

Tipos Societários

Coordenadores

Maria Eugênia Reis Finkelstein
José Marcelo Martins Proença

Autores

Alessandra de Azevedo Domingues
Armando Luiz Rovai
Caio Julius Bolina
José Marcelo Martins Proença
Larissa Teixeira
Manoel de Queiroz Pereira Calças
Márcio Tadeu Guimarães Nunes
María del Pilar Galeote Muñoz
Maria Eugênia Reis Finkelstein
Newton De Lucca



Editora
Saraiva



FUNDAÇÃO
GETULIO VARGAS



DIREITO GV

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série **GVlaw**

Maria Eugênia Reis Finkelstein
José Marcelo Martins Proença
Coordenadores

DIREITO SOCIETÁRIO

Tipos Societários

Alessandra de Azevedo Domingues
Armando Luiz Rovai
Caio Julius Bolina
José Marcelo Martins Proença
Larissa Teixeira
Manoel de Queiroz Pereira Calças
Márcio Tadeu Guimarães Nunes
María del Pilar Galeote Muñoz
Maria Eugênia Reis Finkelstein
Newton De Lucca

1ª edição

2009

2ª tiragem

2010





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15071-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito societário : tipos societários / Maria Eugênia Reis Finkelstein, José Marcelo Martins Proença, coordenadores. – São Paulo : Saraiva, 2009. – (Série GVLaw).

Vários autores.

Bibliografia

1. Direito empresarial - Legislação - Brasil I. Proença, José Marcelo Martins.

II. Finkelstein, Maria Eugênia Reis.

III. Série.

08-09532 CDU-34:338.93(81) (094)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos empresariais :

1. Brasil : Leis : Direito societário 34:338.93(81)(094)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Editora Manuella Santos

Assistentes editoriais Rosana Simone Silva / Larissa Casares

Produção editorial Ligia Alves / Clarissa Boraschi Maria Coura

Estagiário Vinicius Asevedo Vieira

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy / Eunice Aparecida de Jesus

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Moraes

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Juliana Queiroz

Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa / Carla Cristina Marques / Ana Paula Mazzoco

Data de fechamento da edição: 5-1-2009

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do *GVlaw*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadora da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que,

agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira

Coordenador do GV*law*

PREFÁCIO

Esta é mais uma obra que integra o projeto formulado pelo *GVlaw* visando dotar os seus Cursos de Educação Continuada e Especialização de um texto referencial básico para os diferentes segmentos em que se desdobra seu programa de pós-graduação *lato sensu*.

Os artigos selecionados, contudo, não são direcionados apenas aos profissionais que buscam aprimoramento técnico e acadêmico nos diversos cursos oferecidos pela DIREITO GV, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, mas sim a todos aqueles que buscam idéias modernas, avançadas e atualizadas em matéria societária.

A temática deste volume são os tipos societários, matéria abordada em um dos módulos do curso de especialização em direito societário do *GVlaw*. Na abertura o leitor encontrará, já no Capítulo 1, de autoria do Professor Newton De Lucca e de Alessandra de Azevedo Domingues, um exaustivo trabalho revelador das questões que envolvem o estabelecimento.

Em seguida, Manoel de Queiroz Pereira Calças disserta sobre importantes questões relacionadas à sociedade simples, que, como poderá ser observado, de simples tem apenas o nome.

As relevantes sociedades em conta de participação são tratadas, em seguida, em artigo de Maria Eugênia Finkelstein, no qual também são colacionados aspectos tributários e processuais envolvidos na matéria.

O leitor conta com o estudo de Armando Luiz Rovai sobre a deliberação nas sociedades limitadas no Código Civil de 2002, para, em seguida, José Marcelo Martins Proença cuidar dos aspectos da exclusão de sócio nesse tipo societário, apresentando algumas questões controvertidas e as lacunas legislativas ainda existentes sobre a questão.

Contaram os organizadores com o auxílio de Márcio Tadeu Guimarães Nunes, para discorrer sobre a sempre moderna teoria da

desconsideração da personalidade jurídica, o que se deu no Capítulo 6.

Larissa Teixeira discorre sobre o acordo de quotistas no Capítulo 7 e, em seguida, a Professora María del Pilar Galeote Muñoz, do Instituto de Empresa de Madrid, apresenta as *sociedades de responsabilidad limitada*.

Ao final, o leitor contará ainda, no derradeiro capítulo, com a visão de Caio Julius Bolina sobre o contrato social, no qual se apura uma didática demonstração dos requisitos, como ressalta o autor, de

um dos mais relevantes contratos dada sua importância econômica e jurídica; é ele instrumento que propicia a organização dos meios de produção por duas ou mais pessoas, para o exercício de uma atividade econômica e a partilha de seus resultados, subordinada a um regime jurídico, predefinido, de responsabilidade dos sócios.

Nós, coordenadores, uma vez mais, agradecemos a todos os co-autores pela colaboração na realização deste livro, convencidos de que ele pode ser útil a todos que pretendem compreender alguns relevantes aspectos do direito societário, bem como aplicá-lo profissionalmente e para a reflexão acadêmica.

José Marcelo Martins Proença

Maria Eugênia Reis Finkelstein

Coordenadores

SUMÁRIO

Apresentação

Prefácio

1 ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Newton De Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues

1.1 Introdução

1.2 Conceito de estabelecimento

1.2.1 Distinção entre estabelecimento primário e estabelecimento secundário

1.2.2 Distinção entre estabelecimento e patrimônio

1.2.3 Distinção entre estabelecimento e empresa

1.3 Elementos do estabelecimento

1.3.1 Bens corpóreos

1.3.2 Ponto comercial

1.3.3 Bens incorpóreos

1.3.4 Nome empresarial e título de estabelecimento (nome fantasia)

1.4 Aviamento e clientela: atributos ou elementos?

1.4.1 Aviamento

1.4.2 Clientela

1.5 Titular do estabelecimento

1.6 Natureza jurídica

1.6.1 Estabelecimentos como objeto de negócio jurídico

1.7 Extinção

1.8 Jurisprudência comentada

2 SOCIEDADE SIMPLES

Manoel de Queiroz Pereira Calças

2.1 Introdução

2.2 Noções gerais

2.3 Ato constitutivo, registro e cláusulas obrigatórias

2.3.1 A qualificação completa dos sócios

2.3.2 A denominação, objeto, sede e prazo da sociedade

2.3.3 Capital da sociedade

2.3.4 A quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la

2.3.5 As prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços

2.3.6 As pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e

atribuições

2.3.7 A participação de cada sócio nos lucros e nas perdas

2.3.8 Se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais

2.4 Registro da sociedade simples que adotar tipo de sociedade empresária

2.5 Personalidade jurídica e responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade

2.6 Alteração do contrato social

2.7 Cessão da quota social

2.8 Obrigações dos sócios

2.8.1 Responsabilidade pela evicção e pela transferência de crédito

2.9 Sócio de indústria

2.10 Participação nos lucros e perdas

2.10.1 Sociedade leonina

2.11 Administração da sociedade

2.11.1 Deliberações sobre os negócios sociais

2.11.2 Deveres dos administradores

2.11.3 Impedimentos para ser administrador (art. 1.011, § 1º).

2.11.4 Natureza jurídica das funções de administrador

2.11.5 Nomeação de administradores

2.11.6 Competência conjunta

2.11.7 Venda de imóveis

2.11.8 Responsabilidade do administrador

2.11.9 Voto conflitante

2.11.10 Responsabilidade por culpa

2.11.11 Atos violadores da lei ou do contrato social

2.11.12 Excesso de poderes (art. 1.015, parágrafo único).

2.11.13 Teoria *ultra vires*

2.11.14 Indelegabilidade da administração

2.11.15 Revogabilidade ou irrevogabilidade dos poderes dos administradores

2.11.16 Obrigações dos administradores (art. 1.020)

2.12 Direito do sócio de fiscalizar

2.13 Responsabilidade dos sócios

2.13.1 Benefício de ordem (art. 1.024)

2.13.2 Dívidas anteriores

2.13.3 Credor particular de sócio

2.13.4 Liquidação da quota

2.14 Resolução da sociedade em relação a um sócio (arts. 1.028-1.030)

2.14.1 Morte de sócio (art. 1.028)

2.14.2 Retirada de sócio (art. 1.029)

2.14.3 Exclusão judicial por iniciativa da maioria (art. 1.030)

2.14.4 Exclusão de pleno direito (art. 1.030, parágrafo único)

2.14.5 Apuração dos haveres (valor da quota)

2.14.6 Responsabilidade pelas dívidas sociais (art. 1.032)

2.15 Dissolução da sociedade

2.15.1 Dissolução extrajudicial

2.15.2 Dissolução judicial da sociedade (art. 1.034)

2.15.3 Liquidação da sociedade

2.16 Conclusão

3 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Maria Eugênia Reis Finkelstein

3.1 Introdução

3.2 Características

3.3 Histórico

3.4 Da conta de participação como sociedade

3.5 Tratamento fiscal conferido à sociedade em conta de participação

3.6 Tratamento processual conferido à sociedade em conta de participação

3.7 Da não-personificação das sociedades em conta de participação

3.8 Da não-personificação: questionamento

3.9 Conclusão

4 DELIBERAÇÃO NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Armando Luiz Rovai

4.1 Introdução

4.2 Das matérias que serão objeto das deliberações

4.3 Dos procedimentos e das regras para a instalação das deliberações

4.4 Os quóruns para as deliberações societárias

4.5 Da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários — exclusão extrajudicial de sócios

4.6 Da instrumentalização e registro das deliberações

4.7 Da conclusão

5 A EXCLUSÃO DE SÓCIO NAS SOCIEDADES LIMITADAS

José Marcelo Martins Proença

5.1 Introdução

5.2 Evolução legislativa — Decreto n. 3.708/19, Código Comercial e Código Civil de 2002

5.2.1 Conceito de exclusão de sócios

5.2.2 Origem do instituto

5.2.3 A legislação pátria

5.3 Teorias acerca do fundamento da exclusão

5.3.1 Teoria do poder corporativo disciplinar

5.3.2 Teoria da disciplina taxativa legal

5.3.3 Teoria contratualista

5.3.4 Outras teorias

5.4 A formação do conceito de justa causa

5.5 A exclusão de sócio no Código Civil de 2002

5.5.1 A exclusão extrajudicial por justa causa

5.5.2 A exclusão judicial por justa causa

5.5.3 A exclusão do sócio remisso

5.5.4 A exclusão do sócio falido ou com quota liquidada

5.5.5 A exclusão por incapacidade superveniente

5.5.6 Questões controvertidas

5.6 Procedimento para registro da alteração do contrato social em caso de exclusão extrajudicial

5.7 Conclusão

6 O USO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Márcio Tadeu Guimarães Nunes

6.1 Introdução

6.2 A desconsideração da personalidade jurídica

6.3 A impossibilidade da aplicação da teoria da desconsi-deração da personalidade jurídica por parte da Administração Pública

6.4 Perspectivas teóricas e práticas

6.5 Reserva legal

6.6 A auto-regulamentação administrativa e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica

6.7 Conclusão

7 ACORDO DE QUOTISTAS

Larissa Teixeira

7.1 Introdução

7.2 Pactos parassociais

7.2.1 Partes do pacto parassocial

7.2.2 Objeto do pacto parassocial

7.2.3 Acordo de bloqueio

7.2.4 Acordo de voto

7.2.5 Vigência e rescisão

7.3 Acordo de quotistas na sociedade limitada

7.3.1 Reunião prévia

7.3.2 Transmissão do voto deliberativo

7.4 Arbitragem

7.4.1 Partes vinculadas pela cláusula compromissória

7.5 Execução específica

7.6 Considerações finais

8 SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

María del Pilar Galeote Muñoz

8.1 Concepto

8.2 Constitución de la SRL

8.3 Aportaciones sociales

8.4 Régimen de las participaciones sociales

8.5 Órganos sociales

8.5.1 La Junta General

8.5.2 Los administradores

8.6 Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social

8.6.1 Cambio de domicilio

8.6.2 Aumento de capital social

8.6.3 Reducción de capital social

8.6.4 Reducción y aumento de capital simultáneos

8.7 Cuentas anuales

8.8 Transformación, fusión y escisión de la sociedad

8.9 Separación y exclusión de socios

8.10 Disolución y liquidación de la sociedad

8.11 Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada

8.12 Sociedad nueva empresa

9 CONTRATO SOCIAL

Caio Julius Bolina

9.1 Introdução

9.2 Contrato de sociedade nos Códigos Civis de 1916 e de 2002

9.3 O contrato social

9.4 Cláusulas obrigatórias do contrato social

9.4.1 Art. 997, I: as partes e sua qualificação

9.4.2 Art. 997, II: denominação, objeto, sede e prazo da sociedade

9.4.3 Art. 997, III, IV e V: capital social, quota de cada sócio e modo de realizá-la; contribuição em serviços

9.4.4 Art. 977, VI: os administradores

9.4.5 Art. 997, VII: participação dos sócios nos lucros e nas perdas

9.4.6 Art. 997, VIII: responsabilidade subsidiária dos sócios

9.5 Conclusões

1 ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Newton De Lucca

Mestre, doutor, livre-docente e adjunto pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desembargador federal e diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3^a Região.

Alessandra de Azevedo Domingues

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduada LATO SENSU em Direito dos Contratos pelo Centro de Extensão Universitária, advogada e sócia do escritório Franco, Nascimbeni e Azevedo Advogados Associados.

1.1 Introdução

O presente trabalho tem como escopo a análise crítica da evolução do instituto do estabelecimento empresarial na legislação, na doutrina e na jurisprudência. Como referido instituto correlaciona-se com conceitos de sociedade e de empresa, traçaremos um paralelo entre todas essas figuras jurídicas.

No intuito de introduzir o leitor nas noções que serão abordadas neste artigo, iniciaremos com a verificação do enquadramento legal do estabelecimento no atual Código Civil.

O Código Civil disciplina o estabelecimento no Livro II, intitulado Do Direito de Empresa.

A denominação “direito de empresa” gerou controvérsia na doutrina, porque esse livro – que no Anteprojeto se chamava “Da Atividade Negocial” – não cuida apenas das atividades empresárias, mas de outras que não têm por finalidade a produção ou a circulação de bens ou serviços.

De toda sorte, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil notou que essa segunda parte era tão reduzida em relação à primeira que nada impedia a prevalência da denominação “Direito de Empresa”, mesmo porque algumas atividades, apesar de não serem empresárias na sua essência – como, exemplificativamente, a agrícola –, podem assumir estrutura empresarial, cujas razões encontram-se bem postas no relatório de Ernani Satyro ao Projeto do Código Civil¹.

O Livro II divide-se em quatro títulos, que cuidam, sucessivamente, “Do Empresário”, “Da Sociedade”, “Do Estabelecimento” e “Dos Institutos Complementares”.

Neste artigo, cuidaremos, especificamente, do Título III – “Do Estabelecimento”, embora no seu curso nos socorramos de conceitos e dispositivos presentes nos Títulos I – Do Empresário – e IV – Dos Institutos Complementares.

O recurso a tais títulos faz-se necessário em razão da estreita relação que o estabelecimento possui com muitos outros institutos neles tratados; além disso, esses outros institutos auxiliam-nos na tarefa de conceituar e destrinchar a essência do estabelecimento, sua composição e sua natureza jurídica.

Localizado o estabelecimento no Código Civil e delimitado o campo de estudo pelo qual transcorrermos, importante trazermos alguns conceitos primários para situar o instituto na organização da atividade empresária.

Iniciamos por observar que o Código Civil não positivou o conceito de empresa, restringindo-se a conceituar o empresário², o que fez no art. 966³.

O conceito de empresário expresso no art. 966 reproduz, fielmente, a definição do Código Civil italiano de 1942 (art. 2.082), sendo três os elementos ou atributos fundamentais desse conceito: a economicidade, como fator de geração de riquezas, a organização e a profissionalidade.

Podemos afirmar, então, que o empresário é considerado como a pessoa que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante. Desta feita, a partir do conceito de empresário introduzido pelo atual Código Civil, tal conceito não se restringe mais, apenas, às pessoas que exerçam atividades comerciais ou mercantis, ficando eliminada e unificada a divisão anterior existente entre empresário civil e empresário comercial.

No regime jurídico passado, como elemento diferenciador, seria comercial ou mercantil a atividade econômica que objetivasse o lucro, sendo submetidas à legislação civil todas as demais atividades que, em princípio, não o perseguissem como escopo essencial. O atual Código Civil eliminou o critério anterior de separação entre as atividades comerciais e as atividades civis a partir da finalidade lucrativa, qualificando como atividade de empresa o exercício de profissões organizadas destinadas à produção ou circulação de riquezas.

Não obstante o parágrafo único do referido artigo excluir do conceito aqueles que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, sempre que o exercício dessas profissões constituir *elemento de empresa*, isto é, estiver voltado para a produção ou à circulação de bens e serviços, essas atividades intelectuais enquadrar-se-ão, também, como atividades empresariais.

Ademais, em sentido amplo, o conceito de empresário abrange tanto o empresário titular de firma individual como os

administradores de sociedades (classificadas de ou divididas entre sociedade empresária – antiga sociedade comercial – e sociedade simples – antiga sociedade civil)⁴.

Passemos, então, ao conceito de sociedade, para, na seqüência, delimitar o conceito de empresa, e, ao final, identificar o estabelecimento.

Encontramos a formulação do conceito de sociedade no art. 981 do atual Código Civil⁵, constante do Título II – Da Sociedade.

Diferentemente do que se deu com o conceito de empresário, o Código Civil de 1916 trazia positivado o conceito de sociedade em seu art. 1.363, que estabelecia: “Celebaram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

O Código Comercial de 1850, a seu turno, apesar de não conter um conceito específico para a sociedade comercial, enumerava seus elementos essenciais, ao assim dispor:

“É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito, e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria” (art. 287).

A sociedade, assim, é um contrato de natureza plurilateral (na inolvidável lição de Ascarelli⁶) em que as partes, ou seja, os sócios, combinam a aplicação de seus recursos com a finalidade de desempenhar certa atividade econômica, com a divisão dos frutos ou lucros por ela gerados.

Três são os elementos essenciais da sociedade definidos pelo art. 981 ora em comento: 1) a reunião de recursos, sob a forma de capital ou de trabalho, com cada sócio colaborando na sua formação; 2) o exercício em comum de atividade produtiva; e 3) a

partilha ou divisão dos resultados econômicos da exploração da empresa.

Analisando os elementos da sociedade, dois merecem nossa especial atenção para o cerne deste trabalho. Um deles é a reunião de recursos e o outro o exercício em comum de uma atividade produtiva. Ambos auxiliarão na formulação dos conceitos de estabelecimento e de empresa, senão vejamos.

Apesar de o Código Civil de 2002 adotar a teoria da empresa, não positivou seu conceito, podendo ser entendida como resultado da atividade exercida pelo empresário. Ocorre que ela, na verdade, traduz um conceito econômico, inserida que está na Ciência Econômica. No entanto, não é estranha ao Direito e, por essa razão, a doutrina não se furtou à árdua tarefa de tentar desenvolver um conceito.

Ocorre que os conceitos jurídicos de empresa são múltiplos, em razão de esta, como fenômeno econômico, apresentar facetas jurídicas diversas, não podendo o jurista se ater a um critério jurídico unitário, consoante a insuperável contribuição de Asquini. Talvez por essa razão tenha o legislador civilista omitido-se na positivação de tal conceito.

A doutrina jurídica frustrou-se, portanto, na busca de um conceito unívoco para a empresa, coexistindo muitas e variadas definições, incapazes de traduzir um único sentido, porque, como nos ensinou o retromencionado autor peninsular Asquini, a empresa compreende diversos elementos, possibilitando definições variadas de acordo com o vértice pelo qual é analisada. Segundo esse autor, ela representa um fenômeno econômico poliédrico, razão pela qual, sob o aspecto jurídico, não tem um, mas diversos perfis em relação aos vários elementos que a integram, levando a definições variadas em razão do elemento pelo qual é encarada (ASQUINI, 1943, p. 1-20).

Dessa forma, para Asquini, a empresa possui quatro perfis, abaixo identificados, segundo os quais deve ser entendida (ASQUINI, 1943, p. 6-19):

- *perfil subjetivo* – a empresa aqui é entendida pela análise do empresário, pois ele é sua cabeça e alma, exercendo uma atividade organizada de forma profissional;
- *perfil funcional* – segundo o qual a empresa é entendida como atividade empresarial. A empresa deve ser interpretada como a força em movimento, que é a atividade empresarial direcionada a determinado fim produtivo;
- *perfil objetivo* – a empresa é tida como patrimônio, como estabelecimento, já que na época de sua concepção dá lugar à formação de um complexo de bens especial, surgindo um patrimônio distinto, por seu escopo, do restante do patrimônio do empresário;
- *perfil corporativo* – a empresa é considerada autêntica instituição, como organização de pessoas para a busca de um fim comum, a qual é formada pelo empresário, pelos empregados e pelos demais colaboradores.

A partir das considerações acima formuladas, podemos concluir que a empresa só existe se os fatores de produção estiverem organizados com vistas à realização de um fim econômico, surgindo, dessa organização, o estabelecimento.

Oportuno ressaltar que o estabelecimento não se confunde com a empresa, nem mesmo com o elemento organizacional desta, apesar de com ele estar intimamente ligado.

Marcelo Fortes Barbosa Filho, buscando inspiração nos perfis da empresa de Asquini, antes formulados, identifica no estabelecimento o perfil patrimonial da empresa, e expõe:

A produção ou a circulação de mercadorias ou serviços precisa, para ser desenvolvida, do agrupamento de bens corpóreos e incorpóreos dotados de destinação econômica específica, organizados e dispostos racionalmente para a execução da atividade profissional própria da empresa.

(...)

Seja qual for o empreendimento realizado, haverá sempre um estabelecimento, pois o empresário necessitará se aproveitar de algum suporte material, somando-se, por exemplo, materiais de escritório, bens de capital, marcas, patentes ou veículos, tudo integrado pelos mesmos desígnios volitivos (in PELUSO, 2007, p. 944).

A identificação do estabelecimento com o perfil patrimonial da empresa remete-nos a outro conceito importante que gravita a esfera da sociedade, qual seja o patrimônio especial.

