

SOCIEDADES DE FATO E IRREGULARES: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CRITÉRIOS DIFERENCIADORES

De facto and irregular partnerships: Historical evolution and differentiating criteria

Alexandre Bueno Cateb¹

Otávio De Paoli Balbino²

Resumo	Abstract
As sociedades de fato e as sociedades irregulares não foram tratadas expressamente pelo Código Comercial de 1850, nem mesmo pelo Código Civil de 1916 e muito menos pelo Código Civil de 2002. Na inexistência de previsão legal específica quanto à matéria, sua distinção e classificação ficavam a cargo dos doutrinadores que, na maioria das vezes, não se entendiam, posicionando-se de maneiras absolutamente distintas. Alguns entendiam ser possível classificar as sociedades de fato como aquelas que não possuíam contrato social. Por sua vez, as irregulares seriam aquelas que, embora possuísem contrato social, não o levavam a registro. Fato é, que nenhuma das duas sociedades possuíam personalidade jurídica e, por este motivo, a maioria dos autores afirmavam que os efeitos de ser uma ou outra considerada, seria exatamente o mesmo e, ainda, que a sociedade em comum do Código de 2002 seria sua sucessora. Não obstante existirem entendimentos contrários, não se nega que elas não possuam personalidade jurídica. Entretanto, sua compreensão não deve estar adstrita a, tão somente, verificar a existência ou não de personalidade jurídica. Na realidade, é necessário observar o direito de ação dos sócios e a prova da existência das sociedades; critérios mais seguros na tentativa de compreender os institutos de maneira sistemática.	The 1850 Commercial Code, the 1916 Civil Code and the 2002 Civil Code do not deal with two categories of partnership; the de facto type, where there is no legal contract establishing its existence and the second where, although it has been established by legal contract, it is not in compliance with the legal requirement for registration. In the absence of legal provisions in such cases, the responsibility for their identification and classification has fallen to experts who, in the majority of cases took up completely different positions. Some experts held that de facto partnerships can be classified as those which have not been established by legal contract while irregular companies were those which had been established by legal contract but had not fulfilled legal requirements for registration. In both cases, neither type exists in law and, consequently, the majority of authors hold that the effects of being of one or the other type are identical. In addition they also state that the category of “common partnership” found in the 2002 Code covers both types. In spite of the fact that there are contradictory interpretations, the fact that both exist in law is not denied. However, interpretations should not be limited to only deciding whether or not a partnership exists in law. In practice, it is necessary to recognize the partners’ right to take legal action and the proof that these partnerships exist. These are more reliable criteria for a systematic understanding of these institutions.
Palavras-chave: Critérios Diferenciadores. Sociedades de Fato; Sociedades Irregulares	Key Words: Differentiating Criteria. Irregular and De Facto Partnerships

¹Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos cursos de Graduação, especialização e mestrado em Direito Empresarial das Faculdades de Direito Milton Campos. Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE. Presidente da Associação Mineira de Direito e Economia – AMDE. Coordenador de projetos de pesquisa envolvendo Análise Econômica do Direto e Direito Empresarial. cateb@abde.com.br

²Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos quando, então, passou a exercer a advocacia no Osmar Brina Corrêa-Lima Advogados. opaoli@hotmail.com

1 Introdução

O Código Comercial Brasileiro não tratava das sociedades comerciais irregulares ou de fato, deixando para a doutrina a responsabilidade pela elaboração dos conceitos, efeitos e repercussões de ambas no mundo empresarial.

Enquanto o art. 300 do Código Comercial prescrevia que o contrato de qualquer sociedade comercial deveria ser provado por escritura pública ou particular, o art. 301 afirmava que, enquanto não registrado, o instrumento não teria validade entre sócios nem contra terceiros, o que levou vários doutrinadores clássicos a entenderem que a sociedade sem contrato social seria inexistente, enquanto outros entendiam ser hipótese de nulidade. Por sua vez, o art. 304, visando a proteger terceiros, afirmou que estes não precisariam apresentar contrato social escrito para ajuizar ação contra a sociedade em comum ou contra os sócios individualmente.

Por não tratar a matéria de maneira mais assertiva, o referido diploma legal causou confusão entre os doutrinadores, que se dividiam em posicionamentos diametralmente opostos. Alguns entendiam sinônimas as expressões “de fato” e “irregular”, outros as diferenciavam na teoria, mas afirmavam que o efeito prático de assim serem consideradas as sociedades seria o mesmo.

