

## NOTAS

1. Geraldo Ataliba, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, S. Paulo, Ed. RT, 1968, p. 22 e ss.
2. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, S. Paulo, Saraiva, 1985, pp. 3 e 4, 21 a 23 e 124.
3. Genaro R. Carrió, "Notas sobre Derecho y Lenguaje", Abeledo-Perrot, 1973, pp. 18-22, in *O Sujeito Ativo da Obrigação Tributária*, S. Paulo, Resenha Tributária, 1977, p. 39.
4. Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 3.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1984, pp. 163, 171.

**SOCIEDADE COMERCIAL — Fusão — Fusão de duas sociedades comerciais de responsabilidade limitada ajustada em contrato particular não-registrado na Junta Comercial — Ação declaratória objetivando o reconhecimento e a validade do mencionado contrato — Impossibilidade jurídica do pedido em face do disposto na última parte do art. 301 do CCComercial — Recurso extraordinário conhecido e provido.**

RE 102.947-SP — 1.ª T. — j. 14.8.84 — rel. Min. SOARES MUÑOZ — v. u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1.ª Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Brasília, 14 de agosto de 1984 — SOARES MUÑOZ, pres. e relator.

RELATÓRIO — O Min. SOARES MUÑOZ: O despacho do ilustre 4.º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu o recurso extraordinário, expõe, com precisão, a espécie *sub judice*, *in verbis*:

"1. Trata-se de ação visando à declaração da existência legal de uma sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada e a existência de relação jurídica entre os sócios.

"A sentença de fls. 153/156 julgou improcedente a demanda, apelando o vencido.

"A Egrégia 8.ª Câmara Civil do Tribunal, por votação majoritária, deu provimento ao recurso e rejeitou os embargos infringentes (fls. 200/204 e 224/225).

"Os réus, irredimidos, interpõem recurso extraordinário fundado na letra *a* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 301 do CCComercial (fls. 227/228).

"Impugnação às fls. 230/231.

"2. O apelo extremo é inadmissível".

O Acórdão analisou expressamente o dispositivo epigrafado, nos seguintes termos: "O art. 301, do CCComercial tem que ser examinado à luz dos mais dispositivos da lei mercantil a respeito. Por primeiro, no caso dos autos, está provada a existência da sociedade, através do escrito particular da sua constituição (fls. 7/13 dos autos, art. 300, CCComercial). O art. 305, do CCComercial admite a existência quando se pode provar que exercita atos próprios de sociedade. O art. 304, segunda parte, admite a prova da existência da sociedade por todos os gêneros de prova admitidos em Direito. No caso, a sua existência prova-se pelo instrumento de sua constituição (fls. 7). E o art. 303, na esteira do que disse Teixeira de Freitas e a doutrina consagrou, não invalida a possibilidade do pedido declaratório constante da inicial".

Decorreu daí a seguinte conclusão: "Dizer que enquanto não for arquivado no Registro do Comércio o ato constitutivo da sociedade, não tem ela exigência legal e por isso não se pode declarar a sua existência, *data venia*, é tornar desnecessária a intervenção do aparelho judiciário. Se o ato de constituição societária tivesse sido arquivado no Registro do Comércio, desnecessária a atuação do Judiciário. Exatamente porque constituiu-se e existe a sociedade, ainda que irregularmente, é que pretende que se declare a sua existência. Essa declaração não transforma a sociedade de irregular em regular,

continuará a ser irregular, até que cumpra a formalidade prevista pelo art. 37, da Lei 4.726/65; mas se reconhece a sua existência, o que é inafastável”.

O Acórdão, como se vê, deu razoável interpretação ao art. 301 do CCComercial, distinguindo entre a hipótese de sociedade regular, que esse dispositivo focaliza, e de sociedade irregular, resultante de instrumento não-registrado, cuja relevância jurídica decorre de princípios contidos nos outros preceitos a que expressamente alude o Acórdão.

O recurso, de fundamentação extremamente restrita, assenta basicamente na afirmação de que “não teve validade a sociedade” porque ficou “a mesma em fase embrionária”. Mas, essa afirmação não serve para fundamentar o recurso extraordinário: é que envolve evidentemente discussão sobre a prova, porque, segundo o Acórdão, a sociedade “não ficou em fase embrionária”, havendo “documentação suficientemente convincente a demonstrar sua atuação mercantil”.

Por todo o exposto, indefiro o recurso, tendo em vista as Súmulas 279 e 400 (fls. 233/236).

Interposto agravo de instrumento dei-lhe provimento determinando a subida, para melhor exame, do recurso extraordinário devidamente processado.

É o relatório.