Atendo-nos ao patrimônio especial⁷, resulta ele da constituição de uma sociedade; constituindo um patrimônio próprio e separado do patrimônio pessoal dos sócios que a integram. Esse patrimônio se forma ainda que a sociedade não seja regularmente constituída e não tenha adquirido personalidade jurídica por não ter seus atos constitutivos levados a registro ou a arquivamento nos órgãos competentes. Mesmo nessa situação, é possível identificar o patrimônio especial que representa aquele constituído pelos sócios para o exercício de uma atividade societária em comum, de modo irregular, mediante provas de natureza contábil, fiscal ou financeira, entre outras, que comprovem o aporte de recursos e bens privados para o exercício de atividade mercantil ou de destinação econômica.

O patrimônio especial que surge a partir da constituição, formal ou de fato, de uma sociedade, além de se destinar à realização da empresa, de servir de instrumento para a exploração da atividade empresarial, também servirá para responder pelas obrigações e dívidas contraídas pela sociedade.

O Enunciado n. 210 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça

Federal no período de 1º a 3 de dezembro de 2004, formula o conceito de patrimônio especial, merecendo transcrição:

O patrimônio especial a que se refere o art. 988 é aquele afetado ao exercício da atividade, garantidor de terceiro, e de titularidade dos sócios em comum, em face da ausência de personalidade jurídica⁸.

De toda a sorte, o estabelecimento, apesar de se inserir no conceito de patrimônio especial, com ele não se confunde, como veremos mais adiante, primeiro porque o empresário ou a sociedade pode deter mais de um estabelecimento, mas terá apenas um patrimônio especial, e segundo porque na noção de patrimônio inserem-se as dívidas, as quais não compõem o estabelecimento.

Por todo o exposto, como veremos na seqüência, elogiável a distinção a que procedeu o Código entre *empresa* e *estabelecimento*, mostrando que este – corriqueiramente designado por *fundo de comércio* – nada mais é do que a projeção patrimonial daquela, constituindo um conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, unidos pela vontade e determinação de seu titular, que é o empresário ou a sociedade empresária, para a realização da atividade empresarial.

1.2 Conceito de estabelecimento

Denominado pela doutrina pátria estabelecimento comercial ou fundo de comércio, o estabelecimento passou a ter definição legal a partir do Código Civil de 2002, no art. 1.142, já que o Código Civil de 1916 e o Código Comercial não traziam dispositivo que o definia.

Antes, no Direito pátrio, o estabelecimento era regrado de forma parcial, esparsa e fragmentada. A ele se referiam alguns textos

legais, como o Código de Processo Civil, no tocante ao penhor judicial do estabelecimento; a Lei das Falências, que cuidava do estabelecimento enquanto garantia dos credores; a Lei de Locação, atinente ao aspecto da ação renovatória da locação do ponto comercial; a Lei de Propriedade Industrial, quanto à exclusividade na exploração e no uso dos elementos incorpóreos integrantes do estabelecimento; e o Código Penal, em razão da vedação à concorrência desleal. Não havia, dessa forma, qualquer regramento minucioso e sistemático, à semelhança dos direitos alienígenas⁹.

O Professor Rubens Requião que, com justa razão, se queixara do atraso do Direito brasileiro na construção legislativa do instituto do estabelecimento, ao comentar os artigos do então Anteprojeto de Código Civil, não teve dúvidas em afirmar que:

(...) pela primeira vez, vingando o Anteprojeto, surgirá no direito brasileiro a disciplina jurídica do estabelecimento comercial de forma definida e clara, pondo fim às dúvidas e incertezas que inçavam a doutrina e a jurisprudência.

Esclarece o autor que, no plano doutrinário, “os autores versam sobre o estabelecimento comercial como instrumento do exercício da empresa, organizado pelo empresário” (REQUIÃO, 2007, p. 284).

Orlando de Carvalho, um dos mais destacados autores sobre o tema, assim se expressou em sua célebre obra:

Com mais de um século de experiência jurídica, a literatura do estabelecimento encontra-se hoje, na generalidade dos direitos, numa completa incerteza quanto à idéia desse fenômeno. A confusão ou desorientação sem remédio de que Gierke falava em 1946 é ainda hoje patente, não apenas na Alemanha – país, em regra, de mais vezo especulativo –, mas inclusive na França, onde a doutrina é mais fiel à inspiração das exigências de ordem prática. E, como na Alemanha e na França, também na

Itália moderna (mesmo depois do Código Civil), e, por maioria de razão, naqueles sistemas de direito em que se seguem, mais ou menos, os anteriores: no português, no espanhol, no austríaco, no belga, nos sistemas jurídicos da América Latina e em quaisquer outros em que influam os primeiros (DE CARVALHO, 1967, p. 3-6).

Também Barbosa de Magalhães, em sua conhecida obra, põe em destaque a dificuldade da doutrina dos diversos países ao lidar com a noção de estabelecimento, fazendo-o nos seguintes termos:

Dar uma noção jurídica do estabelecimento comercial, se não é um problema difícil, tem, no entanto, dado lugar a grandes dúvidas e divergências. Como acontece em relação a várias outras figuras jurídicas, essas dúvidas e divergências começam logo, em quase todos os países, pelas próprias expressões empregadas para designar aquilo que fundamentalmente e essencialmente é o estabelecimento comercial.

Em Portugal e no Brasil – esta expressão tem vários significados e tanto na legislação, como na doutrina, como na vida comercial, é, por vezes, substituída por estas outras – estabelecimento mercantil, empresa, casa comercial, casa de comércio, fundo comercial e negócio. Já no direito romano havia diversas palavras para exprimir a mesma idéia: – *negotium, mensa, merx, taberna, mercatura, negotiatio*.

Em França empregam-se as expressões – *fonds de commerce, maison de commerce*, e também, embora menos usada, a de *établissement commercial*; e os ingleses e norte-americanos dizem *good will; good will of a trade; good will of a business*; os italianos, *azienda commerciale*, ou simplesmente *azienda*; ultimamente, nos livros de doutrina, emprega-se também a palavra – *impresa*, e, menos freqüentemente, e num sentido restrito, a palavra – *stabilimento*, os alemães – *Geschäft* ou *Handelsgeschäfts*; os holandeses – *Zaak* e *Handelszack*; os espanhóis – *hacienda comercial e fondo comercial*, e também ultimamente nos livros de doutrina a palavra *empresa*; e nos países sul-americanos de língua

espanhola usam-se as expressões – *estabelecimento comercial* e *fondo mercantil* (DE MAGALHÃES, 1951, p. 9 e s.).

Por todas essas dificuldades, nunca será demais insistir na idéia de que o legislador nacional enfrentou corajosamente – e fê-lo de maneira bem sucedida – a árdua questão do estabelecimento. Tal afirmação não implica – era escusado dizê-lo – a inexistência de dificuldades de interpretação do sentido e alcance de alguns dos dispositivos do atual Código Civil, como se verá ao longo deste artigo.

Aplausos, portanto, devem ser creditados ao legislador pátrio a respeito dessa importante matéria, que tanto tem desafiado a mente dos juristas.

Se grande mérito coube, inegavelmente, ao Professor Sylvio Marcondes, pela elaboração deste Livro II da Parte Especial, relativo ao direito de empresa, há de se homenagear, igualmente, pela sua meritória contribuição na matéria concernente ao estabelecimento, a memória do saudoso Professor Oscar Barreto Filho. Este, em sua célebre obra *Teoria do estabelecimento comercial*, já citada, pôs em relevo, em primeiro lugar, o verdadeiro conceito de *azienda mercantil*, fazendo-o nos seguintes termos: “Complexo de bens ‘latu sensu’ (inclusive serviços) organizados pelo empresário como instrumento para o exercício da atividade empresarial” (BARRETO FILHO, 1969, p. 132).

Foi desse conceito, evidentemente, que decorreu o art. 1.142 do atual Código Civil, *in verbis*: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Ricardo Fiuza, debruçando-se sobre o conceito mencionado no art. 1.142 supra-referido, explica que:

A partir do capital e do patrimônio realizado na empresa pelo seu titular, são captados e reunidos os recursos humanos, físicos, tecnológicos, assim como os bens incorpóreos, a exemplo do nome empresarial, das marcas e patentes. A forma como esses recursos são reunidos e organizados pelo empresário, que caracteriza o modo como a empresa vai atuar na realização de negócios, representa, exatamente, o estabelecimento comercial (FIUZA, 2003, p. 1022).

Tais idéias parecem-nos inteiramente afinadas com a doutrina mais autorizada sobre a matéria e espelham, também, o conceito que logrou prevalecer no art. 2.555 do estatuto peninsular, *verbis*: “O estabelecimento (*azienda*) é o complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa”.

Mesmo diante da morosidade do legislador em conceituar o estabelecimento, a doutrina pátria já se havia arriscado nessa tarefa, como podemos atestar por alguns conceitos formulados por nossos doutrinadores e abaixo, exemplificativamente, transcritos.

Para Tavares Borba,

estabelecimento é o conjunto de meios destinados ao exercício da atividade comercial. A sociedade adquire ou aluga um imóvel, dota-o de instalações, compra máquinas, contrata empregados, reúne enfim uma série de instrumento que, assim conjugados, constituem o estabelecimento (BORBA, 1999, p. 36).

Amador Paes de Almeida, por sua vez, conceitua-o como “o complexo de bens materiais e imateriais reunidos e organizados para exercício da atividade empresarial” (DE ALMEIDA, 2004, p. 25).

Rubens Requião conclui ser o estabelecimento “um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se

fundem, mas mantêm unitariamente sua individualidade própria” (REQUIÃO, 1993, p. 210).

Fran Martins afirma que fundo de comércio – como se referia o autor ao estabelecimento – “é uma universalidade de fato, ou seja, um conjunto de coisas distintas, com individualidade própria, que se transformam num todo pela vontade do comerciante” (MARTINS, 2000, p. 329).

Podemos dizer, então, que estabelecimento é um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, unidos pela vontade e determinação de seu titular, que é o empresário. Podem ser citados, como bens corpóreos, exemplificativamente, as mercadorias, as instalações e as máquinas e utensílios, havendo controvérsia doutrinária quanto aos bens imóveis, como veremos mais adiante, ao tratarmos dos elementos que integram o estabelecimento.

Antes de adentrarmos na investigação dos elementos que compõem o estabelecimento, necessário se faz traçar algumas distinções entre estabelecimento secundário e primário, entre estabelecimento e patrimônio e, finalmente, entre estabelecimento e empresa, não obstante termos indicado alguns aspectos característicos e distintivos na introdução deste artigo.

1.2.1 Distinção entre estabelecimento primário e estabelecimento secundário

Tavares Borba lembra que uma sociedade pode ter vários estabelecimentos, figurando-se estes em unidades da empresa, pertencentes à sociedade e funcionando como instrumentos de sua atuação (BORBA, 1999, p. 36 e 37).

Caso a sociedade ou o empresário detenha mais de um estabelecimento, eles serão classificados como principal e secundário.

Para alguns doutrinadores, o principal estabelecimento confunde-se com a sede, compreendendo o local e o conjunto de bens de onde emanam as decisões que regem a empresa¹⁰. Não necessariamente o principal estabelecimento será o maior em

termos de tamanho e de valor; não raras vezes acontece exatamente o inverso.

Existem, no entanto, aqueles que entendem ser o principal estabelecimento aquele que mais efetivamente atende à satisfação dos credores, especialmente no tocante aos fins falimentares de liquidação do ativo e do passivo do patrimônio do devedor, hipótese em que ele será, conseqüentemente, o de maior tamanho e valor econômico. Nesse sentido é a posição do saudoso Professor Sylvio Marcondes, cujo pensamento foi acolhido por diversos julgados em processos falimentares.

O estabelecimento secundário encerra os bens reunidos em qualquer outro escritório, departamento, filial, sucursal, agência, armazém detido pelo empresário ou sociedade. Cada um desses lugares, para se enquadrar na classificação de estabelecimento secundário sob o domínio de um mesmo titular, deve, necessariamente, destinar-se à consecução da mesma atividade empresarial. Apesar de todos resumirem conjuntos patrimoniais dotados de certa autonomia funcional ou administrativa, subordinados à política econômica da sociedade ou do grupo de sociedades a que pertencem, não se confundem, tendo, cada qual, seu significado próprio, cuja diferenciação gravita, via de regra, na autonomia gerencial, jurídica, ainda que mantenha dependência econômica. Vejamos, portanto, a distinção entre algumas dessas figuras.

Toda constituição de filiais deve ser objeto de nova inscrição no Registro de Empresas, já que possuem personalidade jurídica, gozando de autonomia jurídica, o que as difere dos demais conjuntos patrimoniais.

Frise-se que quando uma sociedade simples vier a instituir estabelecimento filial em Município diferente daquele de sua sede deverá inscrever e registrar a instalação da filial no Registro Civil das Pessoas Jurídicas dessa outra circunscrição. Isso porque os cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas têm circunscrição municipal, e não estadual, como ocorre no âmbito do Registro de Empresas Mercantis. Assim, a mera instalação de filial em outro Município,

ainda que integrante, por exemplo, de uma mesma região metropolitana, exigirá a inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas com jurisdição na área correspondente.

Vale lembrar, ainda, que a sociedade estrangeira – definida como aquela constituída de acordo com as leis de seu país de origem e que nele tem sua sede e administração – geralmente atua no Brasil por intermédio de estabelecimentos-filiais, mantendo seu estabelecimento-sede no país em que foi constituída.

O departamento, por conseguinte, compreende a reunião de bens para um único fim, mas não depende de instalação material, podendo funcionar nas dependências da sede ou da filial, por exemplo. Apesar de possuir uma unidade de decisão, não goza de personalidade jurídica, afastando-se, dessa forma, da filial. Também não se confunde com a sucursal, pois a delegação de poderes ao gerente é maior no departamento.

A sucursal, por sua vez, aproxima-se da filial quanto ao aspecto econômico, pois dispõe de instalações próprias, mas dela se distancia no plano jurídico, por não possuir personalidade jurídica (BULGARELLI, 1993, p. 58).

Conclui Bulgarelli que os estabelecimentos secundários decorrem da separação das funções de administração do patrimônio afetado à empresa e da direção técnica dessa empresa (BULGARELLI, 1993, p. 59).

Existem doutrinadores, como Marcelo Fontes Barbosa Filho, que caracterizam esses tipos de estabelecimentos de acordo com as formas pelas quais são organizados, sendo *simples* quando todos os bens se reúnem em um mesmo local geográfico, e *complexos* quando apresentam ramificações, espalhando-se por locais diversos, como sucursais ou filiais, e unidades urbanas (voltadas ao comércio ou indústria) e rurais (destinadas à agricultura, pecuária e extrativismo), tudo de acordo com a magnitude e o conteúdo da atividade explorada (*in* PELUSO, 2007, 944).

Importante aqui destacarmos que, comumente, encontramos sociedades reunidas em grupo econômico, grandes conglomerados

de sociedades, mas com isso não se quer dizer que haja unidade de estabelecimento, pois, sempre que um estabelecimento estiver reunido sob uma empresa coligada, controlada ou controladora, estaremos diante de estabelecimentos diversos, pois detidos por pessoas jurídicas diferentes.

Portanto, uma sociedade pode deter um ou vários estabelecimentos, mas sempre que um estabelecimento estiver sob o controle de uma outra sociedade, ainda que subsidiária ou controladora de uma outra, com a qual forma um grupo econômico, estaremos diante de distintos estabelecimentos e empresas.

1.2.2 Distinção entre estabelecimento e patrimônio

Waldirio Bulgarelli revela que muitas têm sido as confusões conceituais entre estabelecimento e patrimônio, não obstante significarem coisas diversas. Revela, citado autor, que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, possuem patrimônio, mas que nem todas possuem estabelecimento, sendo este uma parte daquele (BULGARELLI, 1993, p. 53).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery explicam que não se podem confundir os institutos, pois enquanto o estabelecimento é imprescindível ao exercício da empresa, o passivo – elemento do patrimônio – não o é, razão pela qual os conceitos não se equivalem (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 549 e 550), pois o estabelecimento nunca terá como um de seus elementos as dívidas, o passivo. Ou seja, quando um empresário ou uma sociedade empresária organiza bens de produção para a exploração de uma atividade, não insere dívidas, mas apenas ativo. O passivo surge com o exercício da empresa, como resultado da má gerência ou do insucesso na exploração da atividade, variando ao longo do tempo.

Portanto, se o passivo não compõe o estabelecimento, então ele representa um fator determinante de distinção entre os dois institutos, já que o patrimônio reside no conjunto de ativos, ou de passivos, enquanto o patrimônio líquido compreende a conjunção de ativos e passivos (vale lembrar que líquido positivo representa o

ativo maior que passivo e patrimônio líquido negativo a inversão desses fatores).

Nesse sentido já lecionava Clóvis Beviláqua:

Segundo Clóvis Bevilacqua, patrimônio é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. Assim, seus elementos são, de um lado, o ativo (os bens econômicos), e, de outro lado, o passivo (as dívidas); o patrimônio líquido será o que resta depois de solvido o passivo, e constitui então a expressão econômica desse patrimônio naquele momento (*apud* BULGARELLI, 1993, p. 54).

Mas não só. Apesar de o estabelecimento ser composto de bens que resumem a noção de ativo, este não se subsume àquele, pois só compõem o estabelecimento os ativos reunidos para o fim de exercer a atividade empresarial. Portanto, o empresário ou a sociedade empresária pode possuir ativo que não se insira no estabelecimento, por não se destinar à exploração da empresa. Essa seria a distinção entre ativo civil e ativo empresarial (este último correspondendo ao conceito de estabelecimento).

Para estancar qualquer dúvida acerca desses conceitos, vale a transcrição dos ensinamentos de Nelson Nery e Rosa Maria Nery:

Se a sociedade empresária possui determinados bens, que integram seu ativo imobilizado, mas que não são utilizáveis em seu processo produtivo ou mercantil *stricto sensu*, não fazem parte do *estabelecimento comercial* (*comercial ou industrial*). São bens componentes de seu patrimônio. Ou seja, sem eles a sociedade empresária consegue exercer sua atividade normalmente (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 549 e 550).

As explicações doutrinárias para distinguir estabelecimento de patrimônio não se encerram nas supra-explicitadas. Lucas Rocha Furtado, por exemplo, apóia-se na Ciência Contábil para traçar a diferença, salientando que enquanto o patrimônio se revela como um conceito contábil, o estabelecimento traduz um conceito jurídico. Questionando a afirmação de Fábio Ulhoa Coelho de que o estabelecimento seria um bem do patrimônio, leciona:

Todavia, discordamos da afirmação de que o estabelecimento comercial componha o “patrimônio do empresário”. O patrimônio é contábil. Patrimônio é o conjunto de bens, direitos e obrigações de qualquer pessoa física ou jurídica. Do ponto de vista da contabilidade, o patrimônio, representado pelo balanço patrimonial, fornece uma visão meramente estática acerca dos valores individualizados de cada um dos bens, dos direitos e das obrigações do empresário. Nesse sentido, elementos não patrimoniais, como a expectativa de lucro, a clientela ou o bom nome que o empresário mantenha na praça, que compõem o estabelecimento, não integram o patrimônio. Este, pelo sistema de partidas dobradas, é representado pelo balanço patrimonial e divide-se em ativo, que compreende os bens e direitos, e passivo, onde são indicadas as obrigações e o patrimônio líquido. O ativo do empresário aproxima-se do conceito de estabelecimento, mas com ele igualmente não se confunde. A um, porque o valor total do ativo corresponde à simples soma aritmética dos haveres do empresário. A dois, porque elementos não patrimoniais aqui já mencionados, como a expectativa de lucro, não constam do ativo do balanço patrimonial do empresário, mas correspondem a uma parcela significativa a ser considerada na apuração do valor do estabelecimento empresarial. Mais correto seria inverter a equação apresentada pelo Prof. Fábio Ulhoa – de que o estabelecimento é um bem do patrimônio – e afirmar que o patrimônio está compreendido na universalidade que irá constituir o estabelecimento (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 938 e 939)

Pelos ensinamentos ora retratados, evidencia-se que patrimônio e estabelecimento não podem ser entendidos como sinônimos porque não o são, havendo, entre eles, vários fatores de distinção, como a

ciência em que se originou um e outro conceito; a noção de passivo que integra o patrimônio, mas que é estranha ao estabelecimento, por ser este um conjunto de bens, corpóreos e incorpóreos, enquanto o patrimônio resume o conjunto de bens, direitos, obrigações e dívidas; e a finalidade de que se reveste, obrigatoriamente, o estabelecimento e que não se faz presente no patrimônio.

Forçoso concluir, pelo exposto acima, que o estabelecimento não constitui um patrimônio separado, razão pela qual não compreende o passivo, consistindo, tão-somente, no complexo de bens pertencentes ao ativo do patrimônio de uma pessoa, destinado a um fim comum, no caso, a realização da empresa.

Portanto, como visto quando da delimitação dos conceitos essenciais que gravitam em torno do estabelecimento, insere-se ele no conceito de patrimônio especial – aquele formado na época da constituição de uma sociedade; na verdade, constitui parte desse patrimônio, a parte ativa. Não podemos, então, resumir o conceito de patrimônio especial ao de estabelecimento, pois aquele é muito mais amplo, abrangendo as dívidas, e um ou mais estabelecimentos, se houver.

1.2.3 Distinção entre estabelecimento e empresa

Empresa e estabelecimento não se confundem, como visto na introdução deste artigo. A empresa resume o complexo de valores materiais, imateriais e humanos devidamente organizados sob o controle e titularidade de um empresário ou de uma sociedade, enquanto o estabelecimento é o instrumento pelo qual o empresário ou a sociedade busca a realização da finalidade produtiva.

Na verdade, o estabelecimento integra-se à noção de empresa, pois é um de seus elementos. Ademais, uma empresa pode ser constituída de vários estabelecimentos.

O estabelecimento traduz, como visto, o perfil objetivo da empresa, confundindo-se com o elemento patrimonial desta.

A empresa, como tivemos a oportunidade de constatar nas linhas iniciais deste artigo, possui um conceito muito mais amplo do que o

de estabelecimento; apesar de este a integrar, não encerra em si a noção de empresa.

A despeito das diferenças, ambos os institutos possuem similitudes que merecem ser apontadas. Além de coincidirem quando da análise da ótica patrimonial, estão debaixo da mesma titularidade, sob o mando de um empresário ou de uma sociedade, e não detêm personalidade jurídica, que fica adstrita ao titular.