Igualmente tormentosa era a tarefa de identificar a existência ou não de personalidade jurídica nestas situações, quando também se dividiam os autores.

O Código Civil de 1916, em seu art. 16, incluiu as sociedades mercantis no rol das pessoas jurídicas de direito privado, mantendo, contudo, o regramento especial das sociedades comerciais, dispondo que estas continuariam regidas pelas leis comerciais, o que fomentou as discussões acerca da existência ou não de personalidade jurídica para estas sociedades.

Tais fatos levaram os doutrinadores clássicos a tentar formular seus conceitos de sociedades de fato e irregulares com base dois critérios diferenciadores: a) a prova da existência da sociedade e; b) serem elas dotadas, ou não, de personalidade jurídica.

O Código Civil de 2002, igualmente, não tratou especificamente das sociedades de fato e irregulares. Criou Subtítulo específico para as sociedades não personificadas e nelas inseriu o Capítulo das sociedades em comum, evidenciando a intenção do legislador de demonstrar que estas não possuem personalidade jurídica. Elevou, por meio do art. 986, o ato de registrar os atos constitutivos das sociedades, a patamar garantidor de personalidade jurídica, prescrevendo consequências não desejadas para aqueles que assim não procedam (v.g., art. 990). Estas prescrições levaram os doutrinadores atuais a afirmarem que as antigas figuras das sociedades de fato e irregulares foram substituídas pelas “sociedades em comum”, com ela se confundindo.

Fato é que não inovou o Código de 2002 ao prever a figura da sociedade em comum, tendo em vista que a expressão “em comum” já era tratada no art. 304 do Código Comercial, ainda que com sentido diverso. Entretanto, isso não impediu que novas luzes fossem lançadas à discussão, sendo objeto de estudos inclusive pelo Conselho da Justiça Federal, que elaborou Enunciados ao novel Código Civil, visando a esclarecer questões controversas.

Ademais, restou lacunosa a hipótese formulada por Fran Martins, que diz respeito ao não cumprimento de preceitos legais posteriormente ao registro regular da sociedade. Portanto, justifica-se incursão criteriosa objetivando concluir quais os critérios diferenciadores entre as sociedades irregulares e de fato e, ainda, se estas realmente fundiram-se na figura da sociedade em comum da nova codificação.

2 Código Comercial, Código Civil de 1916 e Doutrina Clássica

O escopo do Registro do Comércio sempre foi garantir publicidade aos atos registrados, chegando, Waldemar Ferreira (FERREIRA, 1960, p. 427), a afirmar que “*muito mais que o segredo, a publicidade é a alma do negócio*”.

Assim, o legislador do Código Comercial de 1850 cuidou de garantir a publicidade ao máximo. Previu, no art. 300, que o contrato social só poderia ser provado por

139

escritura pública ou particular. Entretanto, para a hipótese de a sociedade não contar com instrumento público, prescreveu-se inúmeras consequências indesejadas.

Inicialmente, o art. 301 nos remetia à idéia de que, enquanto não registrado, o contrato social não teria validade entre os sócios nem contra terceiros e, também, que estes teriam direito de ação contra os sócios solidariamente.

O art. 303 determinou que a existência da sociedade deveria ser comprovada, mediante instrumento (contrato social) para possibilitar que os sócios ajuizassem ação uns contra os outros ou contra terceiros.

Entretanto, conforme art. 304, terceiros poderiam intentar ação, contra a sociedade em comum, ou contra os sócios em particular, sem a necessidade de apresentarem o contrato da sociedade a ser demandada e, também, que poderiam provar sua existência por qualquer forma, colacionando, inclusive, no art. 305, rol de situações que fariam presumir a existência da sociedade.

O Código Comercial não cuidou, no entanto, de afirmar ou negar a existência de personalidade jurídica para as sociedades mercantis, focando, essencialmente, na prova de sua existência e no direito de ação para cada situação.

A matéria foi pioneiramente tratada no Código de 1916 que, apesar de não versar eminentemente sobre matéria comercial, incluiu as sociedades mercantis no rol das pessoas jurídicas de direito privado, ao lado das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, associações, fundações e partidos políticos. Manteve, contudo, o regramento especial das sociedades comerciais, dispondo que estas continuariam regidas pelas leis comerciais.

Adiante, no art. 18, estabeleceu que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se iniciaria com a inscrição de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no registro peculiar ou com autorização governamental, quando necessária.

