJ, 4ª Turma, REsp 203.929-PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20.3.2001. Ainda, do TJRS: “Sociedade irregular – Exclusão imotivada de um dos seus integrantes – Indenização por serviços prestados. Não tendo a sociedade adquirido personalidade jurídica, pois não registrada na forma da lei, é inadmissível a um dos sócios, dela excluído abrupta e imotivadamente, reclamar prestação exclusivamente decorrente de cláusula contratual. Pode entretanto cobrar dos demais integrantes da sociedade irregular indenização pelos serviços profissionais prestados como topógrafo, na execução de encargos cometidos por cláusula do contrato a benefício do objetivo social de realizar um loteamento balneário. Na lição de Teixeira de Freitas, não é toda ação entre os sócios que pressupõe a existência de sociedade personalizada, mas somente a ação que ‘não tiver outra causa possível senão a existência da sociedade’ – Demanda procedente em parte (1ª Câmara Cível, ACi 37.859, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 22.9.1981).

No que diz respeito às sociedades de fato civis: “Ementa: Prestação de contas – Legitimidade – Prova – Sociedade de fato. A ação de prestação de contas deve dirigir-se contra o sócio-gerente ou com poderes de administração, e não contra a sociedade. Tratando-se de sociedade de fato, a prova de sua existência não está limitada àquelas de natureza documental. O art. 1.366 do CC impõe a prova documental somente quando a causa de pedir se fundar no próprio contrato social” (STJ, 3ª Turma, REsp 178.423-GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.6.2000).

A propósito dos efeitos futuros do contrato de sociedade de fato: “Commercial – Sociedade de fato – Reconhecimento – Farta produção de provas – Afastamento do pedido – Súmula n. 07 – Integralização do capital social – Inaplicável o Decreto n. 3.708/1919.

“Em recurso especial não se reexamina prova.

“Em sociedade de fato, em que não existe estatuto, não há como falar em integralização do capital social” (STJ, 3ª Turma, REsp 252.861-SP, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1.9.2005).

11. O art. 16 do CC de 1916 tinha o seguinte teor:

“Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as sociedades civis, religiosas, pias, morais, cientí-

registro, se não reputarem pessoas jurídicas, não poderão acionar a seus membros, nem a terceiros; mas estes poderão responsabilizá-las por todos os seus atos”. E no art. 1.366 assim dispunha: “Nas questões entre os sócios, a sociedade só se provará por escrito; mas os estranhos poderão prová-la de qualquer modo”.

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

Por consequência, “tendo a sociedade sido formada por contrato escrito, embora sem haver o registro” – afirmou J. M. Carvalho Santos –, “o contrato prevalece para todos os efeitos jurídicos, menos quando diz respeito à aquisição de uma personalidade distinta da dos sócios. Vale dizer: os sócios, com fundamento nesse contrato, poderão acionar uns aos outros, com relação a tudo quanto diga respeito à sociedade, existindo, ainda neste caso, uma comunhão de bens, mas já regida pelas determinações do contrato e pelas disposições do Código Civil, quando regulamentou o contrato de sociedade nos

ficar ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. II – As sociedades mercantis. III – Os partidos políticos.

“§ 1º. As sociedades mencionadas no n. I só se poderão constituir por escrito, lançado no registro geral (art. 20, § 2º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial.

“§ 2º. As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais.

“§ 3º. Os partidos políticos reger-se-ão pelo disposto, no que lhes for aplicável, nos arts. 17 a 22 deste Código e em lei específica.”

12. *Rectius*: “eficácia” (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66).

arts. 1.363 e ss. (cf. Gomes de Oliveira, ob. cit., n. 60)”¹³.

Mais ainda: como observou, com precisão, Pontes de Miranda: “A prova por escrito, a que o art. 1.366 se refere, não é sempre a prova do contrato. Pode dar-se que haja escrito ou escritos que não sejam o do contrato, mas que sejam suficientes para que se repute existente a sociedade”¹⁴.

1.1.2 Nas relações externas

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

No art. 304, todavia, ressaltou: “São, porém, admissíveis, sem dependência da apresentação do dito instrumento, as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos em comércio (art. 122¹⁵), e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade”. E no art. 305 exemplificou: “Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 – Negociação promíscua e comum. 2 – Aquisição, alheação,

13. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, cit., 10ª ed., vol. XIX, nota 3 ao art. 1.366, p. 25.

14. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.179, n. 3, p. 80. À mesma conclusão chegou Walter Moraes (*A Sociedade Civil Estrita*, cit., n. 105, pp. 177-178).

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

permutação, ou pagamento comum. 3 – Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública. 4 – Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 – A dissolução da associação como sociedade. 6 – O emprego do pronome ‘nós’ ou ‘nosso’ nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7 – O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 – O uso de marca comum nas fazendas ou volumes; 9 – O uso de nome com a adição ‘– e companhia’. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (art. 316)”.

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

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

1.2 Regime jurídico

1.2.1 A disciplina societária

Tendo em vista a remissão feita na parte final do art. 305 à sociedade em nome cole-

16. “Esta prova, acham-se de acordo os escriptores, deve ser a mais completa possível. Os antigos autores diziam que a prova das sociedades tacitas devia resultar *ex rigidioribus argumentis*, e ser, sob todas as relações, *concludentissima*” (*Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 2ª ed., n. 669, p. 138, nota 1, e n. 670, p. 139). Nesse mesmo sentido: Noé Azevedo, *Das Sociedades Irregulares e sua Prova*, Memorial do Aggravo n. 16.429 da Capital, São Paulo, Empreza Graphica da Revista dos Tribunaes, 1930, *passim*. E, ainda: Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Commercial*, cit., 3º vol., n. 414, p. 182.

tivo, pode-se dizer que nas relações entre os sócios de uma sociedade comercial de fato ou irregular aplicavam-se as regras daquela.¹⁷ Sua falência, dissolução judicial e liquidação deveriam se fazer, segundo Carvalho de Mendonça, na mesma forma das sociedades regulares.¹⁸ Relativamente à dissolução e à liquidação, o Código de Processo Civil de 1939 editou regra especial, determinando, no art. 673: “Não havendo contrato ou instrumento de constituição de sociedade, que regule os direitos e obrigações dos sócios, a dissolução judicial será requerida pela forma do processo ordinário e a liquidação far-se-á pelo modo estabelecido para a liquidação das sentenças”.¹⁹ Tal norma foi mantida em vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, por força do disposto no art. 1.218, VII. No tocante à falência, a mais autorizada doutrina, após a promulgação do Decreto-lei 7.661/1945, entendia ser a sociedade de fato ou irregular legitimada passiva para tanto.²⁰

Quanto às sociedades de fato civis, na medida em que, como se viu, eram consideradas sociedades regulares, aplicava-se aos sócios a disciplina prevista nos arts. 1.375 a 1.394 do CC, com as restrições do art. 1.366 se não houvesse prova escrita. Sua dissolução judicial, se houvesse tal prova, far-se-ia nos termos dos arts. 655 a 672 do CPC de 1939;

17. Nesse sentido: Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 2ª ed., n. 667, p. 137.

18. *Idem*, pp. 136-137.

19. Consoante Waldemar Ferreira, a jurisprudência equiparava a dissolução da sociedade de contrato não registrado à da sociedade sem contrato escrito (cf. *Tratado de Direito Commercial*, cit., 3ª vol., n. 424, pp. 207-208; v. ainda, sobre a dissolução e a liquidação destas últimas, ns. 494 e 495, pp. 327-332).

20. Cf.: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., vol. 28, São Paulo, Ed. RT, 1984, § 3.288, n. 2, p. 14; Carvalho Neto, *Tratado das Defesas Falimentares*, vol. II, São Paulo, Ática, 1967, p. 310 – invocando as opiniões concordes de Waldemar Ferreira, Miranda Valverde, Aristeu Pereira e Bernardo Timm, Sampaio de Lacerda, Gastão A. Macedo de Miranda, José da Silva Pacheco, Elias Bedran e Augusto Afonso Neto.

não havendo, aplicava-se o disposto no art. 673.²¹ A decretação de sua insolvência passou a ser regulada pelo Código de Processo Civil vigente (cf. art. 786).

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

Era controversa a questão da personalidade jurídica das sociedades de fato e irregulares. Pela afirmativa: Carvalho de Mendonça (que atribuía personalidade jurídica à sociedade irregular em função de sua autonomia patrimonial²²); Spencer Vampré;²³ Octávio Mendes;²⁴ Trajano de Miranda Valverde;²⁵ Guilherme Haddad;²⁶ João Eunápio Borges;²⁷ J. Lamartine Corrêa de Oliveira;²⁸ Calixto Salomão Filho.²⁹ Pela negativa: João Mendes Jr.;³⁰ Waldemar Ferreira;³¹ Carvalho

Santos;³² Pontes de Miranda;³³ Fábio Konder Comparato;³⁴ Rubens Requião;³⁵ Fran Martins;³⁶ Waldírio Bulgarelli.³⁷

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

Era o caso de Carvalho de Mendonça: “As sociedades irregulares dispõem de patrimônio próprio; os credores particulares de cada sócio nada têm que ver com este patrimônio especial, nem podem illidir ou prejudicar os direitos dos credores sociais, aos quais o Código deu acção contra *essas sociedades*, facultando-lhes todos os meios, inclusive presunções, para a prova da sua existência (art. 305 do CCommercial); elas empregam a firma ou razão commercial; demandam e são demandadas”.³⁸ Por isso, criticava ele os que viam nas sociedades irregulares uma comunhão: “Preclaros juriconsultos, como os exímios Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho, encontram nas sociedades irregulares a *comunhão de bens* ou de *interesses*. A corrente da jurisprudência tem sido essa. Por muito que nos mereçam tão respeitáveis opiniões, parecem-nos insustentáveis. As *sociedades irregulares* com apoio no Código Commercial, que regula os seus efeitos, tem disciplina diferente da que rege a *comunhão de bens* ou de *interesses*. Na comunhão, os consortes são coproprietários

21. Cf. Walter Moraes, *A Sociedade Civil Estrita*, cit., n. 231, pp. 349-350. Cf., outrossim: Mauro Rodrigues Penteado, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, n. 36, pp. 110-111.

22. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 1ª ed., São Paulo, Duprat & Cia., 1914, ns. 610-612, pp. 88-92; 3ª ed., ns. 610-612, pp. 88-92.

23. Spencer Vampré, *Tratado Elementar de Direito Commercial*, vol. 1, Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia. Editores, 1921, pp. 386-387.

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

25. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. 1, Rio de Janeiro, Borsó, 1948, ns. 72-73, pp. 110-111.

