e uma marca não depositada, mais antiga, é a marca depositada que prevalece *e o titular da marca não depositada é contrafator*" (Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst, *Droit de la Propriété Industrielle,* Paris, 1980, n. 711). Antoine Braun, exegeta da Lei Benelux, diz que os três países partícipes da Convenção, abandonando, "por motivos de segurança jurídica", o sistema, tradicional em todos eles, optaram por um sistema no qual o depósito é constitutivo do direito (Antoine Braun, *Précis des Marques de Produits,* Bruxelas, 1971, n. 153). E Paul Mathély diz incisivamente: "La propriété de la marque vient du dépôt *et du seul*".

14. Quanto à Itália, sabe-se que a legislação ora vigente no país é constituída por seis artigos do Código Civil (arts. 2.569-2.574), que contêm os princípios gerais da matéria, e pela lei especial (Dec. real 929/42). Segundo a imensa maioria dos escritores italianos, a marca não registrada goza da tutela da lei, desde que provado o seu uso efetivo e contínuo. Há, contudo, vozes divergentes. Finocchiaro, p. ex., acha que as normas a respeito são ambíguas, sendo difícil enquadrar as disposições da lei numa ou noutra categoria. Pressuposto essencial do sistema declarativo, diz Finocchiaro, "é a importância absorvente reconhecida ao uso, pelo qual o direito à marca pertence a quem, ocupando-a em primeiro lugar, a adota para o fim de individuar os seus produtos". Assim, o título de aquisição da marca é a sua adoção, e o seu elemento formal tem o simples valor de mera condição exigível no momento de agir judicialmente em defesa da marca. Mas em vão se procuraria na lei uma disposição que reconheça tal eficácia ao simples uso. E acrescenta: "Finchè l'interprete non è chiamato a sostituire il legislatore, la legge resta quella che è" (Gaetano Finocchiaro, *Sistema di Diritto Industriale,* Pádua, 1932, ns. 80 e ss.). Tal interpretação da lei italiana é geralmente contestada (cf., p. ex., Mario Rotondi, *Diritto Industriale,* Pádua, 1965, p. 155). Mas as objeções de Finocchiaro subsistem.

15. Se países que conviveram durante largos anos com o sistema declarativo evoluíram para o sistema atributivo, não temos notícia de haver algum invertido o ciclo. Só no Brasil a perniciosa levedura parece não cessar nunca sua fermentação.

Waldemar Álvaro Pinheiro

SOCIEDADE DE FATO — Ação declaratória de existência de uma sociedade de fato integrada por duas sociedades anônimas (regularmente constituídas), uma delas posteriormente falida, e para efeito de reconhecimento de solidariedade de ambas nas dívidas de uma e outra (inclusive a da em quebra) perante o autor — Acórdão recorrido que extinguiu o processo, sem exame do mérito, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Recurso extraordinário, pela letra "a", com alegação de negativa de vigência do inc. I do art. 4.º do CPC e do art. 305 do CComercial. Violação não ocorrida. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 102.967 — RJ — 1.ª T. — j. 18.4.86 — rel. Min. Sydney Sanches — v.u.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigraficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

Brasília, 18 de abril de 1986 — **Rafael Mayer,** pres. — **Sydney Sanches,** relator.

RELATÓRIO — O Min. *Sydney Sanches:* 1. Trata-se de ação proposta por Zaide Martins contra a Rádio e TV Rio S/A (massa falida de) e Rádio e TV Difusora Porto-Alegrense, visando a declaração de existência de uma outra sociedade de fato, integrada pelas duas empresas rés, por isso mesmo solidariamente responsáveis pelas dívidas de uma e de outra.

Esclareceu na inicial que seu interesse, nessa declaração judicial, decorre do crédito, que lhe confessou a empresa hoje em quebra, mas pelo qual deve responder a sociedade de fato, composta por ambas as demandadas.

A r. sentença de fls. 183 e 184 julgou o autor carecedor da ação, por lhe faltar legítimo interesse.

A apelação a E. 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento, por considerar o pedido juridicamente impossível, ficando o v. acórdão assim ementado:

"Ação declaratória. É impossível a declaração de existência de sociedade de fato entre duas sociedades anônimas. uma delas falida, para surgimento de terceira entidade ou reconhecimento de responsabilidade solidária passiva de ambas, para benefício de credor da falida" (fls. 214).