140

A partir destes dispositivos, os autores clássicos, que escreveram ainda na vigência do Código de 1850 e do Código Civil de 1916, elaboraram seus conceitos de sociedades de fato e irregular, entretanto, não havia consenso quanto ao tema.

Para Carvalho de Mendonça (MENDONÇA, 1958, p. 130), sociedades irregulares seriam aquelas que *“funcionam durante certo tempo sem o cumprimento das solenidades legais da constituição, registro e publicidade”*.

Por outro lado, as de fato seriam as que *“afetadas por vícios que a inquinam de nulidade, são fulminadas com o decreto de morte (...) apesar disso, funcionou, viveu, contratou, tomou lugar no mundo dos negócios”*.

Entendia que as sociedades irregulares eram dotadas de personalidade jurídica. Para ele (MENDONÇA, 1958, p. 132), personalidade jurídica seria a *“capacidade para ter direitos patrimoniais”* e, por inteligência do art. 305 do Código Comercial de 1850, mesmo irregulares, as sociedades seriam dela dotadas. Destaca entendimento contrário de Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho, que sustentam se tratarem, as irregulares, de *“comunhão de bens ou de interesses”*, posicionamento que o autor considera equivocado.

Sustentando entendimento oposto, Waldemar Ferreira (FERREIRA, 1960, p. 179) acreditava que as sociedades de fato seriam aquelas que davam início às suas atividades sem, contudo, reduzir a escrito seu ajuste, ou seja, aquelas exercidas mediante contrato verbal. Afirmava que *“a sociedade, assim constituída, vive, funciona e prospera. Mas vive de fato. Como sociedade de fato se considera”*. Por outro lado, as irregulares seriam aquelas constituídas por escrito, ou seja, possuíam contrato social, mas não o registrava e, assim, por não constituir-se mediante os preceitos legais, eram chamadas irregulares. Nesta escritura particular estariam previstos os direitos, ônus e obrigações sociais, porém, enquanto seus atos

constitutivos ou alterações não fossem arquivados no Registro de Comércio, funcionariam irregularmente.

Waldemar Ferreira (FERREIRA, 1960, p. 179) acreditava não haver distinção prática entre ambas, embora fosse possível diferenciá-las na teoria. Por vezes, quando a elas

141

se referia, falava em “*sociedade irregular ou de fato*”, em claro sinal de que as entendia iguais. Colacionava o argumento de que:

“No comum, entretanto, mal se distingue a sociedade de fato da irregular. Confundem-se elas na sinonímia das duas expressões. De uma ou de outra se diz sociedade de fato ou irregular. Essa sociedade, quer por ausência de contrato escrito, quer por falta de arquivamento, no Registro do Comércio, é nula. Não a declarou nula, expressamente, o Código Comercial. Nem a uma. Nem a outra. Lançou todavia, no art. 300, a regra fundamental de que o contrato de qualquer sociedade só se pode provar por escritura pública ou particular”.

Afirmava que, apesar de comprovar a existência da sociedade, o contrato escrito, por força do art. 301 do Código Comercial, não teria validade entre sócios nem contra terceiros enquanto não registrado. Para ele, contrato sem validade equivaleria a contrato inexistente. Com isso, acreditava, embora o Código Comercial não tivesse expressamente afirmado, que ambas as sociedades se equivaleriam e seriam nulas. Entretanto, mesmo que não se possuísse contrato, gerariam direitos e obrigações e, por isso, terceiros teriam direito de ação contra os sócios solidariamente ou contra a sociedade em comum.

Quanto à personalidade jurídica dessas sociedades, Waldemar Ferreira (FERREIRA, 1960, p. 196) era taxativo. Invocando o art. 18 do Código de 1916, afirmava

que “*da só constituição ou existência de fato da sociedade mercantil, destarte, não lhe resulta a personalidade jurídica*” sendo, portanto, patrimônio em comum dos sócios. Concluiu no mesmo sentido que Carvalho de Mendonça em relação aos credores, pois as sociedades irregulares e de fato não se diferenciariam perante estes, respondendo os sócios (do patrimônio ou sociedade em comum) solidária e ilimitadamente pelas obrigações

142

contraídas. É, portanto, o primeiro autor nacional a chamar as sociedades não personificadas de *sociedades em comum*, possivelmente por influência do art. 304, que utilizou tal expressão.

Eunápio Borges (BORGES, 1959, p. 40) criticava a distinção feita por Waldemar Ferreira e Carvalho de Mendonça. Para ele “*a verdade é que não se encontra em nosso direito nenhum fundamento para as distinções preconizadas*”.

