

ESTUDOS DE DIREITO SOCIETÁRIO

Társis Nametala Sarlo Jorge

Procurador Federal de Primeira Categoria da Advocacia Geral da União

Doutorando em Direito pela UERJ

Professor e Coordenador do LLM em Direito do Ibmecc/RJ

Professor da UERJ

Coordenador do Instituto Sarlo de Direito

PRIMEIRO ESTUDO: SOCIEDADES DE FATO, CONTRATO SOCIETÁRIO, PESSOA JURÍDICA SOCIETÁRIA, CONTRATO SOCIAL E PACTO DE QUOTISTAS

Coração Alado

Eis que trago em mim um indizível peso,
Como uma pena que não encontra termo.
Trago metade do meu coração enfermo,
Enquanto na outra metade ele é indefeso.

Olhava a lua e me parecia então a derradeira,
Fonte de esperanças de rever a tua bela face,
Mas agora nem me engana mais este disfarce,
A lua agora é uma macilenta e pálida caveira.

E do peito o meu coração quase que se arranca,
Como um pássaro de duas tão estranhas asas,
E o mal que me causa não me traz sossego.

De um lado a asa alva de uma pomba branca,
No meio um corpo desfeito em cinza e brasa,
E do outro a asa negra de um feroz morcego.

INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

O tema que passamos ora a desenvolver é resultado da junção de das vertentes que a princípio poder-se-iam entremostrear-se absolutamente divergentes, tanto no que toca à sua abordagem teórica quanto no que respeita a sua aplicação prática.

Na verdade, já há um considerável tempo que algumas questões que vimos observando na diuturna faina do direito – em especial aqui, no que concerne ao Direito Empresarial, mais especialmente em duas de suas vertentes, o Direito Societário e o Direito Falimentar.

Será no intuito de responder a tais questionamentos, à luz dos ditames não somente das normas do Código Civil, da Lei das S/A, da legislação de falências e recuperação, mas também dos pressupostos do próprio ordenamento jurídico e dos postulados da filosofia do direito.

A Consensualidade do Arranjo Societário

O que queremos aqui discutir é o momento em que alguém adquire a qualidade de sócio da Sociedade em que pretende ingressar.

E a questão não tem a simplicidade que quer apresentar a primeira vista.

Para posicionar o leitor diante das discussões existentes na matéria, podemos enumerar, a grosso modo, alguns posicionamentos possíveis: 1) torna-se sócio no momento do acordo de vontades; 2) torna-se sócio no momento do início da integralização do capital social; 3) torna-se sócio no momento da finalização da integralização do capital social; 4) torna-se sócio quando da assinatura do instrumento escrito de contrato social; 5) torna-se sócio quando do registro do contrato na Junta Comercial.

Podemos, com maior tranqüilidade, desde logo, negar a validade de algumas das teses acima elencadas. Por exemplo, diante da redação do art. 1004 parágrafo único, do Código Civil que menciona o *sócio remisso*.

Se é remisso é porque ainda não integralizou totalmente e está em atraso com a sua integralização. Nem por isso, entretanto, a lei deixa de denominá-lo *sócio*. Assim é que a tese “3” (torna-se sócio no momento da finalização da integralização do capital social) já resta invalidade diante da redação legal.

Reconhecemos que o entendimento de Hernani Estrella¹, para quem *somente a liquidação definitiva dos haveres porá termo completo ao liame societário, a contrario sensu*, poderia levar a crer que a qualidade de sócio somente se adquire com a integralização do capital. Ainda no mesmo sentido, poder-se-ia utilizar o entendimento de Navarrini e Faggela² ao comentar a natureza do contrato de sociedade e mencionando o momento do acordo entre os interessados: *em tal momento há, precisamente, entre os futuros sócios, aquele antagonismo que impera sobre o conceito de contrato*. (...). Reconhecemos, mas não acatamos, por conta das razões já elencadas.

Analisando a questão por um viés um pouco mais restrito do que o que aqui pretendemos – apenas no que concerne ao acionista – (sem

¹ Hernani Estrella; Apuração dos Haveres do Sócio; 3ª ed.; Editora Forense; 2001; p. 173.

² Das Sociedades Comerciais; Edição Brasileira de José Konfino; 1950; Volume I; p. 20.

embargo da sua absoluta utilidade), é a lição de Roberto B. de Magalhães³:

O referido autor começa com a seguinte indagação: *o acionista. — O que lhe dá essa qualidade? O ato em si da subscrição de ações, ou o efetivo pagamento ou integralização das ações subscritas?*

Ao que ele mesmo responde, já adiantando, por argumentação subjacente, seu posicionamento, *por elementar, nem sequer destacaríamos essa distinção se não existisse acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal estabelecendo-a e, o que é mais grave, impondo como condição à aquisição da qualidade de acionista, o pagamento de todas as prestações que compõem o preço da ação subscrita (Revista Forense, n. 152, de 1954, pág. 160)*⁴.

E, em concordância, refere-se às críticas encetadas a tal julgado:

Em judiciosa e veemente crítica a esse aresto, da lavra do Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, o Professor JOÃO EUNÁPIO BORGES, da Universidade de Minas Gerais, demonstra que a condição de acionista decorre do ato em si da subscrição, independentemente do pagamento, apelando para o argumento legal da existência de procedimento judicial próprio, específico, da sociedade para compelir o acionista a cumprir sua obrigação de integralização das suas ações .

Não é esse precisamente, um dos seus deveres?

Mas, se antes de integralizá-las, ele não é acionista, não o obrigando os estatutos, segue-se necessariamente que a sociedade nunca terá meios de compelir os recalcitrantes a integralizar as suas ações, ou melhor, ela só poderá obrigar a integralizar as suas ações os acionistas que, já havendo-as integralizado espontaneamente, tornaram-se acionistas.

Pela tese aparentemente sustentada no acórdão, muitas sociedades anônimas nunca teriam acionistas, seriam sociedades sem sócios...

Em quase todas paga-se, no ato da subscrição, apenas uma entrada, fazendo-se o pagamento do preço restante lentamente, à medida que, de acordo com as necessidades financeiras da empresa, vão sendo feitas ais chamadas ulteriores. E muitas chegam à fase final da liquidação sem necessidade de integralizar o capital.

³ Roberto B. de Magalhães; Constituição das Sociedades Comerciais; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207.

⁴ Roberto B. de Magalhães; Constituição das Sociedades Comerciais; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207.

*Quererá isso dizer que a sociedade viveu, cumpriu a sua finalidade e desaparece sem ter tido nem um só acionista*⁵.

Com razão a crítica. Com efeito, o acórdão chega às raias do absurdo, conforme demonstrado pelo texto transcrito. A qualidade de sócio não depende do pagamento de subscrições ou integralizações de quotas.