Embargos de declaração, opostos pelo autor-apelante foram rejeitados (fls. 222-224).

Este, irresignado, interpôs recurso extraordinário, com base na letra "a" do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência do art. 305 do CComercial e 4.º, I, do CPC (fls. 226 e 228).

O ilustre Des. Segundo Vice-Presidente do E. Tribunal *a quo* indeferiu o processamento do recurso extraordinário, por se tratar de processo extinto sem julgamento de mérito, presente, pois, o veto do inciso VII do art. 267 do RISTF (fls. 237 e 238).

Mas o apelo extremo acabou subindo, devidamente processado, porque provido, por meu antecessor, eminente Ministro Alfredo Buzaid, o agravo regimental interposto nos autos de agravo de instrumento em apenso.

A ilustre Procuradora da República Dra. Iduna E. Weinert, em parecer aprovado pelo eminente Subprocurador Dr. Mauro Leite Soares, opinou pelo não conhecimento do recurso. É o relatório.

VOTO — O *Min. Sydney Sanches* (relator): 2. Realmente não opera o veto do inc. VII do art. 325 do RISTF, pois a extinção do processo, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (inc. VI do art. 267 do CPC, se deu em termos que impedem a nova propositura da ação).

3. O v. acórdão da apelação, com a ementa já transcrita no relatório, assim se redigiu:

"Acordam os Juízes que compõem a 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, por unanimidade de votos, negar provimento à apelação.

Assim decidem porque, em face da nossa legislação comercial e das regras pertinentes à constituição das sociedades anônimas, não há possibilidade de acolhimento do pedido do autor, isto é, "a declaração da existência de uma sociedade comercial, sob a forma prevista no art. 305 do estatuto mercantil em vigor, entre as suplicadas, solidariamente responsáveis pelas obrigações de uma e outra".

É cediço e está na lei das sociedades por ações que na constituição de tais entidades há obrigatória satisfação de uma série de formalidades. O mesmo quando se trata de incorporação ou de fusão de sociedades desse tipo, hipótese em que é indispensável a manifestação expressa da vontade dos sócios ou acionistas, pela forma prescrita em lei.

Em face de tudo isso, antolha-se-nos inconcebível o reconhecimento de uma fusão de fato, com a finalidade aqui pretendida, da responsabilidade solidária passiva de que cuida o art. 305 do CComercial, tanto mais quanto é corriqueiro que solidariedade não se presume: ou surge de expressa manifestação dos interessados ou decorre de disposição legal. Tal não ocorre no caso dos autos.

Não se cuida, evidentemente, da hipótese prevista no § 2.º do art. 2.º da CLT, na qual, para os efeitos da relação de emprego, amplia-se o conceito de empregador em benefício dos direitos creditórios do empregado.

As decisões da Justiça do Trabalho, aqui invocadas pelo autor ora apelante, longe de trazerem achegas à sua argumentação, confirmam, ao revés, o que acima afirmamos acerca da responsabilidade solidária; ou decorre da vontade expressa dos interessados ou vem imposta na lei.

Acertada a ponderação do Procurador da Justiça, Dr. Roberto Bernardes Barroso a fls. 208:

"Duas sociedades comerciais não podem manter, entre si, um tipo de relação jurídica que gere uma *sociedade de fato,* posto que, se tal ocorresse, desapareceria a figura da personalidade distinta de cada qual, para reconhecer-se existente um terceiro ente jurídico. Isso é absurdo, *data venia.* As sociedades comerciais podem ter diversos tipos de associação, relação de dependência por controle acionário, submissão a um *holding* etc. Mas, sociedade de fato, entre sociedades que existem *de direito,* parece-nos abstração divorciada das regras do direito comercial".

Rio de Janeiro, 8 de junho de 1982 — Des. Amaro Martins de Almeida, pres. e relator (fls. 214-216).

(Observo que participaram do julgamento unânime os Des. Felisberto Ribeiro e Nelson Ferreira — fls. 213).

4. Nos embargos declaratórios de fls. 218 e 219, o autor-apelante, então embargante, insistiu em que fosse examinado o disposto no art. 305 do CComercial.

E o v. aresto, que os rejeitou, é do teor seguinte:

"Acordam os Juízes que compõem a 2.ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos.