26. Guilherme Haddad, *Sociedades Comerciais Irregulares ou de Fato*, Rio de Janeiro, Borsó, 1962, pp. 27-28.

27. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Commercial Terrestre*, cit., 5ª ed., n. 264, pp. 282-285.

28. J. Lamartine Corrêa de Oliveira, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 229-230 e 241.

29. Para as sociedades irregulares (mercantis), cf. Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, cit., pp. 95-97.

30. João Mendes Jr., in *RF* 14/447.

31. Waldemar Ferreira, *Sociedades Comerciais Irregulares*, cit., n. 53, p. 66, e *Tratado de Direito Commercial*, cit., 3ª vol., n. 418, pp. 196-197.

32. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, cit., 10ª ed., vol. XIX, p. 17.

33. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66.

34. Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, n. 37, p. 117.

35. Rubens Requião, *Curso de Direito Commercial*, 14ª ed., 1ª vol., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 274.

36. Fran Martins, *Curso de Direito Commercial*, 23ª ed., revista e atualizada por Jorge Lobo, Rio de Janeiro, Forense, 1999, n. 190, p. 176.

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

38. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 2ª ed., n. 611, p. 90.

e podem dispor livremente dos seus quinhões. As sociedades irregulares têm, ao contrário, patrimônio próprio; os sócios não são coproprietários do fundo social. Nellas existe a cooperação dos sócios, seu pronunciado característico (n. 529, *supra*)”.³⁹

Waldemar Ferreira (que sustentava, inclusive, a invalidade do contrato de sociedade irregular⁴⁰) entendia exatamente o contrário: “A sociedade, contratada por escrito, perde o atributo societário. Deixa de ser sociedade. Contrain-se em mera comunhão de bens e interesses, colocando-se, como tal, no regime do direito comum, ou seja, o civil”.⁴¹ Por falta de personalidade jurídica – dizia ele –, as sociedades irregulares não tinham patrimônio próprio.⁴²

Pontes de Miranda, embora afirmasse a inexistência de personalidade jurídica das sociedades irregulares, dirimiu a questão e antecipou a solução que o Código Civil de 2002 lhe deu: “As sociedades irregulares existem, porém não têm personalidade (sem razão J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito*

Comercial, III, 89, que confundiu patrimônio separado com personalidade). Os credores particulares de cada sócio não podem ir contra esse patrimônio separado, especial, com prejuízo para os credores da sociedade. Os credores da sociedade somente podem ir contra o patrimônio de cada sócio depois da execução do patrimônio separado”.⁴³

Como quer que seja, o CPC de 1973, no art. 12, VII, assim dispôs: “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...); VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens”. Conforme o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco: “(...) a lei do processo vai além e confere mera *personalidade processual* a alguns outros entes que, sem serem pessoas físicas ou jurídicas em sentido integral, são admitidos no processo como partes. Trata-se da *massa falida*, do *espólio*, do *condomínio imobiliário*, da *herança jacente* e da *herança vacante* (CPC, art. 12, III-V, VII e IX)”.⁴⁴

Quanto às sociedades civis, o art. 119 da Lei 6.015/1973 afastou qualquer dívida a respeito da sua personificação: “Art. 119. A existência legal das pessoas jurídicas só

39. *Idem*, n. 612, pp. 91-92.

40. E isso não obstante Teixeira de Freitas, mais de 80 anos antes, criticando acerbamente um julgado da Corte de 1857, ter já sustentado, com inteira propriedade: “Duas razões fôrão produzidas [no julgado], e sua levandade é patente: 1ª razão – incoherencia de reconhecêr-se em juizo como existente, e validamente constituída, uma sociedade sem contracto: levandade, já porque *contracto* não é a prova escripta d’ elle, e *pode existir contracto de sociedade sem instrumento social*; (...)” (Teixeira de Freitas, *Additamentos ao Código de Commercio*, cit., p. 676, itálicos do original, negritos nossos).

41. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Commercial*, cit., 3ª vol., n. 416, p. 193. Contestando tal conclusão, Mauro Brandão Lopes assinalava que, afora outras diferenças, como o objeto da comunhão, nesta a solidariedade dos condôminos constituía exceção, devendo decorrer necessariamente de estipulação contratual (art. 626 do CC de 1916), enquanto na sociedade comercial irregular ela decorria da própria lei (art. 301, terceira parte, do CComercial) (in “A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil”, *RDM* 15-16/38, São Paulo, Ed. RT, 1974).

42. Waldemar Ferreira, *Sociedades Commerciaes Irregulares*, cit., n. 91, pp. 123-125.

43. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66.

44. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., vol. II, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, n. 535, p. 291.

A propósito, a 7ª Câmara do extinto 2º TACivSP assim julgou: “Locação – Ação indenizatória – Contratação feita por sociedade irregular – Propositura pelos sócios – Ilegitimidade ativa reconhecida – Recurso improvido. Porque é dotada de capacidade processual (art. 12, VII, do CPC), ainda que sem personalidade jurídica, cabe à sociedade irregular a propositura de ação indenizatória relativa a contrato por ela realizado. Aos sócios, portanto, falta legitimidade *ad causam* para figurar na demanda” (Apelação com Revisão 0045316-42.2000.8.26.0000, rel. Juiz Antônio Rigolin, j. 26.2.2002). O TJMG, porém, entendeu que os sócios teriam legitimidade ativa para propositura de ação visando à cobrança de prestação de serviços contratados pela sociedade irregular, na medida em que todos eles tinham poder de representação (ACi 2.0000.00.417680-7/000(1), rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 5.2.2004).

começa com o registro de seus atos constitutivos” (grifamos).

No que diz respeito aos interesses de terceiros, nas sociedades de fato comerciais, os sócios, ainda que ocultos, respondiam solidária e ilimitadamente perante eles, nos termos dos arts. 301, terceira parte, e 305, *in fine*, do CComercial (este último dispositivo remetia à disciplina da sociedade em nome coletivo – art. 316).⁴⁵ Dessa forma, numa sociedade em comandita de fato, o sócio comanditário também respondia solidária e ilimitadamente.⁴⁶

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

Carvalho de Mendonça entendia, coerentemente, que a responsabilidade dos sócios era subsidiária, aplicáveis o supramencionado art. 350 bem como o art. 132 da Lei 2.024, de 17.12.1908.⁴⁷ Pontes de Miranda também julgava subsidiária a responsabilidade dos sócios, aplicável o art. 350.⁴⁸ Waldemar Ferreira tinha outra opinião. Sustentava que, não tendo as sociedades irregulares personalidade jurídica e nem patrimônio próprio, não podiam seus sócios invocar o benefício de ordem.⁴⁹

45. Cf.: Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 2ª ed., n. 667, p. 133; Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Commercial*, cit., 3ª vol., n. 416, p. 193; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66-67.

46. Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 2ª ed., n. 667, p. 133.

47. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 1ª ed., n. 611, pp. 90-91.

48. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, pp. 66-67.

49. Waldemar Ferreira, *Sociedades Commerciaes Irregulares*, cit., n. 91, pp. 123-125. No mesmo sentido era a lição de Mauro Brandão Lopes (“A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil”, cit., RDM 15-16/38).

A parca jurisprudência sobre a questão era cambiante.⁵⁰

No que tange às sociedades de fato civis, Clóvis Beviláqua sustentava que “a communhão responde pelas dívidas sociaes, cabendo a cada sócio uma parte nas dívidas, proporcional à sua entrada (arts. 1.381 e 1.396). Todavia, se a dívida fôr contrahida por quem não tiver a administração da sociedade, não respondem por ella nem os bens sociaes nem, muito menos, os particulares dos socios (arts. 1.387 e 1.395)”.⁵¹ Tal lição foi expressamente acatada por Carvalho Santos.⁵² Walter Moraes fez, todavia, a seguinte ponderação: “Não registrado o ato constitutivo, e suposta a norma legal presuntiva de que a gerência social cabe a cada sócio (...), nenhum sócio poderia opor ao credor a exceção de não ser autorizado a

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

“Constatando-se que a sociedade existente entre as partes foi de fato e que esta confunde-se com a sociedade irregular, não tem esta, portanto, existência distinta da de cada um dos seus membros, que, por sua vez, não poderão invocar o *beneficium excussionis*, solidários que são pelas operações e atos praticados” (TJMG, ACi 1.0024.01.001557-6/001(1), rel. Des. Irmair Ferreira Campos, j. 6.7.2007).

“Sociedade irregular ou de fato. Os sócios das sociedades irregulares são solidariamente responsáveis nos mesmos termos em que o são os sócios das sociedades regulares em nome coletivo e os sócios ocultos. Essa solidariedade e subsidiária, isto é, primeiro responde a sociedade, depois os sócios – Apelação não provida” (TJRS, 1ª Câmara Cível, ACi 585013451, rel. Des. Túlio Medina Martins, j. 17.9.1985).

“Sociedade irregular ou de fato. A sociedade irregular ou de fato acarreta a responsabilidade pessoal e solidária dos sócios, que não poderão invocar o *beneficium excussionis* – Documento firmado por quem se intitula ‘sócio-gerente’ – Apelo improvido e recurso adesivo desconhecido” (TARS, 1ª Câmara Cível, ACi 186085114, rel. Juiz Alceu Binato de Moraes, j. 12.5.1987).

51. Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, cit., vol. I, p. 220.

52. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. I, nota 7 ao art. 20 do CC, p. 393.

representar os demais, porque estaria opondo efeito próprio do contrato social sem publicidade. De outro lado, por este exato motivo da não oponibilidade de efeitos de um ato não registrado, não poderia o próprio sócio que negociou com estranho opor-lhe a sua irresponsabilidade num momento de execução, apontando então o representante autorizado legítimo. Noutras palavras, o credor cobra a qualquer sócio ou a todos se quiser, e se quiser àquele com quem negociou, já que não está obrigado a tomar conhecimento da sociedade mas pode conhecê-la, se quiser. Daí aquela conhecida observação de Vivante de que os credores da sociedade irregularmente constituída, põe-nos a lei *nella felice condizione giuridica* de poderem considerá-la regular ou não segundo a sua conveniência”.⁵³

1.2.3 A disciplina da atividade negocial

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

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

2. A sociedade em comum

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

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

53. Walter Moraes, *A Sociedade Civil Estrita*, cit., n. 204, pp. 312-313.

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

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

54. Segundo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, é “consensual o contrato para cuja celebração a lei não exige senão o acordo das partes (...); contrapondo-se aos consensuais alinham-se de um lado os formais ou solenes, e de outro os reais. Chama-se contrato *solene* aquele para cuja formação não basta o acordo das partes. Exige-se a observância de certas *formalidades*, em razão das quais o contrato se diz, também, *formal*”. Tais formalidades podem consistir em escritura pública ou em mero escrito particular, como, por exemplo, se dá com o contrato de fiança (art. 819 do CC) (cf. *Instituições de Direito Civil*, 11ª ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 por Régis Fichtner, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2004, n. 191, pp. 61-62).