Entendia que as sociedades irregulares seriam aquelas que se “*contratam verbalmente ou as que, embora contratadas por escrito, não arquivaram o respectivo ato constitutivo no Registro do Comércio*”. Acreditava que as expressões “de fato” e “irregular” seriam sinônimas.

Concluiu o mestre mineiro (BORGES, 1959, p. 40), que a sociedade irregular “*existe, não apenas de fato, mas juridicamente*” e que, portanto, “*são elas pessoas jurídicas*”.

Fran Martins (MARTINS, 1991, p 222), por outro lado, sustentava haver equívoco recorrente entre os doutrinadores: entendiam sinônimas, na prática, as sociedades de fato e irregulares. Sustentava, até a 4ª edição de seu Curso, que seriam de fato as sociedades que “*existem eivadas de nulidades, apresentando-se ao público como se fosse sociedades sem, entretanto, possuírem as formalidades dessas*”. Por outro lado, as sociedades irregulares seriam aquelas que “*se constituem dentro das prescrições legais mas que deixam de cumprir as obrigações impostas por lei, embora conservem a personalidade*”.

No que tange à personificação das sociedades irregulares e de fato, Fran Martins (MARTINS, 1991, p 232) foi adepto da posição de Waldemar Ferreira até a 4ª edição de seu curso. Fundamentava seu posicionamento afirmando que:

“A lei reconhece, evidentemente, a existência dessas sociedades, já que a admite a sua prova mesmo por presunção, mas a condição essencial para que a pessoa jurídica tenha existência legal é o

143

arquivamento dos atos constitutivos das mesmas no Registro de Comércio ou no registro competente, em se tratando de uma sociedade civil. As sociedades de fato não possuem os seus atos constitutivos arquivados, donde logicamente não poderem ser consideradas pessoas jurídicas. As ações que terceiros moverem a essas sociedades serão, na realidade, movidas contra os seus sócios, e não contra entidades separadas dos mesmos, pois essas entidades só tem vida legal com o arquivamento dos atos que a formarem no registro comercial”.

Assim, a evolução histórica da compreensão das sociedades de fato e irregulares, conforme posicionamento dos clássicos, poderia ser traçada da seguinte maneira:

J. X. Carvalho de Mendonça, em 1932, sustentava que: a) Sociedades irregulares seriam aquelas que funcionariam sem cumprimento das disposições legais de constituição, registro de publicidade; b) Sociedades de fato seriam aquelas eivadas de vícios que acabavam com sua vida, mas que existiam de fato enquanto admitidas e; c) As sociedades irregulares possuíam personalidade jurídica, pois esta se confundia com capacidade de ter direitos patrimoniais;

Waldemar Ferreira, em 1958, por outro lado, afirmava que: a) Sociedades irregulares seriam aquelas organizadas mediante contrato social mas que não o registrava. Afirma que, na prática, se confundia com as de fato, pois seu contrato escrito, conforme art. 301 do Código Comercial, não era válido e, portanto, equivalia a contrato inexistente; b) Já as

de fato, seriam aquelas exercidas mediante contrato verbal e; c) Por fim, nenhuma das duas sociedades possuíam personalidade jurídica;

Eunápio Borges, em 1959, por sua vez, acreditava que: a) Sociedades irregulares e de fato seriam expressões sinônimas, que designariam hipótese em que se contratam

144

verbalmente ou, quando existe contrato social, o mesmo não é registrado e; b) Acredita que seriam pessoas jurídicas as sociedades irregulares (ou de fato, por consequência);

Fran Martins, em 1973, finalizando, sustentava que: a) Sociedades irregulares seriam as que se constituíssem dentro dos preceitos legais, mas que deixassem de cumprir obrigações impostas por Lei e, por isso, se tornariam irregulares; b) Por outro lado, as sociedades de fato não possuiriam qualquer formalidade, mas se apresentariam ao público como se fossem sociedades regulares e; c) Da mesma maneira que Waldemar Ferreira, sustentava que nenhuma das sociedades possuíam personalidade jurídica.

A partir desta sumarização, podemos perceber a grande diferença de pensamento entre os clássicos, justamente em razão de não haver tratamento legal específico para as Sociedades de Fato e Irregulares. Portanto, a distinção ficou a cargo dos doutrinadores, cujos posicionamentos, inúmeras vezes, colidiam frontalmente.