VOTO — O Min. SOARES MUÑOZ (relator): Consoante assinala o Acórdão recorrido, “a ação declaratória objetivou o reconhecimento da existência de uma sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada e de relação jurídica entre os sócios, sendo ela a Aero-Tecnovent — Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., resultante de duas outras, a Aero-Fis, Equipamentos Industriais Ltda. e a Tecnovent — Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., conforme instrumento particular de fls. 7/13, que, porém, não foi levado ao Registro do Comércio” (fls. 224).

O art. 301 do CCComercial, depois de estabelecer que o “teor do contrato deve ser lançado no Registro do Comércio do Tribunal do distrito em que se houver de estabelecer a casa comercial da sociedade civil (art. 10, n. 2)”, dispõe que “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)”.

Considero configurada a vulneração do Acórdão recorrido ao dispositivo legal em referência. A procedência da ação declaratória importou o reconhecimento da existência e validade, inclusive entre os sócios, de sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada não registrada na Junta Comercial.

Trata-se, ademais, de fusão de duas outras sociedades, também de responsabilidade limitada, cujos contratos sociais não foram cancelados nem alterados no Registro do Comércio, sendo que, posteriormente, à fusão ajustada mediante contrato particular, requereram, cada uma individualmente, a respectiva concordata (fls. 153).

Arrima-se o Acórdão impugnado no art. 305 do CCComercial dizendo que esse dispositivo presume a existência de sociedade sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que o art. 304 do mesmo diploma, segunda parte, permite a comprovação da existência de sociedade por todos os gêneros de prova admitidos em direito.

Ocorre, no entanto, que a prova da existência de sociedade, por outra forma que não o registro do contrato social na Junta Comercial, somente é admissível em relação às sociedades irregulares, e elas, tal como acentua J. X. Carvalho de Mendonça, não obstante a lei atribuir-lhes existência jurídica, sofrem as seguintes restrições ou limitações: 1.º) os sócios respondem ilimitadamente e solidariamente para com terceiros, embora outra coisa seja convencionada entre eles; 2.º) a sociedade não vale entre os sócios nem contra terceiros e, em consequência, a sociedade ou os sócios, individualmente, não podem propor contra os sócios ou contra terceiros ação fundada na existência de sociedade, para exigirem efeitos futuros decorrentes do contrato (in *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, p. 133, 3.ª ed.).

Em verdade, se a sociedade, assim como ressalva o Acórdão, continuar como sociedade irregular, não obstante a procedência da ação declaratória, despicienda será a mencionada declaração, ainda mais que o pedido constante da petição inicial é expresso no sentido de que “seja declarada a existência, validade e legalidade do contrato ora enfocado para que o mesmo possa ser, posteriormente, registrado”.

Admitir, através de ação declaratória, a fusão de duas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, devidamente registradas, noutra sociedade de idêntica natureza ou mesmo como sociedade irregular, sem o cancelamento daqueles registros, importa subs-

tituir o novo registro, que não se fez, por sentença declaratória, ao arrepio do disposto no art. 301 do CCCommercial. A impossibilidade jurídica do pedido é inafastável.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para extinguir o processo pela impossibilidade jurídica do pedido.

EXTRATO DA ATA — Decisão: Conheceu-se do recurso e se lhe deu provimento. Decisão unânime.

Presidência do Min. Soares Muñoz. Presentes à sessão os Mins.: Rafael Mayer, Néri da Silveira e Oscar Corrêa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

## COMENTÁRIO

A fusão de duas sociedades, especificadas e caracterizadas em contrato, seja ele público ou particular, só tem validade, não só entre os sócios, como para terceiros, após o registro respectivo na Junta Comercial. É a redação da parte final do art. 301, do CCCommercial, que não comporta interpretação diversa.

O fato de existir relação jurídica entre os sócios de uma sociedade, não significa que ela tenha personalidade jurídica reconhecida. Há que distinguir os efeitos advindos de uma relação jurídica criada no âmbito de uma sociedade irregular, e as responsabilidades que possam ser exigidas por terceiros, como disposto no art. 304, do CCCommercial, com a eficácia ou ineficácia que os atos manifestados por tal sociedade venham a produzir, antes e após o registro na Junta Comercial. A exigência legal, uma vez sacramentada de forma clara e expressa no direito positivo é inatacável e inarredável, e por isso, não pode ser sobrepujada, por atos de sócios que ainda não assimilaram especificação patrimonial.

O ato registral não constitui uma formalidade e uma solenidade, apenas e tão-somente, pois é direito e dever da Junta Comercial, examinar o conteúdo do objeto e do fim a que se propõe a sociedade. Cabe à Junta, aquilatar não só da licitude do objeto e do fim da sociedade, como também da possibilidade dela prosperar, levando em conta seus princípios, forma e natureza.