Amador Paes de Almeida lembra, ainda, com maestria, que, quanto ao estabelecimento, existem doutrinadores que reconhecem a sua personalidade jurídica¹¹, mas que a teoria a que se filiam não merece guarida no Direito brasileiro, uma vez que para este a personalidade jurídica só pode ser atribuída por lei, e a legislação brasileira, em especial o Código Civil de 2002, à semelhança do Código Civil de 1916 e do Código Comercial, não concede personalidade jurídica ao estabelecimento (DE ALMEIDA, 2004, p. 28 e 29).

1.3 Elementos do estabelecimento

O estabelecimento comercial, como complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa, possui caráter unitário, representado não só pela base física na qual funciona a empresa (ponto comercial) como por outros elementos corpóreos e incorpóreos que possuem a capacidade de realizar negócios, atrair clientes e gerar lucros na atividade mercantil.

Amador Paes de Almeida nos ensina que o estabelecimento de natureza mercantil tem necessidade, para seu funcionamento e exercício da atividade empresarial, da reunião de bens materiais e imateriais (DE ALMEIDA, 2004, p. 31). Esses bens que compõem o estabelecimento não perdem sua individualidade, mas permanecem reunidos por decisão do titular do estabelecimento até e enquanto desejar destiná-los à realização da atividade empresarial.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery lembram que para os bens serem considerados como integrantes do estabelecimento devem eles estar

ligados funcionalmente ao escopo-fim da atividade empresária (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 549).

Portanto, a condição para que os bens (materiais ou imateriais) integrem, para todos os fins e efeitos de direito, o estabelecimento coincide com a reunião deles em torno da atividade empresarial e destinados à realização desta.

No mesmo sentido segue a doutrina de Marcelo Fortes Barbosa Filho, para quem:

A vontade de um empresário, manifestada por meio de decisões individuais e interligadas, envolve o conjunto composto por uma quantidade variável de bens singulares, de identidade e qualidade totalmente díspares, vinculando-o a uma mesma finalidade econômica e dotando-o, por isso, de unidade (*in* PELUSO, 2007, p. 944).

Cumpra ainda notar que essa universalidade, em que se traduz o estabelecimento, ganha proteção especial da ordenação jurídica, diversa daquela destinada aos bens individualmente considerados. No entanto, essa proteção especial da lei só prevalece enquanto os bens permanecerem reunidos para a realização da atividade empresarial. Ademais, essa união de bens em torno da empresa garante ao estabelecimento um valor diferenciado, ou melhor, os bens organizados em um estabelecimento possuem valor superior àquele conferido quando isolados.

Vale abriremos um parêntese para frisar que considerar bem imóvel como integrante do estabelecimento é controverso na doutrina pátria e estrangeira.

Von Gierke, na Alemanha, propende pela possibilidade de serem incluídos os imóveis entre os componentes do estabelecimento. Nega-a, entre nós, o Professor Rubens Requião, que assim se expressa:

Ora, se considerarmos o estabelecimento, na sua unidade, uma coisa móvel, claro está desde logo que o elemento imóvel não o pode constituir. É preciso, e é de bom aviso aqui frisar, que não se deve confundir *fundo de comércio* com *patrimônio*. O fundo de comércio não constitui todo o patrimônio, é parte ou parcela do patrimônio do empresário. A empresa, que é o exercício da atividade organizada pelo empresário, conta com vários outros elementos patrimoniais, por este organizados, para a produção ou troca de bens ou serviços que não integram o estabelecimento comercial. O imóvel pode ser elemento da empresa, não o é do fundo de comércio. Fica, assim, esclarecida a questão (REQUIÃO, 2007, p. 292).

Tal controvérsia não afeta os bens móveis, mas quanto aos bens incorpóreos, entre os quais estão as várias modalidades de direitos, como os relativos ao chamado *ponto comercial*, aos créditos, ao título do estabelecimento, aos privilégios de invenção, aos modelos de utilidade, aos modelos e desenhos industriais etc., não há consenso. Especialmente quanto a considerar os *créditos* e as *dívidas* como elementos do estabelecimento, também é grande o debate entre os doutrinadores, conforme se pode ver em Rubens Requião (2007, p. 295 e s.) e Oscar Barreto Filho (1969, p. 151 e s.), como visto quando da distinção entre estabelecimento e patrimônio.

A falta de consenso na doutrina estende-se, ainda, ao aviamento e à clientela, considerando-os, alguns doutrinadores, como elementos do estabelecimento, valendo citar Lucas Rocha Furtado, enquanto outros os concebem como atributos, entre eles, Rubens Requião e Waldirio Bulgarelli.

Não se deve, com efeito, confundir o conceito de *fundo de comércio* com o de *aviamento* ou o de *clientela*. Era muito comum, em nosso meio, aludir à antiga Lei de Luvás como sendo uma lei protetora do *fundo de comércio*. Tal impropriedade era

flagrante, porque o que essa lei protegia, na verdade, era o *aviamento* – “resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros”, na famosa explicação do Professor Oscar Barreto Filho –, um dos atributos do estabelecimento. Também *aviamento* e *clientela* não se confundem, inexistindo entre eles uma relação de causa e efeito, conforme aparentemente se afigura. Consoante os ensinamentos do citado Professor Oscar, inspirado numa lei da física, o que há é uma *interação* desses dois atributos do estabelecimento. São suas palavras:

Os comercialistas atrás citados estavam certos quando diziam, ora que a clientela é o resultado do aviamento, ora que o aviamento resulta da clientela. O que ocorre, em verdade, é a *interação* mútua dos dois atributos do estabelecimento. Enquanto o melhor aviamento contribui para o aumento da clientela, também esta influi para conservar ou acrescer o aviamento. Qualquer um deles pode ser considerado a “ação” e o outro a “reação”. Causa e efeito não estão implícitos na relação entre os dois conceitos, mas sim uma interação mútua e simultânea.

E conclui o citado professor: “*Esta concepção, que nos foi sugerida pelas leis da física, explica suficientemente, a nosso ver, a natureza do fenômeno aviamento-clientela*” (BARRETO FILHO, 1969, p. 180).

Passemos, agora, a identificar e individualizar cada um dos bens que podem integrar o estabelecimento, os quais são citados, exemplificativamente, por Nelson Nery e Rosa Maria Nery (2003, p. 549) e transcritos a seguir, excluindo, pelas razões supra-expostas, a clientela¹² e o aviamento e incluindo o título do estabelecimento:

- a) imóvel no qual se localiza a sociedade empresária;
- b) signos, o nome comercial e o título do estabelecimento;
- c) direito à locação comercial (ponto comercial);
- d) direitos de propriedade industrial ou artística (tais como patentes, marcas de comércio e de fábrica, desenhos e modelos industriais);
- e) material e móveis necessários às atividades comerciais e industriais (balcão frigorífico, freezer, computadores, linhas telefônicas etc.);
- f) mercadorias (estoque) e criações (atuais e futuras);
- g) crédito junto às instituições financeiras; e
- h) depósitos bancários destinados ao capital de giro, entre outros.

1.3.1 Bens corpóreos

Também chamados de bens materiais, são aqueles fisicamente sentidos e vistos, possuindo valoração econômica palpável, aferível por critérios objetivos.

Englobam os utensílios e móveis em geral, como balcões, prateleiras, frigoríficos, mercadorias em estoque, insumos. Incluem-

se, ainda, os bens imóveis e os semoventes de propriedade do empresário ou da sociedade.

No tocante ao imóvel destinado ao estabelecimento, principal e/ou secundário, merece estudo particularizado sob a nomenclatura de ponto de comércio, o que será abordado mais detidamente adiante, isso porque o ponto de comércio não se confunde com o bem imóvel, mas a ele atribui um valor diferenciado, merecendo proteção como elemento econômico do estabelecimento.

Bem verdade que, a par disso, há discordância na doutrina quanto ao bem imóvel, além do ponto de comércio, inserir-se entre os elementos do estabelecimento, pois, para Requião, por exemplo, sendo o estabelecimento um bem móvel, não poderia dele fazer parte um bem imóvel, figurando apenas como elemento da empresa (REQUIÃO, 1993, p. 214).

Lucas Rocha Furtado, contrariando os ensinamentos de Requião, explica que não há sentido prático ou lógico na exclusão dos bens imóveis. Não obstante ser reservada proteção específica a eles, as formalidades exigidas por lei para sua transferência e para sua proteção não os excluem da proteção específica resguardada ao estabelecimento, se reunido o bem imóvel para a consecução da empresa. Salienta, ademais, que se fosse intenção do legislador excluir os bens imóveis, não teria ele se referido, genericamente, a bens, como fez no art. 1.142 do Código Civil (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 941 e 942).

Podemos afirmar, então, que todos os imóveis do empresário ou da sociedade, colocados em união com outros bens para a realização da empresa, serão elementos do estabelecimento, ganhando, ainda, proteção especial e diferenciada, como fundo de comércio, desde que destinados ao exercício da atividade empresarial. Mas se o imóvel não for próprio, a proteção fica reservada apenas ao ponto empresarial, como elemento incorpóreo. Mostra-se oportuno o estudo do ponto comercial para que dúvidas remanescentes sejam dirimidas.

1.3.2 Ponto comercial

O ponto comercial não se confunde com o imóvel, seja ele ou não de propriedade do empresário ou da sociedade. Ele integra o bem imóvel, acrescentando-lhe valor; mas se o imóvel for de terceiro, o valor do ponto comercial atrela-se ao contrato de locação que tiver sido firmado.

Consiste, pois, o ponto comercial, em um bem incorpóreo integrante do estabelecimento, independentemente de ele estar fixado em um imóvel próprio ou de terceiro, como esclarece Fábio Bellote Gomes:

Como se percebe, o ponto comercial ou ponto empresarial é um ativo totalmente incorpóreo, integrante do estabelecimento empresarial, e como tal se reveste de extrema importância, não somente na hipótese em que o imóvel seja de propriedade do empresário ou sociedade empresária, mas também naquelas hipóteses, muito comuns na prática empresarial, em que o imóvel ocupado pelo empresário, ou pela sociedade empresária, seja alugado. Em ambos os casos é comum surgir a cobrança das chamadas "luvas" (GOMES, 2003, p. 39).

O pensamento de Lucas Rocha Furtado auxilia na compreensão da proteção jurídica reservada ao ponto comercial, ora como elemento incorpóreo, ora como elemento corpóreo do estabelecimento. Explica esse doutrinador:

Caso o empresário faça funcionar seu estabelecimento em imóvel próprio, defendemos a tese de que este integra aquele. No entanto, ainda que o imóvel seja alugado, haverá proteção jurídica para o empresário, não obstante tenhamos no *ponto comercial* um elemento incorpóreo do estabelecimento. Assim, o imóvel onde funciona o estabelecimento, se próprio, é elemento corpóreo; se alugado, surge proteção jurídica específica, e passa o ponto comercial, nesta hipótese, a constituir elemento incorpóreo (...) (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 943).

Tanto é verdade que o Direito garante proteção ao ponto empresarial, ainda que o imóvel não seja próprio, no momento em que a Lei de Locação resguarda o direito de renovação ao locatário, nos termos do que reza o art. 51¹³, direito este que se sub-roga, inclusive, na pessoa do sublocatário, cessionário, sucessor e herdeiro do locatário, desde que mantido o mesmo ramo de atividade empresarial.

Cumprido elucidar que a cobrança de luvas é vedada ao locador, nos termos do art. 43 da Lei de Locação¹⁴, mas é permitida ao locatário por ocasião da transferência do contrato de locação ao adquirente do estabelecimento ou àquele que pretenda adquirir apenas o ponto comercial, por meio de uma valorização do estabelecimento.

Conclui-se, portanto, que o imóvel, enquanto sirva de ponto comercial para o empresário ou sociedade empresária, será tido como elemento do estabelecimento, considerando-se corpóreo se o imóvel for próprio e incorpóreo se for imóvel de terceiro, quando o valor fica restrito apenas ao ponto comercial em si e ao contrato que sustenta o uso do bem pelo empresário ou sociedade empresária.

1.3.3 Bens incorpóreos

Os bens incorpóreos, também denominados imateriais, espelham uma ficção e, por isso, possuem existência meramente jurídica. Mas, a despeito disso, alcançam valores muitas vezes superiores aos bens corpóreos que compõem o estabelecimento.

Podemos citar, entre os bens incorpóreos, as marcas, as invenções, os modelos de utilidade e desenhos industriais, todos protegidos mediante a obtenção de registro de marca ou de patente¹⁵; os sistemas de computador e seus códigos-fonte e outras criações inseridas e resguardadas pelo Direito de Autor.

A invenção industrial assegura a seu criador o privilégio de propriedade e uso exclusivos, desde que obtida a patente, para a

qual são exigidos os seguintes requisitos: a) novidade; b) atividade inventiva; c) aplicação industrial¹⁶.

O modelo de utilidade, por sua vez, representa toda e qualquer inovação, forma, ou modificação introduzida em objetos conhecidos que lhes aumente o uso prático, a eficácia, ou que os permita ser utilizados para outros trabalhos ou fins diversos dos originais. Não é exigida, para a patenteabilidade, a criação de coisa nova e inexistente¹⁷.

Por desenho industrial entende-se toda disposição ou conjunto de linhas e cores destinado à ornamentação dos produtos; toda forma plástica ou linha e cores que possam ser aplicadas a um produto, proporcionando-lhe uma apresentação nova e original, passível de fabricação industrial¹⁸.

Inserem-se, ainda, como visto, entre as propriedades industriais as marcas, aqui compreendidas as de indústria, de comércio ou serviço que se prestam a identificar produtos ou serviços, podendo apresentar-se na forma de nome (marca nominativa), de sinal (marca figurativa), de figura atrelada a um nome (marca mista) ou de figura tridimensional (marca tridimensional)¹⁹.

Via de regra, a marca é protegida para determinado ramo de atividade, devendo ser pedidos tantos registros quantos forem os ramos de atividade vinculados à exploração da marca. No entanto, as marcas de alto renome gozam de proteção especial, pois apenas um registro lhes garante proteção para todas as atividades, privilégio estendido às marcas notoriamente conhecidas (notórias), ainda que estas últimas não tenham sido registradas²⁰.

Vale notar, ainda, que a marca não se confunde, como veremos mais adiante, nem com o nome comercial, nem com o título do estabelecimento. No entanto, guarda com referidos institutos muita semelhança e afinidade jurídica, não sendo incomum que o empresário ou a sociedade utilize um mesmo elemento identificador como marca, como título de estabelecimento e, ainda, como parte do nome empresarial.

Sob esse prisma, existem doutrinadores que sugerem – por ser a proteção legal reservada à marca mais ampla e abrangente (pois

resguarda o direito de exclusividade no uso dentro do território nacional) do que a concedida ao título de estabelecimento (que, como veremos, nem mesmo tem a proteção legal específica bem estrutura e sistematizada), e, ainda, ao nome empresarial (já proteção que fica restrita ao Estado ou à cidade onde foi constituída a sociedade ou onde se estabeleceu o empresário, tendo em vista que o registro das sociedades empresárias possui jurisdição estadual, enquanto os cartórios de sociedades civis têm competência municipal) – que se faça o registro da palavra, expressão ou símbolo como marca. Nessa esteira segue Lucas Rocha Furtado:

(...), obtendo o empresário o registro da palavra ou expressão que lhe interessa como marca, poderá ele, a partir da proteção conferida pela Lei n. 9.279/96 às marcas, que lhe confere exclusividade de uso em todo o território nacional, respeitado o princípio da especificidade, impedir seu uso por parte de terceiro como nome empresarial ou título de estabelecimento. O modo, portanto, mais eficaz de se proteger título de estabelecimento é promover o registro do seu principal elemento identificador como marca, observadas as formalidades previstas na citada Lei n. 9.279/96 (MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 947).

Interessante notar que as criações industriais e autorais podem decorrer de uma relação de emprego, ou seja, ser concebidas por e em razão do cargo exercido por um empregado. Nesse caso, a propriedade será do empresário ou da sociedade empresária que figure como seu empregador. Caso a criação não tenha nenhuma relação com a atividade para a qual o empregado tenha sido contratado, a titularidade caberá, exclusivamente, a este, mas se para a criação se tiver socorrido dos bens, das instalações, dos equipamentos do empregador, então haverá co-propriedade.

Ainda na qualidade de bem incorpóreo, alguns doutrinadores mencionam os contratos como elementos do estabelecimento. No

tocante a eles, vale transcrever os ensinamentos de Lucas Rocha Furtado:

Os contratos, isoladamente considerados, não integram o estabelecimento. Porém, as *relações contratuais* – tanto com fornecedores como com clientes – compõem o estabelecimento. Qualquer empresário sabe a importância das listas contendo nomes e endereços de fornecedores e de clientes, muitas vezes protegidas por mecanismos de segredo de negócio. Certo, portanto, que o bom relacionamento que o empresário mantenha com clientes e fornecedores agrega valor e será, portanto, parte integrante do estabelecimento, podendo juntamente com ele ser objeto de negociação (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 945).

1.3.4 Nome empresarial e título de estabelecimento (nome fantasia)

O nome empresarial é aquele adotado pelo empresário ou pela sociedade para suas relações jurídicas com terceiros. É o nome que se leva a registro por ocasião da constituição de uma sociedade ou da organização de um empresário individual. Pode ser ele uma firma ou uma denominação social. Serve para identificar o empresário ou a sociedade no momento da celebração do contrato, da emissão de títulos de crédito, da constituição de garantias, por exemplo.

Em contrapartida, o título de estabelecimento, ou *nome fantasia*, serve apenas para designar o estabelecimento e não figura nas relações jurídicas com terceiros. Representa o nome ou a expressão utilizada na fachada do estabelecimento, tendo por objetivo a identificação do local em que este funciona.

Dessa forma, podemos equiparar o nome comercial ao nome civil de uma pessoa, portanto, como atributo da personalidade, enquanto o título de estabelecimento assemelha-se ao apelido.

A distinção também foi objeto dos estudos de Tavares Borba. Merecem destaque alguns trechos de seus ensinamentos, nos quais também se debruça sobre outros sinais distintivos da sociedade:

O nome comercial é o nome jurídico da sociedade, não se confundindo com títulos do estabelecimento, sinais, símbolos e marcas.

(...)

É através do nome comercial que a sociedade atua e se obriga no mundo jurídico. O nome comercial é o nome da pessoa jurídica, enquanto o título do estabelecimento, mera expressão de fantasia, apenas designa o estabelecimento. Os sinais e símbolos são instrumentos de propaganda, ao passo que a marca se vincula aos produtos (BORBA, 1999, p. 33 e 34).

O nome empresarial, muitas vezes, é utilizado para denominar o estabelecimento, mas não raras são as vezes que o empresário ou a sociedade escolhe um título próprio diferente do nome comercial ou empresarial para identificá-lo.

Não obstante a possibilidade de o título de estabelecimento agregar-se ao nome empresarial, com este não se confunde, especialmente quando observamos que as regras de proteção legal destinadas a um e a outro instituto são diferentes, como constataremos a seguir.

O nome empresarial tem assegurado o direito a seu uso com exclusividade pela sociedade que primeiro inscreveu seus atos constitutivos no registro próprio, na esteira do que reza o art. 1.166 do Código Civil²¹.

Assim, em razão do princípio da anterioridade decorre o direito de uso exclusivo do nome empresarial, impedindo que outra empresa se identifique perante terceiros com o mesmo nome. Esse direito de exclusividade é válido tanto com relação à firma como no tocante à denominação.

A jurisdição ou extensão desse direito circunscreve-se ao Estado no qual o empresário ou a sociedade tenha sua sede ou instalado estabelecimento filial. O Decreto n. 1.800/96, que regulamentou a Lei n. 8.934/94, define um procedimento especial de proteção do nome empresarial em outras unidades da Federação, independentemente do funcionamento de estabelecimento da empresa, desde que haja requerimento específico apresentado perante as Juntas Comerciais dos Estados nos quais a sociedade tenha interesse de tornar o uso de seu nome exclusivo. O parágrafo único desse artigo admite a extensão da proteção do nome empresarial se assim for previsto e disciplinado em lei especial, tal como ocorre no âmbito da regulação da matéria pela Lei n. 8.934/94.

Lucas Rocha Furtado nota, com propriedade, que, não obstante a regra legal de proteção ao nome empresarial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acha-se pacificada no sentido de entender que, estando em vigência no Brasil a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, de 1883, a proteção do nome empresarial prescinde do registro, decorrendo da simples utilização e divulgação (MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 946 e 947).

O título de estabelecimento, a seu turno, não se insere nem no âmbito de proteção da Lei da Propriedade Industrial, nem no da legislação sobre registro do comércio. A Lei de Propriedade Industrial prevê, para garantir proteção, o registro de marcas, símbolos e sinais, mas não autoriza o registro, no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), do título de estabelecimento. Em contrapartida, a legislação que cuida do registro do comércio expressamente se refere ao nome empresarial e seu registro na Junta Comercial do Estado em que a sociedade possuir sede, mas silencia quanto ao título de estabelecimento e seu registro.

Contudo, a analogia e a aplicação sistêmica de alguns dispositivos constantes tanto da Lei da Propriedade Industrial quanto da legislação sobre registro do comércio auxiliam na solução dessa omissão legislativa, se não vejamos.

A solução, de fato, encontra-se na combinação de dispositivos das leis anteriormente referidas, isso porque o art. 32, II, e, da Lei n. 8.934/94²² prevê o registro ou arquivamento no registro do comércio de quaisquer atos ou documentos que possam interessar ao empresário ou à sociedade empresária. Por via de consequência, com base nesse mesmo artigo, pode-se requerer o registro do título de estabelecimento ou do nome fantasia para obter, analogicamente, a mesma proteção concedida por essa lei ao nome comercial.

Sob a ótica da propriedade industrial, a despeito de a legislação sobre a matéria não autorizar o registro do título de estabelecimento no INPI, veda ela o registro de marca que reproduza ou imite elemento do título de estabelecimento (art. 124, V, da Lei n. 9.279/96²³).

A Lei da Propriedade Industrial faz, ainda, referência ao título de estabelecimento como sinal distintivo que merece proteção nos arts. 191 e 195, mas, para garantir o uso exclusivo do título de estabelecimento, necessário se faz provar a anterioridade. Mais uma vez o registro do título de estabelecimento por meio do arquivamento de algum ato societário na Junta do Comércio evidencia, suficientemente, a anterioridade.