A Prova da Existência da Sociedade e, por decorrência, da qualidade de sócio nos casos de contratos verbais

Outros argumentos há, no entanto, para serem levados em consideração. O art. 300 (atualmente revogado) do Código Comercial de 1850 previa que *o contrato de qualquer sociedade só pode provar-se por escritura pública ou particular, salvo nos casos dos artigos 304 e 325*. Veja-se que estes dois dispositivos, referidos na exceção, dizem respeito, respectivamente, às sociedades em conta de participação – que não se submetem a qualquer formalidade para sua constituição – e às sociedades irregulares ou de fato, cuja prova de existência pode ser feita mediante qualquer meio lícito.

A redação do vetusto estatuto comercial do Império acabou por dar azo a uma funda controvérsia. De um lado alinhavam-se aqueles que a norma tratava apenas de uma formalidade *ad probationem*, ao passo que, de outro lado, perfilhavam-se os que ali viam uma formalidade *ad substantiam*. O que, em outras palavras, quer significar que (para uns) o contrato somente existiria se se desse por meio de instrumento escrito ou, (para outros) ele (o contrato) existiria ainda que por acordo meramente verbal, mas sua prova ficava vinculada a existência do referido instrumento escrito.

De outro lado, ainda de acordo com o art. 304 (hoje revogado) do Código Comercial, previa, como também previa o art. 1366 do Código Civil de 1916 que *nas questões entre os sócios e a sociedade só se provará por escrito, podendo, porém, os estranhos, prová-la de qualquer modo*⁶.

⁵ Roberto B. de Magalhães; *Constituição das Sociedades Comerciais*; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207.

⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, com base na distinção feita por GIORGIO entre — elementos necessários à existência dos atos (*essentialia negotia*) e elementos necessários à prova deles (*ad probationem tantum*) — seguia a primeira orientação, não admitindo que o legislador tivesse tido em mente fazer alcançar a celebração do contrato, mas, tão-somente, a prova da existência da sociedade: "Quando o legislador declara que um contrato não pode ser provado senão por escritura pública, supõe já

Clóvis Beviláqua⁷ sobre o tema pontuava que: *se a lei estatui que, em certo ato, a escritura é da substância, e em relação a certo outro, declara que somente por escritura ele se poderá provar é claro que o ato há de submeter-se à forma escrita para que tenha eficácia e prevaleça quando contestado. Daí, tanto vale dizer que a escritura é da substância do ato, como que é necessária para a prova do mesmo ato.*

Sintomático é o seguinte comentário de Waldemar Ferreira, que assevera textualmente *que não se compreende realmente sociedade sem contrato escrito. Não se destina o documento escrito apenas à prova, porque ele é inequivocamente da essência da sociedade*⁸.

O atual Código Civil estabelece algumas normas de observação necessária. Em primeiro lugar, é de se ver que no trecho dedicado às Sociedades Limitadas não há qualquer menção à tal assunto. O que há é, no capítulo dedicado à *sociedade em comum*, o art. 986 que assim preceitua: *enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo Disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente, e no que com ele forem compatíveis, as normas das sociedades simples.*

Isso significa que as sociedades limitadas cujos atos constitutivos ainda não tenham sido registrados – e é dessa hipótese que vimos até aqui tratando – são regidas pelas normas do respectivo capítulo destinado às *sociedades em comum*. Assim, é de se lhes aplicar o art. 987, que

feito o contrato; quando declara que um contrato não pode ser feito sem escritura pública, tem em vista a sua celebração. Em outros termos: "Quando a lei exige escrito público ou particular para a constituição de um ato, este em absoluto pode subsistir; quando, porém, essa exigência é feita para a prova de um ato, a confissão supre a falta de escrito, para a reivindicação de um direito contra a parte que o confessa. Focalizando esse argumento da confissão, o Dr. CARLOS GOMES DE OLIVEIRA, em excelente monografia sobre "Sociedades Irregulares", teve oportunidade de demonstrar sua fragilidade com a simples objeção de não ser possível esperar-se confissão alguma para a prova de um direito: "Toda questão de direitos só vai à juízo quando as partes não entram em acordo, isto é, quando uma persiste em negar o direito pela outra sustentado. Como esperar-se, pois, que em juízo a parte que nega qualquer obrigação vá confessá-la?" Mas o argumento decisivo em contrário encontra-se na própria obrigatoriedade do registro do contrato, formalidade indispensável e que não se poderia satisfazer não fosse o mesmo celebrado por escrito. Taxando, com visível razão, de sutilezas doutrinárias as distinções de TEIXEIRA DE FREITAS, explica JOÃO MONTEIRO que "em matéria de prova, quando sub judice est, tanto faz dizer a lei que a escritura é da substância do contrato ou ato, como que só é necessária para a prova; idêntica é a necessidade das escrituras em uma como em outra hipótese, uma vez que a lei, exigindo a escritura ad probationem, proíbe outros meios de prova" (Teoria do Processo, vol. II, pág. 157). (apud Roberto B. de Magalhães; Constituição das Sociedades Comerciais; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207).

⁷Teoria Geral do Direito Civil, pág. 325.

⁸ Waldemar Ferreira; Tratado de Direito Comercial; Volume III; EDIÇÃO SARAIVA; São Paulo; 1961

determina que *os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem aprová-la de qualquer modo.*

Portanto não lhes poderia ser aplicada a regra do art. 992, que cuida das sociedades em conta de participação, que determina que a constituição da mesma independe de qualquer formalidade e *pode provar-se por todos os meios de direito.*

Assim, as sociedades limitadas entrariam na ressalva da parte inicial do art. 212 do mesmo Código Civil (*salvo o negócio a que se impõe forma especial*) não se lhe aplicando o restante (*o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia.*

É equivocado, no entanto, dizer que a própria existência da sociedade somente será admitida em direito quando se estiver diante de um documento – instrumento – revestido das devidas formalidades.

Isto porque o mesmo artigo 987 acentua que os terceiros ***podem prová-la*** [a existência da sociedade] ***de qualquer modo.***

Ou seja, quanto a terceiros (aqueles que não integraram “contrato”) o direito admitirá a (prova da) existência da sociedade mediante qualquer meio juridicamente legítimo. No entanto, quanto aos “sócios”, a lei somente admitirá a (prova da) existência da sociedade por apresentação de contrato escrito.

Isso parece um verdadeiro paradoxo, posto que a lei diz ao mesmo tempo que algo existe e não existe.

O que parece exsurgir desta análise é que em verdade o art. 987 teria partido de dois pressupostos: o primeiro seria o da proteção da boa fé dos terceiros, o que somente merece encômios.

O segundo seria o do estabelecimento de uma sanção aos sócios que não providenciam o contrato por escrito. Trata-se de uma sanção, por assim dizer, velada, já que a lei não diz claramente que a sociedade será considerada nula ou inexistente, mas é isso exatamente o que a lei quer dizer. Como se dissesse: *se você não cumpriu com os requisitos mínimos que eu exijo, como pelo menos estabelecer a aliança por escrito, eu considero esta sociedade juridicamente inexistente.* E se esta diretriz merece os mesmos elogios da anterior, isso já é outra coisa.

Com efeito, o que nos quer parecer aqui é que o legislador – seguindo, aliás, a antiga (mas nem por isso necessariamente recomendável) tradição de nosso direito – atuou em desmedida, de forma desarrazoada e mesmo desproporcional.