Assim decidem em face do relatório abaixo e pelos motivos a seguir expostos.

Alegando obscuridade na redação do acórdão de fls. 214-216, pretende a embargante seja explicitado se dito aresto sustenta, "que o art. 305 do CComercial *não vigora* em relação às sociedades por ações, isto é, que ainda quando caracterizada a hipótese do referido dispositivo do estatuto mercantil (negociação promíscua, aquisição e pagamento comuns, administração única etc.), entre duas sociedades por ações, tal dispositivo não incide".

Os embargos merecem rejeição.

Os termos do acórdão são claros no sentido da impossibilidade, no caso dos autos, da prosperidade do pedido formulado na inicial, no sentido de ensejar "quer adição à Massa Falida dos bens da segunda suplicada (art. 48 do Dec.-lei 7.661/45), quer a execução direta contra esta, sem os percalços da *par conditio creditorum* falencial", tudo com fundamento no art. 305 do CComercial (fls. 6) e, como assinalado na réplica de fls. 163, no parágrafo único, item I do art. 4.º e art. 5.º do CPC, *recusada,* ali, terminantemente, a aplicação do art. 48 da Lei Falimentar, contraditoriamente depois invocada nas razões da apelação (fls. 188).

O aresto ora embargado bem ou mal (pouco importa no exame deste recurso) considerou, claramente, inviável o pedido do autor nos termos em que foi posto nestes autos. O aresto, tal como foi redigido, não contém dúvidas quanto aos fundamentos ali explicitados, inclusive os relacionados com o art. 305 do CComercial" (fls. 222-224).

5. Vê-se, pois, que o tema do art. 4.º, I, do CPC e 305 do Comercial, ainda que sem indicação explicita do primeiro dispositivo, estiveram presentes à consideração de ambos os julgados (o da apelação e o dos embargos declaratórios).

Aliás, foram eles postos desde a petição inicial (fls. 2-6), renovando-se ao ensejo da interposição daquela (apelação) (fls. 186-192).

Há, por conseguinte, prequestionamento suficiente à admissão do apelo extremo.

6. Diz o art. 4.º, I, do CPC que o interesse do autor pode se limitar à declaração da existência de relação jurídica.

Mas os vv. acórdãos da apelação e dos embargos, ao contrário do que ocorrera na sentença, não negaram ao autor o interesse em obter declaração judicial de existência de uma relação jurídica consistente em sociedade de fato.

O que afirmaram foi a impossibilidade jurídica do pedido, dados os termos em que se deduziu e das circunstâncias específicas da demanda.

O que afirmaram foi a impossibilidade jurídica do pedido de declaração de existência de uma sociedade de fato entre sociedades anônimas (regularmente constituídas), e para efeito de reconhecimento de responsabilidade solidária de ambas pela dívida de uma delas (hoje, aliás, falida) perante o autor.

Na verdade, os julgados, sem fazer invocação expressa do dispositivo, se valeram do contido no inc. VI do art. 267 do CPC, segundo o qual se extingue o processo sem exame do mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica.

Observe-se que, embora sem indicação expressa do dispositivo, os julgados não deixaram de enfrentar essa questão.

O recurso extraordinário deveria portanto, se pretendesse a reforma dos arestos, nesse ponto ter sustentado a negativa de vigência do inc. VI do art. 267 do CPC.

E isso não aconteceu.

7. De qualquer maneira, ao negar a possibilidade jurídica da ação, nem por isso os acórdãos recorridos violaram o disposto no art. 305 do CComercial, que diz:

"Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem qualidade social."

"Desta natureza" — explicita a 2.ª parte do dispositivo — "são especialmente":

"I — Negociação promíscua e comum;

II — Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum;

III — Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública;

IV — Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum;

V — A dissolução da associação como sociedade;

VI — O emprego de pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e papéis comerciais;

VII — O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social;

VIII — O uso de marca comum nas fazendas ou volumes;

IX — O uso de nome com a adição — e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal solidária, como se fossem sócios ostensivos (art. 316)."

8. Com efeito, não disseram os julgados da apelação e dos embargos declaratórios que não se deve presumir a existência de sociedade em qualquer das circunstâncias especificadas.

Assentaram apenas que não é possível declarar judicialmente a existência de uma sociedade de fato integrada por duas sociedades anônimas, regularmente constituídas, sendo uma delas falida, e para o efeito de ambas responderem solidariamente pelas dívidas de uma e outra, inclusive daquela (em quebra) perante o autor.