Portanto, mediante tal registro, pode o titular fazer uso não só das regras contidas na Lei da Propriedade Industrial (arts. 191 e 195²⁴) como socorrer-se, analogicamente, da proteção concedida pela lei de registro do comércio ao nome empresarial. Não obstante a conclusão ora formulada, mantém-se a orientação de registro do sinal distintivo ou da expressão também como marca, evitando, assim, qualquer questionamento.

Lucas Rocha Furtado revela que a proteção do título de estabelecimento repousa na vedação à concorrência desleal e apregoa que:

Nestes termos, a prática de ato que possa caracterizar imitação de título de estabelecimento forçará a vítima a socorrer-se das Leis n. 8.884/94 e n. 9.279/96, art. 195, V, a fim de obter reparação pelos prejuízos sofridos e

impedir que a violação prossiga (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 947).

Outra distinção que se revela entre as duas figuras jurídicas em comento é a qualificação como elemento do estabelecimento. Pacífico é o entendimento de que o título de estabelecimento representa elemento incorpóreo do estabelecimento, no entanto, a doutrina não encontra consenso quando se trata de nome empresarial.

1.4 Aviamento e clientela: atributos ou elementos?

Até os dias atuais, os comercialistas não encontram um consenso quanto à classificação da clientela e do aviamento, seja como elemento do estabelecimento, seja como atributo.

De certo que a corrente mais moderna reconhece que tanto aviamento como clientela, não sendo coisas e não possuindo proteção direta, mas sim indireta, só podem ser entendidos como atributos e não como elementos do estabelecimento.

Ao debruçarmos sobre o aviamento e a clientela, notamos que ambos representam fatores de *mais valia*, e, assim considerados, não se faz compatível o enquadramento como elementos, mas apenas como atributos.

Dessa forma, não pode o aviamento ser entendido como bem, nem mesmo imaterial, resumindo uma qualidade, um atributo, um valor econômico do conjunto, da empresa, como defendem Requião, Ferri, Tamburrino e outros doutrinadores.

Não obstante os fortes argumentos dessa corrente, que é dominante, outros juristas, de não menor peso, defendem o aviamento enquanto bem imaterial, como o faz Carnelutti, resumindo bem com valor próprio, integrante do fundo de comércio.

A clientela, a seu turno, também é entendida, por muitos, como bem imaterial, na esteira do que doutrinam Greco, Vivante e Auletta²⁵. No entanto, mais uma vez a corrente vencedora enquadra-a como atributo, ou melhor, como fator do aviamento, à semelhança do que lecionam Requião e Tamburrino, como se verifica do trecho abaixo transcrito:

(...) não se pode conceber a clientela como um bem em si mesmo. Ela é um *fator* do aviamento. A organização da *azienda*, dos bens que dela fazem parte, tende a produzir um resultado econômico, como, por exemplo, o aumento da clientela. Quanto mais clientes uma empresa tiver, maior será, ou poderá ser, a utilidade que dela deriva: o aviamento (REQUIÃO, 1993, p. 245).

Rubens Requião lembra, ainda, que também há aqueles que discutem ser o aviamento e a clientela atributos do estabelecimento, enquanto outros os consideram atributos da empresa (REQUIÃO, 1993, p. 241). Esse doutrinador expressa a preferência por considerá-los como atributos da empresa, entendimento ao qual nos filiamos.

1.4.1 Aviamento

O aviamento, para os comercialistas, representa a capacidade que determinada empresa possui para a geração de lucros, e, dessa forma, encerraria ele um atributo da empresa e não do estabelecimento.

Como o estabelecimento representa a reunião de bens, materiais e imateriais, para a realização da empresa, obviamente é a boa organização desses bens e dos demais elementos da empresa que responde pelo seu sucesso ou não e conseqüente geração de lucros.

Para Bulgarelli, representa ele um valor, ou melhor, um sobrevalor do estabelecimento, que garante ao titular deste não um direito de propriedade, de uso exclusivo, ou mesmo de titularidade, mas

direitos de permanência no ponto comercial e de indenização em caso de desvalorização do estabelecimento ou de não realização das projeções apresentadas. E continua Waldirio Bulgarelli:

Essa *aptidão para produzir lucros* decorre de fatores *objetivos*, aqueles ligados às condições do próprio estabelecimento, e de fatores *subjetivos*, provenientes da pessoa do seu titular, seu prestígio, seu crédito etc.

Daí por que se tem entendido que, do ponto de vista jurídico, não se trata de coisa, mas de valor. Sua tutela legal decorre da proteção indireta que é dada aos seus vários elementos (BULGARELLI, 1993, p. 61).

Não obstante os argumentos trazidos por Bulgarelli, como já salientado em linhas acima, o *aviamento*, na verdade, não é um atributo do estabelecimento, mas da empresa, como defende Requião, baseado nos ensinamentos de Mossa, Valeri e Garrigues:

O *aviamento* resulta, portanto, da organização dos elementos e fatores da empresa ou fundo de comércio. Nesse sentido procede a noção dada por Mossa, de que o *aviamento* é a *organização* da empresa.

(...)

Assim, a teoria moderna sustenta ser o *aviamento* um atributo, uma *qualidade* da empresa ou da *azienda*, isto é, sua aptidão, sua capacidade funcional de dar *lucros* (REQUIÃO, 1993, p. 242).

Continua citado autor, agora apoiado na lição de Garrigues:

(...) vinculando-a à expressão alemã de *Chancen*, ou seja, a esperança de obter certos benefícios pela melhor organização da empresa, pelas qualidades

pessoais do comerciante e de seus auxiliares, pela localização favorável do negócio, pela feliz conjuntura de venda, pelo barateamento do preço de custo, pela extensão do círculo da clientela, pela eliminação da concorrência, por mil circunstâncias, enfim, que determinam uma maior ou menor certeza na venda dos produtos ou no fornecimento dos serviços (REQUIÃO, 1993, p. 242 e 243).

Requião conclui, com maestria, que o aviamento não pode ser considerado, isoladamente, como objeto de uma alienação; existe como empresa e estabelecimento – organizações vivas e atuantes, no desenvolvimento de suas funções –, e desaparece quando cessa a exploração da atividade empresarial.

Quanto à proteção do aviamento, decorre ela da própria proteção que a lei reserva ao estabelecimento, ao nome empresarial, ao título do estabelecimento e aos demais elementos identificadores da empresa. Portanto, a proteção do aviamento é indireta, repousando na vedação e no controle da concorrência desleal.

1.4.2 Clientela

Clientela representa o conjunto de pessoas que mantêm com o estabelecimento relações contínuas para a aquisição de bens ou de serviços, cujo vínculo ora se dá em razão de critérios objetivos (localização), ora em face de aspectos subjetivos (excelência na exploração da atividade empresarial).

A clientela, à semelhança do que ocorreu com o aviamento, deixou de ser entendida como elemento do estabelecimento, para ser acolhida como atributo.

Ensina Bulgarelli que a clientela não se confunde com o aviamento, sendo dele um fator que contribui para o sobrevalor do estabelecimento (BULGARELLI, 1993, p. 61). Maria Eugênia Finkelstein, por sua vez, leciona que, apesar de não existir relação de causa e efeito entre aviamento e clientela, esta pode ser entendida como manifestação externa daquele (FINKELSTEIN, 2006, p. 6).

A clientela revela uma situação, um valor, que só se alcança mediante a realização de certos fatores, como a não-concorrência e a manutenção do ponto comercial. Por isso, a proteção de que goza a clientela é, igualmente, indireta – à semelhança do que se dá com o aviamento –, e se realiza por meio da vedação à concorrência desleal (como a vedação ao alienante de estabelecimento de se estabelecer nas proximidades para a exploração da mesma atividade empresarial).

Não sendo coisa, não pode ser cedida e incorpora o estabelecimento, nos negócios que o tenham por objeto, como um sobrevalor, um acréscimo no valor acordado para a comercialização do estabelecimento. Justamente por isso, a clientela não pode ser entendida como elemento, mas como atributo.

Requião destaca que os franceses dedicaram-se, intensamente, ao estudo da clientela, distinguindo-a em *clientèle* e *achalandage*. A primeira resumiria o grupo de pessoas que possuem certa relação de permanência com o estabelecimento; estão a ele fidelizadas. Em contrapartida, o segundo termo representaria o grupo de pessoas transeuntes, que freqüentam o estabelecimento, mais em razão de sua localização (ponto comercial) do que por força da excelência da organização dos bens na exploração da atividade empresarial.

Nesse mesmo sentido, Oscar Barreto Filho distingue clientela de freguesia, considerando a primeira como o conjunto de pessoas relacionadas às qualidades subjetivas do titular do estabelecimento (como defendem os franceses), enquanto freguesia seriam as pessoas ligadas ao estabelecimento por conta do lugar, pelas vantagens de sua localização (semelhante, portanto, ao *achalandage* dos franceses) (BARRETO FILHO, 1969).

Se entendermos essa distinção, então, podemos dizer que a clientela é um atributo tanto do estabelecimento como da empresa, enquanto a freguesia representa um atributo do estabelecimento.

1.5 Titular do estabelecimento

Veja-se que o titular do estabelecimento é o empresário ou a sociedade empresária, verdadeiros detentores do aviamento (capacidade de a empresa gerar lucro a partir da organização dos fatores de produção) e da clientela (pessoas que adquirem produtos ou serviços da empresa ou do empresário), que são, como visto, dois atributos, o primeiro da empresa, e o segundo do estabelecimento e da empresa (levando em conta a distinção entre clientela e freguesia).

Interessante notar que a relação jurídica entre o titular e o estabelecimento não repousa na propriedade, pois podem existir bens compondo o estabelecimento que pertençam a terceiros, cuja posse, apenas, esteja nas mãos do empresário ou da sociedade empresária.

Como destaca Bugarelli, alguns elementos do estabelecimento não são protegidos pelo direito de propriedade, mas pelo direito de uso exclusivo, como se dá com os bens incorpóreos, razão pela qual conclui o e. jurista:

Tratar-se-ia, portanto, segundo a doutrina mais moderna, não da propriedade clássica, estática, mas de um tipo de propriedade diferente, dinâmica, a que se dá o nome de *titularidade*, e que seria, como quer Casanova, a *pertinência exclusiva dos componentes do estabelecimento ao seu titular* (BULGARELLI, 1993, p. 62).

Quanto ao titular do estabelecimento, interessante notar que, muitas vezes, falam pelo estabelecimento pessoas que, na verdade, não coincidem com a pessoa do titular. Essa situação já era tratada pelo art. 75 do Código Comercial de 1850 e que, agora, encontra-se repetida no art. 1.178 do Código Civil²⁶.

Legisladores e doutrinadores, preocupados com essa situação comum no mundo dos negócios, deixaram claro e expresso que os

atos praticados pelos prepostos dentro do estabelecimento presumem-se autorizados pelo preponente, mesmo não existindo documento escrito. Assim, o preponente responderá pelos atos que seus prepostos pratiquem dentro do estabelecimento, havendo sempre a presunção de que estão por aquele autorizados.

O preposto, dessa forma, não está obrigado a apresentar ao cliente ou àquele que comparecer ao estabelecimento qualquer documento que comprove estar autorizado a praticar o ato negocial, sendo suficiente que o terceiro realize o negócio no estabelecimento.

No que se refere, todavia, aos atos praticados fora do estabelecimento, o preponente somente responderá pelas obrigações contraídas pelo preposto que expressamente constarem do documento ou do instrumento de delegação de poderes para a prática de atos, o que pode ser provado por certidão ou cópia autenticada. Se os atos do preposto excederem os limites dos seus poderes, o preponente não pode ser demandado em razão de prejuízos eventualmente causados a terceiros.

Dessa forma, não obstante a titularidade do estabelecimento estar restrita à pessoa do empresário ou da sociedade, o certo é que por ele podem falar e responder todos os prepostos, vinculando o empresário ou a sociedade, como se o negócio tivesse sido por eles praticado diretamente.

1.6 Natureza jurídica

O estabelecimento comercial possui a natureza jurídica de uma universalidade de coisas, pois consiste na reunião, como visto anteriormente, de bens móveis, imóveis e imateriais, destinados à realização da atividade empresarial, como bem explica Amador Paes de Almeida, em trecho que merece transcrição:

São, portanto, as universalidades, assim consideradas as coisas de naturezas distintas, que, conquanto mantenham cada uma sua individualidade, são vistas como parte integrante de um todo. Em que pese, pois permanecem fisicamente independentes, consideram-se unidas enquanto servem para satisfazer uma necessidade única.

(...)

Ora, um estabelecimento empresarial de natureza mercantil, para o seu funcionamento, tem necessidade da reunião de vários elementos: móveis, balcões, prateleiras, balanças, mercadorias diversas. Tais coisas são absolutamente distintas umas das outras, nada tendo em comum. Não perdem, porém, sua individualidade. Contudo, reunidas para o exercício da atividade empresarial, são consideradas como um todo, formando, com os elementos imateriais, o *estabelecimento* (DE ALMEIDA, 2004, p. 26 e 27).

A configuração como universalidade de fato e não de direito deriva da circunstância de que a vontade que reúne os bens para a consecução de determinada finalidade não decorre da lei, mas emana de seu titular, no caso, o empresário ou a sociedade, que pode, por vontade própria, extinguir o estabelecimento, dele extrair ou nele inserir bens.

Como já lecionava o Professor Rubens Requião:

Na impossibilidade legal de conceituá-lo como *universitas juris*, pois esta depende de criação da lei, e mesmo como patrimônio separado, pois o direito brasileiro consagra o princípio da unidade patrimonial como objeto de direito, resta aos comercialistas a classificação compulsória como uma universalidade de fato. Somos de opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõem e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantêm unitariamente sua individualidade própria (REQUIÃO, 2007, p. 284).

Waldirio Bulgarelli esclarece, ainda, que o traço distintivo entre a universalidade de direito e a de fato reside não apenas na circunstância de aquela decorrer de lei, mas de resumir-se a um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato representa, tão-somente, um conjunto de objetos de direito (BULGARELLI, 1993, p. 52). Ademais, os elementos que compõem o estabelecimento podem ser considerados separadamente.

O estabelecimento, portanto, tem sido entendido, predominantemente, como uma universalidade de fato e não de direito. Ocorre que, com a promulgação do Código Civil de 2002, passou a vigorar o art. 1.142, o qual explicitou que o estabelecimento pode ser objeto de negócios jurídicos compatíveis com sua natureza. Teria, então, passado à categoria de universalidade de direito?

Esclarecia, com efeito, o Professor Rubens Requião, à luz do direito anterior, que a conceituação do estabelecimento como uma *universitas juris* "não é válida no direito brasileiro, tendo-se em vista que a universalidade de direito só se constitui por força de lei" (REQUIÃO, 1993, p. 279), citando como exemplos de tal conceito, acertadamente, a herança e a massa falida, autênticas universalidades de direito, para concluir, em seguida, que "falta ao fundo de comércio, pelo menos no direito brasileiro, idêntica estrutura legal, para enquadrar-se na categoria da *universitas juris*" (REQUIÃO, 1993, p. 279).

Com a entrada em vigor do atual Código Civil, poderia o estabelecimento ser considerado verdadeira universalidade de direito, em razão de sua disciplina normativa estabelecida pelos arts. 1.142 e s. e à luz do disposto no art. 91 desse mesmo Código ("Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico").

Embora pudesse o estabelecimento ser considerado uma universalidade de direito, por força dos dispositivos supra-referidos, diante da amplíssima definição dada pelo art. 90 do Código Civil, segundo a qual “constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”, combinado ainda com o parágrafo único desse artigo, o qual reza que “os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias”, tem-se optado pela classificação de universalidade de fato.

Marcelo Fortes Barbosa Filho complementa que, por se enquadrar o estabelecimento na definição contida no art. 90 do Código Civil, não poderia ele constituir coisa diversa da universalidade de fato (*in* PELUSO, 2007, 944).

Na seqüência, o referido autor acrescenta que para ele o estabelecimento resumiria um bem coletivo móvel que conforma um todo único, porém heterogêneo.

Waldirio Bulgarelli, em contrapartida, acolhendo a teoria formulada por Rubens Requião, defende ser um bem incorpóreo (BULGARELLI, 1993, p. 53).

Vê-se que, em mais esse aspecto, a teoria do estabelecimento oferece desafios e apresenta teses variadas.

1.6.1 Estabelecimentos como objeto de negócio jurídico

Waldirio Bulgarelli salienta que, não obstante as diversas teorias personalistas, o estabelecimento é um objeto de direito e não um sujeito de direito, não detendo, por conseguinte, personalidade jurídica (BULGARELLI, 1993, p. 51).

O Código Civil reserva, com exceção do art. 1.142, todos os demais artigos à disciplina do estabelecimento como objeto de negócios jurídicos.

A primeira grande consequência a ser extraída do art. 1.142 é a de que o estabelecimento comercial – cuja natureza jurídica tem sido predominantemente entendida como uma universalidade de

fato (*universitas facti*) – pode, inquestionavelmente, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos.

O estabelecimento comercial, como complexo de bens organizados pelo empresário para o exercício da empresa, possui caráter unitário, razão pela qual o art. 1.143 deixa expressa a possibilidade de ele ser objeto de negócios jurídicos compatíveis com sua natureza unitária.

Tal situação decorre do enquadramento, como já asseverado, do estabelecimento na regra do art. 90, considerado, assim, como um todo unitário e podendo, dessa forma, ser tratado nos negócios (isso não impede que os bens que o compõem sejam tratados de forma isolada, destacando-os do todo, ou seja, do estabelecimento). E leciona, com objetividade e clareza, Marcelo Fortes Barbosa Filho:

Viabiliza-se, portanto, a celebração de contratos ou a instituição de direitos reais sobre o todo formado pelo conjunto de bens destinados à produção ou circulação de bens organizada profissionalmente, unidos por uma mesma finalidade e colocados sob a disponibilidade do empresário. A consecução desses negócios jurídicos toma como ponto de partida a obra criadora e organizadora realizada, realçando-se a alienação do estabelecimento, denominada *trespasse*, e seu arrendamento, espécie peculiar de locação. Os valores agregados pela reunião ordenada dos bens componentes do estabelecimento merecem ser sempre considerados, sendo imprescindível ter sempre em mente seus predicados fundamentais (*in* PELUSO, 2007, p. 945).

Elucida, ainda, que a apreciação exata de todos os predicados do estabelecimento permite dimensionar com exatidão a realidade patrimonial presente na empresa, devendo, desta feita, ser analisados a clientela (volume e qualidade), o potencial de lucros (aviamento) e os locais, físicos ou virtuais, nos quais é mantido o contato com o público.

O estabelecimento pode, assim, ser objeto de locação, arrendamento, alienação²⁷ e usufruto, tipos negociais esses referidos, expressamente, no art. 1.144 do Código Civil. Lembra Lucas Rocha Furtado que o trespasse do estabelecimento não pode ser confundido com alienação do controle societário; da mesma forma, alienação de ações ou quotas não acarreta a transferência do estabelecimento. E resume:

Nesta hipótese, a pessoa jurídica – no caso a sociedade empresária – não é afetada, continuando ela a ser proprietária dos mesmos bens e detentora dos mesmos créditos e débitos. Nas alienações de estabelecimento, será outra pessoa – empresário ou sociedade empresária – que, ao adquirir o estabelecimento de terceiros, irá assumir os contratos do antigo empresário ou sociedade (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 949).

Importante destacar essa sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e s., especialmente quanto aos efeitos obrigacionais, pois ela só se aplica quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial, como se extrai do Enunciado n. 233 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 1º a 3 de dezembro de 2004.

Ademais, antes de avançarmos no estudo desses artigos que cuidam das obrigações e das formalidades atinentes aos negócios que envolvem o estabelecimento, importante abriremos um parêntese para abordar a questão da transferência do nome empresarial, que, para muitos, não é possível, em razão do que dispõe o art. 1.164 do estatuto civil²⁸.

Segundo uma interpretação estrita desse dispositivo legal, o nome empresarial não pode ser objeto de alienação separada do próprio estabelecimento. A doutrina, todavia, no caso de formação

do nome empresarial por denominação, admite que este possa ser objeto de alienação, tal como ocorria no âmbito da prática mercantil.

Assim, essa disposição deve ser analisada com temperamentos, mediante uma interpretação lógica e integrativa, em que sejam conjugadas as normas do *caput* e de seu parágrafo único, que trata, apenas, da firma do alienante do estabelecimento comercial. Na hipótese da firma, dado seu caráter personalíssimo, somente com a transferência da integralidade do estabelecimento, se assim for acordado entre as partes, é que ela pode ser utilizada pelo adquirente, que deverá inserir sua qualidade de sucessor.

Em contrapartida, no caso da denominação, por não importar ou agregar esse elemento personalíssimo, pode ela ser objeto de alienação, mesmo separadamente do estabelecimento.

Constatada a possibilidade de o estabelecimento ser objeto de negócios jurídicos, e, com ele, ou mesmo isoladamente, poder-se transferir o nome empresarial, cumpre, agora, observarmos as obrigações e as formalidades impostas pela lei, a partir do art. 1.144 do Código Civil.

O referido artigo estipula que, para garantir eficácia jurídica a esses negócios, especialmente em face de terceiros, necessário se faz o registro desses negócios jurídicos no Registro Público de Empresas Mercantis, ou seja, na Junta Comercial, além da publicação na imprensa oficial. Observe-se que aqui não se exige que a publicação seja feita em jornal de grande circulação (art. 1.152, § 1º), mas tão-somente no *Diário Oficial*²⁹.

Vale ressaltar que se for cumprida apenas uma das exigências previstas no art. 1.144, qual seja o arquivamento ou a publicação, não terá sido alcançada a eficácia perante terceiros, ficando o negócio eficaz apenas no que diz com as partes. Portanto, a eficácia *erga omnes* se alcança, apenas, com o arquivamento e a publicação na imprensa.

Não obstante o estabelecimento, como um todo unitário, ser objeto de um único negócio jurídico, na transferência dos bens que o

compõem devem ser observadas as formas exigidas pela lei (ex.: escritura pública para os bens imóveis).