Aqui se nos apresenta, ao nosso aviso, o que Bobbio⁹ denominou de *antinomia*¹⁰ de avaliação, mas que asseverou não se dever falar de *antinomia nesse caso, mas de injustiça*. E esclarece que *o que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção*¹¹.

De toda sorte, a sociedade que ver-se-á eventualmente reconhecida pela lei mediante *apresentação de provas em direito admitidas por parte*

⁹ Norberto Bobbio; Teoria do Ordenamento Jurídico; Editora UNB; 1982. : *Outra acepção de antinomia é a chamada antinomia de avaliação, que se verifica no caso em que uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. É claro que nesse caso não existe uma antinomia em sentido próprio, porque as duas normas, a que pune o delito mais grave com penalidade menor e a que pune o delito menos grave com penalidade maior, são perfeitamente compatíveis.*

¹⁰ Creemos que o fato de as duas regras estarem inseridas no mesmo artigo legal não impede a existência de antinomia, posto que esta (a antinomia) manifesta-se entre normas jurídicas e não entre artigos de lei, visto que são coisas diversas, aliás, como didaticamente explicita Gofredo Telles no trecho que se segue, utilizando-se do exemplo das normas penais: *Finalmente, notemos que as leis penais, em seu texto verbal e explícito, não exprimem nenhum mandamento, não impõem nenhuma proibição, como claramente se vê nos exemplos atrás citados. De fato, nenhuma lei proíbe matar, furtar, caluniar, portar arma ... Nenhuma lei proíbe, expressamente, o crime e a contravenção. Tomadas ao pé da letra, as leis penais são insusceptíveis de ser violadas. O crime e a contravenção não as violam: tais atos são a prática dos atos que elas simplesmente nomeiam. Ocorre que, a cada tipo de crime — como sabemos —, a lei comina uma pena. É como se a lei dissesse: Você pode cometer ou não cometer o crime nomeado na lei; mas se o cometer, você poderá ficar sujeito à pena cominada na mesma lei. E evidente que a menção legal das penas, correspondentes aos crimes e às contravenções, significa que aqueles atos, considerados como delitos, acarretam, para seus autores, males e prejuízos, cujo simples conhecimento denota o repúdio social a tais atentados. Esse repúdio, evidenciado pela menção das penas comináveis aos delinquentes, há de ser interpretado como proibição da prática de crimes e contravenções. Tal proibição, não explicitada na lei penal, se acha implícita, inerente, as expressões da própria lei. Em verdade, na lei que comina pena, está subentendida a norma que proíbe o crime e a contravenção. Cominar pena implica proibir o ato a que a pena se refere. Devemos mesmo dizer que a norma subentendida da proibição é, de fato, o pressuposto necessário e a razão-de-ser da norma penal. Ambas são partes estruturais de um só todo, uma só norma. Violar a norma subentendida — a norma que proíbe o crime (aliás, a única susceptível de ser violada) — é, de fato, violar o conjunto normativo penal; é violar a norma penal, tomada como uma só estrutura. Finalmente, notemos que as leis penais, em seu texto verbal e explícito, não exprimem nenhum mandamento, não impõem nenhuma proibição, como claramente se vê nos exemplos atrás citados. De fato, nenhuma lei proíbe matar, furtar, caluniar, portar arma ... nenhuma lei proíbe, expressamente, o crime e a contravenção. Tomadas ao pé da letra, as leis penais são insusceptíveis de ser violadas. O crime e a contravenção não as violam: tais atos são a prática dos atos que elas simplesmente nomeiam. Ocorre que, a cada tipo de crime — como sabemos —, a lei comina uma pena. É como se a lei dissesse: Você pode cometer ou não cometer o crime nomeado na lei; mas se o cometer, você poderá ficar sujeito à pena cominada na mesma lei. E evidente que a menção legal das penas, correspondentes aos crimes e às contravenções, significa que aqueles atos, considerados como delitos, acarretam, para seus autores, males e prejuízos, cujo simples conhecimento denota o repúdio social a tais atentados.*

¹¹ Norberto Bobbio; Teoria do Ordenamento Jurídico; Editora UNB; 1982. O próprio autor ainda afirma que - *mas a razão pela qual se corrige a antinomia e diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e portanto a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, ali ao valor da ordem, aqui ao da igualdade*

dos terceiros será não uma *sociedade de direito*, mas o que se costumou denominar de *sociedade de fato* (e ou irregular¹²).

Essa construção é, aliás, lição comezinha de qualquer manual sobre o tema. Assim, a prova da sociedade trazida pelo terceiro interessado terá apenas como efeito fazê-la reconhecida como de fato ou irregular, mas sem que com isso possam estar presentes as *conseqüências jurídicas especiais derivadas da aferição de um tipo determinado que obrigatoriamente deve decorrer de um contrato formal*¹³.

O que devemos indagar agora é se também não será possível se reconhecer entre os sócios – e por iniciativa dos mesmos – a existência de uma sociedade de fato. Parece que o art. 987 o proíbe de forma expressa.

Outra demanda que devemos apresentar é, ainda calcado na hipótese, se os sócios não poderão fazer prova da sociedade de fato em face de terceiro. O mesmo poderia ser dito aqui no que concerne à vedação estabelecida pelo art. 987.

Passaremos agora a cuidar destas duas últimas hipóteses.

Como já asseverado, no que toca à possibilidade de prova da sociedade entre os próprios sócios, parece que incorrendo em uma *antinomia de avaliação*, o legislador perpetrrou um atentado ao valor da

¹²CARVALHO DE MENDONÇA denomina-as irregulares, reservando a designação *sociedade de fato* para as que sofrem vícios, que as inquinam de nulidade; funcionaram, existiram, mas não podem subsistir. Sociedade de fato, porém, como bem ensina CLÓVIS BEVILÁQUA, é uma denominação tradicional no direito civil para designar a sociedade que se prova pelos fatos e não pelo instrumento do contrato (Comentários ao Código Civil, vol. V, pág. 119). É ainda Carvalho de Mendonça quem demonstra a antiguidade da tese das sociedades de fato, como alternativa para salvaguardar relações entabuladas sob a sombra de uma sociedade que em verdade não existiu. Confira-se: (1) DUARTE DE AZEVEDO: "Anulada uma sociedade anônima persiste a comunhão de interesses no passado ou a sociedade de fato formada pela versão em comum dos capitais dos acionistas e pelas relações patrimoniais criadas, as quais devem-se liquidar como no caso de dissolução de uma sociedade legal. As aquisições feitas pela sociedade subsistem e os créditos e dívidas regulam-se em proveito ou contra a sociedade de fato existente. E' o patrimônio da comunhão. Nem à nulidade poderia aproveitar ou ser oposta a terceiros, que não fizerem parte da convenção". (Parecer na Revista Mensal, vol. 2.º, págs. 29-30) . — "Embora nula a organização da sociedade, subsiste a comunhão de interesses ou a sociedade de fato, formada pelos capitais dos acionistas e pelas relações patrimoniais criadas". (Acórdão do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 25 de fevereiro de 1899, na Revista Mensal, vol. 2.º, págs. 335-336) . No mesmo sentido: os acórdãos da Câmara Cível da Corte de Apelação, de 30 de agosto de 1894, em O Direito, vol. 65, págs. 559-561, e*do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 1 de março e 3 de setembro de 1895, na Gazeta Jurídica de S. Paulo, vol. 10, págs. 73-78, e na Revista Mensal, vol. 1.º, páginas 349-350, e de 30 de maio de 1896, na Revista Mensal, vol. 3.º, págs. 263-265. (José Xavier Carvalho de Mendonça; Tratado de Direito Comercial Brasileiro; Volume III; Editora Freitas Bastos; 1953).