Desta forma, não restou claro, seja pela Lei, seja pela doutrina, o que seriam as Sociedades de Fato e Irregulares já que ora eram consideradas expressões sinônimas e, em outras oportunidades, eram tratadas como figuras distintas, em especial no que tange à personificação.

3 Sociedades Irregulares e de Fato no Código Civil de 2002

Inicialmente, importante esclarecer que sociedades regulares são aquelas que nascem e vivem em total conformidade com os preceitos legais, ou seja, elaboram contrato

social escrito e o levam a arquivamento. Ocorrendo alguma situação fática que o altere, procedem ao registro da alteração nos termos do art. 999 do Código Civil. Ainda, são elas dotadas de personalidade jurídica por cumprir o preceito esculpido no art. 985.

Identificar as sociedades irregulares nem sempre é tão fácil quanto identificar as regulares. Da mesma maneira que fez o Código Comercial, o Código Civil de 2002 não mencionou as expressões “sociedade irregular” ou “sociedade de fato” em seu texto. Não se

145

sabe ao certo a intenção do legislador ao ocultá-las. Portanto, da mesma forma que na legislação anterior, hodiernamente, a compreensão destes institutos somente é possível a partir dos efeitos e prescrições colacionados no Código, principalmente, no Capítulo referente às sociedades em comum.

A expressão “sociedade em comum” não é nova em nosso ordenamento já que o Código de 1850 utilizou a mesma terminologia, no art. 304, para demonstrar a possibilidade de terceiros demandarem contra a sociedade que era de propriedade comum dos sócios. No novo Código, a matéria é tratada nos arts. 986 a 990, portanto, em capítulo específico e com regras próprias, o que levou alguns autores a sustentarem estar-se diante de novo tipo societário.

As características que mais se destacam nas sociedades em comum são: a) serem não personificadas (art. 985 c/c 986), e; b) responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais (art. 990).

Alguns autores, como José Edwaldo Tavares Borba (BORBA, 2007, p. 73), já na vigência do novo Código, que “*as expressões sociedade irregular e sociedade de fato, após algumas controvérsias, são hoje consideradas sinônimas, servindo para designar qualquer sociedade a que falte, quer o instrumento escrito, quer a inscrição desse instrumento*”. Para ele, a nova regulamentação da sociedade irregular é basicamente a mesma da legislação anterior. Colaciona (BORBA, 2007, p. 74) a surpreendente conclusão:

As sociedades em comum ou irregulares são sociedades e, como tal, embora rotuladas pelo Código como sociedades não personalizadas, têm personalidade jurídica, tanto que terceiros podem, de qualquer modo, provar a sua existência (art. 987 do Código Civil). Ora, se a sociedade existe, deste fato resulta, como consequência, a personalidade jurídica, que é inerente a todas as sociedades (art. 44, II, do Código Civil).

146

O insigne jurista confere personalidade a quem o art. 985 do Código Civil não atribui. O simples fato de a sociedade existir, ou o fato de terceiros poderem provar sua existência por qualquer meio, não lhe garante personalidade jurídica. O Capítulo “Da Sociedade em Comum” no Subtítulo das sociedades não personificadas é ainda mais evidente, pois reconhece a existência de sociedades que ainda não se registraram, lhes garantindo tratamento específico. Portanto, prova de existência da sociedade não pode ser confundida com existência ou não de personalidade jurídica.

A doutrina atual, verificando a inexistência de reconhecimento legal expresso das sociedades de fato e irregulares, sentiu necessidade de enquadrar as vetustas figuras em algum instituto existente. Sendo a sociedade em comum o instituto que a elas mais se assemelha, em razão de não ser dotada de personalidade jurídica, passou a ser considerada sucessora de ambas as figuras, com elas se confundindo.

Ricardo Negrão (NEGRÃO, 2008, p 309) afirma que *“A expressão “sociedade em comum” nada mais é do que a sociedade cujos atos constitutivos ainda não foram inscritos em um dos órgãos do Registro Público, que a doutrina anterior tratava sob as rubricas “sociedade irregular” e “de fato”.*

Entre os autores modernos, a matéria mereceu estudo criterioso de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (GONÇALVES NETO, 2007, p 136), que utiliza o art. 987 como

fundamento para afirmar que a sociedade em comum abarba as sociedades irregulares e de fato:

A partir do art. 987 pode-se dizer que a sociedade em comum insuscetível de comprovação escrita é uma sociedade de fato, que se caracteriza pela circunstância de os sócios não terem como invocar as relações jurídicas que possam ter ajustado entre si ou com terceiro.