Vale, no entanto, notar que a orientação tem sido no sentido de que o negócio que tenha por objeto o estabelecimento deve observar a forma específica exigida em razão dos bens que o compõem, como se extrai do Enunciado n. 393 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos dias 4 e 5 de dezembro de 2006: "A validade da alienação do estabelecimento empresarial não depende de forma específica, observado o regime jurídico dos bens que a exijam".

Os arts. 1.145 e 1.146 cuidam, por sua vez, do tratamento do passivo, dos débitos, em caso de alienação do estabelecimento.

Lucas Rocha Furtado ressalta, sob esse aspecto, que, apesar da relevância dos créditos e das dívidas na avaliação do negócio, quando se discute a transferência do estabelecimento, ela não importa a transferência de débitos, salvo disposição em contrário. Acorda-se, tão-somente, a alienação de parte do ativo, não obstante a responsabilidade legal do adquirente pela solvência das dívidas anteriores ao negócio, desde que contabilizadas, como veremos mais detidamente nas linhas que se seguem (*in* MARTINS FILHO, MENDES e FRANCIULLI NETTO, 2003, p. 948).

O primeiro artigo supracitado especifica que antes da conclusão da alienação, se o passivo for maior que o ativo, ou seja, se com a alienação do estabelecimento não restarem bens suficientes à satisfação dos débitos, deve o alienante notificar os credores para que concordem ou discordem do negócio, no prazo de trinta dias a contar da notificação. Decorrido o prazo sem manifestação, presume-se aceitação tácita, ficando livre o alienante para concluir o negócio. No entanto, se houver discordância, a alienação do estabelecimento ficará condicionada à liquidação dos débitos.

A despeito do que pensam Nelson Nery e Rosa Maria Nery (2003, p. 549 e 550), Ricardo Fiuza salienta que, quando o estabelecimento é transferido, o é na totalidade, abrangendo todos os bens, créditos e débitos. Por tal razão o adquirente se sub-roga nos créditos e

débitos, tanto vencidos quanto vincendos, desde que devidamente contabilizados, pelos quais permanece solidariamente responsável o alienante, pelo prazo de um ano, a contar do registro do negócio ou do vencimento da dívida, como determina o art. 1.146 (FIUZA, 2003, p. 1025)³⁰.

De fato, o trespasse (alienação do estabelecimento) abrange todo o complexo que envolve o estabelecimento, salvo se houver reserva de bens ao alienante, ou se não forem inventariados os bens, quando se presume venda de "portas fechadas"; abrange, ainda, a clientela e o aviamento (que funcionam como critérios de mais-valia). No entanto, como vimos antes, o estabelecimento não abrange o passivo. Então, qual a razão de o legislador cuidar dos débitos por ocasião do trespasse do estabelecimento? A resposta se encontra em ser o estabelecimento a garantia dos credores³¹.

Nesse sentido, ensinam Nelson Nery e Rosa Maria Nery:

A razão de ser da norma comentada é a necessidade de comunicar-se aos credores a venda do estabelecimento comercial, porque o crédito foi dado em razão e por conta do aviamento (capacidade de gerar lucros e resultados), da clientela, do nome e da marca comercial, enfim, o credor considera o *estabelecimento comercial*. Não seria correto, portanto, o empresário transferir todo seu ativo e seu passivo, cedendo sua posição contratual e fazendo com que o adquirente se sub-rogue nos direitos e deveres da sociedade empresária sem o consentimento do credor: o credor passaria a ter o adquirente no pólo passivo da relação de crédito-débito. Essa sub-rogação pode ocorrer, mas tem que ter o consentimento dos credores (NERY JUNIOR e NERY, 2003, p. 551).

Com eles concorda Marcelo Fortes Barbosa Filho:

Feita uma avaliação do potencial surgimento da insolvência do alienante do estabelecimento empresarial, pode ser verificada grave inaptidão patrimonial, vislumbrando-se prejuízo vultoso para credores, desfalcada, irremediavelmente, a garantia geral oferecida a seu pagamento. No conjunto de ativos, o estabelecimento cuja titularidade está sendo transmitida pode apresentar tal relevância que, sem ele, o valor do passivo acumulado superaria aquele atribuído aos demais bens. Nesse caso, para que seja possível extrair todos os efeitos da alienação desejada, exige-se, como fator de eficácia, o adimplemento antecipado das dívidas do empresário alienante ou, efetuada a notificação judicial ou extrajudicial de cada um de seus credores, não seja oferecida, no prazo de trinta dias, qualquer oposição, o que será equivalente a uma aquiescência tácita (*in* PELUSO, 2007, p. 946).

Ademais, vale notar que a ciência de credores e devedores já é exigida nos negócios de cessão de créditos e débitos, a que se assemelha, se aproxima a noção de trespasse do estabelecimento, isso porque o Código Civil não impôs uma forma legal para a cessão dos créditos do estabelecimento transferido, operando-se ela, dessarte, pela forma convencional.

Ensina o Professor Arnoldo Wald que, quanto à forma:

A cessão de crédito é convencional, quando decorrente de acordo de vontades entre o cedente e o cessionário (v.g., cessão contratual de um crédito), legal, quando surge em virtude de lei (no caso de sub-rogação estabelecida pelo art. 346 do novo Código Civil), e judicial, quando se apresenta como consequência necessária de uma sentença judicial, que pode ter sido homologatória de uma partilha (atribuindo a herdeiro ou legatário determinado crédito do falecido) ou adjudicatória ao autor de um crédito existente em favor do réu (WALD, 2004, p. 178).

Conclui-se, portanto, que podem ser aplicadas à cessão dos créditos do estabelecimento transferido, supletivamente, as normas

dos arts. 286 a 298 do Código Civil, embora a norma prevista no art. 290 – que exige a necessidade de o devedor declarar, por escrito, que teve ciência da cessão de crédito que lhe foi notificada – revele-se incompatível com as características e a natureza da vida empresarial moderna.

Também cumpre mencionar que a cessão, gratuita ou onerosa, do estabelecimento sem concordância ou à revelia dos credores caracteriza estado falimentar, autorizando o pedido de falência (art. 94, III, *c*, da Lei n. 11.101/05³²); também enquadra-se em uma das hipóteses de ação revocatória, como disposto no art. 129, VI, da Lei Falimentar³³⁻³⁴.

O art. 1.146, por sua vez, resume a sub-rogação dos débitos pelo adquirente apenas em relação aos contabilizados. Tal regra não comporta exceções e representa norma cogente, não sendo válida cláusula que exclua ou limite a responsabilidade do adquirente pelas dívidas. Em contrapartida, o legislador protegeu o adquirente de boa-fé, ao determinar que essa responsabilidade refere-se apenas às dívidas contabilizadas, pressupondo a má-fé do alienante pelas dívidas que não escriturou nos livros, pelas quais fica isoladamente responsável. Por fim, pelas dívidas sub-rogadas o alienante permanece solidariamente responsável perante os credores pelo prazo de um ano, a contar do registro do negócio no que tange aos débitos vencidos, e a partir do vencimento, no que se refere às dívidas vincendas.

As regras ora debatidas merecem nossos aplausos, pois suprem a lacuna existente na legislação nacional.

A sub-rogação nos créditos acha-se disciplinada no art. 1.149 do Código Civil, valendo a partir da publicação da transferência, operando-se automaticamente e prescindindo de qualquer outra formalidade, especialmente aquelas exigidas para a cessão de crédito comum. Apesar de o devedor ficar obrigado a pagar ao adquirente, se provar boa-fé na hipótese de pagamento ao alienante, ficará ele exonerado, como se dá na hipótese de engano gerado pela falsa aparência e desconhecimento efetivo da

transferência. De toda sorte, esse artigo guarda grande semelhança com a primeira parte do art. 929 do mesmo Código.

A sub-rogação ora abordada também abrange os contratos firmados para exploração do estabelecimento, ou seja, contratos de obrigações de trato sucessivo vinculados à atividade do estabelecimento, ativos e passivos, desde que não possuam caráter pessoal³⁵, como reza o art. 1.148 do Código Civil.

A sub-rogação desses contratos, de caráter não pessoal, é automática e não carece de outras formalidades, substituindo-se a figura do alienante pela do adquirente em todos os deveres e direitos inerentes aos contratos de cunho econômico. Mas aqueles que tiverem caráter pessoal, essa transferência não se opera de forma automática, dependendo de convenção com o terceiro.

Vale lembrar que essa regra de sub-rogação é dispositiva e pode ser flexibilizada ou afastada pelas partes, remanescendo, ao terceiro, o direito de denunciar, com aviso prévio de noventa dias, o contrato, desde que aponte justa causa, ficando, nesse caso, ressalvada a responsabilidade do alienante.

Questão de grande relevância para o mundo dos negócios diz respeito à situação do contrato de locação quando ocorre o trespasse do estabelecimento empresarial. Como interpretar se há ou não “caráter pessoal” nesse contrato, para os efeitos do art. 1.148?

Intensa controvérsia estabeleceu-se a respeito, na Itália, tendo a jurisprudência, num primeiro momento, entendido haver tal caráter pessoal no contrato de locação, a partir da disposição constante do art. 1.594 do Código Civil que impunha empeço à cessão da locação sem que houvesse a anuência prévia do locador. A doutrina peninsular, de outro lado, pugnava pela subsistência do direito ao ponto comercial, fundada na aparente contradição entre esse art. 1.594 e o art. 2.558, parecendo que a especialidade deste último deveria prevalecer sobre a generalidade daquele.

Conforme relato de Francesco Gazzoni (1980, p. 196), a controvérsia foi parcialmente contornada, em 1963, com a edição da Lei n. 19, de 27 de janeiro, que permitiu a sublocação do imóvel ou

a cessão do contrato de locação, “ainda que não haja o consentimento do locador, desde que também seja alienada ou alugada a *azienda*”. Referida lei, no entanto, dispensava a anuência prévia do locador apenas naqueles imóveis em que houvesse acesso ao público, não se encontrando por ela albergados os demais imóveis utilizados pelos empresários, nos quais inexistisse tal acesso.

Foi só com o advento da Lei n. 392, de 27 de julho de 1978, que se tornou possível a transferência do contrato de locação, por parte do alienante da *azienda*, independentemente do consentimento prévio do locador.

Parece que a mesma discussão que existiu na Itália, no passado, irá repetir-se, agora, no Brasil. O Professor Fábio Ulhoa Coelho assim se manifestou a respeito:

Desse modo, para fins de preservar a integridade de seu investimento, o empresário, ao locar imóvel para instalação da empresa, deve negociar com o locador a inserção, no contrato de locação, da anuência prévia para eventual cessão ou outra disposição contratual expressa que contemple a sub-rogação. Se não conseguir essa condição negocial no início do vínculo locatício, ele poderá vir a ter dificuldades para recuperar o investimento, quando do trespasse, caso o locador imponha luvas excessivas para anuir com a cessão do vínculo locatício (COELHO, 2007, p. 122).

Por ocasião da I Jornada de Direito Civil, o Grupo de Trabalho encarregado do Direito da Empresa aprovou o Enunciado n. 64, do teor seguinte: “A alienação do estabelecimento empresarial importa, como regra, na manutenção do contrato de locação em que o alienante figurava como locatário”. Posteriormente, porém, em dezembro de 2004, na oportunidade da realização da III Jornada de Direito Civil, o Professor de Direito Comercial do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Marcelo Andrade Feres, apresentou ao grupo um Enunciado, segundo o qual, “Quando do trespasse do

estabelecimento empresarial, o contrato de locação do respectivo ponto não se transmite automaticamente ao adquirente". Tendo sido aprovado por maioria (Enunciado n. 234), considerou-se cancelado o Enunciado n. 64 da I Jornada do Direito Civil³⁶.

Outra questão importante relacionada ao trespasse refere-se ao desvio da clientela e da freguesia pelo alienante, concorrendo, deslealmente, com o adquirente do estabelecimento ao se instalar nas proximidades para exercer a mesma atividade. O legislador, com correção, cuidou da matéria no art. 1.147, vedando tal prática que afetava, consideravelmente, a valoração do estabelecimento pactuada com o adquirente. Esse artigo resolve um dos problemas mais delicados relativos ao trespasse do estabelecimento, qual seja o da proibição ao alienante de restabelecer-se comercialmente, de molde a fazer concorrência ilícita ao adquirente.

A hipótese tratada nesta norma é denominada doutrinariamente "cessão da clientela". Junto com o estabelecimento e seus atributos, a alienação ou arrendamento abrange a clientela que normalmente com ele realizava negócios, em razão de seu nome empresarial, do seu ponto comercial, das marcas de seus produtos e de outros elementos corpóreos e incorpóreos que servem de referencial para a prática mercantil. Assim sendo, a clientela, regularmente, é considerada para a composição do preço dado ao estabelecimento; contém valor patrimonial, representando uma sobrevalia. Dessa forma, desviar a clientela após a alienação era considerado ato de concorrência desleal e afetava, como dito, o valor pago pelo estabelecimento.

Tal situação antes carecia de regulamentação, ficando a cargo das partes disciplinarem no contrato de trespasse as condições de eventual restabelecimento do alienante nas proximidades para exploração da mesma atividade. Agora, decorre da lei essa obrigação de o alienante, pelo prazo de cinco anos, não continuar exercendo a mesma atividade que era objeto do estabelecimento, no mesmo ramo de atividade empresarial.

Não obstante a previsão legal, tal regra é dispositiva, permitindo flexibilização pelas partes, seu afastamento, ou a inserção de outros

termos e condições, além da alteração do prazo. Portanto, salvo disposição expressa no contrato de alienação, permitindo que o alienante possa concorrer, na mesma praça, disputando clientela com o adquirente, por lei, o alienante estará proibido de concorrer com o adquirente pelo prazo de cinco anos.

Nas hipóteses de arrendamento ou usufruto do estabelecimento comercial, a cessão da clientela deverá ser observada pelo mesmo prazo de vigência do contrato que instituiu o arrendamento ou usufruto.

Por fim, não podemos esquecer que o estabelecimento pode ser objeto, ainda, de atos constritivos, como penhora, nos termos do que reza o art. 677 do Código de Processo Civil³⁷.

1.7 Extinção

A extinção do estabelecimento só se dá com a desintegração dos elementos que o constituem, por destruição ou por destinação a outro fim.

Não decorre ela nem da falência da sociedade titular nem da interdição ou morte do titular, visto que, nessas hipóteses, a exploração do estabelecimento permanece a cargo dos administradores, dos curadores ou dos sucessores, respectivamente.

Em caso de recuperação da sociedade titular, importa mencionar que o estabelecimento permanece nas mãos da própria sociedade recuperanda ou pode, ainda, ser transferido, mediante trespasse, arrendamento ou outro negócio jurídico previsto em lei, a terceiro ou aos próprios credores, conforme previsto no Plano de Recuperação.

1.8 Jurisprudência comentada

Não obstante a edição de algumas súmulas acerca do estabelecimento, pelo Supremo Tribunal Federal³⁸, muitos aspectos a

ele atinentes permanecem sendo alvo de embates jurisprudenciais e, como visto, doutrinários, razão pela qual vale a análise de alguns julgados³⁹, à luz da nova disciplina do estabelecimento introduzida pelo Código Civil de 2002.

Restringimos nosso estudo jurisprudencial a julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal por serem as cortes máximas do Sistema Judiciário brasileiro, cujos entendimentos orientam todos os demais tribunais do País. Os julgados selecionados, apesar de muitos datarem de décadas atrás, são importantes por terem abordado questões cruciais do estabelecimento e discutidas ao longo deste artigo, como veremos a seguir.

Recurso extraordinário. Desapropriação de imóvel onde funcionava estabelecimento comercial. Indenização relativa ao fundo de comércio. Recurso do autor quanto à parte do acórdão que reduziu indenização e dispôs sobre custas e honorários advocatícios. Alegação de ofensa ao art. 153, parágrafos 4º e 22, da Constituição, que não é de considerar, porque não se prequestionaram os dispositivos, no aresto ou em embargos de declaração. Incidência das Súmulas 282 e 356. Óbice do art. 325, VII, do RISTF, no que respeita ao tema da proporcionalidade das despesas do processo, com alegação de negativa de vigência do art. 20, do CPC. Recurso extraordinário não conhecido (RE 100.962/SP, 1ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, j. 26-6-1987, *DJ*, 3-3-1989, p. 2517).

Cuida esse julgado de ação intentada contra a Municipalidade de São Paulo com vistas a receber indenização pela perda do fundo de comércio, lucros cessantes e outras despesas, tudo em decorrência da desapropriação de prédio onde funcionava o estabelecimento comercial, tendo em conta que tais valores não foram pagos nos autos da ação expropriatória.

A sentença de primeira instância julgou procedente em parte o pedido, ao conceder indenização menor do que a pretendida na

exordial. O Tribunal reformou a decisão, reduzindo ainda mais o valor da indenização, sob a alegação de que, como o empresário possuía outros estabelecimentos, não logrou comprovar as despesas incorridas para a dispensa de empregados, mesmo porque possível o aproveitamento destes nos demais estabelecimentos. Também não havia que falar em lucros cessantes, pois ao se valorar o fundo de comércio e ao indenizá-lo, os lucros cessantes representariam *bis in idem*, o que seria intolerável. O Ministro Relator acolheu o v. acórdão quase na íntegra, alterando, apenas, os juros de 6% a.a. para 12% a.a.

O que vale aqui comentarmos refere-se ao caso de desapropriação de prédio no qual se explore um estabelecimento comercial. O Poder Público, apesar do permissivo legal, não pode furtar-se a indenizar o fundo de comércio, limitando-se apenas a pagar indenização pelo valor do bem imóvel. Como tivemos a oportunidade de constatar ao longo deste artigo, o estabelecimento comercial não se resume apenas ao imóvel em que se estabelece, mas no conjunto de bens materiais e imateriais, móveis e imóveis que o integrem. Dessa forma, a indenização paga pelo poder expropriante restringiu-se ao bem imóvel, ou seja, a apenas um dos bens que integrava o estabelecimento. Todo o restante do fundo de comércio ficou sem reparação, agindo com correção o proprietário ao reclamar sua indenização e o Poder Judiciário em reconhecer esse direito e concedê-la. O valor do fundo correspondeu àquele apurado em laudo oficial, ficando, ainda, o poder expropriante obrigado a pagar as despesas devidas em razão do encerramento do estabelecimento.

Interessante destacar que, ao longo do voto, o Ministro Relator ressaltou que, como o empresário era proprietário do bem expropriado, melhor protegido está o fundo de comércio, calcado em um direito de propriedade e não em um direito contratual decorrente de um contrato de locação, visto que, nesta última hipótese, sujeito estaria ao despejo.

Apesar do argumento declinado pelo Ministro Relator no julgado supradestacado, não carece ele de proteção pelo fato de não ser

proprietário do imóvel expropriado, sendo-lhe possível reclamar a indenização pela perda do fundo de comércio do poder expropriante, à semelhança do proprietário. De fato, a proteção do fundo de comércio, nessa hipótese, basear-se-á no contrato de locação e não no direito de propriedade, mas não por isso goza de menor ou de mais fraco direito ou proteção. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo em outro julgado, cuja ementa transcrevemos:

Desapropriação. Correção monetária do *quantum* da indenização devida à locatária pelos prejuízos causados ao seu estabelecimento comercial devido à desapropriação do imóvel locado. Ação rescisória proposta pela expropriante alegando inviabilidade da aplicação da correção monetária na execução da sentença condenatória vez que não prevista na decisão exequenda e fora incluída no cálculo por dano do contador. Improcedência da ação rescisória já que, conforme jurisprudência predominante no STF, a indenização no caso representa dívida de valor, não passando a aplicação do índice de correção mero instrumento de manutenção da identidade da prestação quando alcançada pela desvalorização da moeda. Recurso extraordinário não conhecido (STF, 1ª T., RE 89.037/SP, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 1º-9-1978, DJ, 29-9-1978, p. 651).

O Ministro Relator, em seu voto, expõe que se trata de uma dívida de valor e que só se transforma em dívida de dinheiro na época da liquidação, sendo, portanto, necessária a aplicação de correção, para que o titular do estabelecimento, mediante indenização, retorne ao estado anterior, quando explorava fundo de comércio em imóvel que foi objeto de expropriação.

Em outro julgado, também do Supremo Tribunal Federal, ficou reconhecido que o contrato de locação integra o fundo de comércio. A ementa a seguir transcrevemos:

Locação. Fundo de comércio. Conceito. Se o contrato de locação do prédio em que funciona o estabelecimento comercial pode fazer parte de fundo de comércio (STF, 1ª T., RE 20.565, Rel. Min. Mario Guimarães, j. 21-7-1952).

INDEXAÇÃO

LOCAÇÃO. FUNDO DE COMÉRCIO. CONCEITO. SOBRE SE ESSE CONCEITO, DE FUNDO DE COMÉRCIO, INCLUI, OU NÃO, O CONTRATO DE LOCAÇÃO DO IMÓVEL. DIR. COMERCIAL.

A conclusão a que chegou o Supremo foi possível a partir das provas carreadas aos autos, da doutrina e dos usos e costumes atinentes a negócios envolvendo o estabelecimento. O Ministro Relator destacou que o próprio contrato de arrendamento do estabelecimento, acostado aos autos, dispunha que o fundo de comércio abrangia os bens móveis, o estoque e o local. Destacou ainda que o estabelecimento compreendia todos os ativos, entre os quais se inserem os contratos, apoiando-se, para tanto, em doutrina estrangeira. Desta feita, sendo alugado o imóvel no qual se localizava o estabelecimento, concluiu-se que o contrato de locação integraria, sim, o estabelecimento.

Vimos, ao longo deste artigo, que a doutrina pátria compartilha do mesmo entendimento. Dessa forma, fica evidente que o bem no qual se localiza o estabelecimento integra-o como bem imóvel (quando for de propriedade do titular), ou como bem imaterial, no caso, ponto comercial (quando o titular é locatário, consubstanciando a proteção no contrato de locação).

Quando o estabelecimento se encontra em funcionamento em imóvel locado e é objeto de arrendamento, trespasse, o direito da renovatória transfere-se ao adquirente, como já se posicionou o Supremo em alguns julgados, inclusive há décadas, como abaixo atestamos.

A sociedade de que participa o locatário, e que adquiriu o estabelecimento comercial, tem legitimidade para a ação renovatória. Renovando o contrato

pelo prazo nele estipulado, o acórdão não dá lugar ao recurso extraordinário (STF, 2ª T., RE 20.499, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, *DJ*, 20-6-1995, p. 2067, *DJ*, 12-3-1956, p. 425, *DJ*, 21-10-1954, p. 12979).