¹³ Roberto B. de Magalhães; Constituição das Sociedades Comerciais; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207.

justiça. Sabemos que o ordenamento jurídico caminha entre a bitola estreita da justiça e da segurança jurídica.

Assim é que acaso haja uma justificativa do valor segurança para fundamentar essa restrição da lei, a redação legal será legítima. Ocorre que, ao nosso ver, não há.

Não há proteção de boa fé ou fundamento de valor segurança que legitime essa norma. Os sócios bem sabem se estão ou não em uma situação que configura uma sociedade de fato.

Dois argumentos fortes podem ser lastreados em face deste artigo 987. O primeiro diz respeito à violação do valor *justiça* sem justificativa razoável (como seria o da prevalência do valor segurança). O segundo diz respeito aos atuais patamares da boa fé objetiva¹⁴.

¹⁴ A doutrina atualmente é farta em exemplificações da aplicação da boa fé objetiva. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem de Tereza Negreiros (Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas; Editora Renovar; 2002): *O novo Código Civil refere-se a boa-fé a propósito da interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), a propósito do exercício de direitos (art. 187) e, no art. 422, como norma de conduta imposta aos contratantes, seja para a conclusão seja para a execução do contrato. E este último dispositivo, por dizer respeito diretamente ao ordenamento contratual, que mais interessa, sendo também este o pomo de discórdia entre os dois juristas citados. Dispõe o referido artigo do novo Código Civil que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé". No mesmo sentido é a lição de Paulo Luiz Netto Lobo, Teoria geral das obrigações / Paulo Luiz Netto Lobo. — São Paulo : Saraiva, 2005). Confira-se a seguinte passagem: *A boa-fé objetiva é dever de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais, especialmente no contrato. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de conduta. Para Menezes Cordeiro, a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela. Por suas múltiplas interferências nas relações obrigacionais e sua potencialidade de aplicação, a boa-fé objetiva já foi denominada, positivamente, "topos subversivo do Direito Obrigacional". De acordo com a sistematização da jurisprudência alemã, difundida no meio luso-brasileiro por Menezes Cordeiro, do dever de atuar segundo a boa-fé derivam três deveres específicos: a) os deveres de proteção, que determinam que as partes devem evitar qualquer atuação suscetível de causar danos à outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; b) os deveres de informação, em especial quanto às circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte e com especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca; c) deveres de lealdade, para evitar comportamentos que traduzam deslealdade para com a outra parte. A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador. Cada relação obrigacional exige um juízo de valor extraído do ambiente social, considerados o momento e o lugar em que se realiza; mas esse juízo não é subjetivo, no sentido de irradiar-se das convicções morais do intérprete. O Código Civil estabelece, no art. 113, que "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Essa regra é cogente, não podendo ser afastada pelas partes. Cada figurante (devedor ou credor) assume o dever próprio e em relação ao outro de comportar-se com boa-fé,**

Quanto à justiça, vale lembrar que Rawls, em sua formidável obra¹⁵, ao descrever os “quatro estágios”, realça que (sendo o quarto estágio o da aplicação das normas aos casos concretos, realizada pelos juízes e administradores, e o da obediência dos cidadãos às normas em geral) afirma que a injustiça da lei não é uma razão suficiente para não aderir a ela. Sempre que a estrutura básica da sociedade for justa, devemos reconhecer as leis injustas como obrigatórias, desde que não excedam certos limites de justiça. Reforçamos: **certos limites de justiça**.

A falta de razoabilidade como modalidade de inconstitucionalidade é largamente aceita pela doutrina. Tomo-se como exemplo a lição de Jorge Miranda que segue transcrita: — *Há ainda quem sustente que o juízo de constitucionalidade (sobretudo em face do princípio da igualdade) não pode deixar de envolver a consideração da razoabilidade da norma ou da solução. No entanto, razoabilidade e algo que pode ser entendido de diferentes maneiras. Pode equivaler a adequação a ratio Constitutionis, a harmonia de valorações, a proporcionalidade, a*

obrigatoriamente. Como se vê, vai além do simples dever anexo à prestação. Ao regular o abuso do direito, o art. 187 qualifica como ato ilícito, gerador de dever de indenizar, exercer o direito contrariamente à boa-fé. No art. 422 refere-se a ambos os contratantes do contrato comum civil ou mercantil, não podendo o princípio da boa-fé ser aplicado preferencialmente ao devedor, neste caso segundo a regra contida no art. 242 do Código Civil alemão. (...) Por seu turno, o art. 422 do Código Civil de 2002 associou ao princípio da boa-fé o que denominou princípio da probidade (“... os princípios da probidade e boa-fé”). No direito público a probidade constitui princípio autônomo da Administração Pública, previsto explicitamente no art. 37 da Constituição como “princípio da moralidade”, a que se subordinam todos os agentes públicos. No direito contratual privado, todavia, a probidade é qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé. Quando muito seria princípio complementar da boa-fé objetiva ao lado dos princípios da confiança, da informação e da lealdade. Pode-se dizer que não há boa-fé sem probidade. A boa-fé não se confunde com o dever de observância dos bons costumes, os quais têm sentido mais amplo de condutas socialmente aceitas, como tradução da moral comunitária dominante no plano jurídico, que lhe empresta juridicidade. A boa-fé objetiva oferece dimensão mais específica, como dever de conduta dos participantes da relação obrigacional segundo fundamentos e padrões éticos. Sabe-se que a moral e as normas morais, existentes em cada comunidade, não se confundem com a ética, sublimada como padrões ideais de conduta. A moral extrai-se da realidade social, com suas contingências e vicissitudes (por isso, fala-se de moral cristã, moral burguesa, por exemplo), enquanto a ética é um dever-ser otimizado, ideal, que orienta a conduta humana à máxima harmonia e perfectibilidade. Com risco de simplificação, dizemos que os bons costumes estão mais próximos da moral, e a boa-fé da ética. A aplicação da boa-fé à situação concreta depende do grau de intensidade da autonomia privada efetiva dos figurantes do negócio jurídico, do que Judith Martins-Costa denominou horizontalidade ou verticalidade, simetria ou assimetria da relação jurídica. Quanto maior o peso da horizontalidade, maior o espaço da autonomia privada, e, conseqüentemente, menor a intensidade da aplicação da boa-fé. Ao contrário, quanto mais diminuto o espaço de autonomia, maior a intensidade da boa-fé. Os graus de intensidade, para ponderação do julgador, decorrem também do fato de a boa-fé não indicar a conduta devida (o que deve ser prestado), mas o seu “como”, isto é, a maneira pela qual a conduta deve ser desenvolvida.

respeito do processo equitativo (due process of law). Ou pode significar não da adequação teleológica, mas sim adequação lógica, coerência interna da lei, razoabilidade imanente. Em qualquer das acepções compreendidas na primeira perspectiva, a preterição da razoabilidade redundaria ainda em desvio de poder. Já não tanto, na segunda ótica, em que desponta o risco de trans-formar a apreciação da lei ou do ato num exame de técnica legislativa ou num juízo de mérito¹⁶. No mesmo sentido é a lição de Canotilho: a mesma eficácia material positiva se reconhece ao princípio, já citado, da proibição do excesso. Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de «justa medida»¹⁷. O autor ainda assevera que quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim¹⁸.