Dela diferencia-se a sociedade irregular, também sociedade em comum, porque sem registro, em que há prova escrita de sua

147

existência (contrato ou qualquer outro documento que revele o ajuste), que faculta aos sócios invocar as relações jurídicas documentadas entre si ou havidas com terceiro.

Ricardo Negrão e Gonçalves Neto parecem em sintonia com o **Enunciado 58³** do Conselho da Justiça Federal, onde restou assentado entendimento de que a atual sociedade em comum compreende as vetustas figuras das sociedades de fato e irregular, cujo fundamento está, aparentemente, no fato de ambas serem desprovidas de personalidade jurídica, suporte sobre o qual realmente é possível afirmar que elas são modalidades de sociedade em comum. Entretanto, utilizando-se do conceito de Gonçalves Neto, é possível concluir tênue distinção entre as sociedades irregulares e de fato.

À ausência de contrato social escrito, considerar-se-á sociedade de fato. Nesse caso, a sociedade se constitui nos termos do art. 981, ou seja, os sócios se obrigam a contribuir para a atividade desenvolvida e partilham entre si os resultados, entretanto, mediante ajuste informal (sem forma escrita). É a ausência de formalidades entre as partes.

3

Enunciado 58 do CJF: Art. 986 e seguintes: a sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular.

Por sua vez, a sociedade irregular é aquela possui contrato social escrito, entretanto, passados os trinta dias a que se refere o art. 998, não o arquiva. Portanto, incide na hipótese legal, passando a ser regida pelas regras das sociedades em comum. Também neste caso, por força do art. 985, a sociedade não adquire personalidade jurídica.

O fato de as sociedades irregulares e de fato terem sido consideradas pela doutrina como em comum, ocorreu em virtude de, tanto na hipótese de ausência de contrato social, quanto na hipótese de ausência de registro do contrato social, o efeito ser basicamente o mesmo, ou seja, aplicabilidade das regras das sociedades em comum (art. 986) em razão da inexistência de personalidade jurídica.

148

4 Critérios Diferenciadores

O art. 300 do Código Comercial prescrevia que o contrato de qualquer sociedade só poderia ser provado por escritura pública ou particular, salvo: a) quando se tratar de sociedades em conta de participação (art. 325); ou b) quando terceiro pretendesse demandar sociedade em que os sócios não apresentassem contrato social (art. 304).

Por sua vez, o art. 301, parte final, afirmava que o instrumento do contrato social não teria validade entre os sócios nem contra terceiros se não fosse registrado. Entretanto, serviria de suporte para que terceiros ajuizassem ação contra todos os sócios solidariamente.

Complementando, o art. 303 prescrevia que nenhuma ação entre os sócios ou destes contra terceiros, quando fundarem sua pretensão na existência da sociedade, seria admitida em juízo quando desacompanhada de instrumento comprobatório da existência da sociedade.

O art. 304, primeira parte, afirmava que terceiros não precisariam provar a existência da sociedade em comum mediante apresentação de seu instrumento para que fosse possível demandá-la, ou seus sócios. Era assim já que escopo do registro sempre foi garantir publicidade aos autos e, inexistindo registro, não seria lícito prejudicar direitos de terceiros.

Já na segunda parte do art. 304, o intuito do legislador foi proteger os terceiros que contrataram com a sociedade, que poderiam comprovar a existência da sociedade por todos os meios de prova admitidos em direito caso os sócios da sociedade irregular no apresentassem o instrumento em juízo.

A existência da sociedade irregular, no Código de 1850, poderia fundamentar ação entre sócios ou dos sócios contra terceiros, desde que restasse comprovada a existência da sociedade por meio do seu instrumento particular (já que, se o instrumento fosse público, ela seria regular) com base no art. 303. Destaque-se aparente contradição entre o referido dispositivo e o art. 301, por afirmar que, enquanto não registrado, o contrato social não terá

149

validade entre sócios nem contra terceiros, fundamento de infundáveis discussões doutrinárias e entendimentos conflitantes.

Portanto, o Código Comercial apontava efeitos diversos para as hipóteses: a) em que a sociedade em comum possuía instrumento particular a comprovar sua existência (sociedade irregular) e; b) quando a sociedade não possuía nenhum instrumento que permitisse auferir sua existência (sociedade de fato).

Na segunda hipótese, a prova da existência da sociedade de fato só aproveitava a terceiros. Os sócios não poderiam intentar ação uns contra os outros ou contra terceiros com base em fatos, presunções (art. 305) ou documentos.