Nesse caso, os julgadores entenderam que a sociedade que comprou o estabelecimento adquiriu, por consequência, a legitimidade para a ação renovatória, como sucessora.

Em outro julgado, semelhante ao supratranscrito, posicionou-se o Supremo quanto à inexigibilidade de consentimento prévio do locador quando o locatário antes era pessoa física e depois passou a explorar o estabelecimento e o imóvel na qualidade de pessoa jurídica.

Não há infração legal ou contratual, sob o fundamento de transferência não consentida da locação, quando permanece no prédio o mesmo estabelecimento comercial, explorado inicialmente em nome individual do locatário e, a seguir, por sociedade da qual faça parte, com interesse predominante (STF, 2ª T., RE 53.120, Rel. Min. Victor Nunes, j. 4-6-1963, *DJ*, 1-8-1963, p. 436).

O Ministro Relator desse julgado indicou que, para haver cessão do contrato de locação, o locatário tem de se desligar do contrato, o que não ocorre na hipótese do locatário que explora estabelecimento em imóvel locado e o transfere, posteriormente, a uma sociedade da qual faz parte para a exploração do mesmo estabelecimento.

Como pudemos constatar por ocasião do estudo do ponto comercial, o que se quer proteger é esse local em que funciona o estabelecimento, e, por essa razão, não há como justificar a perda dessa garantia no fato de o titular passar a explorar o estabelecimento na forma de sociedade e não mais de pessoa física, ou mesmo por meio de um novo tipo social.

Mesmo entendimento foi exarado no julgado abaixo, em que se questionou a substituição de um dos sócios, fato que foi alegado pelo locador como transferência não consentida autorizadora de despejo. Por unanimidade, decidiu-se que não houve violação nem do contrato, nem da lei, pois o sócio remanescente permaneceu com a maioria do capital, não se configurando burla contratual.

A substituição de um dos sócios, sem solução de continuidade no estabelecimento comercial, não constitui transferência não consentida, para justificar o despejo (AgI 29.811, 2ª T., Rel. Min. Victor Nunes, j. 23-7-1963, *DJ*, 12-9-1963, p. 851, *DJ*, 16-8-1963, p. 2625).

Outro aspecto que merece análise é o fato de o adquirente suceder nas dívidas que pendem sobre o estabelecimento, sucessão esta que restou expressa no Código Civil, com relação às dívidas contabilizadas. Nesse sentido, o Supremo se havia posicionado sobre a sucessão de dívidas fiscais, como se depreende da ementa abaixo indicada.

Multa fiscal. Sucessor. – O sucessor, adquirente do estabelecimento comercial, responde pelos tributos devidos pelo antecessor, não porém por multas punitivas, sobretudo se impostas posteriormente à aquisição. – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. – Recurso extraordinário não conhecido (STF, 1ª T., Rel. Min. Eloy da Rocha, j. 17-8-1976, *RTJ*, n. 82, p. 544).

No entanto, vale fazer uma ressalva para as aquisições de estabelecimentos previstas em plano de recuperação judicial. O titular do estabelecimento, que se encontre em recuperação, pode alienar um ou mais estabelecimentos que possua, mas deve prever

isso no plano de recuperação. O legislador, com vistas ao princípio da preservação da empresa, à função social da empresa, favoreceu a recuperação ao afastar, expressamente, a sucessão de certas dívidas, entre elas as fiscais, do adquirente do estabelecimento, como se verifica no art. 60, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005. Nessa circunstância, portanto, devemos aplicar o artigo da nova lei falimentar e não a regra contida no Código Civil, afastando a sucessão nas dívidas, inclusive as tributárias.

Interessante caso foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 685.884/MG (2004/0113199-3), cuja ementa abaixo transcrevemos:

CONTRATO DE ARRENDAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL.
APLICAÇÃO DO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90.

1. Nos termos postos pelo acórdão analisando as cláusulas contratuais não se cuida de contrato de locação, mas sim de verdadeiro contrato de arrendamento para exploração de estabelecimento comercial, o que, por si só, afasta a aplicação do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90.

2. Recurso especial conhecido, mas provido.

Na tentativa de evitar sucessão nas dívidas, em destaque dívidas trabalhistas, as partes firmaram contrato de locação de bem imóvel. No entanto, o suposto locatário não só utilizava o imóvel como o nome comercial, a marca do estabelecimento, por isso, apesar do nome dado ao contrato, a relação foi reconhecida como sendo cessão de estabelecimento. É o que se extrai da leitura do voto do Ministro Relator. A decisão foi correta, pois não é a nomenclatura que define o tipo contratual, mas seu objeto e as obrigações e os deveres nele contidos.

Ainda no que respeita ao negócio do trespasse, alguns aspectos já foram analisados pelo Supremo Tribunal Federal, valendo destacar alguns julgados.

Um deles trata do restabelecimento do alienante no mesmo ramo, e nas proximidades, após o trespasse do estabelecimento. Como discutido no curso deste artigo, a caracterização ou não como ato de concorrência desleal sempre foi um aspecto tormentoso para a doutrina e para a jurisprudência, como se revela no julgado a seguir indicado.

Quem vende um estabelecimento comercial não está, em regra, proibido de instalar ou adquirir outro. Certas circunstâncias, porém, que ocorram na sucessão desses fatos podem caracterizar concorrência desleal (STF, 1^a T., RE 23.003, Rel. Min. Mario Guimarães, j. 6-8-1953, *DJ*, 9-8-1954, p. 2465).

Nesse caso, *in concreto*, os julgadores entenderam existir ato de concorrência desleal pelas circunstâncias que o envolveram, como ser o estabelecimento um pequeno negócio, pelo alienante se reinstalar na mesma rua, meses após o trespasse, para exploração da mesma atividade, a despeito de a Constituição resguardar o direito de todos à livre exploração de atividade profissional.

Em outro *casu*, o Supremo Tribunal posicionou-se de forma a reconhecer que o restabelecimento do alienante não autorizaria a rescisão do trespasse, mas a responsabilização por perdas e danos. Primeiro porque as partes não pactuaram no contrato tal obrigação, mas em documento apartado; segundo porque a sanção a tal prática ficou convencionada que seria a indenização e não a rescisão contratual; e, terceiro, porque, sendo uma compra e venda, satisfeitas as obrigações atinentes à entrega e ao preço, perfeita e acabada se encontra a relação jurídica. É o que se verifica da leitura do relatório e dos votos do julgado, cuja ementa transcrevemos:

Contrato normal e singelo de compra e venda de estabelecimento comercial. Uma vez satisfeitas as estipuladas condições de pagamento, deve o mesmo ser havido como perfeito e acabado. A não-observância de compromisso epistolar autônomo assumido pelo vendedor, de não se estabelecer com comércio análogo, dentro de certo prazo, não pode gerar a rescisão do contrato: resolve-se em perdas e danos, como, aliás, ficou expressamente avençado. Vulneração do artigo 1.122 do Código Civil. Recurso extraordinário; provimento (STF, 2ª T., RE 35.368/SP, Rel. Min. Henrique D'Avilla, j. 6-8-1957, *DJ*, 24-12-1957)⁴⁰.

Nesse julgado verificamos, ainda, que as partes haviam convencionado um prazo de dez anos. Quanto a esse aspecto, cumpre notar que, como revelado anteriormente, justamente pela omissão legislativa antes existente, as partes tinham, sempre, que convencionar tal obrigação e fixar-lhe prazo. Hoje, com o Código Civil de 2002, tal obrigação decorre da lei e vale pelo prazo de cinco anos, não havendo impedimento para a convenção de prazo superior.

Outro aspecto de grande embate na doutrina e na jurisprudência consiste na abrangência da proteção dada ao nome comercial e aquela reservada ao título do estabelecimento, bem como ao direito de exclusividade de um nome comercial ou de um título de estabelecimento em face de outros elementos identificativos da empresa. Apesar de termos analisado a evolução doutrinária sobre o assunto, oportuno aqui observarmos que a jurisprudência, no passado, não impediu o uso de um título de estabelecimento por uma sociedade em face da identidade com o nome comercial de outra, porque, quando registrado no INPI, a proteção é nacional, enquanto o registro nos órgãos constitutivos de sociedade reserva uma proteção local.

Em outra oportunidade, opinou por negar o direito ao uso de nome equivalente, em razão da confusão que poderia gerar no mercado, até porque a atividade explorada era a mesma, devendo, nesse caso, respeitar-se a anterioridade do registro.

Título de estabelecimento comercial de qualquer natureza. O direito de exclusividade é limitado, no espaço, aos contornos do município em que se encontra o estabelecimento. Distinção entre título de estabelecimento e nome comercial. Recurso extraordinário não conhecido com base na Súmula n. 400 (RE 78.970/MG, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 1º-4-1975, *DJ*, 13-6-1975).

Título de estabelecimento comercial. Denominação que não se distingue de outra registrada anteriormente, para o mesmo gênero de negócio. Recurso extraordinário não conhecido, por não atendidos os pressupostos constitucionais (RE 79.233/GB, 1ª T., Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 22-10-1974, *DJ*, 22-11-1974).

Abordamos, na exposição doutrinária, a possibilidade de o estabelecimento ser alvo de penhora judicial. Sob esse aspecto, há interessante julgado que, a despeito da possibilidade contida no Código de Processo Civil, explica que a penhora não pode retirar do titular bem essencial ao exercício de sua atividade, pois isso afetaria sua própria subsistência.

Penhora. Art. 942 IX do Cód. de Proc. Civil. Impenhorabilidade dos bens necessários ou úteis ao exercício da profissão. Essa imunidade não se estende além da órbita das profissões individuais para alcançar um estabelecimento comercial (RE 40.994, 1ª T., Rel. Min. Luis Gallotti, j. 9-7-1959).

Com a edição do Código Civil de 2002, tal debate, na esfera jurisprudencial, ganhará contornos mais relevantes com a aplicação do princípio da função social da empresa, aplicando-se, ainda, analogicamente, a preservação da empresa presente na nova Lei Falimentar.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça analisou questão posta quanto à existência de relação de consumo ou de relação comercial na aquisição dos serviços de pagamento por cartão de crédito adquiridos por sociedade empresária. Ao longo dos votos, observamos que os julgadores constataram que tais serviços integraram o estabelecimento, pois não incorporam o bem ou o serviço negociado pela sociedade. Indicamos, abaixo, a ementa do julgado em comento que bem explica as razões expostas:

Processo Civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

– Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

– O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o objeto de sua empresa (STJ, CComp 41.056/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS BÁSICAS⁴¹

ALMEIDA, Amador Paes de; **Direito de empresa no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, Milano: Vallardi, ano 41, p. 1-20, jan./fev. 1943.

ASSIS NETO, Alfredo Gonçalves de. Sugestões apresentadas na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça. **Lições de direito societário**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**: empresa e estabelecimento. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. A atividade negocial no Projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, n. 56, out./dez. 1984.

_____. **Sociedades comerciais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Estudos e pareceres de direito empresarial**: o direito das empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Tratado de direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958; 3. ed., 1933/1934.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 50, abr./jun. 1983.

_____. **Direito empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O direito brasileiro na visão de Tullio Ascarelli. **Revista de Direito Mercantil**, n. 38, abr./jun. 1980.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. São Paulo: Freitas Bastos, 1952. v. 2.

FIUZA, Ricardo (Co-autor e Coord.). **Novo Código Civil comentado**. Obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2002.

GALGANO, Francesco. Le teorie dell'impresa. *In: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: CEDAM, 1978. v. 2.

_____. Il concetto di imprenditore e di imprenditore commerciale. *In: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: CEDAM, 1978. v. 2, seq. 1.

_____. L' imprenditore commerciale. *In: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: CEDAM, 1978. v. 2, seq. 2.

_____. **Trattato di diritto civile e commerciale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**. Barueri: Manole, 2003.

LUCCA, Newton de. A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil. *In: SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de (Coords). Direito empresarial contemporâneo*. Obra coletiva. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000; e 2. ed., 2004.

_____. A reforma do direito falimentar no Brasil. **Revista do TRF – 3^a Região**, v. 40, out./dez. 1999.

_____. **Atualidades Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

LUCCA, Newton de; FIUZA, Ricardo. **Código Civil comentado**. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

_____. **Sociedades e exercício da atividade mercantil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1964.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (Coords.). **Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MESSINEO, Francesco; CICU, Antonio. **Trattato di diritto civile e commerciale**: il contratto in genere. Milano: Giuffrè, 1973. v. 21, t. 1.

MOSSA, Lorenzo. **Diritto commerciale**: 1^a parte. Milano: Società Editrice Libreria, 1937.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007.

PENALVA SANTOS, Paulo de Moraes. Direito de empresa — visão panorâmica. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, número especial, 2004, Anais dos Seminários EMERJ. Debate o Novo Código Civil, parte II, jul. 2002/abr. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 38.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1; 27. ed., 2007.

SIDOU, Othon. Breves notas sobre a atividade negocial no Anteprojeto do Código Civil. Separata da **Jurídica, Revista da Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool**, Rio de Janeiro, 1973.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**: Livro II — Do direito de empresa. Obra coletiva. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 14.

Referências Bibliográficas Avançadas⁴²

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comércio ou Fazenda Mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1969.

_____. A dignidade do direito mercantil. **Revista de Direito Mercantil**, n. 11, 1973.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 5. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Orlando de. O problema da empresa como objeto de negócios. *In*: **Critério e estrutura do estabelecimento comercial**. Coimbra: Atlântica Editora, 1967. v. 1.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007

FERRARA, Francesco. **Teoría jurídica de la hacienda mercantil**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929.

GAZZONI, Francesco. Cessione di azienda e successione nel rapporto locativo. **Giustizia Civile – Rivista Mensile di Giurisprudenza**, Milano: Giuffrè, ano 30, n. 4, 1980.

MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**: estudo de direito privado. Lisboa: Ática, 1951 (Col. Jurídica portuguesa).

¹ Na sua brilhante exposição, constante do Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados (**Diário do Congresso Nacional**,

seção I, Suplemento, 14-9-1983), merece destaque o seguinte trecho que ora transcrevemos: “Por outro lado, a palavra empresa, consoante orientação que resulta do Projeto, não significa uma dada entidade empresarial, mas indica, ao contrário, de maneira genérica, toda e qualquer forma de atividade econômica organizada com o escopo de atender à produção ou à circulação de bens ou de serviços. Dado o sentido genérico atribuído à palavra empresa, é esta que se põe como centro dominante de todas as normas que compõem o Livro II, sendo despiciendo o fato de, nesse Livro, ser disciplinada a matéria que diz respeito à atividade econômica daqueles que, não sendo empresários, visam a fins econômicos, como é o caso dos que exercem profissão intelectual, de natureza literária ou artística. Não procede, por conseguinte, a alegação de que o termo ‘Direito de Empresa’ seria restritivo da matéria disciplinada no livro em apreço, com o que se evita qualquer confusão com a matéria dos ‘negócios jurídicos’, disciplinada na Parte Geral”.

2 O Código Comercial de 1850 não conhecia a figura intitulada empresário. Aquele que exercia atividade mercantil era definido como comerciante. O art. 4º (revogado) do Código Comercial considerava como comerciante quem possuísse matrícula perante a Junta Comercial (requisito formal) e fizesse da mercancia profissão habitual (requisito material). Mercancia significa, em linhas gerais, o exercício de atividade econômica de produção ou circulação de mercadorias, conceito atualizado pelo Código Civil de 2002 de modo mais completo, abrangendo outros tipos de bens e serviços ofertados no mercado.

3 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

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

4 A sociedade simples assume, no Código, caráter indisfarçavelmente polissêmico, sendo objeto de evidentes divergências doutrinárias. Se, de um lado, o Professor Sylvio Marcondes (1970, p. 147) explicou a sociedade simples como “um compartimento comum, de portas abertas para receber e dar solução às apontadas questões”, de outro, autores como o Professor Rubens Requião (2007, v. 1, p. 419), condenaram “a introdução da sociedade simples no direito brasileiro, sem raízes na tradição jurídica de nosso país”, entendendo que teria sido preferível

o Código Civil apenas estabelecer os princípios gerais relativos às sociedades, tal como ocorreu, exemplificativamente, com a França. Sobre a própria extensão e alcance do conceito da sociedade simples no direito brasileiro, não parece haver consenso na doutrina e as discussões entre os autores estão mais vivas do que nunca. O Professor Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 22), por exemplo, enxerga uma tríplice função para as sociedades simples, afirmando: “Além de tipo societário e de modelo geral, ela é, finalmente, uma categoria de sociedade. É esta a terceira função do conceito que interessa destacar para os objetivos deste item. Pelo art. 982 do Código Civil, as sociedades se consideram simples se não tiverem ‘por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro’”. Depois de esclarecer que as sociedades simples podem adotar qualquer um dos tipos das sociedades empresárias, excetuando-se o da sociedade anônima e o da comandita por ações, subordinando-se às regras que lhe são próprias, prossegue o citado professor: “Então, a expressão ‘sociedade simples’ é, em decorrência da primeira e última funções assinaladas, ambígua. Em sentido estrito designa um tipo de sociedade (ombreia-se, neste caso, à limitada, anônima, comandita por ações etc.); em sentido lato, designa a categoria das sociedades não-empresárias. Quer dizer, de acordo com o sistema adotado pelo Código Reale, as sociedades personificadas se classificam, inicialmente, em empresárias e simples (não-empresárias). As empresárias podem adotar um de 5 tipos: nome coletivo, comandita simples, limitada, anônima e comandita por ações. As simples (em sentido lato), por sua vez, também podem adotar um de 5 tipos (em parte, diferentes): nome coletivo, comandita simples, limitada, cooperativa e simples (em sentido estrito)”. Não obstante tão judiciosas considerações do eminente professor – com as quais estou de acordo, fundamentalmente, por conduzirem o intérprete ao resultado exato quanto ao quadro de opções oferecido pelo atual Código Civil brasileiro a todos aqueles que se proponham a exercer atividade econômica organizada, tenha esta feições empresariais ou não –, que têm o inquestionável condão de pôr em realce a verdadeira importância destinada à sociedade simples no direito brasileiro, penso que esse aspecto tricotômico das funções das sociedades simples (como tipo societário, como modelo geral e como categoria de sociedade) pode ser reduzido, dependendo do ângulo em que se coloque o estudioso, na verdade, a dois: como tipo societário e como categoria de sociedade. A outra função a que se referiu o Professor Fábio – vale dizer, a

circunstância de suas normas servirem, subsidiariamente, às outras modalidades societárias, empresárias ou não, constituindo-se num repositório normativo suplementar – não significa que tal papel escape à sociedade simples enquanto categoria de sociedade. Seja como for, a delimitação conceitual do instituto não se afigura fácil. Tanto assim que o Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004, p. 122-123), após pôr em realce as várias dificuldades decorrentes da sistemática adotada pelo Código Civil, considerou que a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária – ora introduzida no lugar da antiga diferenciação entre sociedade comercial e civil – “revela-se igualmente fluida e confusa, porém, em menor intensidade”, concluindo esse eminente comercialista que, “mesmo assim, as décadas de discussão a respeito da dicotomia antiga serão substituídas com a reabertura de nova polêmica no enfrentamento de outras perplexidades, até que as novas dúvidas e dificuldades, aqui antevistas, sejam superadas”.

[5](#) Art. 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.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

[6](#) A lição de Ascarelli pode ser conferida na obra de sua autoria, intitulada **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 255 e s.

[7](#) Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.

[8](#) Publicado em <www.justicafederal.gov.br>.

[9](#) O atraso do Direito brasileiro, no tocante ao estabelecimento, era flagrante, especialmente quando lembramos que os romanos já haviam elaborado conceito de estabelecimento (por eles referido como taberna), no Digesto.

[10](#) “A sede a que se refere o *caput* do art. 998 poderá ser a da administração ou a do estabelecimento onde se realizam as atividades sociais” (Enunciado n. 215 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 1º a 3 de dezembro de 2004, publicado em www.justicafederal.gov.br).

[11](#) Segundo a Teoria *Rechtssubjektivität*, o estabelecimento possui vida própria e autônoma de seu titular, detendo sede e uma esfera particular de ação.

[12](#) Referidos autores indicam, ainda, a imagem perante os consumidores. Não concordamos com a inclusão desse fator como se elemento fosse, pois, na verdade, entendemos que decorre da própria clientela e do aviamento. É elemento patrimonial aferível para determinar o valor da clientela e, igualmente, do estabelecimento.

[13](#) Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I – o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II – o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III – o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

§ 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

§ 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

§ 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo.

§ 4º O direito a renovação do contrato estende-se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

§ 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

[14](#) Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado,

revertida em favor do locatário:

I – exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e encargos permitidos;

II – exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação;

III – cobrar antecipadamente o aluguel, salvo a hipótese do art. 42 e da locação para temporada.

[15](#) Para um estudo aprofundado, *vide* Clésio Gabriel Di Blasi Junior, Mario Augusto Soerensen Garcia e Paulo Parente Marques Mendes, **A propriedade industrial**, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

[16](#) Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

[17](#) Art. 9º É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

[18](#) É o que se infere da leitura do art. 95 da Lei n. 9.279/96:

Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

[19](#) Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II – marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III – marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

[20](#) Art. 125. À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade.

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

§ 1º A proteção de que trata este artigo aplica-se também às marcas de serviço.

§ 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

[21](#) Sobre propostas para alteração deste artigo, *vide* Projeto de Lei n. 6.960/2002 de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, ora reapresentado pelo Deputado Leo Alcântara sob o n. 276/2007.

[22](#) Art. 32. O registro compreende:

(...)

II – O arquivamento:

e) de atos ou documentos que, por determinação legal, sejam atribuídos ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins ou daqueles que possam interessar ao empresário e às empresas mercantis.

[23](#) Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

V – reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos.

[24](#) Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.

(...)

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...)

IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V – usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

(...)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

[25](#) O leitor poderá encontrar a corrente defendida pelos autores indicados em Requião (1993).

[26](#) Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.