Também na doutrina e na jurisprudência brasileiras a matéria tem sido tratada da mesma forma. Confirma-se: *independentemente da denominação utilizada, em se tratando do Poder Legislativo, o devido processo material importa, também, no afastamento das condutas abusivas da atividade legislativa, conforme está manifesto na seguinte passagem: "O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação da dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções,*

¹⁶ DIREITO CONSTITUCIONAL; TOMO VI; 7ª EDICAO, REVISTA E ACTUALIZADA; COIMBRA EDITORA 2003.

¹⁷ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO; DIREITO CONSTITUCIONAL; 6ª edição revista; LIVRARIA ALMEDINA COIMBRA; 1993.

¹⁸ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO; DIREITO CONSTITUCIONAL; 6ª edição revista; LIVRARIA ALMEDINA COIMBRA; 1993.

*qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais*¹⁹.

Por isso que entendemos que o art. 987, neste trecho, incide em inconstitucionalidade material por desatendimento ao princípio constitucional da razoabilidade. Repetimos: a forma encontrada pelo legislador para garantir o formalismo dos contratos e proteger a segurança jurídica além de não efetivamente o fazer, acaba por violar o princípio da justiça, em um grau muito superior ao que (mal) consegue proteger os demais.

E, por conseguinte, diante da inconstitucionalidade daquela proposição do art. 987, nesse particular, propomos a aplicação do art. 212 do mesmo Código Civil, que estipula que *salvo o negócio a que se impõe forma especial o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia.*

Ora, para a sociedade de fato a lei realmente não impõe forma especial. Portanto, sua existência poderá ser provada mediante as formas elencadas nos respectivos incisos do preceito transcrito.

O segundo argumento aqui a ser desenvolvido, e que, diante da postulada irritude do art. 987 do Código Civil no aspecto analisado, reforça então a tese da aplicação do art. 212 do citado diploma, concerne aos padrões de boa fé objetiva, em especial quanto ao seu viés da proibição de vir contra fato próprio.

Claramente desatende aos postulados da boa fé que um dos sócios, plenamente ciente de sua tal condição ao mesmo tempo a ignore. A que segurança jurídica poderia tal expediente atender, pergunta-se. A resposta é clara: a nenhuma. Ao contrário, a aplicação do art. 212 inclusive impedirá a utilização dolosa de sócios do preceito do artigo 987 para se livrar de obrigações assumidas perante os demais pares.

No mesmo sentido do que vimos defendendo a lição de notável segmento doutrinário. Com efeito, menciona José Waldecy Lucena, referindo-se ao artigo 987 do Código Civil que *tais perinormas, de extremado rigor, tem sido interpretadas, em sede doutrinaria, e aplicadas pelo Judiciário, de forma um tanto simples, sem as necessárias distinções, assim permitindo que um ou mais sócios se enriqueçam a custa dos outros, ou que terceiros se locupletem em prejuízo dos sócios,*

¹⁹ PROCESSO LEGISLATIVO; Fábio Alexandre Coelho; 1ª edição, 2007.; EDITORA JUAREZ DE OLIVEIRA LTDA. O autor ainda menciona, em outra passagem, *que diante do exposto, podemos concluir que a razoabilidade e a proporcionalidade procuram impor que se empregue na feitura da lei meios razoáveis e proporcionais no atingimento da finalidade almejada. Ademais, os meios devem guardar relação substancial com os propósitos do ato, não importando em limitação irrazoável ao direito dos atingidos.*

*deslembados do principio mor que veda o enriquecimento sem causa*²⁰. O referido autor menciona ainda que o gênio de Teixeira de Freitas, o maior jurista das Américas, como, sem favor nenhum, o chamou Pontes de Miranda, sempre reprochou essa forma acomodada de se interpretar o art. 303, do Código de Comércio, como se vê do seguinte comentário, inserto em sua monumental Consolidação das Leis Civis, in verbis: "Aproveitarei a ocasião para firmar a verdadeira inteligência do Código do Comercio artigo 303, de que os nossos Juizes e Tribunais têm feito resultar conseqüências iníquas. As ações que esse artigo 303 veda aos sócios entre si, e contra terceiros, se não forem logo acompanhadas do instrumento probatório da sociedade, não são todas as ações indistintamente, mas só aquelas que não tiverem outra causa possível, senão a existência de uma sociedade. E o que bem se conhece pelas palavras do citado artigo — que fundar sua intenção na existência da sociedade —. E na verdade, se estas palavras distinguem certas ações dos sócios entre si, ou dos sócios contra terceiros, como e possível entender, que os sócios estão privados de demandar-se reciprocamente pela restituição de suas entradas sociais, pela partilha de lucros havidos em comum, e de demandar a terceiros para pagamento de dívidas? Quando não exista sociedade legalmente constituída, ou contratada em forma legal, existiu, todavia uma sociedade de fato, — uma comunhão de bens ou de interesses; e ai temos uma causa jurídica das ações, embora não tenhamos a existência legal de uma sociedade. Por outra, o artigo 303, do Código do Comercio, proíbe que, sem o instrumento social registrado, se venha demandar em Juízo efeitos futuros do contrato de sociedade, por exemplo, para que um sócio realize a prometida entrada social; porem 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 de bens alheios. Esta e a doutrina de todos os escritores franceses sobre o contrato de sociedade, doutrina tendo por si a boa razão, e mesmo o simples bom senso²¹. E citando Pontes de Miranda: para quem "o sócio pode demandar o outro sócio, ou os outros sócios, para tudo que concerna ao contrato, que assinaram, exceto se a ação supõe existir a sociedade. A mancomunhão, se existe, pode ser a base das ações". E a demanda pode voltar-se, de igual modo, contra

²⁰ JOSÉ WALDECY LUCENA; Das Sociedades Limitadas; 6ª edição atualizada em face do novo Código Civil; Editora Renovar; 2005.

²¹ JOSÉ WALDECY LUCENA; Das Sociedades Limitadas; 6ª edição atualizada em face do novo Código Civil; Editora Renovar; 2005.