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

55. A exigência de contrato escrito, portanto, está ligada, a nosso ver, à possibilidade da aquisição de personalidade jurídica, e não a uma formalidade essencial à própria *validade* do contrato de sociedade, como se vê a seguir. Nesse sentido: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2010, n. 73, pp. 142-143; Marlon Tomazette, *Curso de Direito Empresarial*, vol. 1, São Paulo, Atlas, 2008, n.

O art. 987, que mais de perto nos interessa, por dizer respeito às sociedades em comum, assim dispõe: “Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem *provar* a existência da sociedade, mas os terceiros podem *prová-la* de qualquer modo” (grifamos).

*É fora de dúvida, portanto, que para a validade do contrato social não se exige forma especial, mas apenas para sua eficácia, como já ressaltava Pontes de Miranda. À falta de prova por escrito, há ineficácia relativa do contrato:*⁵⁶ os sócios ficam privados de provar a existência da sociedade,⁵⁷ mas os terceiros poderão prová-la de qualquer modo.⁵⁸

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

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

3.1.3, p. 195; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, 11ª ed., vol. III, “Contratos em Espécie”, São Paulo, Atlas, 2011, n. 33.2, pp. 554-556.

56. “Diz-se que há ineficácia relativa” – ensinava Pontes de Miranda – “quando o negócio jurídico é ineficaz para uma ou para algumas pessoas, e eficaz para outra ou para outras” (*Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., vol. 5, São Paulo, Ed. RT, 1983, § 531, n. 1, p. 73). Com idêntico sentido: Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, 1ª Parte, p. 77) e Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 53-56).

57. Mais adiante será examinado o alcance de tal disposição.

58. O contrato, pois, existe e é válido. No sentido de que há ineficácia relativa do contrato de sociedade sem prova escrita, cf. Marcelo Fortes Barbosa Filho, in Cézár Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri/SP, Manole, 2007, p. 826: “Antes da consecução do registro, há apenas uma relação contratual, que produz efeitos exclusivamente entre aqueles que dela participaram (*inter partes*)”.

“O grupo das sociedades não personificadas compreende, no Anteprojeto, duas espécies: a que denomina sociedade em comum e a clássica sociedade em conta de participação. Neste tópico cuida-se da primeira. O Código de 1850, que, como os do seu tempo, não prima pela clareza em matéria de personificação das sociedades, participa da doutrina que as divide em duas classes – as regulares e as irregulares. Nas primeiras, o contrato social regularmente registrado tem eficácia plena, para os sócios ou terceiros, e constitui o suporte das ações de uns contra outros. Nas segundas, por falta do registro, o contrato ‘não terá validade entre os sócios nem contra terceiros’ e, assim, embora aos últimos se reserve o direito de provar, por qualquer meio, a existência da sociedade, esta, para os sócios, na conclusão de Waldemar Ferreira, perde o atributo societário, deixa de ser sociedade, contrai-se em mera comunhão de bens e interesses, colocando-se, como tal, no regime do direito comum.

“Ora, a sociedade, acordo de vontades apto a constituir direitos subjetivos, é negócio jurídico, a produzir efeitos imediatos, de caráter societário e independentes de que ela adquira, ou não, personalidade jurídica. A personificação, fenômeno posterior, do qual a *existência da sociedade é pressuposto*, constitui a fonte geratriz de um novo sujeito de direito, capacitado a ser titular do patrimônio especial, que, previamente composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios, se desliga da titularidade destes, para transformar-se em patrimônio autônomo, objeto de nova titularidade. Mas o dito patrimônio especial, **preexistindo à personificação da sociedade**, é, como tal, complexo das relações jurídicas que a atividade social tenha produzido, por isso mesmo, *relações societárias*, quer entre os sócios, quer destes com terceiros.

“Por estes fundamentos, o Anteprojeto considera a sociedade, na fase antecedente à personificação, não como

um produto bastardo, que, denominado sociedade de fato, a lei atual manda viver nos quadros do direito comum, mas perfilhando-a à linhagem societária, no grupo das sociedades não personificadas. Ai, levada em conta a titularidade dos sócios, ainda não desligada do patrimônio especial que lhe serve de sucedâneo, recebe o nome de sociedade em comum, regida por preceitos específicos e suprida pelas normas aplicáveis da sociedade simples, cuja estrutura mais adiante se verá.⁵⁹

Tem-se, assim, que o contrato de sociedade, no regime do Código Civil de 2002, não é um contrato cuja validade esteja subordinada a forma especial, gerando, pois, relações societárias, como quer que seja constituído.⁶⁰

A exceção se dá com as sociedades por ações, que são regidas por lei especial – a Lei 6.404/1976 –, como prevê o art. 986 do mesmo diploma legal: “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto

59. Sylvio Marcondes, *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, pp. 144-145 (negritos nossos) (o texto passou a integrar a “Exposição de Motivos” do Anteprojeto de Código Civil). Poucas vezes alguém terá escrito algo tão profundo com tanta clareza e simplicidade. Cf., outrossim, do mesmo autor, conferência proferida na Comissão Especial do Código Civil, da Câmara dos Deputados, intitulada “Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil”, in *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, n. 10, p. 16.

No mesmo sentido da explanação de Sylvio Marcondes, cf.: Mauro Brandão Lopes, “A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil”, cit., *RDM* 15-16/37 e ss.; Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 72, p. 142, e *Lições de Direito Societário*, 2ª ed., vol. I, São Paulo, Juarez Freitas, 2004, n. 23, p. 50.

60. Bem a propósito, é importante, ainda, chamar a atenção para a significativa topologia do contrato de sociedade no Código Civil atual, que só vem a reforçar as considerações de Sylvio Marcondes: ao invés de se achar no livro do Direito das Obrigações (Livro I), como se dava no Código anterior (Livro III do Código Civil de 1916), o contrato de sociedade encontra-se agora no livro do Direito de Empresa (Livro II) – que originalmente se denominava “Da Atividade Negocial”.

neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples⁶¹ (grifamos).

2.1 Conceituação

A sociedade em comum abrange ou não abrange o que se convencionava denominar, no Direito anterior, de sociedade de fato e/ou de sociedade irregular?

Para a grande maioria da doutrina, sim.⁶²

Marcelo Andrade Fêres, em belo trabalho sobre a sociedade em comum, modificando o ponto de vista anterior,⁶³ sustenta que não. Não nos convencemos desse entendimento,

61. Cf.: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 74, pp. 144-145; Rachel Sztajn e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*, vol. XI, São Paulo, Atlas, 2008, p. 161. A regra que exclui o regime das sociedades por ações em organização das normas sobre a sociedade em comum parece ter motivação na mesma razão pela qual naquelas sociedades inexistia responsabilidade solidária pela integralização do capital social: estivessem os subscritores sujeitos a responder subsidiariamente pela integralização, não cumpririam elas seu papel ideal de captar a poupança popular.

62. Cf.: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, 2ª ed., vol. 2, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, n. 1.7.7, pp. 85-86; Vera Helena de Mello Franco, *Manual de Direito Comercial*, 2ª ed., vol. I, São Paulo, Ed. RT, 2004, n. 9, p. 189; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 10ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2007, Capítulo 28, n. 6, p. 396; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, São Paulo, Atlas, 2003, n. 4.3.8, p. 66; Áttila de Souza Leão Andrade Jr., *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. IV, “Direito das Sociedades”, Rio de Janeiro, Forense, 2002, n. 2.2, p. 44; Fábio Tokars, *Sociedades Limitadas*, São Paulo, LTr, 2007, n. 9, p. 99; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, n. 24, p. 56; Marlon Tomazette, *Curso de Direito Empresarial*, cit., vol. 1, n. 1.1, p. 276; Ricardo Negrão, *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, 5ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2007, n. 18.2, pp. 298-299.

A esta mesma tese aderiu o Enunciado 58 da *I Jornada de Direito Civil* promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ-STJ) em 2002: “A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular”.

63. Marcelo Andrade Fêres, *Sociedade em Comum*, São Paulo, Saraiva, 2011, n. 5.1, p. 86.

com a devida vênia, pelas razões que expusemos na monografia de início citada.⁶⁴

Para nós, a sociedade em comum *claramente* abrange, ante o disposto nos arts. 986 e 987 do CC, a sociedade irregular e a sociedade de fato do Direito anterior – vale dizer: tanto aquela não registrada⁶⁵ como aquela constituída sem prova escrita.⁶⁶ A questão é, como se disse, meramente de *eficácia probatória*, e não de existência ou validade da sociedade.

Por outro lado, ambas as mencionadas sociedades, ora compreendidas pela sociedade em comum, nada apresentam de *irregular*.

O que motivava essa qualificação de irregularidade para ambas aquelas figuras era a confusão – presente por vezes também no Direito Francês – entre sociedade e personalidade jurídica.⁶⁷

O contrato de sociedade – como apontado por Sylvio Marcondes – é um *pressuposto* da personalidade jurídica; assim como o é a constituição de uma *associação*, de uma *fundação*, de uma *organização religiosa*, de um *partido político* (art. 44 do CC) e, agora, de uma *empresa individual de responsabilidade limitada* (Lei 12.441, de 11.7.2011).

O registro do contrato de sociedade ou o seu cancelamento nada têm a ver com a *regularidade* de tal contrato.

64. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *A Sociedade em Comum*, cit., pp. 111 e ss.

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

66. CC: “Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”.

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

Essa qualificação – sociedade irregular – ademais, não é uma qualificação adequada para os *negócios jurídicos*, que devem ser enquadrados nas categorias da existência (ou inexistência), da validade (ou invalidade) ou da eficácia (ou ineficácia). O que pode ser irregular é a *atividade* exercida pela sociedade sem o registro.⁶⁸

Com efeito, aqui vem a calhar a genial e sempre tão pouco lembrada distinção de Ascarelli entre o regime do ato ou negócio jurídico e o regime da atividade.⁶⁹

O contrato de sociedade é um *negócio jurídico – de caráter plurilateral*⁷⁰ ou, conforme as concepções mais modernas, associativo⁷¹ –, regendo-se precipuamente, na sua constituição,⁷² por normas de direito privado, que visam à proteção dos *próprios*

68. A esse respeito é absolutamente precisa a Lei 11.101/2005: “Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, *exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos* e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...)” (grifamos). O exercício regular da atividade do empresário ou sociedade empresária tem como pressuposto o registro (art. 967, c/c os arts. 983 e 985, do CC e 51, V, da Lei 11.101/2005).