9. A hipótese, por conseguinte, é por demais específica para se vislumbrar, no desfecho dos arestos locais, pura e simples negativa de vigência do art. 305 do CComercial.

10. A ilustre Procuradora da República, Dra. Iduna E. Weinert, além de outras considerações, lembrou: "o dispositivo dá a entender, que presume, nas circunstâncias especificadas, uma sociedade de fato, entre *pessoas físicas*, pois usa da expressão alguém, empregando a palavra "pessoas" em sentido individual, físico, e não jurídico, coletivo" (fls. 282, item 6).

11. Além disso, afora os fundamentos deduzidos em ambos os julgados (da apelação e dos embargos declaratórios), não se poderiam desprezar outras ponderações, se se tivesse de examinar a causa *sub judice* apenas à luz do mencionado dispositivo do estatuto comercial (art. 305).

Com efeito, seria possível uma sociedade de fato (portanto não regularmente constituída), integrada por sociedades regulares (ou seja regularmente constituídas)?

Mesmo que isso fosse possível, em tese, também o seria em se tratando de sociedades anônimas, cujos acionistas (não diretores ou administradores) só respondem até o limite das ações subscritas ou adquiridas (art. 1.º da Lei 6.404/76), enquanto nas chamadas sociedades de fato, seus integrantes, em tese, respondem solidariamente pelos débitos?

Note-se que integrantes da sociedade de fato seriam, no caso, sociedades anônimas.

E estas poderiam ser responsabilizadas solidariamente, sem que seus acionistas fossem também solidariamente responsáveis?

Se se admitisse a responsabilidade solidária das sociedades anonimas, com as conseqüências disso resultantes, só por integrarem sociedade de fato, estariam inequivocamente burladas as normas da Lei 6.404/76, que é um verdadeiro estatuto das S/A e as regula até quando passam a formar "Grupos de Sociedades" (arts. 265 e ss.).

12. Ponderou, ainda, o parecer do Ministério Público Federal que a interpretação encontrada pelos vv. acórdãos recorridos, mesmo sem aprofundado exame desses temas, não pode ser tida como desarrazoada, a ponto de configurar negativa de vigência do art. 305 do CComercial, disso resultando a incidência da Súmula 400 (fls. 282 e 283, item 9).

13. *Mutatis mutandis*, cabe aqui a invocação de um precedente, que se não guarda identidade, ou mesmo razoável semelhança com a hipótese *sub judice*, revela, ao menos afinidade considerável.

Cuidava-se de fusão irregular (sem registro) de duas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, regularmente constituídas (contratos registrados).

O v. aresto, que teve por relator o eminente Min. Soares Muñoz, assim se resumiu:

"Sociedade comercial. Fusão.

Fusão de duas sociedades comerciais de responsabilidade limitada ajustada em contrato particular não registrada 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 CComercial.

Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE 102.947-SP — 1.ª T., j. 14.8.84 — *RTJ* 111/456).

14. Por todas essas razões e pelo mais que ficou dito no parecer do Ministério Público Federal, meu voto é pelo não conhecimento do recurso, pois não se negou vigência ao art. 4.º, I, do CPC nem ao art. 305 do CComercial, únicos focalizados.

EXTRATO DA ATA — Decisão: Não conheceram do recurso, nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime.

Presidência do Min. Rafael Mayer. Presentes à Sessão os Mins. Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Sydney Sanches e Octavio Gallotti. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

Brasília, 18 de abril de 1986 — *Antônio Carlos de Azevedo Braga,* Secretário.

COMENTÁRIO

O acórdão objeto do presente comentário refere-se à possibilidade de existência de uma sociedade de fato entre duas sociedades anônimas, com fundamento no art. 305 do CComercial, que determina que, neste caso (sociedade de fato), a responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos.

Trata-se de "ação proposta por Zaide Martins contra a massa falida de Rádio e TV Rio S/A e Rádio e TV Difusora Porto-Alegrense visando a declaração de existência de uma outra sociedade de fato integrada pelas duas empresas rés, por isso mesmo solidariamente responsáveis".

Em 1.ª instância, o autor foi julgado carecedor da ação, por lhe faltar legítimo interesse.