*terceiros*²². E arremata: *essa, sem duvida, a melhor doutrina, e que continua atual, embora, reconheça-se, em minoria*²³.

Aliás, devemos elencar ainda algumas considerações, pertinentes, diante do advento do novo Código Civil. É que, conforme consigna doutrina abalizada *o Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02) talvez para fugir da antiga controvérsia acerca da distinção entre sociedade de fato e sociedade irregular, buscou uma nova denominação a que chamou de sociedade em comum. O Código Comercial Brasileiro, embora não tenha de modo específico tratado da sociedade de fato ou irregular, mencionava o modo em que se poderia provar a existência da referida sociedade no art. 122, 304 e 305. O Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02), mais exato na forma de se demonstrar a existência da referida sociedade, estabeleceu que em relação aos sócios, estes apenas poderão provar a existência da sociedade se o fizerem por escrito, mas em relação aos terceiros que se relacionam com a sociedade poderão dispor de qualquer modo ou meio de prova admitido em Direito para provar a sua existência*²⁴.

Assim, estes sócios de uma sociedade (Limitada) não registrada, na verdade serão sócios, agora, de uma sociedade em comum (e não de uma sociedade de fato ou irregular, linguagem agora ultrapassada), sendo-lhes aplicáveis os preceitos dos arts. 986 a 990, com as já vistas ressalvas ao art. 987, com aplicação subsidiária dos preceitos concernentes às sociedades simples – quando e onde houver compatibilidade.

A segunda demanda diz respeito à relação entre os sócios e terceiro, conforme já apresentada. Por virtude das transcrições acima, acabou-se antecipando parcialmente a questão, verdade. Mas, aqui é preciso empreender uma outra análise. É evidente que não se pode presumir o conhecimento da sociedade por terceiro como se pode tão seguramente fazê-lo entre os sócios. No entanto, tratar-se-á de uma questão casuística e cremos que os mesmos argumentos podem ser aqui levantados em face desta vedação, como feito quanto à anterior. E será no decorrer da instrução processual que se provará o conhecimento da sociedade pelo terceiro.

²² JOSÉ WALDECY LUCENA; Das Sociedades Limitadas; 6ª edição atualizada em face do novo Código Civil; Editora Renovar; 2005.

²³ JOSÉ WALDECY LUCENA; Das Sociedades Limitadas; 6ª edição atualizada em face do novo Código Civil; Editora Renovar; 2005.

²⁴ O Novo Código Civil; 2002; Editora Freitas Bastos; Volume 03; Autores: Ana Lucia Porto de Barros; Carlos Santos de Oliveira; Cleyson de Moraes Mello; Fernanda Pontes Pimentel; Fernando Santos Esteves Fraga; João Batista Berthier Leite Soares; Juarez Costa de Andrade; Renato Lima Charnaux Sertã; Sônia Barroso Brandão Soares; Thelma Araújo Esteves Fraga; Wagner de Mello Brito.

A Prova da Existência da Sociedade e, por decorrência, da qualidade de sócio nos casos de contratos escritos não registrados

Por outro lado, *tanto a escritura, como o escrito particular fazem prova plena não somente entre as partes como, ainda, em relação a terceiros, desde que se revistam, é claro, dos requisitos extrínsecos exigidos por lei, entre os quais, por exemplo, no instrumento particular, o de ser subscrito por duas testemunhas*²⁵.

Neste caso (instrumento por escrito) cremos que deverá incidir o art. 986 do Código Civil, que transcrevemos mais uma vez: 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 das sociedades simples.*

Ou seja, também nos casos de existência de contratos escritos não registrados a sociedade será em comum (e não irregular ou de fato) sendo também regida pelos arts. 986 e seguintes do Código Civil, agora sem a ressalva do art. 987.

Aqui a questão da prova se torna menos tormentosa, uma vez que estar-se-á diante de um documento por escrito. A admissibilidade de tal documento para fazer prova, mesmo nos casos de não registro, já era admitida desde vetustas eras em nosso direito, como menciona Carvalho de Mendonça: *às sociedades irregulares aplicam-se as disposições sobre liquidação das sociedades regulares*²⁶. O citado tratadista assevera, com estribo em passagens de outros autores, que o contrato social não registrado (ressalvamos que nós o chamaríamos de contrato societário) tinha aptidão para *reger os direitos e obrigações, resultantes da sociedade de fato havida, quer entre os ditos sócios, quer entre eles e terceiros: arg. dos arts. 301, in fine, 303 e 304*²⁷. E, em apoio à tese, menciona sentença do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 1889²⁸.

²⁵ Roberto B. de Magalhães; Constituição das Sociedades Comerciais; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207.

²⁶ José Xavier Carvalho de Mendonça; Tratado de Direito Comercial Brasileiro; Volume III; Editora Freitas Bastos; 1953.

²⁷ José Xavier Carvalho de Mendonça; Tratado de Direito Comercial Brasileiro; Volume III; Editora Freitas Bastos; 1953.

²⁸ José Xavier Carvalho de Mendonça; Tratado de Direito Comercial Brasileiro; Volume III; Editora Freitas Bastos; 1953.

Decorrência dos dois itens anteriores: a gradação necessária que se inicia com o contrato de sociedade meramente verbal até o contrato social com registro no órgão de registro mercantil

O que podemos observar é que existem vários graus de realidade jurídica entre o contrato de sociedade verbal e o contrato social registrado no órgão competente.

E a cada uma dessas realidades corresponderá, exclusivamente ou não, um determinado regime legal, conforme visto acima.

Esta constatação fica extremamente clara quando analisamos os estudos mais aprofundados sobre o tema, pelo qual passam, quando muito tangencialmente, os nossos doutrinadores.

Com efeito, e buscando apoio em mais sólida doutrina, podemos observar que o estudo das sociedades irregulares (hoje, no nosso direito, sociedade em comum, por determinação legal) acabou por enredar três grandes correntes teóricas, chamadas de *teoria da sociedade de fato*, *teoria dos limites da nulidade* e *teoria da organização*.

De acordo com a primeira (teoria da sociedade de fato) em sua origem, a sociedade poderá se firmar não apenas com base em um contrato representado por instrumento escrito, mas pelo acordo verbal

Por outro lado, ensina a teoria dos limites da nulidade que pela *natureza das coisas, as regras que determinem a invalidade e uma sociedade não são radicais, pretendendo afastar o ente visado, como se não existisse; pelo contrario: têm alguns limites, através dos quais a sociedade irregular ainda pode exercer certa atividade*²⁹.

Por último, a *teoria da organização* tem como premissa a *dupla natureza do contrato de sociedade*. Tem-se, de um lado, uma gama de relações internas, de ordem obrigacional e outras, externas, do tipo *organizatório*. Essas últimas vão além das de ordem meramente obrigacional, representando um centro de interesses próprio.

Estamos em que esta é a melhor doutrina para o tema. Com efeito, uma coisa é o contrato de sociedade, com suas relações *interna corporis* entre aqueles que a tanto se propuseram. Coisa diversa é a existência de personalidade jurídica (denominada *sociedade de direito* em contraposição à vetusta nomenclatura de *sociedade de fato*).