69. “Atividade”, para o Mestre, “não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum” (Tullio Ascarelli, “O empresário”, trad. de Fábio Konder Comparato, RDM 109/183-189, São Paulo, Malheiros Editores, 1998). V., ainda: Giuseppe Auletta, verbete “Attività”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milão, Giuffrè, pp. 981-987; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, “Empresa, empresário e estabelecimento”, *Revista do Advogado* 71/15 e ss., especialmente pp. 18-19, São Paulo, AASP, agosto/2003.

70. Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 274-332.

71. Paolo Ferro-Luzzi, *I Contratti Associativi*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 2001. Os contratos associativos destinam-se não a criar direitos subjetivos, como ocorre nos contratos de permuta (*lato sensu*), mas, sim, a criar uma *organização* (que, juridicamente, significa “a coordenação da influência recíproca entre atos” – cf. Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, cit., p. 107, invocando o ensinamento de Ferro-Luzzi; cf., outrossim, de Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 45).

72. Ao menos nas sociedades contratuais.

contratantes, quer em função de eventual incapacidade para a expressão da vontade (agente absoluta ou relativamente incapaz – sanção: nulidade absoluta ou anulabilidade; cf., respectivamente, arts. 166, I, e 171, I, do CC), quer em função de ter sido a vontade viciada (art. 171, II).⁷³ Por isso, a validade do negócio jurídico requer agentes capazes, manifestação do consentimento de forma lícita bem como objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104). Uma vez preenchidos esses requisitos, o negócio jurídico societário é válido (e, nesse sentido, inteiramente regular).⁷⁴

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

Ora, no regime da atividade, o interesse protegido pelo legislador é o da *coletividade*.⁷⁵ Inexiste – como salientado por Ascarelli

73. É claro que a invalidade da manifestação de vontade de uma das partes não contamina necessariamente todo o contrato, sendo esta, aliás, uma das características do contrato plurilateral, consoante Ascarelli (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, cit., p. 304, letra “s”).

74. Nesse preciso diapasão o julgado citado por Mauro Rodrigues Penteado: “O negócio realizado entre as partes está plenamente revestido de legalidade, dentro das limitações da sociedade de fato: agentes capazes, objeto lícito (compra e venda de gado), forma prescrita ou não defesa em lei (sociedade de fato)” (*apud* acórdão da 13ª Câmara Civil do TJSP, ACi 116.014-2, *RJTJSP* 106/247) (cf. *Dissolução Dissolução e Liquidação de Sociedades*, cit., 2ª ed., n. 36, p. 109, nota 192).

75. A propósito, tivemos oportunidade de esclarecer: “O outro regime, da atividade empresarial, visa à proteção da coletividade. É por isso que o Código Civil diz ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis. Por quê? Porque o registro vai verificar se aquele cidadão está apto a exercer a atividade empresarial, se não foi condenado por crime falimentar, se não foi condenado por crime que impeça o exercício de atividade mercantil, e assim por diante” (cf. “Empresa, empresário e estabelecimento”, cit., *Revista do Advogado* 71/19). O registro público – seja o Registro Público de Empresas Mercantis, seja o Registro Civil das

– a categoria da invalidade da atividade: “A atividade poderá ser lícita ou ilícita, mas não poderá ser nula. As normas sobre nulidade ou anulabilidade dos atos não podem ser aplicadas à atividade, que será existente ou inexistente e, no primeiro caso, *regular ou irregular*, lícita ou ilícita, mas nunca nula por vícios dos atos singulares, pois o cumprimento de atos nulos ou anuláveis pode vincular-se ao exercício de uma atividade”.⁷⁶

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

Do exposto, conclui-se que a sociedade em comum se configura em três hipóteses (arts. 986 e 987 do CC): (a) quando for constituída e exercer sua atividade sem prova escrita; ou (b) com prova escrita, mas sem inscrição no registro próprio, ou antes dele; ou (c) se seu registro for cancelado, mas continuar o exercício de sua atividade. Abrange, portanto, tanto a antiga sociedade *de fato* (como tal entendida aquela formada sem prova escrita) como a antiga sociedade *irregular* (como tal entendida aquela com prova escrita mas cujo contrato não tivesse sido inscrito no registro próprio).

2.2 Prova da existência da sociedade

2.2.1 Nas relações internas

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

Pessoas Jurídicas – procede, ademais, em garantia dos terceiros, ao exame das *formalidades legais* (art. 40 da Lei 8.934/1994 e art. 156 da Lei 6.015/1973).

76. Tullio Ascarelli, “O empresário”, cit., *RDM* 109/184 (grifos nossos).

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

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

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

Segundo se viu da lição de Teixeira de Freitas, seguida por todos os doutrinadores, “o Art. 303 do Cod. do Com. proíbe que sem o instrumento social registrado se venha demandar em juízo efeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realize a promettida entrada social; porém não veda que se demande em juízo por efeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorizava-se a usurpação dos bens alheios”.⁷⁷ Ou, como

77. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Cívicas*, cit., 1ª vol., pp. 64-465, e *Additamentos ao Código*

ainda mais claramente se expressou João Eunápio Borges: “Mas não está a sociedade impedida de demandar os seus fregueses para exigir-lhes o preço das mercadorias que lhes vendeu, o pagamento dos títulos de crédito de sua responsabilidade etc. Podem os sócios demandarem-se reciprocamente para obterem a equitativa distribuição de lucros e prejuízos, a restituição de suas respectivas entradas etc. Porque em tais casos a ação não se funda na existência de sociedade, mas no contrato de compra e venda ou em elementar princípio, de Direito e de Moral, que veda o enriquecimento injusto de uns em detrimento de outrem. A sociedade deu lucros: é óbvio que cada sócio pode exigir de quem os retém a parte que lhe toca, porque tal direito independe da existência da sociedade; quem compra é obrigado a pagar o preço, qualquer que seja a situação legal do vendedor”.⁷⁸

de Commercio, cit., pp. 677-680. Esse ensinamento é expressamente invocado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto em comentário ao art. 987 do CC atual, no qual faz também a ressalva: “Importante destacar, entretanto, que não é toda e qualquer relação jurídica ou ação que fica vedada entre os sócios ou entre eles e a sociedade nas condições acima descritas, mas exclusivamente as que tiverem por fundamento a existência da sociedade” (*Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 75, p. 146). Com análogo registro: Marlon Tomazette, *Curso de Direito Empresarial*, cit., vol. 1, n. 1.5, pp. 279-280).

78. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, cit., 5ª ed., n. 263, p. 281. Nesse mesmo diapasão, Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Não poderá a sociedade, por exemplo, propor ação contra qualquer dos sócios para haver a integralização de sua quota de participação no capital social, porque o fundamento único para tanto seria a existência da sociedade. Em linha oposta, não está a sociedade impedida de demandar o sócio por nota promissória que lhe tenha passado por empréstimo que lhe tomou, nem de agir contra clientes para deles haver o preço de mercadorias ou produtos que lhes vendeu, e assim por diante” (*Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 75, p. 146). Analogamente: Marlon Tomazette, *Curso de Direito Empresarial*, cit., vol. 1, n. 1.5, pp. 279-280).

A jurisprudência tem seguido esse entendimento: “(...) Porém, mesmo não havendo registro do contrato social da sociedade na Junta Comercial, e ainda que este sequer haja sido produzido, tal não desnatura a capacidade processual de um dos sócios postular em juízo o reconhecimento da sociedade e sua dissolução

De outra parte, ao se referir a prova escrita da existência da sociedade, o art. 987 do CC atual não demanda contrato escrito, como já anotara Pontes de Miranda, seguido de outros doutrinadores, em relação ao art. 1.366 do CC de 1916: “A prova por escrito, a que o art. 1.366 se refere, não é sempre a prova do contrato. Pode dar-se que haja escrito ou escritos que não sejam o do contrato, mas que sejam suficientes para que se repute existente a sociedade”.⁷⁹

2.2.2 Nas relações externas

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

– Dicção dos arts. 987 e 990 do CC” (TJRS, 5ª Câmara Cível, ACi 70003186848, rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 27.11.2003).

79. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.179, n. 3, p. 80. Nessa linha, Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Não exige a regra do art. 987, para fins da distinção, a apresentação do *contrato social escrito* (‘instrumento probatório da existência da sociedade’), contentando-se com *prova escrita* da existência da sociedade. Isso quer dizer que, havendo documento, ou um conjunto de documentos, que revele haver sociedade entre duas ou mais pessoas, estas podem utilizá-lo, ainda que não se revista da forma de um contrato social, para provar a existência de relações jurídicas societárias entre si ou com terceiro e agir umas contra as outras ou contra o terceiro, fundadas na existência da sociedade. Isso facultaria distribuir as sociedades em comum em dois grupos, como ocorria no Direito anterior: do ponto de vista dos sócios, há sociedades em comum que (i) permitem que se prove sua existência para revelar as relações jurídicas que mantêm entre si e perante terceiros; e que (ii) não permitem essa prova, impedindo a eficácia de qualquer dessas relações jurídicas, ainda que, concretamente, possam existir. Trata-se da mesma divisão do passado, que catalogava as primeiras como sociedades irregulares e as segundas como sociedades de fato, porém com novo formato” (*Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 75, p. 145). E ainda: Arnaldo Wald, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIV, Rio de Janeiro, Forense, 2005, n. 263, p. 92; Marcelo Fortes Barbosa Filho, in Cezar Peluso (coord.), *Código Civil Comentado*, p. 827 – para quem “a exibição de recibos, de um instrumento de contrato,

regularmente registrado, nos termos do art. 1.154 do mesmo diploma legal.⁸⁰

Em compensação, os terceiros podem provar a sociedade de qualquer modo, como dispõe a parte final do aludido art. 987, inclusive por indícios que levem à presunção⁸¹ da existência daquela.⁸²

Relembre-se, contudo, a advertência de Carvalho de Mendonça: a prova da sociedade irregular deve ser a mais completa possível⁸³ e “formada com muita segurança, mórmente quando se trata de arrastar à falência alguém que se tem como socio”.⁸⁴ Advertia ele que sobre os indícios enumerados no art. 305 deveria prevalecer sempre a verdade dos fatos.⁸⁵

Vale dizer: para impelir alguém à falência deverão ser provadas, ainda que por

de correspondências enviadas e recebidas, por exemplo, pode servir a tal finalidade”.

80. CC: “Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressaltadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia”.

81. Anote-se, porém, o que dispõe o art. 230 do CC: “As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”. Mas pode-se entender que, ao permitir aos terceiros provar a sociedade em comum “de qualquer modo”, o art. 987 estaria excepcionando o art. 227, que não admite a prova testemunhal “nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”.