[27](#) Tanto faz empregar a expressão *trespasse*, para designar a *cessão* do estabelecimento, como *alienação* ou *transferência*, estas duas últimas preferidas pelo Código. Todas elas servem para designar a transferência de um complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial. Na expressão *cessão*, porém, podem ser enquadrados outros negócios translativos do estabelecimento sem que haja, necessariamente, uma *venda*. É o que ocorre na *permuta*, na *dação em pagamento*, na *doação* etc. Ensina o Professor Oscar Barreto Filho (*Teoria do estabelecimento comercial: fundo de comércio ou Fazenda Mercantil*, São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 208): “deve-se falar de *trespasse* do estabelecimento somente quando o negócio se refere ao complexo unitário de bens instrumentais que servem à atividade empresarial, necessariamente caracterizado pela existência do aviamento subjetivo. O princípio geral que inspira toda a disciplina jurídica do *trespasse*, como vem expressa nas várias legislações, é sempre o de resguardar a integridade do aviamento, por ocasião da mudança de titularidade da casa comercial”.

[28](#) Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a

qualificação de sucessor. Para uma detida análise desse artigo, veja-se, Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord.), **Código Civil comentado**, a cargo de Ricardo Fiuza e Newton de Lucca, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1193/1194.

[29](#) De qualquer forma, o Deputado Ricardo Fiuza apresentou projeto de lei à Câmara dos Deputados para suprimir essa exigência de publicação, entendendo que a inscrição do contrato no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil já seria suficiente para a publicidade da alienação, sendo dispensável a publicação na imprensa, que tem elevado custo (cf. PL n. 7.160/2002, ora reapresentado pelo Deputado Leo Alcântara sob o n. 276/2007).

[30](#) A anterior Lei de Falências (Dec.-Lei n. 7.661/45, art. 5º, parágrafo único) estabelecia o prazo de dois anos para a cessação da responsabilidade do alienante do estabelecimento comercial na condição de sócio de responsabilidade solidária. A Lei de Falência atual (n. 11.101/2005) manteve esse mesmo prazo de dois anos (§ 1º do art. 81).

[31](#) Tal assertiva pode ser extraída de certos dispositivos da lei falimentar, mais precisamente dos arts. 108, 109, 139 e 140 e incisos, bem como do art. 210, V, da Lei n. 6.404/76, que cuida das Sociedades Anônimas.

[32](#) Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

(...)

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

(...)

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

[33](#) Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

(...)

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de trinta dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos.

[34](#) Para uma visão mais aprofundada das conseqüências da cessão de estabelecimento em sede falimentar ou recuperacional, *vide* Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho (coords.), **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

[35](#) Esse caráter pessoal resume a vinculação do contrato ao aviamento subjetivo do alienante do estabelecimento, somente por este podendo ser executado.

[36](#) Disponível em <www.justicafederal.gov.br>.

[37](#) Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em dez dias a forma de administração.

[38](#) Destacamos algumas, em especial, pela relação intrínseca que possuem com certos aspectos abordados neste artigo, abaixo transcritas:

Súmula 70 – É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (**Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno, Imprensa Nacional, 1964, p. 56).

Súmula 221 – A transferência de estabelecimento, ou a sua extinção parcial, por motivo que não seja de força maior, não justifica a transferência de empregado estável (**Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno, Imprensa Nacional, 1964, p. 108).

Súmula 363 – A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência, ou estabelecimento, em que se praticou o ato (**Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regimento Interno, Imprensa Nacional, 1964, p. 157).

Súmula 645 – É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial (**DJ** de 9-10-2003, p. 2; **DJ** de 10-10-2003, p. 2; **DJ** de 13-10-2003, p. 2).

Súmula 646 – Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área (**DJ** de 9-10-2003, p. 2; **DJ** de 10-10-2003, p. 2; **DJ** de 13-10-2003, p. 2).

[39](#) Todos os julgados transcritos foram extraídos dos *sites* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a saber, <www.stf.gov.br> e

<www.stj.gov.br>, acessados em março de 2008.

[40](#) No mesmo sentido, "Contrato de compra e venda de estabelecimento comercial com descumprimento de obrigação de não fazer. Inadimplemento. Perdas e danos. Inteligência do disposto no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil. Recurso Extraordinário conhecido e provido" (RE 40.981/DF, 1ª T., Rel. Min. Henrique D'Avilla, j. 12-11-1959, **DJ**, 21-1-1960).

[41](#) Como bibliografia básica indicamos parte das obras consultadas para a elaboração do presente artigo. Foram selecionadas todas aquelas que tratam, na generalidade, dos institutos de direito comercial, especialmente aqueles abordados neste trabalho, ainda que a título introdutório.

Algumas obras, como as de Asquini, Carvalho de Mendonça, Fran Martins, Francesco Galgano, Pontes de Miranda, Rubens Requião, Sylvio Marcondes e Waldirio Bulgarelli, são absolutamente essenciais para quem deseja navegar nas águas do Direito Privado e, especialmente, do Direito Empresarial.

Com a edição da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, em 2005, e do novo Código Civil, em 2002, imprescindível se torna a consulta às obras que comentam tais leis.

[42](#) Reservamos para a bibliografia avançada as obras em que, igualmente, apoiamo-nos para a elaboração deste trabalho, mas que, pela profundidade com que abordam os temas aqui tratados, preferimos indicá-las para os leitores que, de fato, pretendem aprofundar-se no estudo do estabelecimento.

Por essa razão, relacionamos os autores que estudaram, pormenorizadamente, o estabelecimento sob os mais diversos aspectos, como Barbosa de Magalhães, Oscar Barreto Filho, Orlando de Carvalho, Francesco Ferrara, Francesco Gazzoni e, mais recentemente, Marcelo Andrade Feres.

2 SOCIEDADE SIMPLES

Manoel de Queiroz Pereira Calças

Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor de direito comercial nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Pós-Graduação da Faculdade Autônoma de Direito e da Faculdade de Direito de Bauru (ITE), desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

2.1 Introdução

O estudo da sociedade simples reveste-se de grande relevância para todos aqueles que operam na área do direito societário, uma vez que as normas que a disciplinam constituem a parte geral do direito societário brasileiro, pois os dispositivos que regem as sociedades simples e que estão arrolados nos arts. 997 a 1.038 do CC, aplicam-se subsidiariamente a todos os tipos de sociedades previstas em nosso direito positivo. Tal assertiva decorre de expressa determinação do Código Civil, que prevê que as normas da sociedade simples aplicam-se subsidiariamente à sociedade em comum (art. 986), à sociedade em conta de participação (art. 996), à sociedade em nome coletivo (art. 1.040), à sociedade em comandita simples (art. 1.046), à sociedade limitada (art. 1.053), à sociedade anônima (art. 1.089), à sociedade em comandita por ações (art. 1.090) e à sociedade cooperativa (art. 1.096). Em suma, todas as sociedades reguladas pelo direito brasileiro, nas omissões das normas que lhe são próprias, havendo compatibilidade, serão regidas subsidiariamente pelas regras da sociedade simples.

Em razão disso, o objetivo deste artigo é examinar as principais características da sociedade simples mediante uma interpretação sistemática e teleológica das normas que a regulamentam, permitindo, dessa forma, facilitar sua aplicação subsidiária às várias espécies de sociedades empresárias, notadamente às sociedades limitadas. Também se pretende encontrar critério objetivo para diferenciar a sociedade simples da sociedade empresária, especialmente para estabelecer quando a sociedade que presta serviços intelectuais será considerada sociedade empresária, notadamente para definir a sujeição, ou não, de tais sociedades à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

2.2 Noções gerais

Nosso atual Código Civil introduziu a sociedade simples, já prevista no velho Código de Obrigações suíço do final do século XIX, que em seu art. 530 assim a previa: "A sociedade é uma sociedade simples no sentido do presente título quando ela não oferece características distintivos de uma das outras sociedades reguladas pela lei". O Código das Obrigações suíço, ao unificar o direito das obrigações, disciplinou a sociedade simples como o tipo societário destinado às relações de natureza não comercial, inspirando-se na sociedade civil do direito romano. Releva notar que as normas que regulam a sociedade simples suíça foram previstas com o escopo de aplicação suplementar às sociedades comerciais reguladas pelo Código suíço, conforme se verifica pelos arts. 574 e 619.

O Código Civil italiano de 1942 instituiu a sociedade simples nos arts. 2.251 a 2.290, sem, no entanto, fornecer seu conceito. A doutrina italiana, de forma não unânime, sustenta que a sociedade simples foi inserida no Código Civil com o escopo de substituir a sociedade civil, destinando-a ao exercício de atividade econômica não comercial, estabelecendo a aplicabilidade das normas que a regulamentam aos demais tipos societários.

O Professor Sylvio Marcondes, ao defender a introdução da sociedade simples no direito brasileiro, acentua:

Adquirindo personalidade, com a inscrição do ato constitutivo no registro próprio, as sociedades hão de estar preparadas para desempenho do papel que lhes é reservado na cena jurídica. Para isso, a constituição das sociedades personificadas deve atender a condições e requisitos necessários à sua vida interna e externa, estipulados no contrato social, mas cujo programa mínimo à lei cabe traçar. Esse programa tem-se desdobrado em disposições gerais, aplicáveis a todo o grupo, e em preceitos específicos, apropriados a cada um dos tipos aí compreendidos. Assim procedeu o nosso legislador comercial de 1850. O Código Civil – não obstante admitir que as sociedades civis revistam as formas estabelecidas nas leis comerciais, caso em que a estas obedecerão – adotou método diferente. Regulando apenas uma forma de sociedade, não lhe tocava distinguir entre normas gerais e especiais; ainda, considerada a amplitude da conceituação que deu ao instituto, tais normas haviam de abranger a sociedade e as associações. Restringindo, agora, o conceito de sociedade, não pôde o projeto perfilhar nenhum dos dois métodos. Primeiro, porque as disposições ditas gerais não alcançam todas as sociedades personificadas, de que são exemplos as sociedades por ações. Segundo, porque, por outro lado, excedem o quadro das sociedades personificadas e se aplicam, embora supletivamente, às não-personificadas. Terceiro, porque precisam servir de esquema para a composição das sociedades civis e, quanto a estas, funcionam como normas especiais. Em conseqüência, valendo-se das sugestões do Código de Obrigações suíço e do Código Civil italiano – e é sintomático que, a respeito, este se tenha utilizado daquele – o anteprojeto coordenou os preceitos gerais das sociedades, do Código Comercial, com as regras do Código Civil, e estruturou a sociedade simples como um compartimento comum, de portas abertas para receber e dar solução às apontadas questões (MARCONDES, 1970, p. 147).

Nosso Código, como dissemos, a regulamenta nos arts. 997 a 1.038 e praticamente a reserva para a exploração de atividades econômicas não consideradas como empresárias, tal qual ocorria com as antigas sociedades civis.

Rubens Requião, escrevendo antes da aprovação do projeto que deu origem ao atual Código Civil, condenou a introdução da sociedade simples em nosso direito positivo, afirmando que tal tipo societário não se encontra afinado com as nossas tradições jurídicas, pois os países que a instituíram pioneiramente não exigiam o registro de tal sociedade e não outorgavam personalidade jurídica a ela. Sugere o mestre paranaense que seria mais conveniente que o Código Civil “estabelecesse os princípios gerais que presidem às sociedades”, ressaltando que, em França, na reforma de 1966, foi realizada uma corajosa reforma do direito societário, que prescindiu da inovação alienígena, mantendo os princípios gerais de sua tradição jurídica (2007, p. 419).

O Código Civil, ao revogar as normas do direito societário constantes do Código Comercial de 1850, distinguiu as sociedades em: a) não personificadas, isto é, que não têm personalidade jurídica, e são a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação, previstas nos arts. 986 a 996; b) personificadas, que adquirem personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio (art. 985), incluindo nestas últimas a sociedade simples, ao lado da sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações e sociedade cooperativa.

Distinguiu ainda o Código Civil as sociedades em: a) sociedades empresárias; e b) sociedades simples.

Estabelece o art. 982 que, salvo exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto exercício de atividade própria do empresário sujeito a registro (art. 967) e, simples, as demais.

Na medida em que o Código Civil define o empresário como a pessoa natural que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, para a produção, a circulação de bens ou de serviços, e preceitua ser obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, pode-se concluir que: sociedade empresária é aquela que tem por objetivo social o exercício de atividade econômica organizada, para a produção ou

circulação de bens ou de serviços, e está obrigada a inscrever-se na Junta Comercial (arts. 966, 967, 982 e 985). Por outro lado, o Código Civil considera sociedade simples aquela que exerce atividade econômica organizada, que não impõe a obrigatoriedade do registro na Junta Comercial, devendo inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 998). Pensamos que são as sociedades que têm como objeto social a exploração de atividades econômicas consistentes na prestação de serviços de caráter intelectual, de natureza científica, literária ou artística, nas quais o exercício de tal atividade não configure como elemento de empresa. Como exemplo de sociedade simples podemos mencionar aquelas que têm por objeto social prestar serviços de advocacia, de medicina ou de arquitetura. Outrossim, também serão simples as sociedades que tenham por objeto social a atividade de produção rural, como a agricultura e a pecuária, sendo-lhes, no entanto, facultado se inscreverem no Registro Público de Empresas Mercantis, caso em que, após o registro, serão consideradas empresárias, conforme faculta o art. 984 do Código Civil.

É importante ressaltar que a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um dos tipos de sociedade empresária (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada), caso em que ficará subordinada ao regime legal do tipo de sociedade empresária escolhido (art. 983). A sociedade simples só se subordinará às regras que lhe são próprias se adotar o modelo de sociedade simples.

Observamos, porém, que nos termos do art. 1.150 do Código Civil a sociedade simples que for constituída sob o modelo de sociedade empresária, apesar de subordinar-se às normas do tipo societário escolhido, continuará a ser considerada de natureza simples para fins de registro, devendo seu contrato ser arquivado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

Outrossim, por força do parágrafo único do art. 982, a sociedade cooperativa será sempre considerada sociedade simples.

Ademais, se a sociedade simples adotar o modelo de sociedade por ações, ela será considerada como sociedade empresária, a teor

do art. 2º, § 1º, da Lei n. 6.404/76, assim redigido: “Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”. Da mesma forma, o parágrafo único do art. 982 do Código Civil preceitua que “independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações...”. Portanto, se uma sociedade que tenha por objeto social atividade própria de sociedade simples –, como, por exemplo, prestadora de serviços de natureza intelectual ou que se dedique à agricultura ou pecuária –, for constituída ou transformada em sociedade anônima, ela será, por força de lei, considerada empresária, razão pela qual deverá inscrever-se na Junta Comercial e, evidentemente, estará sujeita à falência e terá direito à recuperação judicial.

Releva anotar que, sob a égide do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850, as sociedades eram classificadas em sociedades civis, que deviam registrar-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, e sociedades comerciais, sujeitas ao Registro Comercial.

No novo sistema, não é correto afirmar que as antigas sociedades civis passam a ser automaticamente consideradas sociedades simples. Diante da alteração do antigo conceito de sociedade comercial, em face da adoção do conceito de sociedade empresária, mais amplo que aquele, será necessário examinar o objeto social das antigas sociedades civis, para se aferir se, à luz do Código Civil, elas serão enquadradas como sociedades simples ou empresárias. Assim é que, antigas sociedades civis, prestadoras de serviços intelectuais, serão, agora, consideradas sociedade simples. Exemplo: sociedade civil prestadora de serviço de medicina, em que tal atividade não seja elemento de empresa, passa a ser classificada como sociedade simples.

Nesse sentido, a jurisprudência da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se verifica pelo exame da ementa a seguir transcrita, de nossa relatoria:

Falência. Sociedade civil limitada prestadora de serviços de medicina, especialização em cardiologia e exames complementares. Sociedade-ré não sujeita a falência sob a óptica do Código Civil, que a considera sociedade simples, bem como sob a disciplina do Decreto-Lei n. 7.661/45 e sob o regime da Lei n. 11.101/2005.

A sociedade prestadora de serviços intelectuais-científicos (medicina), mesmo na forma de atividade econômica organizada e com o auxílio de colaboradores e empregados, ainda que adote o modelo legal de sociedade empresária, no caso vertente sociedade limitada, não está sujeita à falência, seja o pedido formulado com fundamento no Decreto-Lei n. 7.661/45, seja com supedâneo na Lei de Recuperação e Falências.

A circunstância de a sociedade exercer atividade econômica com finalidade lucrativa, só por si, não confere a ela a qualidade de sociedade empresária.

Impende ressaltar que a sociedade simples que tem por objeto social a prestação de serviços intelectuais só sujeitar-se-á à falência quando a atividade intelectual constituir elemento de empresa. Inteligência dos artigos 966, parágrafo único, 982, 983 e 1.150, todos do Código Civil; artigo 1º do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945 e Lei n. 11.101, de 2005 (Ap. c/ Rev. 360.281.4/2-00).

Por outro lado, antigas sociedades civis, prestadoras de serviços não intelectuais, serão, sob o atual Código Civil, consideradas como sociedade empresária. Exemplo: sociedade civil prestadora de serviço de segurança patrimonial ou de serviços de limpeza urbana passa a ser classificada como sociedade empresária. Nesse sentido, o julgado a seguir ementado:

Devedora sociedade prestadora de serviços de vigilância e segurança, constituída sob a égide do Código Civil de 1916 e Código Comercial. Natureza de sociedade empresária a partir da vigência do atual Código Civil. Inteligência dos artigos 966 e 982 do Código Civil. Sujeição à falência. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada (Ap. c/ Rev. 401.927.4/9-00).

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo tem outros precedentes sobre sociedades prestadoras de serviços de transportes coletivos, constituídas na modalidade de sociedade limitada e inscritas na Junta Comercial, em que se reconhece serem elas sociedades empresárias e, por isso, sujeitas à falência, conforme julgado relatado pelo Desembargador Romeu Ricupero, que afirma:

Apela a empresa-requerida, reiterando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, argüida na contestação, posto que não é comerciante e sim prestadora de serviços; requer seja declarada por sentença sua ilegitimidade passiva "ad causam" e, via de consequência, extinto o processo, na forma do art. 267, VI, do CPC, carreando-se para a requerente o ônus da sucumbência. (...)

É manifestamente improcedente a insurgência da ora apelante (empresa-requerida) contra a solução dada a uma das preliminares (impossibilidade jurídica do pedido por ilegitimidade passiva "ad causam") levantadas com a defesa (de carência de ação), fundada na condição de sociedade civil e/ou prestadora de serviços (ramo de transportes coletivos), não sujeita ao processo de falência.

Como se lê na alteração contratual n. 02, trata-se de sociedade empresária de forma limitada, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (Ap. c/ Rev. 383.797.4/5-00).

A jurisprudência que começa a ser constituída pela Câmara Especializada em Falências do Tribunal paulista segue os lineamentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça ainda na vigência do Código Civil anterior, mas que vem sendo ratificada por decisões que a Corte Superior tem proferido após a entrada em vigor do atual Código Civil e da Lei n. 11.101/2005.

A possibilidade de falência de empresa prestadora de serviços já foi tratada pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: "(...) Está sujeita ao pedido de falência a empresa prestadora de serviços, organizada como sociedade por cotas de responsabilidade limitada, devidamente registrada na Junta Comercial" (REsp 198.225/PARGENDLER), consoante decisão monocrática da lavra do Ministro Humberto Gomes de Barros, proferida no Ag. 808.759, de 7/02/2008. No mesmo sentido o Ag. 802212, julgado em 11/10/2006.

Cumprido destacar que não há, ainda, nenhum precedente na Câmara Especializada em Falências do Tribunal de Justiça de São Paulo nem no Superior Tribunal de Justiça que tenha examinado pedido de falência contra sociedade prestadora de serviços intelectuais, em que tais serviços sejam considerados como elemento de empresa, razão pela qual a interpretação jurisprudencial da parte final do parágrafo único do art. 966 em conjunto com o art. 982, ambos do Código Civil, está, por enquanto, restrita à doutrina.

2.3 Ato constitutivo, registro e cláusulas obrigatórias

As sociedades simples estão reguladas nos arts. 997 a 1.038 do Código Civil e devem ser constituídas mediante contrato, formalizado em instrumento escrito, particular ou público, que, além das cláusulas livremente estipuladas pelas partes, deverá atender aos requisitos dos incisos I a VIII do art. 997, cuja inobservância acarretará a inviabilidade do registro público.

A seguir serão abordadas as cláusulas obrigatórias.

2.3.1 A qualificação completa dos sócios

O nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se pessoas jurídicas.

2.3.2 A denominação, objeto, sede e prazo da sociedade

A sociedade simples só pode adotar como nome empresarial a denominação que deve indicar o objeto social, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios. A denominação, que não se confunde com a firma social, pode ser constituída com vocábulos no idioma nacional ou estrangeiro ou expressões de fantasia, devendo, a final, conter a expressão "sociedade simples", por extenso ou abreviadamente. Exemplo: Clínica Médica Infantil Pequeno Príncipe Sociedade Simples.

Para os efeitos da proteção legal, o parágrafo único do art. 1.155 equipara a denominação das sociedades simples ao nome empresarial. Disso resulta que a inscrição da sociedade simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas assegura o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado, visto que a exclusividade do uso poderá estender-se a todo território nacional, desde que o registro seja feito nos termos de lei especial a ser editada.

O objeto social é a atividade econômica a ser exercida pela sociedade simples. É importante que ele seja claramente definido no contrato social, especialmente em face da competência dos administradores para praticar atos em nome da sociedade, não se olvidando da possibilidade de se invocar a teoria *ultra vires*, quando os administradores realizarem operações evidentemente estranhas ao objeto social, o que autoriza a sociedade alegar o excesso praticado pelos administradores (art. 1.015, parágrafo único, III).

A indicação da sede social tem extrema relevância, notadamente quando a sociedade tem filiais, sendo importante a verificação do local em que se centraliza a administração societária.

Relevante, ainda, indicar se a sociedade é celebrada por prazo indeterminado ou determinado, já que tal fato tem conseqüências na

permissão da dissolução da sociedade com exigência de deliberação unânime ou por maioria dos sócios (art. 1.033, II e III).

2.3.3 Capital da sociedade

O capital da sociedade é expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária.

Esse capital representa a soma do valor das contribuições em pecúnia, bens ou créditos que os sócios transferem para a sociedade a fim de que ela possa atingir seu objetivo.