Ora, onde encontramos um contrato (verbal ou escrito) de sociedade, estamos diante de um contrato de sociedade e ponto. E um contrato, evidentemente de direito. Portanto há uma sociedade (no

²⁹ *Apud* Antônio Menezes Cordeiro; Manual de Direito das Sociedades; Volume I; Editora Almedina; Coimbra.

sentido de contrato) de direito e não de fato, menos ainda irregular ou coisa que o valha. (E a esta figura, o Código Civil atual denomina *sociedade em comum*).

E, onde encontramos um contrato social devidamente registrado, estamos diante de uma sociedade, na significação de pessoa jurídica.

Assim, podemos concluir, em concordância com a doutrina, que *as sociedades irregulares, que o sejam por incompletude são, em todo o caso, verdadeiras sociedades, assentes em equivalentes contratos de sociedade. Tais contratos, por razões endógenas (falta de escritura) ou exógenas (falta de registro) não equivalem aos modelos finais legalmente fixados. Não deixam de ser contratos. De categoria inferior? Não propriamente: apenas diferente*³⁰.

Definição do conceito legal de *contrato de sociedade, contrato social e sua comparação com a expressão instrumento*

Em primeiro lugar passaremos em revista os preceitos que, no âmbito do Direito de Empresa, cuidam destes termos. Depois faremos uma análise pormenorizada e individualizada (na medida da estrita necessidade) de cada um.

O Código Civil, no Título II do Livro de Direito da Empresa, que cuida da sociedade e, mais especificamente, no capítulo único, disposições gerais, estabelece no art. 981 que *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*.

Em seguida, o já mencionado artigo 986 estatui que *enquanto não inscritos os atos constitutivos, 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*.

Mais adiante, encontramos outra referência à expressão no artigo 991, mais especificamente em seu parágrafo único: *obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social*.

³⁰ Apud Antônio Menezes Cordeiro; Manual de Direito das Sociedades; Volume I; Editora Almedina; Coimbra. Isto teria aliás, como consequência, como já se decidiu na Alemanha, que (RG 13-Nov.-1940): *a sociedade “nula” [ou seja a sociedade que não é pessoa societária mas sim contrato societário] não desapareceria, antes tendo, pelo menos, de atravessar os processos de extinção e de liquidação*

Também no artigo 993: *o **contrato social** produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.*

Em outra passagem, o Código Refere-se à expressão contrato social quando já está a cuidar das sociedades simples, de forma específica: (Seção I) Art. 997. *A sociedade constitui-se mediante **contrato escrito**, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...).* No mesmo preceito, em seu parágrafo único, preceitua: *é ineficaz em relação a terceiros qualquer **pacto separado**, contrário ao disposto no **instrumento do contrato**.*

O artigo 998 prevê que *nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do **contrato social** no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.* Seu parágrafo primeiro reza que o pedido de inscrição *será acompanhado do **instrumento autenticado do contrato**, e, se algum sócio nele houver sido representado por procurador, o da respectiva procuração, bem como, se for o caso, da prova de autorização da autoridade competente.*

Merece ainda observação o artigo 999: 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. Parágrafo único. Qualquer modificação do **contrato social** será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente.*

Depois, em seguida, os artigos 1002, 1003 e 1004:

Art. 1.002. *O sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do **contrato social**.*

Art. 1.003. *A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do **contrato social** com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.*

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

Art. 1.004. *Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no **contrato social**, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.*

Veja-se ainda o artigo 1010:

*Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo **contrato social**, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.*

E, em seguida, o art. 1012:

*Art. 1.012. O administrador, nomeado por **instrumento em separado**, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.*

Ainda o artigo 1013:

*Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o **contrato social**, compete separadamente a cada um dos sócios.*

Veja-se o artigo 1015:

*Art. 1.015. No silêncio do **contrato**, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.*

Em continuidade, o artigo 1019 e seu parágrafo único:

*Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do **contrato social**, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.*

*Parágrafo único. São revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por **ato separado**, ou a quem não seja sócio.*

Sem prejuízo de outras passagens legais, as acima coletadas já são suficientes para o desenvolvimento que neste trecho nos propusemos.

Retornando assim ao artigo 981 (*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*) cuja redação aliás é extremamente semelhante à do artigo 980 do Código Civil Português (*Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade*).

E, diante disso, é preciso fazer um questionamento fundamental, que consiste em se saber se, no âmbito das sociedades por quotas, contrato de sociedade é sinônimo de contrato social, ou não. E, não o sendo, quais as relações entre estas categorias jurídicas³¹.

³¹ Esclarecedora é a distinção que existe no Direito Português entre contrato social e estatutos, o que aliás está de acordo com a tese de que a sociedade como contrato é uma realidade jurídica e a pessoa jurídica societária é outra: *na sua configuração, o contrato de sociedade permite, muitas vezes, distinguir duas áreas: a do contrato propriamente*

A pergunta, como se pode ver, possui a ressalva *no âmbito das sociedades limitadas*, eis que em outros ramos jurídicos será evidente a resposta negativa, que não será de grande ajuda, por se tratar de outra abordagem.

A resposta ao nosso ver é claramente negativa. Recorrendo à questão do registro para enfatizar nossa tese, relembremos a hipótese de termos um contrato do que se pretende que venha a ser uma sociedade limitada escrito assinado mas não registrado.

Teremos uma sociedade? Teremos um contrato de sociedade ou teremos um contrato social?

Para a situação acima descrita, e com base em preceito extremamente semelhante ao nosso (art. 980 do Código Civil Português, em comparação com o nosso art. 981) assim se manifesta Lopes Figueiredo³²: *ora se a sociedade só existe como tal a partir do registro, logo ocorre a interrogação: o que temos após a celebração do contrato mas antes do registro? Antes de mais, pressupõe-se que na escritura foram observados todos os requisitos de forma e de fundo, isto é, que a sociedade preenche os requisitos do art. 980.º do Cód. Civil, que as partes possuem capacidade e legitimidade jurídicas, que os elementos essenciais do conteúdo foram respeitados. Assim sendo, há sociedade.*

Essa conclusão afeiçoa-se ao nosso sistema inclusive com base no direito posto, visto que artigo 993 prevê que *o contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.* Em outras palavras, nossa lei reconhece a existência de um contrato de sociedade, independentemente de registro. Ou seja, a existência de um contrato de sociedade – e portanto a existência de sócios desta mesma sociedade – independe absolutamente de qualquer registro civil ou mercantil.

dito, na qual as partes se identificam, declinando elementos comprovativos, estado civil, profissão e residência e manifestam a intenção de constituir uma sociedade; e a do pacto social ou estatutos, nos quais as partes, normalmente em moldes articulados, disciplinam a nova entidade. Quando se recorra a escritura pública, esta segunda área pode constar de documento anexo, dispensando-se a sua leitura. Tecnicamente, os estatutos ou pacto social são parte integrante do contrato, embora possam apresentar especialidades interpretativas, como a seu tempo sublinharemos. O Código das Sociedades Comerciais fala, de modo predominante, em "contrato de sociedade" para designar os estatutos. Trata-se de uma opção lingüística destinada a melhor corporizar as opções contratualistas dos seus autores. (Antônio Menezes Cordeiro; Manual de Direito das Sociedades; Volume I; Editora Almedina; Coimbra).