Desta forma, levando-se em consideração que as sociedades de fato seriam as que não possuíam nenhum instrumento que lhe comprovasse a existência e que, irregulares seriam as sociedades que possuíssem instrumento particular, note-se que, embora o efeito prático de ser considerado uma ou outra não era exatamente o mesmo, mormente no que tange à prova da existência.

É possível concluir, portanto, que na prova da existência da sociedade estava o grande critério diferenciador entre sociedades de fato e irregulares, já que a personalidade jurídica só era adquirida com o registro próprio dos atos constitutivos.

De maneira sintética, é possível afirmar que a prova das sociedades de fato aproveitava somente aos terceiros; não poderiam os sócios comprová-la por qualquer meio, ainda que escrito. Já as sociedades irregulares eram comprovadas mediante instrumento particular, embora não registrado.

É possível, ainda, tecer comentários acerca de outro critério diferenciador, qual seja, a possibilidade de demandar. O art. 303 permitiu que, na presença de instrumento particular que comprovasse a existência da sociedade, os sócios da sociedade irregular pudessem demandar entre si e contra terceiros. Conseqüentemente, ante a inexistência de instrumento, ao contrário, não seria facultado aos sócios demandar entre si ou contra terceiros com fundamento na existência da sociedade.

150

Desta forma, no Código Comercial, era possível distinguir as sociedades de fato das irregulares mediante utilização de dois critérios, que decorriam da existência ou não de instrumento particular: a) possibilidade que os sócios tinham ou não de demandar entre si e contra terceiros; b) prova da existência da sociedade.

Contrapondo-se ao Código Comercial estão os critérios diferenciadores presentes no novel Código Civil. Existe certa semelhança entre o art. 303 do Código Comercial e o art. 987 do Código Civil de 2002, inserido no capítulo das sociedades em comum. Segundo ele, os sócios, nas relações entre si ou perante terceiros, só podem provar a existência da sociedade por escrito, mas terceiros podem prová-la de qualquer meio. Portanto, a grande diferença está na utilização da expressão “somente por escrito”, diferentemente de “instrumento probatório”.

Desta forma, os sócios da sociedade de fato no Código Civil de 2002 poderão provar sua existência por qualquer meio de prova, desde que seja escrita (sendo possível, inclusive tomar como rol exemplificativo o art. 305 do Código Comercial que, embora revogado, ainda serve de parâmetro), enquanto a irregular somente poderá ser provada mediante contrato social escrito, embora não arquivado.

Portanto, diferença entre ser considerada de fato e irregular na acepção clássica de que a primeira não possui contrato social, enquanto a segunda o possui, embora não

registrado. É que, havendo contrato social escrito, os sócios encontram-se resguardados entre si, podendo invocar a existência de sociedade para dirimir disputas que surjam desta relação jurídica, tanto em 1850 quanto em 2002. Ao contrário, nas sociedades de fato do Código Comercial, sua prova só é admitida quando aproveita a terceiros. Já nas sociedades de fato do Código Civil de 2002, admite-se comprovação por documentos escritos, o que não torna menos penoso fazer prova do acerto entre eles, de suas responsabilidades e direitos. Evidente que, documentos escritos e contrato social não registrado, por serem documentos particulares, não produzem efeitos perante terceiros. Entretanto, é impossível negar sua eficácia entre os estipulantes. Eis a grande distinção entre a prova das sociedades de fato no Código Civil de 2002 e no Código Comercial.

151

Ademais, o Código Civil de 2002 parece ter seguido a mesma linha do Código Comercial e do Código Civil de 1916, na medida em que também vincula a aquisição de personalidade jurídica ao registro dos atos constitutivos.

Portanto, a princípio, a personificação não parece ser a melhor opção para diferenciar as sociedades de fato das irregulares já que nenhuma delas é dotada de personalidade jurídica.

Neste contexto, importante destacar que, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, o fato de Fran Martins alterar sua compreensão a respeito das sociedades de fato e irregulares a partir da 5ª edição de seu Curso, reacendeu as luzes sobre a discussão.

Ao invés de sustentar posicionamento equivalente ao de Waldemar Ferreira, passou (MARTINS, 1991, p. 262) a entender que, *“quer a sociedade tenha os atos constitutivos e não arquivados, quer resulte apenas de uma atividade comercial em comum, com ânimo societário”*, seria ela de fato. Nestas duas hipóteses, sequer possuiriam personalidade jurídica, pois não tiveram seus atos constitutivos inscritos no Registro do Comércio. Já no caso em que ela *“se organiza legalmente, arquivando os seus atos constitutivos no Registro do Comércio, mas, posteriormente, pratica atos que desnaturam o tipo social”*, seria, então, irregular.