82. A doutrina continua a invocar como indícios meramente exemplificativos da existência de uma sociedade o disposto no revogado art. 305 do CC Comercial. Nesse sentido: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 73, p. 143; Marcelo Andrade Fêres, *Sociedade em Comum*, cit., n. 5.4, pp. 103-104; Alexandre Bueno Cateb, “A sociedade em comum”, in Frederico Viana Rodrigues (coord.), *Direito de Empresa no Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 153.

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

84. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, cit., 2ª ed., n. 670, p. 139.

85. *Idem*, n. 670, p. 139, nota 7.

qualquer meio, a contribuição com bens ou serviços para o exercício de atividade empresarial comum com outro ou outros sócios bem como a partilha de resultados (lucros e perdas) entre eles – elementos estruturais do contrato de sociedade, em face do que dispõe o art. 981 do CC.⁸⁶

2.3 Regime jurídico

A sociedade em comum foi expressamente regulada no Código Civil de 2002, que lhe emprestou disciplina própria, prescrita nos arts. 986 a 990, tendo sido saudada por um grande Mestre do direito comercial brasileiro, já por ocasião do Anteprojeto, como valiosa inovação, em face de suas congêneres previstas nos sistemas jurídicos italiano, suíço, alemão e americano, caracterizando-a como um tipo societário com características próprias.⁸⁷⁻⁸⁸

Caracteriza-se, em princípio, como uma *sociedade de pessoas*, já que se lhe aplicam, subsidiariamente, as normas da sociedade simples.⁸⁹⁻⁹⁰

86. Muito embora não cuidando de falência, correto o julgado que inferiu a existência de sociedade em comum em face da divisão de resultados (lucros) entre as partes (TJRS, 12ª Câmara Cível, ACi 70008434268, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 22.4.2004). E este outro, que requalificou, pelo mesmo motivo, um contrato que previa a compra e venda de um bem: “As obrigações assumidas na assinatura do contrato, que ora se busca cindir, vão além da formalização de compra e venda de um bem: ‘estabeleceu obrigações típicas daqueles que compõem uma sociedade em comum, quais sejam, obrigou os celebrantes a dividir as despesas e receitas que emergissem do exercício da atividade, constituindo uma sociedade irregular. (...)’ (TJSC, 2ª Câmara de Direito Civil, ACi 008.061849-2, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 10.6.2011).

87. Cf. Mauro Brandão Lopes, “A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil”, cit., *RDM* 15-16.

88. Sobre a classificação da sociedade em comum como um novo tipo societário, cf. nosso *A Sociedade em Comum*, cit., pp. 134 e ss.

89. E, conseqüentemente, as modificações do contrato social que digam respeito ao disposto no art. 997 só podem ser realizadas por unanimidade (art. 999); o sócio não pode ser substituído nas suas funções, nem

2.3.1 A disciplina societária

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

O art. 983 do CC⁹² *não nos deve levar a enganos: ali trata-se das sociedades empresárias personificadas.*

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

ceder sua quota, sem consentimento dos demais (arts. 1.002 e 1.003); o credor do sócio, *em princípio*, não poderá ingressar na sociedade (art. 1.026, c/c CPC, art. 685-A, § 4º), nem os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou (art. 1.027), e nem, por fim, os herdeiros do sócio (art. 1.028).

90. E talvez seja a única sociedade de pessoas verdadeiramente autêntica que remanesce no Direito Brasileiro...

91. Anote-se que a sociedade simples no sistema do Código Civil tanto designa as sociedades não empresárias como um tipo societário (consoante se deduz da interpretação dos arts. 982 e 983 do CC, respectivamente). Nessa senda: Marcelo Andrade Fêres, *Sociedade em Comum*, cit., n. 5.3, p. 99.

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

93. Cf.: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., p. 126, e “Sociedade para o exercício de trabalho intelectual”, in Marcelo Vieira von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 49; Osmar Brina Corrêa-Lima, *Sociedade Limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 2006; Sílvio de Salvo Venosa e Cláudia Rodrigues, *Direito Civil – Direito Empresarial*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 92.

Cf., outrossim, da lavra do autor deste artigo, o parecer “Sociedade que tem por objeto a prestação de

Dessa maneira, se a sociedade em comum tiver por objeto atividade própria de empresário sujeito a registro,⁹⁴ será considerada empresária; se não, será considerada simples.⁹⁵⁻⁹⁶

A sociedade de fato entre concubinos era considerada no regime do Código Civil de 1916 como uma sociedade civil – a mais importante delas, aliás, para um civilista que escreveu ótima obra sobre o assunto.⁹⁷ Por aí já se vê a grande impropriedade conceitual que reinava acerca de tal sociedade. Se ela exercesse – como frequentemente ocorria – atos de comércio,⁹⁸ por que razão deveria ser classificada como sociedade civil?

serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização”, publicado na *RDM* 157/241, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, e na *Revista de Direito Empresarial* 15/93, Curitiba, Juruá, 2011.

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

95. CC:

“Art. 966. (...)”

“Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

“Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, *pode*, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária” (grifamos).

96. Nesse sentido: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 73, p. 144; Marcelo Andrade Fêres, *Sociedade em Comum*, cit., n. 5.3, p. 100; Daniel Kalansky, “A sociedade em comum: um novo tipo societário?”, in Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (coord.), *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 514-515.

97. Cf. Walter Moraes, *A Sociedade Civil Estrita*, cit., n. 121, p. 198.

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

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

Não está excluído, entretanto, que os conviventes contratem sociedade em comum por escrito.¹⁰¹ Nessa matéria, porém, deve-se primar pela coerência: se se tratar de sociedade que tenha por objeto atividade empresarial, a sociedade será empresária, nos termos do art. 982 do CC – e não simples.

Em que estrutura organizativa se enquadraria a sociedade em comum?

Rememorando. O art. 986 do CC assim dispõe: “Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas

99. No sentido de que tal disposição revogou o disposto no art. 5ª da Lei 9.278/1996 e no art. 3ª da Lei 8.971/1994, cf. Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa e Luiz Guilherme A. Bondioli, *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 1.714, nota 1 ao art. 5º da primeira lei retomencionada.

100. Sobre a sociedade de fato homoafetiva no Direito anterior, vale lembrar o lúcido artigo do professor João Baptista Villela denominado “Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo?”, publicado na *Revista Jurídica Del Rey* 2, em abril/1998 (Belo Horizonte, Del Rey), comentando julgado que a admitira, no qual, com espírito, concluiu: “Sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um nada tem a ver com o outro”...

101. O Código Civil vigente só proíbe a sociedade *entre cônjuges* (ainda que com terceiros!) se casados no regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens (art. 977). Anacronicamente, aliás (v., a propósito, o incisivo comentário de Comparato a acórdão que julgou nula sociedade entre cônjuges, “Sociedade comercial – Marido e mulher – Nulidade – Embargos de terceiro – Improcedência – Recurso provido”, *RDM* 3/90, São Paulo, Ed. RT, 1971; e, ainda, o artigo de Paulo Salvador Frontini, “Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?”, *RDM* 43/37, São Paulo, Ed. RT, 1981).

da sociedade simples”.¹⁰² E o art. 987, logo a seguir, determina, em sua primeira parte: “Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade (...)”.

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

Mas, havendo prova escrita – sobretudo se houver contrato escrito¹⁰³ –, isso pode se modificar, eis que o contrato é que regerá as relações dos sócios “entre si”. O contrato, portanto, deverá prevalecer em tudo quanto não contrariar as normas específicas da sociedade em comum e no que independer da aquisição da personalidade jurídica.¹⁰⁴

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

Mas a questão que se coloca não é só essa. Se o contrato da sociedade em comum

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

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

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

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

107. A convocação a que alude o art. 1.085, parágrafo único, a nosso ver, deve ser realizada pessoalmente ao sócio excluindo (e facultativamente a outros sócios, se for o caso), mediante notificação extrajudicial ou documento em que este aponha seu ciente – forma que substitui, com vantagens, qualquer convocação pelos jornais (cf., sobre exclusão extrajudicial de sócio, Marcelo Vieira von Adamek, “Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil”, in Marcelo Vieira von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 194 e ss.).

108. Nesse sentido, no Direito anterior: Calixto Salomão Filho, *A Sociedade Unipessoal*, cit., p. 99. A propósito, há interessante julgado da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP (ACi 9131892-35.2007.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16.7.2009). Os sócios constituíram uma sociedade limitada para exploração de uma lanchonete, deixando, todavia, de registrar o contrato. Um deles, no curso da atividade, foi excluído sumariamente da sociedade. O Tribunal aplicou as regras previstas contratualmente, consignando na ementa: “(...) – Constituição de sociedade limitada para exploração de lanchonete, porém não submetida ao registro competen-

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

103. “(...) sendo a sociedade provada por documento diverso do instrumento contratual, só as cláusulas nele materializadas é que têm eficácia relativamente aos sócios” (cf. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 75, p. 146).

104. Era exatamente isso que se entendia no Direito anterior, como se viu, relativamente às sociedades civis que não se registrassem, em exegese do art. 1.366 do CC de 1916 (cf.: Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, cit., 10ª ed., vol. XIX nota 3 ao art. 1.366, p. 25; e Walter Moraes, *A Sociedade Civil Estrita*, cit., n. 103, p. 176).

De se notar que a lei dá a qualquer um dos sócios, na hipótese de omissão dos administradores, o direito de requerer o registro do contrato de sociedade: “Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado”. Desse modo, poderá o sócio, a qualquer tempo, pleitear o registro e, sobretudo na hipótese de não ter tido ciência da omissão dos administradores, responsabilizá-los.¹⁰⁹ Poderá também, se foi induzido a essa situação devido ao conluio dos administradores com os demais sócios ou à negligência dos sócios controladores, pleitear, além da responsabilidade de todos, sua retirada judicial, na hipótese de contrato por tempo determinado, eis que o agravamento de sua responsabilidade (art. 990) causado por aqueles constitui, obviamente, justa causa para tanto (art. 1.029, segunda parte). Essa mesma justa causa, a nosso ver, constituiria motivo para retirada imediata no caso de contrato por tempo indeterminado, independentemente da observância do prazo

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

109. CC: “Art. 1.151. (...)”

“(...)”