A sociedade por quotas, como as demais espécies mercantis, depende de padrões mais ou menos rígidos, que não podem ser modificados pela simples vontade de qualquer dos sócios. Assim sendo, não basta que ela seja uma sociedade evidentemente reconhecida no mundo jurídico, pois é de mister, que ela se enquadre nos limites da lei que a rege e adquira caracteres mercantis.

A partir do registro do Contrato Social no órgão competente, os atos processados pelos sócios se revestem de uma nova roupagem, considerando-se que os compromissos, atividades e interesses tornam-se evidenciados com plena eficácia e validade. A aquisição da personalidade jurídica, circunscreve as obrigações e responsabilidades dos sócios, que se limitam ao capital social, e expressa o todo patrimonial que deve gerir a vida da sociedade.

As declarações de vontade que compõem o Contrato Social, no período que antecede o registro na Junta, têm mais caracteres de negociação preliminar do que contrato propriamente dito, uma vez que a exigência legal é elemento indispensável. Além disso, é a Junta Comercial, o órgão competente e dotado de fé pública, para averiguar se a comunhão de interesses e atividades que os sócios se propõem realizar, resultam numa unidade harmoniosa, não para um sócio em particular, mas para todo o conjunto societário. Dentro de uma sociedade devidamente regularizada, há obrigações que são de natureza plurissubjetiva, pois

os fatores pretéritos que a criaram, tendem a ser sustentados por elementos imateriais e psicológicos que são essenciais ao *affectio societatis*.

A continuidade da vida da sociedade, como ensina nossa melhor doutrina, deve ser zelada acima dos interesses particulares dos sócios, por isso, se concebe o seu fim, como um bem comum que não se preste a divergência de vontades. Todavia, as deliberações que foram acordadas e registradas num determinado contrato social, são suscetíveis de constantes modificações, levando-se em conta, a mudança financeira e econômica dos sócios com o aumento ou redistribuição das quotas. Nada mais lógico, que cada modificação, seja convenientemente arquivada, para que se distinga entre os atos pertinentes a uma mera negociação, como acima elucidado e o Contrato, propriamente dito, devidamente aperfeiçoado dentro do rigorismo legal.

A fusão, como é sabido, é a operação através da qual, duas ou mais sociedades se unem, com o intuito de formar uma nova, que condense e assimile os direitos e obrigações numa só unidade. O *animus* de concentrar as atividades mercantis numa só sociedade que tenha sido fruto de fusão, não pode se restringir às relações internas dos sócios, uma vez que a relevância da operação sempre interfete direta ou indiretamente, no interesse público e nos usos e costumes mercantis. O fato dos sócios terem ajustado suas vontades e interesses num contrato, não registrado na Junta Comercial, e quererem que ele produza os mesmos efeitos de um ato devidamente registrado, é procedimento que não encontra apoio em nenhuma das fontes do Direito Comercial.

A fusão, como a cisão e a incorporação são operações de certa envergadura e a vontade consciente dos sócios em efetuar tais mudanças societárias, não ocorre ao acaso, depende do intercâmbio bilateral ou plurilateral de vontades. Uma mudança substancial na vida da sociedade deve ser obrigatoriamente examinada pelo órgão competente, pois não se exclui a má fé ou o dolo, que possam estar presentes no espírito de qualquer dos sócios, uma vez que não se processa uma fusão, se não houver interesse econômico, financeiro e intelectual para tanto. A juridicidade, licitude e a pureza de tal interesse é que devem ser valorados, principalmente porque ambas as sociedades, requereram individualmente concordata, posteriormente a fusão.

A exigência legal é de notória aceitação no mundo jurídico e não se descaracteriza apenas e tão-somente pela vontade expressa dos sócios, ainda que a mesma seja lícita e legítima. O aperfeiçoamento do Contrato Social é um fato jurídico composto por um conjunto de declarações de vontades, manifestadas pelos sócios e uma declaração de ciência processada pela junta, que declarará da validade, pertinência e licitude do referido Contrato. Assim, a validade ou não do mesmo, só se efetiva após o registro, e é por isso de eficácia *ultra partes*.

Comprovou-se no julgamento do recurso, a existência jurídica da sociedade e do seu Contrato respectivo, mas a sua validade não foi consagrada. Agiram, pois, de forma acertada os eminentes julgadores.

Ante o exposto, considero abalizada a decisão da Suprema Corte, que julgou o pedido juridicamente impossível, face ao texto expresso da lei, cuja exigência é inescusável.