Segundo ele, exemplo de irregularidade seria uma sociedade em comandita simples por prazo determinado que seja ultrapassado, sem, contudo, renovar o contrato social, continuando suas atividades. Também seria o caso de outra sociedade qualquer que funcione sem cumprir obrigações impostas pela lei, como possuir livros obrigatórios ou não levantar balanço anual. Em tais hipóteses, os sócios perderiam a limitação de responsabilidade que eventualmente existisse e passariam a responder ilimitadamente.

Analisando o projeto do que se tornaria o Código Civil de 2002, afirma (MARTINS, 1991, p. 263) que a sociedade de fato “*não chegou a possuir personalidade jurídica, por não ter arquivado os seus documentos constitutivos no Registro do Comércio (...). O Projeto de Código Civil parece apoiar esse nosso ponto de vista (arts. 1.023 e segs.)*”.

152

Note-se que o autor cearense passou a denominar as vetustas figuras das sociedades irregulares e de fato como apenas sociedade de fato, pois se assemelhavam nos seguintes aspectos: a) não possuíam contrato social registrado e; b) não possuíam personalidade jurídica. Afirmava, ainda, que a existência ou não de contrato escrito seria apenas meio de prova bastante entre os sócios, nenhum reflexo tendo em relação a terceiros, pois seria documento particular, fazendo lei apenas entre as partes nele envolvidas. Por outro lado, formulou novo conceito de irregularidade.

Embora sustentável, contrapõe-se ao raciocínio de Fran Martins o fato de não haver previsão legal específica que lhe dê fundamento, tanto no Código Comercial, quanto no Código de 2002, salvo aplicação analógica do art. 986 c/c 999, parágrafo único. Entretanto, não será objeto do presente estudo analisar a viabilidade ou não do posicionamento de Fran Martins já que o objetivo de mencioná-lo é outro.

Na realidade, ao sustentar posicionamento diverso de Waldemar Ferreira, Fran Martins (MARTINS, 1991, p. 263) chama a atenção para consequência prática de muita importância na distinção entre sociedades de fato e irregulares, quando entendidas segundo seu conceito: as primeiras não teriam personalidade jurídica por nunca a terem adquirido, enquanto as segundas, ao contrário, seriam dela dotadas já que só se perderia a personalidade mediante extinção da sociedade.

Importante apresentar essa reflexão, pois, a partir dela, é possível concluir que Fran Martins inaugurou novo paradigma no que tange à compreensão da distinção entre as sociedades de fato e irregulares.

Portanto, admitindo-se como verdadeiras as premissas de Fran Martins, é possível colacionar outro critério diferenciador entre as irregulares e de fato: esta jamais possuiria personalidade jurídica, enquanto aquela, após ter adquirido com o registro válido, mesmo deixando de cumprir algum preceito legal, mantém inalterada sua personalidade. Corroborando este fato, prescreve o art. 51 do novel Código Civil, que a extinção das pessoas jurídicas se dá mediante procedimento próprio composto por três fases: a) dissolução; b) liquidação e; c) partilha.

153

Portanto, de maneira sintética, é possível concluir que, no Código Civil de 2002, existe a possibilidade de distinguir as sociedades de fato das irregulares mediante utilização de dois critérios: a) prova da existência da sociedade; e b) quanto à personalidade jurídica, se admitidas as premissas de Fran Martins.

5 Conclusão

Ante o que foi exposto, embora às sociedades de fato e irregulares no Código de 2002 sejam aplicadas as regras das sociedades em comum, é possível tecer comentários a respeito de suas tênues distinções, também existentes ao tempo do Código Comercial.

Não se nega que a sociedade em comum possa ser considerada sucessora dos referidos tipos. Também não se nega que, para terceiros, pouca distinção prática existe entre os institutos. Entretanto, para os sócios de uma ou de outra, há grande diferença no que tange à prova da existência da sociedade e, principalmente, no que toca à comprovação do acerto entre eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Vol. I. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

SOCIEDADES DE FATO E IRREGULARES: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CRITÉRIOS DIFERENCIADORES

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1961.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos Artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. III. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Artigo recebido em 30 de maio de 2010 e aceito em 09 de novembro de 2010.