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

previsto no art. 1.029, primeira parte (60 dias de antecedência).¹¹⁰

No intuito de fazer com que as sociedades, sobretudo as empresárias, se registrem, a lei prevê uma série de sanções indiretas para que isso venha a ocorrer. Dessa forma, além do problema da ineficácia referente à prova de sua existência e da responsabilidade solidária e ilimitada de seus sócios, a sociedade em comum: (1) não terá legitimidade ativa para requerimento de falência de seu devedor (art. 97, IV e § 1º, da Lei Falimentar – Lei 11.101/2005); (2) não terá legitimidade ativa para requerer recuperação judicial ou extrajudicial (arts. 48, 51, V, e 161 da Lei Falimentar); (3) não terá possibilidade de autenticar seus livros na Junta Comercial (art. 1.181, parágrafo único, do CC) – o que faz com que não tenham eles eficácia probatória em seu favor (arts. 226 do CC e 379 do CPC); (4) na hipótese de falência, seus administradores estarão sujeitos a responder por crime falimentar (art. 178 da Lei Falimentar, c/c o art. 1.181, parágrafo único, do CC); (5) não gozará de proteção ao seu nome (art. 1.166 do CC); (6) ficará impossibilitada de participar de licitações nas modalidades de concorrência pública e tomada de preço (Lei 8.666/93, art. 28, III e IV); (7) não poderá efetuar seu registro nos cadastros de contribuintes fiscais (CNPJ) e da Seguridade Social; (8) não poderá requerer o registro de marca (Lei 9.279/1996, art. 128).

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

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

111. No Direito anterior, como se viu, a sociedade de fato civil não era considerada sociedade irregular. Muito embora a sociedade civil não se identifique total-

No tocante à dissolução da sociedade em comum, aplica-se o disposto nos arts. 1.033 e 1.034 do CC. Sua dissolução judicial, se houver prova escrita de sua existência, far-se-á nos termos dos arts. 655 a 672 do CPC de 1939, mantido em vigor pelo CPC de 1973, por força do que determina o art. 1.218, VII; não havendo, aplica-se o previsto no art. 673 do CPC de 1939.¹¹²

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

O art. 105, IV, da Lei 11.101/2005 permite expressamente, outrossim, que a sociedade em comum requeira a autofalência,¹¹⁴

mente com a sociedade simples (a prestação de serviços, que era atividade civil, por exemplo, hoje constitui atividade empresarial, com exceção dos de natureza intelectual – cf. art. 966 e parágrafo único do CC), a nós nos parece que o mesmo entendimento continua aplicável, em princípio, à sociedade em comum simples.

112. Todos os sócios deverão figurar no polo passivo da demanda, em litisconsórcio passivo necessário e unitário (STJ, 4ª Turma, REsp 767.060, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20.8.2009).

113. Cf.: Mauro Rodrigues Penteado, in Francisco Satiro de Souza Jr. e Antônio Sérgio de Moraes Pitombo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, São Paulo, Ed. RT, 2005, n. 17.5, p. 96 (corretamente destacando que “tais sociedades estão sujeitas a falência se exercerem, de fato, atividade própria de empresário”); e Marlon Tomazette, *Curso de Direito Empresarial*, cit., vol. 1, n. 1.4, p. 279.

114. Cf.: Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn, *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, n. 1.9.2, pp. 16-18; Vera Helena de Mello Franco, in Antônio Sérgio de Moraes Pitombo e Francisco Satiro de Souza Jr. (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, São Paulo, Ed. RT, 2005, p. 420; Fábio Tokars, *Sociedades Limitadas*, cit., n. 9, p. 101; José Nadi Neri, in Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima (coords.), *Comentários à Nova Lei de Falência*

o mesmo se devendo admitir para o pedido de sua própria insolvência, se sociedade simples (art. 759 do CPC).¹¹⁵ Na hipótese de autofalência, todos os seus sócios deverão ser citados, em litisconsórcio necessário, eis que serão atingidos pela sentença,¹¹⁶ nos termos do art. 81, *caput*, da Lei 11.101/05.¹¹⁷ *Não há previsão expressa de que o mesmo ocorra com relação à insolvência, pelo que esta, no tocante aos sócios da sociedade em comum simples, segundo nos parece, somente*

e Recuperação de Empresa, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 807-808; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, cit., n. 4.3.8, p. 64; Sérgio Campinho, *Falência e Recuperação de Empresa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, n. 13, pp. 22-23.

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

116. Não por outro motivo, aliás, o inciso IV do art. 105 determina que o devedor, na hipótese de não existir contrato social, forneça, na petição inicial, “a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais”. V., a propósito: Ricardo Tepedino, in Carlos Henrique Abrão e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 287-288; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, in Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa-Lima (coords.), *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 520-522.

117. Segundo argutamente observou Marcelo Vieira von Adamek (in Antônio Sérgio de Moraes Pitombo e Francisco Satiro de Souza Jr. (coords.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, cit., nota 731, p. 579), “com isso, e por exceção à regra geral do art. 1º da LRF, criou-se hipótese especialíssima em que, no Direito pátrio, o não empresário pode vir a ter a sua falência decretada: jamais isoladamente, mas necessariamente em conjunto com a sociedade, processando-se cumulativamente, nos mesmos autos, e sob os auspícios do mesmo juiz e do mesmo administrador judicial, duas ou mais falências”.

Sobre este e outros aspectos da extensão da falência aos sócios de responsabilidade ilimitada em geral no Direito pátrio, vale conferir o belo estudo de Manoel de Queiroz Pereira Calças intitulado “Falência da sociedade: extensão aos sócios de responsabilidade ilimitada”, in Marcelo Vieira von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 611-623.

*poderá ser reconhecida se verificados seus pressupostos (arts. 748 e 750 do CPC) com relação a cada um deles.*¹¹⁸

Indaga-se, por fim: como poderia encontrar aplicação o disposto no § 1º do supracitado art. 81 da Lei 11.101/2005¹¹⁹ às sociedades em comum de natureza empresária (a que poderia corresponder, para eventual decretação individual de insolvência dos sócios das sociedades em comum de natureza simples, a previsão do art. 1.032 do CC¹²⁰)?

Se não houve registro do contrato – e, *a fortiori*, se não existe contrato escrito –, não se afigura possível o registro de sua alteração para efeitos de contagem do prazo de dois

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

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

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

Diante do disposto nos arts. 45 e 985 do CC de 2002, todavia, não se justifica mais essa controvérsia. A personalidade só começa, só se adquire, com a inscrição da sociedade no registro próprio.¹²²

Para nós, trata-se, assim, de um *sujeito de direito não personificado*, como sustenta Alcides Tomasetti Jr.: “*Sujeito de direito* é todo ente, seja ou não pessoa, que o ordenamento

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

119. Lei 11.101/2005:

“Art. 81. (...)”

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

120. CC: “Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até 2 (dois) anos após averbada a resolução da sociedade; nem, nos 2 (dois) primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação”.

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

122. CC:

“Art. 45. *Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado* com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

“Art. 985. A sociedade *adquire personalidade jurídica* com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.”

jurídico admita ser titular das posições jurídicas ativas e passivas que estão no conteúdo das relações jurídicas. (...) As chamadas ‘pessoas jurídicas’, obviamente, somente são pessoas depois de personificadas. As associações, as fundações, as sociedades, as organizações religiosas e os partidos políticos podem atuar e atuam como *sujeitos de relações jurídicas, já personificados, não personificados ou em vias de personificação*. Uma fácil confirmação desta assertiva encontra-se na disciplina das sociedades em comum. ‘Enquanto não inscritos [registrados] os atos constitutivos [contrato societário, conforme o art. 981], rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples’ (CC, art. 986). Nem mesmo de contrato societário documentado por escrito (art. 987) precisa a sociedade em comum para atuar como sujeito de relações jurídicas, não personificado, mas personificável”.¹²³

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

Não há como sustentar, assim, no Direito atual, a personalidade jurídica da sociedade em comum,¹²⁴ ainda mais em vista do patrimônio *separado* ou *especial* – e não autônomo¹²⁵ – que a lei reserva para o exercício da atividade econômica que constitui seu objeto.

123. Alcides Tomasetti Jr., “A parte contratual”, in Marcelo Vieira von Adamek (coord.), *Temas de Direitos Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros Editores, São Paulo, 2011, pp. 757-758. No mesmo registro Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*, cit., 1ª Parte, 6ª ed., pp. 145-147) e, ainda, Alfredo de Assis Gonçalves Neto (*Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 72, p. 142), que qualifica as sociedades em comum de “centros de imputação de interesses”.

124. Assim: Marcelo Andrade Fêres, *Sociedade em Comum*, cit., n. 5.8, pp. 114-115.

125. Muito embora essas denominações sejam utilizadas com diversos significados na literatura jurídi-

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

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

Parece-nos inteiramente aplicável ao Direito Brasileiro, assim, a noção de “comunhão

ca, Sylvio Marcondes preferia reservar a expressão “patrimônio autônomo” para designar o patrimônio de um novo sujeito, como ocorre na constituição das pessoas jurídicas: “Seja como for, de todos se deduz que o conceito de patrimônio autônomo *está no plano dos sujeitos; o de patrimônio separado, no dos objetos*” (*Problemas de Direito Mercantil*, cit., p. 96 – grifos nossos). No mesmo sentido: Oscar Barreto Filho (*Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969, n. 43, pp. 57-58), observando que “costuma-se unir patrimônios separados e patrimônios autônomos sob a denominação comum de *patrimônios de afetação*”; e Luiz Gastão Paes de Barros Leães (*Do Direito do Acionista ao Dividendo*, São Paulo, Obelisco, 1969, p. 74).

126. Cf.: Sylvio Marcondes, “Do objeto de direito; patrimônio”, in *Problemas de Direito Mercantil*, cit., pp. 67-99; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., vol. 5, § 596, ns. 7 e 8, pp. 378-380, e 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49, § 5.176, n. 3, p. 66.

127. Nesse diapasão Marcelo Andrade Fêres, invocando, ainda, lição do excepcional jurista português Guilherme Alves Moreira: “Nas sociedades em que haja a responsabilidade pessoal dos sócios pelas obrigações que como tais assumirem existe também, formada pelas entradas de cada um dos sócios, uma comunhão de bens que fica tendo, em relação ao patrimônio particular de cada sócio, uma certa autonomia, constituindo-se por essa comunhão um novo centro patrimonial” (cf. ‘Patrimônios autônomos nas obrigações segundo o direito civil português’, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 7, 1921/1923, p. 58” (*apud* Marcelo Andrade Fêres, *Sociedade em Comum*, cit., n. 5.7, p. 110 e nota 155).

Anote-se, ainda, o Enunciado 210 do CEJ/STJ: “O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica”.

de empresa”,¹²⁸ magistralmente desenvolvida por Giuseppe Ferri no que tange às sociedades de pessoas do Direito Italiano – que, lembre-se, também não têm personalidade jurídica.