³² D. M. LOPES DE FIGUEIREDO; CONTRATO DE SOCIEDADE POR QUOTAS; Volume I FORMAÇÃO DO CONTRATO; Tomo I; FORMA E PRESSUPOSTOS DO CONTRATO; LIVRARIA ALMEDINA; COIMBRA; 1990.

Ou seja, teremos um contrato de sociedade (se oral ou escrito já vimos em itens anteriores) mas não propriamente um contrato social.

O já mencionado artigo 986, aliás, denomina o instrumento escrito do contrato de sociedade de **atos constitutivos**. Essa expressão não é condenável, uma vez que é genérica.

Mas, contradizendo sua própria nomenclatura, ainda referindo-se a atos sem registro, o nosso Código Civil, em seu artigo 991 menciona a expressão **contrato social**, no mesmo sentido do previsto no artigo 993 (*o contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade*).

Noutro giro verbal, em lamentável – para dizer o menos – técnica redacional a lei denomina duas realidades diferentes pelo mesmo nome: 1) o contrato de sociedade (aquele instrumento que materializa o acordo entre as partes); 2) contrato social (aquele instrumento que materializa o acordo entre as partes e que é levado a registro). O que deveria ter dito o art. 993 é que **o contrato de sociedade** (em vez de contrato social) somente produz efeito entre os sócios.

Mas esta promiscuidade redacional não deve levar o cultor do direito a repetição insensata desta nomenclatura, sob pena de se causar na aplicação prática de tais dispositivos uma série de distorções, algumas das quais já se apresentam na acrítica prática jurisprudencial.

Temos assim que o contrato de sociedade é o contrato entabulado entre os sócios, mas que, embora possa sim transmutar-se em contrato social por via do registro, com ele não se confunde (a despeito de o legislador fazer um tremendo esforço para nos convencer do contrário).

Tendo destarte estabelecido a distinção entre contrato de sociedade e contrato social, é necessário agora discutir as relações entre as seguintes categorias jurídicas: contrato social e instrumento. E também aqui a empreitada não é de fácil execução.

Nessa discussão temos uma finalidade específica e que se refere às relações entre os acordos de quotistas, ou outros pactos, e o contrato social. Em outras palavras: quando o Código se refere a *contrato social* ele estaria se referindo a uma entidade que abrangeria todos os pactos entre os sócios – inclusive, mas não somente o instrumento – ou estaria referindo-se especificamente ao instrumento escrito e registrado.

De acordo com Roberto Barcellos de Magalhães, *o ato escrito denomina-se — instrumento — que pode ser público ou particular,*

*conforme seja lavrado em notas de tabelião, ou formulado pelas próprias partes contratantes*³³.

É certo que o contrato e seu instrumento não se confundem, em regra. No entanto, aqui, na realidade das sociedades, como vimos defendendo, se contrato social é o instrumento escrito levado a registro, então, aqui, neste particular, o contrato e o instrumento são uma só realidade jurídica e qualquer outro pacto que não esteja inserido no instrumento registrado não é contrato social, sendo uma outra realidade jurídica.

Ainda há de restar a seguinte dúvida: e se o acordo for levado a registro³⁴? Tal fato terá o condão de o fazer integrar o contrato social? Mesmo aqui a resposta ao nosso ver ainda será negativa. Ao que nos consta, a própria lei é nesse sentido, ainda que de forma implícita. Veja-se o artigo 1019 que diz *que são irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios*. E que, por outro lado (parágrafo único) *são revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado (...)*³⁵.

Conclusões

De acordo com o que deixamos acima exposto, podemos lançar as seguintes conclusões, com o fito de indicar as soluções que pensamos ser adequadas para as questões abordadas:

³³ Roberto B. de Magalhães; Constituição das Sociedades Comerciais; Editora Freitas Bastos; 1960; p. 207.

³⁴ A doutrina em geral, e. g., João Luiz Coelho da Rocha defende que para ser oposto a terceiros o acordo de quotistas deve ser registrado na Junta: *O registro do instrumento de acordo é de se fazer na empresa em seus livros, no subsídio da Lei 6.404, e vemos nós, na Junta Comercial, pela ausência de caráter "semipúblico" dos livros da limitada, inexistente a averbação em cédulas por inexistir a "corporificação" das quotas, aí valendo perante a companhia, e como defendemos acima, deve ser levado ao registro público de títulos e documentos de modo a se presumir publicidade geral e eficácia erga omnes, vale dizer, contra adquirentes eventuais de cotas*. E com razão, posto que, no caso das Sociedades Limitadas, somente o registro trará a publicidade necessária para efeitos perante terceiros.

³⁵ No mesmo sentido por nós defendido, a opinião de EDUARDO AUGUSTO FRANKLIN ROCHA (ACORDO DE QUOTISTAS NAS SOCIEDADES LIMITADAS; in O Direito Societário na Atualidade; Editora Del Rey; 2007) que textualmente realça que *por natureza, o acordo de quotistas é um negócio jurídico alheio aos atos constitutivos da sociedade*, (embora assevere que *é inegável que se trata de um ato de seu absoluto interesse, inclusive de seus sócios, na medida em que é celebrado entre eles próprios ou por titulares de direito de voto, cujos efeitos também se manifestam no âmbito da sociedade. Essa constatação justifica seu arquivamento perante o Registro do Comércio, onde o ato adquirirá a mesma publicidade que se reveste o Registro Civil.*)

- a) o contrato societário é um contrato consensual, bastando, para o seu aperfeiçoamento, do consenso entre os interessados;
- b) contrato societário é uma entidade jurídica diversa do contrato social. O contrato societário é o contrato que, ou é meramente oral, ou será escrito, porém não inscrito. Somente será transmutado em contrato social se e quando for levado a registro;
- c) a existência de sociedade entre os interessados não configura propriamente uma sociedade irregular ou de fato. Trata-se de um feixe de relações jurídicas reguladas pelo respectivo contrato (verbal ou escrito). Portanto, trata-se de uma relação de direito e não de fato. O atual Código Civil, cuidando do tema, passa a denominá-la de sociedade em comum;
- d) a prova da existência do contrato societário é tratada de forma equivocada pelo Código Civil, no momento em que determina, em seu art. 987 que somente por escrito se prova a existência de sociedade, quando o interessado na prova é o sócio (seja em face de outro sócio, seja em face de terceiros); tal equívoco acaba por incidir em inconstitucionalidade material, por falta de proporcionalidade; ao nosso ver, a prova da existência do contrato societário é livre quando se tratar de questões entre sócios e, no que concerne a questões entre sócios em face de terceiros, o mesmo se diga;
- e) os acordos de quotistas, ainda que levados a registro, não se confundem nem assumem a natureza jurídica de contrato social, devendo ter regime jurídico diferenciado.