A E. 2.ª Câmara Cível do TJRJ negou provimento à apelação, por considerar o pedido juridicamente impossível.

Irresignado, o autor-apelante interpôs recurso extraordinário, que foi julgado pela 1.ª Turma do STF, a qual decidiu pelo não conhecimento do recurso, por entender não ter havido negativa de vigência do art. 4.º, I, do CPC, nem do art. 305 do CComercial.

Antes de analisar o referido julgado, resumiremos os argumentos em que se basearam os Ministros do STF para a fundamentação da sua decisão, a saber:

a) impossibilidade jurídica do pedido de declaração de existência de uma sociedade de fato entre sociedades anônimas (regularmente constituídas), e para efeito de reconhecimento de responsabilidade solidária de ambas pela dívida de uma delas (que estava falida) perante o autor;

b) o art. 305 do CComercial dá a entender que presume, nas circunstâncias especificadas, uma sociedade de fato, entre pessoas físicas, pois usa da expressão "alguém", empregando a palavra "pessoas" em sentido individual, físico e não jurídico, coletivo;

c) as normas da Lei 6.404/76 seriam burladas se se admitisse a responsabilidade solidária das sociedades anônimas.

O art. 305 do CComercial determina: "presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social.

Desta natureza são especialmente: 1.º) negociação promíscua e comum; 2.º) aquisição, alheação, permutação ou pagamento comum; 3.º) se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública; 4.º) se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum; 5.º) a

dissolução da associação como sociedade; 6.º) o emprego do pronome "nós" ou "nosso" nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e mais papéis comerciais; 7.º) o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social; 8.º) o uso de marca comum nas fazendas ou volumes; 9.º) o uso do nome com adição — "e companhia".

A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos".

O artigo acima transcrito disciplina a responsabilidade dos sócios de sociedade comercial de fato, que é aquela que não tem contrato escrito.

Com fundamento no referido artigo passamos a analisar os argumentos mencionados nos itens "a" e "c" supra-referidos, que resumem-se na impossibilidade jurídica da existência de uma sociedade de fato entre sociedades anônimas, bem como o aparente conflito entre a responsabilidade dos sócios definida no art. 305 do CComercial e a limitação de responsabilidade dos acionistas na sociedade anônima.

Uma primeira questão que surge do caso em tela diz respeito à possibilidade de os administradores das duas sociedades anônimas orientarem os seus negócios para a formação de uma sociedade de fato entre elas.

Segundo o disposto no art. 2.º, § 3.º, da Lei 6.404/76, a participação da companhia em outras sociedades é facultada como meio de realizar o objeto social.

No que concerne aos poderes dos administradores, portanto, a decisão de formar uma sociedade de fato entre duas companhias, na medida em que contribua para a consecução do objeto social, não implica em excesso de poderes dos administradores.

O que a lei acionária proíbe é a prática de liberalidade à custa da companhia.

O Prof. Comparato — ao examinar a licitude da participação de sociedades de capitais em sociedades de pessoas — afirma que "o ingresso em sociedade mercantil não é, de forma alguma, confundível com um ato de liberalidade à custa da companhia. Esta última assume, com a condição de sócia, não apenas deveres, ônus ou responsabilidades; mas, também, direitos, poderes e faculdades. Não há, em tese, empobrecimento do patrimônio social, mas ato de comércio com intuito lucrativo" (*Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial,* Rio, Forense, 1981, p. 286).

Pode-se aplicar o mesmo raciocínio à formação de uma sociedade de fato por duas companhias, não havendo, em princípio, liberalidade à custa das companhias.

Desse modo, diferentemente do que entendeu a Suprema Corte, não vemos impossibilidade jurídica na existência de sociedade de fato entre sociedades anônimas.

Passamos, agora, a examinar o aparente conflito entre a responsabilidade solidária dos sócios definida no art. 305 do CComercial e a limitação de responsabilidade dos acionistas na sociedade anônima.

Aqui aplica-se, também, a lição do Prof. Comparato, que ensina:

"Tampouco impede a constituição de sociedade de pessoas com sociedades de capitais a suposta incompatibilidade entre o regime da responsabilidade limitada de um tipo societário e o de ilimitação de responsabilidade do outro.

Tem inteira aplicação, entre nós, a observação da doutrina italiana, segundo a qual essa objeção procede de uma lamentável confusão entre responsabilidade