Nas sociedades em comum as contribuições dos sócios destinam-se a formar um *núcleo patrimonial separado* para o exercício da atividade que constitui seu objeto. Configura-se, assim, uma *comunhão de interesses, qualificada pela comunhão da atividade e dos bens*, o que dá lugar a um fenômeno grupal, no qual “os sócios não assumem mais uma posição autônoma, quase de contraposição, mas assumem uma posição unitária, como membros do grupo, do qual todos participam para o exercício em comum daquela atividade da qual depende a realização do interesse de cada um”.¹²⁹ A unificação do grupo, portanto, dá-se exclusivamente em função da ação externa, elevando-se a pluralidade a unidade porque *age unitariamente*; estaticamente, a pluralidade reaparece.¹³⁰

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

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

128. Tratando-se de sociedades empresárias, evidentemente. Mas essa figura pode ser aplicada à atividade negocial em geral, que abrange tanto a atividade empresarial como a não empresarial (cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro”, *RDM* 128/7, São Paulo, Malheiros Editores, 2002). Uma comunhão de atividade.

129. Giuseppe Ferri, *Le Società*, 2ª ed., Turim, UTET, 1985, p. 159.

130. Idem, p. 161.

131. Idem, p. 162.

dos bens é somente um *efeito reflexo* da comunhão de empresa.¹³²

Dessa forma: (i) enquanto na comunhão normal cada condômino pode alhear a respectiva parte ideal e gravá-la (art. 1.314 do CC de 2002), o sócio não pode ceder sua quota – à qual se vincula, naturalmente, o patrimônio especial – sem consentimento dos demais (seja o consentimento de todos os demais sócios restantes – cf. art. 1.003 –, seja o de sócios representando 3/4 do capital social – cf. art. 1.057);¹³³ (ii) enquanto cada condômino pode requerer, a qualquer momento (salvo pacto em contrário não superior a cinco anos, que poderá, ademais, ser afastado pelo juiz), a extinção da comunhão (art. 1.320 e §§), a dissolução da sociedade por tempo determinado depende do consentimento unânime dos sócios, ou de sócios representando 3/4 do capital social (cf. arts. 1.033, II, e 1.076, I); a de tempo indeterminado, da maioria absoluta (art. 1.033, III);¹³⁴ (iii) aplicando-se,

132. Idem, p. 163.

133. Mauro Brandão Lopes, no estudo que realizou à época do Anteprojeto do Código Civil, já salientava o seguinte: “Afinal, o patrimônio especial da sociedade em comum responde pelas dívidas sociais (Anteprojeto, art. 1.032), com a consequência de que os sócios não podem proceder à partilha do acervo social antes de pagos os credores sociais; não podem por isso dispor de sua quota-parte no patrimônio especial, enquanto durar a sociedade” (“A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil”, cit., *RDM* 15-16/40).

Anote-se, a respeito, o seguinte julgado: “Aliás, convém enfatizar que a sociedade irregular, ou de fato, foi regulada pelo novo Código Civil, sob a denominação de sociedade em comum, sendo que, em seu art. 988, apontado estatuto prevê que os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum. Trata-se, pois, de um patrimônio distinto do patrimônio individual dos sócios, *mas que não se confunde com um condomínio*” (TJRS, ACi 70014578009, rel. Des. Leo Lima, j. 13.9.2006 – grifos nossos).

134. E a intenção do legislador, ao fixar disciplinas diversas para o condomínio e para a sociedade, notadamente para sua extinção e dissolução, deve-se justamente à notável diversidade entre essas disciplinas e suas consequências. Como dizem Pier Giusto Jaeger e Francesco Denozza, a comunhão, normalmente, pode ser dissolvida a qualquer momento; já, a sociedade só se dissolve em hipóteses específicas e taxativas, previstas

mutatis mutandis, tais disposições à hipótese de retirada, enquanto cada condômino pode, a todo tempo, conforme se viu, pleitear a extinção do condomínio (e, assim, deixar de ser condômino, “retirar-se”), o sócio só pode se retirar nas sociedades por tempo determinado provando judicialmente justa causa, e nas de tempo indeterminado mediante notificação prévia com o prazo de 60 dias (art. 1.029); (iv) enquanto a dívida comum dos condôminos, salvo se estipulado diversamente, entende-se proporcional aos seus quinhões (art. 1.317), a dívida dos sócios da sociedade em comum é solidária (art. 990); (v) enquanto na comunhão, havendo empate, decidirá o juiz (art. 1.325, § 2º), na sociedade, ocorrendo o mesmo, decidirá o maior número de sócios, somente recorrendo-se ao juiz se o empate persistir (art. 1.072, *caput*, c/c o art. 1.010, § 2º).

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

No tocante aos sócios, uma vez realizadas suas contribuições para o patrimônio especial, a *gestão* deste competirá ao que estiver disposto nas regras organizativas do grupo. Com respeito aos credores, como vimos, essa autonomia impor-se-á tanto aos credores particulares dos sócios – que não poderão agredir o patrimônio especial¹³⁵ – como

na lei ou no contrato social. Pois, se se trata de dividir uma coisa comum, em regra *não se destrói riqueza*; se, ao invés, se cuida de dissolver uma sociedade, o que leva normalmente à cessação da atividade negocial, *destrói-se riqueza*. A lei quis privilegiar, portanto, a *manutenção* da atividade econômica produtiva, submetendo a empresa coletiva às normas societárias (*Appunti di Diritto Commerciale*, 5ª ed., t. I (“Impresa e Società”), Milão, Giuffrè, 2000, pp. 102-106).

135. Mas poderão se valer do disposto no art. 1.026 do CC (nesse sentido: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, cit., 2ª ed., vol. 2, n. 2.2, p. 320; Arnaldo Wald, *Comentários ao Novo Código Civil*, cit., vol. XIV, p. 94). Tratando-se de sociedade em comum sem prova escrita, diante de grave dificuldade do credor do sócio de aferir qual é a participação deste

aos credores sociais, fazendo dos ativos dele componentes sua específica garantia. Dada a separação patrimonial, outrossim, não é possível a um terceiro devedor da sociedade compensar seu débito com um crédito que possua contra um dos sócios.

Mas os credores da sociedade em comum, além de contarem com a garantia consistente nos ativos existentes no patrimônio especial, ainda poderão se valer da responsabilidade subsidiária, solidária e ilimitada, dos sócios – e direta daquele que contratou pela sociedade –, nos termos do art. 990: “Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade”.

Uma vez que assiste aos sócios, em geral, o benefício de ordem,¹³⁶ incumbe-lhes, nos termos do art. 596, § 1º, do CPC,¹³⁷ indicar bens, existentes no patrimônio especial, “sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito”.¹³⁸

na sociedade, “(...) e, portanto, em caráter excepcional, pode-se sustentar, com base no princípio de proteção ao terceiro de boa-fé, que o juiz, segundo seu prudente arbítrio, encontrará solução na equidade, reputando que o crédito tem no conjunto dos bens sociais a garantia de seu pagamento, em concurso com os demais créditos dos credores sociais” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 80, p. 149).

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

137. CPC:

“Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

“§ 1º. Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.”

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

Já, o sócio que contratou pela sociedade tem responsabilidade *direta*, vale dizer, não poderá se utilizar do benefício de ordem, previsto no art. 1.024 do CC.¹³⁹

2.3.3 A disciplina da atividade negocial

Sabe-se que a administração de uma sociedade tem uma face interna – gerência da atividade social – e uma face externa – representação (ou “*apresentação*”, como queria Pontes de Miranda¹⁴⁰) da sociedade perante terceiros.¹⁴¹

Se a sociedade em comum for constituída sem prova escrita que traduza essa disciplina, aplicam-se, *interna corporis*, as regras da sociedade simples, consoante o comando contido no art. 986 do CC. Ou seja: a administração será *disjuntiva*, competindo separadamente a cada sócio, nos termos do art. 1.013.¹⁴²⁻¹⁴³ E, nessa hipótese, cada sócio poderá impugnar (vetar¹⁴⁴) operação

139. A regra parece ter se inspirado no art. 2.267 do CC italiano. Por meio dela são protegidos os terceiros de boa-fé, bem como os sócios investidores, que não participam da gestão social (Marlon Tomazette, *Curso de Direito Empresarial*, cit., vol. 1, p. 278).

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

141. Cf. art. 1.022 do CC: “A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”. Referido artigo acha-se na Seção IV do Capítulo I do Subtítulo II do Título II do Livro II da Parte Especial, intitulada: “Das Relações com Terceiros”.

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

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

144. Cf. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 162, p. 217.

pretendida por outro (não assim aquela já celebrada¹⁴⁵), cuja realização, desse modo, dependerá da aprovação da maioria dos votos dos demais (art. 1.013, § 1º). Responderá o sócio, outrossim, *perante a sociedade* se realizar operações contra a vontade, conhecida ou cognoscível, da maioria (art. 1.013, § 2º).

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

*É evidente que o ônus dessa prova, seja do conhecimento, seja da cognoscibilidade, é somente dos sócios*¹⁴⁷ – e sua demonstração deverá ser aferida com absoluto rigor pelo julgador.

De outra parte, havendo contrato escrito, os poderes de gestão *interna corporis* deverão respeitar o que nele estiver disposto.

145. Cf. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, cit., 2ª ed., vol. 2, n. 3.8.6, pp. 348-349.

146. Aliás, é positivamente incompreensível que o ensinamento do nosso genial Visconde de Cairu, proferido nesse exato sentido há mais de 200 anos, não tenha sido inteiramente acolhido ainda: “A culpa ou dolo do caixa [*o sócio administrador*] não prejudica aos terceiros, que com ele tratarão naquela qualidade, sendo em todo o caso os sócios obrigados pelos tratos do dito, devendo imputar a si o terem escolhido, proposto, e autorizado tal pessoa” (cf. José da Silva Lisboa (Visconde de Cairu), *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, publicado entre 1798 e 1804, Rio de Janeiro, Typographia Academica, ed. 1874, p. 501, n. 7).

147. Cf. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, cit., 2ª ed., vol. 2, n. 2.4, p. 324.

Se se tiver adotado a forma de sociedade limitada, vigerão adicionalmente as normas desta última.

A administração por não sócio (permitida para as sociedades simples, *ex vi* do art. 1.019, parágrafo único, do CC, cujas normas são subsidiárias da sociedade em comum), acatada pela doutrina,¹⁴⁸ *dá o que pensar: A não ser que o administrador tenha expressamente declinado e comprovado sua condição para o terceiro (fornecendo-lhe, por exemplo, cópia do contrato social ou da ata que o elegeru), responderá perante ele.*

3. Conclusão

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

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

A denominação “irregular” é adequada, como se disse, para a disciplina da *atividade*, e não para a do *ato* ou *negócio jurídico*. Os vícios do negócio jurídico situam-se nos planos da existência/inexistência, validade/invalidade, eficácia/ineficácia. Não existe,

148. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de Empresa*, cit., 3ª ed., n. 79, p. 149; Arnaldo Wald, *Comentários ao Novo Código Civil*, cit., vol. XIV, p. 96.

como gênero, a categoria do negócio jurídico irregular – salvo se se entender, com isso, os negócios inválidos. E a sociedade é um negócio jurídico – plurilateral, para alguns, ou associativo, para outros.

Da mesma forma, não existe a categoria da atividade nula ou ineficaz. Se a atividade existe, como genialmente ensinou Ascarelli,¹⁴⁹ ela pode ser *licita* ou *ilícita* (atividade de exploração do jogo do bicho, de contrabando, de exploração do lenocínio etc.), *regular* ou *irregular* (atividade exercida sem alvará da Prefeitura ou outras licenças administrativas, atividade empresarial sem registro na Junta Comercial). Eventuais atos praticados no exercício da atividade poderão ser inválidos, mas isso não faz da atividade uma atividade nula.

Partindo-se, outrossim, da visão dialética do fenômeno societário preconizada pelo excepcional jurista alemão Herbert Wiedemann,¹⁵⁰ descortina-se, ademais, um aspecto panorâmico da questão.

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

Mais ainda. Ao conferir à “sociedade irregular” a natureza de comunhão (e não de

149. Tullio Ascarelli, “O empresário”, cit., *RDM* 109/184.

150. Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I – Grundlagen*, Munique, C. H. Beck, 1980. Cf., outrossim, “Excerto do *Direito Societário I – Fundamentos*”, de Herbert Wiedemann, trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *RDM* 143/66, São Paulo, Malheiros Editores, 2006; também in Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (coord.), *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009; e in Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

sociedade), como grande parte da doutrina fazia e alguns ainda o fazem, utiliza-se, igualmente, de uma *metonímia*: atribui-se à sociedade, *como um todo*, características do *patrimônio* destinado à atividade social (este é que se acha em comunhão entre os sócios, como corretamente diz o Código Civil de 2002). Enxerga-se, portanto, a disciplina patrimonial mas são olvidadas a disciplina societária e a da atividade. O fenômeno societário novamente *não é visto na sua inteireza*.

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

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

Bibliografia

ABRÃO, Carlos Henrique, e TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo, Saraiva, 2005.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. “Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil”. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

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

———. In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.

——— (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE JR., Áttila de Souza Leão. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. IV (“Direito das Sociedades”). Rio de Janeiro, Forense, 2002.

ASCARELLI, Tullio. “O empresário”. Trad. de Fábio Konder Comparato. *RDM*109/183-189. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

———. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Saraiva, 1945.

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

AULETTA, Giuseppe. “Attività”. In: *Enciclopedia del Diritto*. vol. III. Milão, Giuffrè.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Noé. *Das Sociedades Irregulares e sua Prova*. Memorial do Aggravado n. 16.429 da Capital. São Paulo, EGRT, 1930.

BARBOSA Filho, Marcelo Fortes. In: PELUSO, César (coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri/SP, Manole, 2007.

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

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

BONDIOLI, Luiz Guilherme A., GOUVÊA, José Roberto Ferreira, e NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

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

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

- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. “Falência da sociedade: extensão aos sócios de responsabilidade ilimitada”. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- . *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo, Atlas, 2003.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo, Duprat & Cia., 1914; 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, Rio, 1933.
- CARVALHO NETO. *Tratado das Defesas Falimentares*. vol. II. São Paulo, Ática, 1967.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 10ª ed., vol. XIX. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1981.
- CATEB, Alexandre Bueno. “A sociedade em comum”. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 10ª ed., vol. 2. São Paulo, Saraiva, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- . “Sociedade comercial – Marido e mulher – Nulidade – Embargos de terceiro – Improcedência – Recurso provido” (comentário a acórdão). *RDM* 3/90. São Paulo, Ed. RT, 1971.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Limitada*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- , e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coords.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- DENOZZA, Francesco, e JAEGER, Pier Giusto. *Appunti di Diritto Commerciale*. 5ª ed., tomo I (“Impresa e Società”). Milão, Giuffrè, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed., vol. II. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em Comum*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- FERREIRA, Waldemar. *Sociedades Comerciais Irregulares*. São Paulo, São Paulo Editora Ltda., 1927.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Commercial*. 3ª vol. São Paulo, Saraiva, 1961; 12ª vol. São Paulo, Saraiva, 1964.
- FERRI, Giuseppe. *Le Società*. 2ª ed. Turim, UTET, 1985.
- FERRO-LUZZI, Paolo. *I Contratti Associativi*. 3ª ed. Milão, Giuffrè, 2001.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da, e SZTAJN, Rachel. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*. vol. XI. São Paulo, Atlas, 2008.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A Sociedade em Comum*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- . “Empresa, empresário e estabelecimento”. *Revista do Advogado* 71. São Paulo, AASP, 2003.
- . “Sociedade que tem por objeto a prestação de serviços de natureza intelectual é de natureza simples, qualquer que seja a forma de sua organização” (parecer). *RDM* 157/241. São Paulo, Malheiros Editores, 2011; e *Revista de Direito Empresarial* 15/93. Curitiba, Juruá, 2011.
- . *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. In: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- . *Manual de Direito Comercial*. 2ª ed., vol. I. São Paulo, Ed. RT, 2004.
- , e SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- FRONTINI, Paulo Salvador. “Sociedade comercial ou civil entre cônjuges: inexistência, validade, nulidade, anulabilidade ou desconsideração desse negócio jurídico?”. *RDM* 43/37. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed., atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2010.

- . *Lições de Direito Societário*. 2ª ed., vol. I. São Paulo, Juarez Freitas, 2004.
- . “Sociedade para o exercício de trabalho intelectual”. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luiz Guilherme A., e NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- HADDAD, Guilherme. *Sociedades Comerciais Irregulares ou de Fato*. Rio de Janeiro, Borsói, 1962.
- JAEGER, Pier Giusto, e DENOZZA, Francesco. *Appunti di Diritto Commerciale*. 5ª ed., tomo I (“Impresa e Società”). Milão, Giuffrè, 2000.
- KALANSKY, Daniel. “A sociedade em comum: um novo tipo societário?”. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro”. *RDM* 128/7. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- . *Do Direito do Acionista ao Dividendo*. São Paulo, Obelisco, 1969.
- LISBOA, José da Silva (Visconde de Cairu). *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*. Rio de Janeiro, Typographia Academica, 1874.
- LOPES, Mauro Brandão. “A sociedade em comum: inovação do Anteprojeto do Código Civil”. *RDM* 15-16. São Paulo, Ed. RT, 1974.
- MALACHINI, Edson Ribas, e ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 10. São Paulo, Ed. RT, 2001.
- MARCONDES, Sylvio. “Direito mercantil e atividade negocial no Projeto de Código Civil”. In: *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- . *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo, Max Limonad, 1970.
- MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coords.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 23ª ed., revista e atualizada por Jorge Lobo. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia*. 1ª Parte, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.
- MENDES, Octávio. *Direito Commercial Terrestre*. São Paulo, Saraiva, 1930.
- MENDES JR., João. In: *RF* 14/447. Rio de Janeiro, Forense, 1910.
- MITIDIERO, Daniel, e MARINONI, Luiz Guilherme. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coords.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- MORAES, Walter. *A Sociedade Civil Estrita*. São Paulo, Ed. RT, 1987.
- MOREIRA, Guilherme Alves. “Patrimônios autônomos nas obrigações segundo o Direito Civil português”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 7. 1921/1923.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 5ª ed., vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2007.
- NEGRÃO, Theotonio, BONDIOLI, Luiz Guilherme A., e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- NERI, José Nadi. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coords.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresa*. Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- PELUSO, César (coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri/SP, Manole, 2007.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.
- . In: PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*, São Paulo, Ed. RT, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11ª ed., revista e atualizada de

- acordo com o Código Civil de 2002 por Régis Fichtner, vol. III. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes, e SOUZA JR., Francisco Satiro de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., 2ª reimpr., vol. 49. São Paulo, Ed. RT, 1984; 3ª ed., vol. 28. São Paulo, Ed. RT, 1984; 4ª ed., vol. 5. São Paulo, Ed. RT, 1983.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 14ª ed., 1ª vol. São Paulo, Saraiva, 1984.
- RODRIGUES, Cláudia, e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direito Empresarial*. São Paulo, Atlas, 2010.
- RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 15ª ed., vol. 3. São Paulo, Saraiva, 1986.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- . *O Novo Direito Societário*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- SOUZA JR., Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresa e Falência*. São Paulo, Ed. RT, 2005.
- SZTAJN, Rachel, e FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil Comentado – Direito de Empresa*. vol. XI. São Paulo, Atlas, 2008.
- SZTAJN, Rachel, e FRANCO, Vera Helena de Mello. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Additamentos ao Código de Commercio*. Rio de Janeiro, Typ. Perseverança, 1878-1879.
- . *Consolidação das Leis Civis*. 1ª vol., nova ed. refundida, atualizada até 1910. Rio de Janeiro/Paris, Garnier, s/d.
- TEPEDINO, Ricardo. In: ABRÃO, Carlos Henrique, e TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- THEODORO JR, Humberto. *A Insolvência Civil: Execução por Quantia Certa Contra Devedor Insolvente*. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- TOKARS, Fábio. *Sociedades Limitadas*. São Paulo, LTr, 2007.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles, e ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- TOMASETTI JR., Alcides. “A parte contratual”. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de Direitos Societário e Empresarial Contemporâneos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. vol. 1. São Paulo, Atlas, 2008.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. vol. 1. Rio de Janeiro, Borsói, 1948.
- VAMPRÉ, Spencer. *Tratado Elementar de Direito Comercial*. vol. 1. Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia. Editores, 1921.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 11ª ed., vol. III (“Contratos em Espécie”). São Paulo, Atlas, 2011.
- , e RODRIGUES, Cláudia. *Direito Civil – Direito Empresarial*. São Paulo, Atlas, 2010.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. 2ª ed., vol. 2. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- VILLELA, João Baptista. “Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo?”. *Revista Jurídica Del Rey 2*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. vol. XIV. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- WIEDEMANN, Herbert. “Excerto do *Direito Societário I – Fundamentos*”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *RDM* 143/66. São Paulo, Malheiros Editores, 2006; também in: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo, Quartier Latin, 2009; e in: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.
- . *Gesellschaftsrecht I – Grundlagen*. Munique, C. H. Beck, 1980.