É importante ressaltar que o capital social não se confunde com o patrimônio social, uma vez que este é o conjunto de bens, móveis, semoventes e imóveis, materiais ou imateriais, pertencentes à sociedade e constitui a garantia dos credores da sociedade. O capital social não pode ser objeto de qualquer ato construtivo judicial, como, por exemplo, arresto, seqüestro ou penhora. Já o patrimônio social pode ser penhorado, arrestado ou seqüestrado.

2.3.4 A quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la

O valor da contribuição em bens, dinheiro ou créditos que cada sócio transmite para a formação do capital social servirá de base para a fixação do percentual da participação societária com base em quotas. O capital social é dividido em quotas e cada sócio poderá ter uma ou mais delas, de valor igual ou diferente. Considerando-se que as deliberações sociais são, em regra, tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um (art. 1.010), é de extrema importância a correta fixação do valor dessas quotas para fins de direito de voto.

Ademais, salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas na proporção das respectivas quotas, mercê do que, para a distribuição dos lucros e rateio dos prejuízos, o valor das quotas de cada sócio é de grande relevância.

Já no que concerne ao modo de realização das quotas, ou seja, à forma de pagamento do valor prometido ou do bem a ser conferido,

especialmente no que diz respeito ao prazo da integralização, é importante que o contrato social seja claro sobre a matéria, haja vista que a mora dos sócios na realização das quotas acarreta-lhes a qualidade de remissos, com a conseqüente responsabilidade por perdas e danos ou a exclusão do quadro societário.

2.3.5 As prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços

Na sociedade simples, a contribuição dos sócios, além de poder ser feita em dinheiro ou bens, também poderá consistir na prestação de serviços para a sociedade, admitindo-se, inclusive, sócio que contribua exclusivamente com serviços – sócio de indústria. Em tal caso, o contrato social deve ser bem claro em relação ao tipo de serviços, modo e condições de prestá-los, a fim de se evitar conflitos na interpretação da contribuição do sócio de indústria.

2.3.6 As pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e atribuições

Só pessoas naturais podem ser designadas no contrato social como administradoras. Por isso, no caso de sociedades simples cujos sócios sejam pessoas jurídicas, será de rigor que se admita pelo menos uma pessoa natural como sócia, a fim de que esta exerça as funções de administrador.

2.3.7 A participação de cada sócio nos lucros e nas perdas

O art. 981 prevê 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.

Assim, é requisito especial do contrato de sociedade, simples ou empresária, que os sócios participem dos resultados, positivos ou negativos, isto é, dos lucros e das perdas.

Por isso, exige-se que o contrato social estabeleça qual o percentual de cada sócio nos lucros e nos prejuízos, os quais, necessariamente, não precisam ser rateados na proporção das respectivas quotas, já que outros fatores poderão ser considerados na partilha dos resultados sociais. Não havendo estipulação que estabeleça divisão dos lucros e prejuízos em percentual diverso do valor das quotas de cada sócio, este será o critério legal da divisão dos resultados.

2.3.8 Se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais

Em relação a tal cláusula obrigatória, temos sustentado que ela deve ser interpretada sob a óptica de que as regras que regulamentam a sociedade simples constituem a parte geral do direito societário. Assim, a nosso aviso, o contrato deverá estabelecer qual a extensão da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais, levando em conta o regramento impositivo de cada tipo societário. No caso em exame – sociedade simples –, a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas dívidas sociais é prevista no art. 1.023 e, dessa forma, como veremos mais adiante, entendemos que não é admissível que o contrato estabeleça que os sócios não respondam subsidiariamente pelas obrigações sociais.

Elaborado o contrato social, com observância das cláusulas obrigatórias antes referidas, assinado o instrumento por todos os sócios, segue-se a obrigação de ser promovida, no prazo de trinta dias, a inscrição da sociedade no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede (art. 998). A sociedade adquire personalidade jurídica com o referido registro, consoante prevê o art. 985.

Compete ao representante legal da sociedade simples providenciar, nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a inscrição do contrato social da sociedade no Registro Civil. O pedido de inscrição deve ser 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 da autorização da autoridade competente (examinar os arts.

1.123 e s.). No caso de omissão ou demora do representante legal em providenciar o registro da sociedade, qualquer sócio ou interessado poderá promover os atos necessários à inscrição no Registro Civil, cumprindo observar que as pessoas que têm a obrigação legal de requerer o registro, em caso de omissão ou demora, responderão por perdas e danos.

Ressalte-se que, apresentados os documentos exigidos para o registro no prazo legal de trinta dias, a eficácia registral retrotrairá a partir da data constante do contrato social. Porém, se o registro for requerido após o exaurimento do prazo legal, sua eficácia só se iniciará a partir da data de sua efetiva concessão (art. 1.151, § 2º).

Em face de tais regras, pode-se afirmar o seguinte: se a sociedade simples, constituída por contrato social regularmente assinado por seus sócios, entra imediatamente em atividade, ela será considerada regular, desde que seu ato constitutivo seja apresentado ao Registro Civil no prazo de trinta dias de sua elaboração, vale dizer, da data constante do instrumento. Assim, tendo a sociedade exercido sua atividade econômica no período em que seu contrato ainda não estava registrado, ela não será considerada irregular naquele período, pois, foi observada a protocolização de seu ato constitutivo no prazo legal e a eficácia do registro retroage à data consignada no documento.

Porém, se o instrumento contratual for levado ao Registro Civil após o decurso do prazo legal, como, por exemplo, sessenta dias depois, e a sociedade tiver exercido sua atividade desde o dia em que o contrato foi elaborado e assinado, ela será considerada irregular no período abrangido pela data do contrato e a data em que foi concedido o registro pelo órgão registrário, sendo regida, na fase da irregularidade, pelas regras da sociedade em comum (arts. 986/990).

2.4 Registro da sociedade simples que adotar tipo de sociedade empresária

Estabelece o art. 983 que a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um dos tipos de sociedade empresária, previstos nos arts. 1.039 a 1.092, caso em que ficará subordinada às regras do tipo de sociedade empresária adotado.

Mesmo que isso ocorra, ou seja, sociedade intrinsecamente simples, com adoção de tipo de sociedade empresária, e, portanto, submetida ao regramento do modelo legal adotado, a sociedade deverá inscrever-se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, caso em que o registrador civil deverá, a teor do art. 1.150, obedecer às normas fixadas pelo Registro Comercial e que estão previstas na Lei n. 8.934/94 e no Decreto n. 1.800/96. A sociedade simples, nesse caso, não é equiparada à sociedade empresária, não se sujeitando às obrigações legais desta, nem à falência, não tendo, também, o direito de pleitear recuperação judicial.

É preciso enfatizar que o raciocínio ora exposto, como já dito anteriormente, não se aplica se a sociedade simples adotar o tipo de sociedade por ações, hipótese em que, na dicção do art. 982, parágrafo único, independentemente de seu objeto, a sociedade será considerada empresária, mercê do que deverá inscrever-se na Junta Comercial, com direitos e obrigações de natureza empresarial.

Há, ainda, duas sociedades, que mesmo sendo reputadas como sociedade simples pelo direito positivo, no que concerne ao respectivo registro, têm disciplina legal peculiar.

A primeira é a sociedade cooperativa, que, independentemente de seu objeto, é considerada como sociedade simples (parágrafo único, *in fine*, do art. 982). Assim, uma sociedade constituída como cooperativa (arts.1.093 e s.), que tenha como atividade econômica a revenda de produtos utilizados por seus cooperados, que tem natureza mercantil, é, por força de lei, reputada como sociedade simples. Por tal motivo, não está sujeita à falência, nem tem direito à recuperação judicial. Nesse sentido é a jurisprudência da Câmara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça, conforme se verifica por julgado de nossa relatoria, cuja ementa é a seguinte:

Falência. Requerimento formulado contra sociedade cooperativa. Agravo tirado contra despacho que defere citação em falência. Despacho agravável diante da lesividade que a simples citação em falência acarreta. Inteligência do artigo 504 do CPC. Cooperativa, considerada sociedade simples pelo CC, não se sujeita à falência, consoante o artigo 1º da Lei n. 11.101/2005. Agravo conhecido e provido para indeferir a inicial por inépcia e decretar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, impondo à autora agravada os encargos sucumbenciais.

Admissível interposição de agravo de instrumento contra despacho que defere citação em pedido de falência, em virtude dos graves efeitos que decorrem de tal despacho, que, por isso, não é considerado de mero expediente. Cooperativa é considerada sociedade simples pelo Código Civil, não se sujeitando à falência (AgI 429.472.4/6-00).

No mesmo sentido o acórdão relatado pelo Desembargador Boris Kauffmann, assim ementado:

Falência (Lei 11.101/2005). Requerimento formulado contra sociedade cooperativa. Decisão decretando a extinção do processo. Recurso. Sociedade cooperativa que não se sujeita à falência requerida por credor (Lei 5.764/71, art. 4º). Ausência de condição da ação. Extinção mantida. Recurso desprovido (AC 473.419.4/2-00).

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, firmou posicionamento de que as sociedades cooperativas não estão sujeitas à falência, porque são sociedades simples (antigas sociedades civis).

As sociedades cooperativas não se sujeitam à falência, dada a sua natureza civil e atividade não-empresária, devendo prevalecer a forma de liquidação extrajudicial prevista na Lei 5.764/71 (...). A Lei de Falências vigente à época – Decreto-lei n. 7.661/45, em seu art. 1º, considerava como sujeito passivo da falência o comerciante, assim como a atual Lei 11.101/05, que a revogou, atribui essa condição ao empresário e à sociedade empresária. No mesmo sentido, a norma insculpida no art. 982, § único, c/c o art. 1093, do Código Civil de 2002, corroborando a natureza civil das referidas sociedades, razão pela qual não lhes são aplicáveis os preceitos legais da Lei de Quebras às cooperativas (REsp 770.861/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11-9-2007, *DJ* de 8-10-2007, p. 214). No mesmo sentido: REsp 988.892/SP, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 12-11-2007.

No que concerne ao registro das sociedades cooperativas, a doutrina construída após a vigência do Código Civil apresenta controvérsia.

A divergência decorre da seguinte circunstância: o Código Civil considera a sociedade cooperativa como sociedade simples, independentemente de seu objeto social (parágrafo único do art. 982), e determina que esta inscreva-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 998). Por outro lado, o art. 2.037 – Das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil – preceitua que, “salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis”.

Continua em vigor, portanto, a Lei n. 8.934/94, que dispõe sobre o registro público das empresas mercantis e atividades afins, diploma legal que, no art. 32, II, *a*, estabelece compreender o “Registro” o arquivamento dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e *cooperativas*.

A questão que se coloca é: após a vigência do Código Civil, as cooperativas, sendo sociedade simples, devem inscrever-se no

Registro Civil ou no Registro Comercial?

O Professor Fábio Ulhoa Coelho, em parecer excelentemente fundamentado, apresentado em face de consulta formulada pelo Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo e Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro¹, afirma que o art. 18 da Lei n. 5.764/71 – Lei de Cooperativas – não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não se justificando, por isso, que o art. 32, II, *a*, da Lei n. 8.934/94, que impõe o registro das cooperativas na Junta Comercial, seja observado, diante de sua manifesta incompatibilidade com o Código Civil, que não ressalvou aquele diploma comercial no art. 1.093. Sustenta o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que o art. 32, II, *a*, da Lei n. 8.934/94 está revogado, mercê do que as sociedades cooperativas devem inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O Professor José Edwaldo Tavares Borba também emitiu parecer com sólida fundamentação², no qual conclui: “A sociedade cooperativa é sociedade simples por força de lei, e, como tal, em decorrência do novo sistema de registro, deverá inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas”.

Em sentido contrário, posiciona-se o Professor Sérgio Campinho, ao afirmar:

Embora sociedade simples, a sociedade cooperativa encontra-se sujeita à inscrição na Junta Comercial, por força de previsão em lei especial (Lei n. 5.764/71, artigo 18), que prevalece na espécie, conforme ressalvam os artigos 1.093 e 1.096 do novo Código (2006, p. 262).

Em nosso entendimento, e observada a vênua ao pensamento contrário, inexistente qualquer inconstitucionalidade à luz do art. 5º,

XVIII, da Constituição Federal, ao preceituar que, na forma da lei, a criação de cooperativas independe de autorização e proíbe a interferência estatal em seu funcionamento, na previsão legal de se exigir a inscrição das cooperativas em qualquer Registro Público, já que se trata de exigência geral, estabelecida em lei, para toda e qualquer sociedade adquirir personalidade jurídica e ser considerada regular.

O art. 18, *caput*, da Lei n. 5.764/71, em nosso sentir, efetivamente não foi recepcionado pela atual Carta da República, na parte em que estabelece a necessidade da aprovação da cooperativa pelo órgão executivo federal de controle, pois implica exigir autorização de funcionamento. No entanto, a previsão do arquivamento do ato constitutivo da cooperativa na Junta Comercial, como requisito legal à aquisição da personalidade jurídica da aludida sociedade, nada tem de inconstitucional. Em razão disso, afirmamos que o art. 32, II, *a*, da Lei n. 8.934/94, que determina a inscrição da cooperativa na Junta Comercial, continua em vigor e deve ser observado.

Por fim, o Departamento Nacional de Registro de Comércio, nos termos do Parecer Jurídico DNRC/COJUR/n. 17/2003, da lavra de Rejane Darc B. de Moraes Castro, sustenta o entendimento de que a sociedade cooperativa, embora sociedade simples, sujeita-se à inscrição na Junta Comercial.

A segunda sociedade a ser examinada, que também apresenta situação especial perante o registro público, é a que exerce atividade rural.

O art. 984 do Código Civil prevê que a

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

Concedeu-se, portanto, à sociedade agropastoril, que exerce atividade econômica que não a obriga inscrever-se no Registro Comercial, mas, sim, no Registro Civil, a faculdade de adotar qualquer dos tipos de sociedade empresária. Na prática, as sociedades rurais adotarão o modelo de sociedade limitada ou de sociedade anônima. Adotando o tipo de sociedade limitada, será regida pelos arts. 1.052/1.087, e inscrever-se-á no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que observará as mesmas exigências da Junta Comercial para o respectivo arquivamento. Em tal hipótese, facultase à sociedade rural que adotar o modelo de sociedade limitada inscrever-se no Registro Comercial e, em o fazendo, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária. Em suma, poderá falir e pedir recuperação judicial.

Porém, se a sociedade rural adotar o modelo de sociedade anônima, será, por força do parágrafo único do art. 982, considerada empresária e, nesse caso, obrigatoriamente, deverá inscrever-se no Registro Comercial, sendo reputada empresária para todos os efeitos legais.

2.5 Personalidade jurídica e responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade

Em que pese ter a sociedade simples, regularmente inscrita no Registro Público competente, personalidade jurídica, entendemos que a personificação de tal sociedade não tem o condão de permitir a limitação da responsabilidade de seus sócios.

É bem verdade que o art. 997, VIII, do Código Civil estabelece que o contrato deve estipular “se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais”.

Segundo o Professor Sérgio Campinho, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, os sócios, na sociedade simples, poderão, ou não,

responder subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Tal questão deverá ser definida no contrato social. Caso não haja previsão da responsabilidade subsidiária, sustenta que cada sócio fica obrigado apenas pelo valor de sua quota e, estando esta integralizada, o sócio não terá responsabilidade pelas dívidas sociais (2006, p. 112).

Anotado o devido respeito, não concordamos com tal posicionamento em face da interpretação que damos ao art. 1.023 do Código Civil, que preconiza: "se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária".

Pensamos que a regra é a ilimitação da responsabilidade dos sócios, pois a lei é clara: se os bens sociais não forem suficientes para o pagamento das dívidas da sociedade simples, respondem os sócios pelo saldo. Esta responsabilidade, portanto, é, em regra, subsidiária em relação à sociedade. Se o contrato social não estabelecer a responsabilidade solidária dos sócios com a sociedade pelo saldo das dívidas sociais, eles responderão na proporção em que participem dos prejuízos sociais. É a chamada responsabilidade proporcional pelo saldo. Outrossim, sustentamos que poderá haver previsão contratual expressa no sentido de que os sócios respondem, solidariamente entre si, pelo saldo devedor e, nesse caso, afasta-se a responsabilidade proporcional às perdas sociais e qualquer dos sócios poderá ser chamado pelos credores a responder, individualmente, com seu patrimônio particular, pela totalidade do saldo devedor (não proporcional), após o exaurimento do patrimônio social.

Entendemos que o art. 997, VIII, que menciona apenas a responsabilidade subsidiária, não permite que o contrato social estabeleça a responsabilidade limitada dos sócios pelas obrigações sociais, mas apenas se os sócios respondam, ou não, solidariamente entre si, ou com a sociedade, pelas obrigações contraídas em nome dela. Se o contrato previr que os sócios são solidariamente, com a sociedade, responsáveis pelos débitos sociais, eles não terão o

direito ao benefício de ordem do art. 1.024. Na prática, será muito remota a possibilidade de os sócios estabelecerem solidariedade com a sociedade, pois perderiam, por renúncia implícita, o direito ao benefício de ordem. Afirmamos, porém, que em hipótese alguma pode-se admitir que o contrato estabeleça a limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade simples, já que se trata de matéria não inserida no campo dispositivo ou contratual dos sócios.

Cumpramos ressaltar que, caso os sócios da sociedade simples pretendam não assumir a responsabilidade pessoal e ilimitada pelas obrigações sociais que não puderem ser garantidas pelo patrimônio social, poderão valer-se da faculdade prevista no art. 983 do Código Civil e constituir a sociedade simples com adoção do tipo da sociedade limitada, ou seja, poderão contratar uma sociedade simples limitada, quando, então, estarão amparados pelo art. 1.052 do Código Civil.

O Professor Modesto Carvalhosa é enfático em afirmar que, nas sociedades simples, os sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (2003, p. 326 e 364).

No mesmo sentido é o entendimento adotado pelo Professor Ricardo Negrão, ao enfatizar que a sociedade simples é primariamente responsável com o seu patrimônio social pelas obrigações sociais assumidas perante terceiros. No entanto, se os bens sociais não cobrirem as dívidas sociais, os sócios respondem pelo saldo, na proporção em que participam das perdas sociais. Esclarece ainda que, caso o contrato social estabeleça a responsabilidade solidária dos sócios, a obrigação será ilimitada em relação a seus bens particulares, até que ocorra o pagamento integral dos débitos sociais. Em qualquer hipótese, a responsabilidade dos sócios será secundária, haja vista que eles têm o benefício de ordem, pelo qual os bens particulares só poderão ser executados após o exaurimento do patrimônio societário (2003, p. 325).

Interessante ponto de vista é o defendido pelo Professor Marlon Tomazete, de Brasília (*RT*, 800/36), no sentido de que o art. 997,

VIII, é um dispositivo que deve ser interpretado como uma regra geral válida para todas as sociedades, como a menção nos contratos sociais ao grau de responsabilidade dos sócios, decorrente da escolha de determinado tipo societário, e não como uma opção dos próprios sócios.

E, com efeito, tem razão o ilustre comercialista, uma vez que os limites da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais estão previstos na legislação em caráter impositivo ou cogente, não se tratando de matéria inserida na livre disponibilidade ou contratualidade das partes. Cada tipo societário tem suas próprias regras sobre a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, cabendo a eles escolher o modelo legal societário que melhor atenda aos seus objetivos, sendo inviável, no entanto, alterar as regras disciplinadoras de suas respectivas responsabilidades sociais.

2.6 Alteração do contrato social

As modificações do contrato social referentemente às matérias indicadas no art. 997 dependem do consentimento unânime dos sócios (art. 999), e as demais alterações podem ser deliberadas pela maioria absoluta de votos, isto é, por sócios que representem mais da metade do capital social, salvo cláusula contratual que exija *quorum* superior.

As alterações do contrato social, referentes às matérias previstas no art. 997, além da assinatura de todos os sócios no instrumento respectivo, exige, para eficácia *erga omnes*, a competente averbação no Registro Civil.

2.7 Cessão da quota social

A cessão total ou parcial das quotas, sem a modificação do contrato social, com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia em relação a esses sócios e à sociedade. Trata-se, portanto, de uma sociedade de pessoas, pois o ingresso de novos sócios, para produzir efeitos em relação à sociedade e aos outros sócios, fica na dependência do consentimento de todos os sócios remanescentes e da alteração do contrato social (art. 1.003).

Por isso, promovida a cessão das quotas sociais para terceiro, sem que haja a prévia modificação do contrato social, com a assinatura de todos os sócios, o negócio jurídico é ineficaz em relação aos demais sócios e à sociedade. Em tal caso, a cessão só produzirá efeitos em relação ao cedente e ao cessionário, já que este, não logrando ingressar no quadro societário por não-atendimento dos requisitos legais, terá direito de postular a resolução da cessão e perdas e danos contra o cedente.

Impende ressaltar ainda que a cessão de quotas sociais, para ter eficácia em relação a terceiros (não sócios), exige a averbação da alteração do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 999, parágrafo único).

Realizada a cessão de quotas com o cumprimento de todas as exigências legais, vale dizer, alteração do contrato social, assinatura de todos os sócios e averbação no Registro Civil, o cedente, pelo prazo de dois anos a partir da averbação, responde solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

2.8 Obrigações dos sócios

As obrigações dos sócios da sociedade simples começam tão logo ele assine o contrato social, salvo se este fixar outra data. Outrossim, tais obrigações terminarão quando for promovida a liquidação da sociedade se forem extintas as responsabilidades sociais (art. 1.001).

A principal obrigação dos sócios, ao subscreverem quotas do capital social, é providenciar a correspondente integralização destas no prazo e forma convencionados no contrato. Tal obrigação decorre da mera constituição de sua situação jurídica (*status*) de sócio. É preciso ressaltar que a obrigação de integralizar as quotas subscritas não se confunde com a responsabilidade que o sócio assume de responder pelas dívidas sociais quando o patrimônio da sociedade não for suficiente para tal e que, a par do caráter subsidiário, decorre da lei.

O sócio que for inadimplente com a obrigação de integralizar as quotas por ele subscritas, denominado sócio remisso, será notificado pela sociedade para, no prazo de trinta dias seguintes à notificação, emendar a mora com o pagamento dos danos decorrentes do inadimplemento – juros e correção monetária e eventual penalidade contratual –, conforme o art. 395 c/c o art. 1.004, ambos do Código Civil. Não incide, no caso, a velha regra do *dies interpellat pro homine*, já que o Código Civil exige a notificação prévia para a constituição do sócio em mora. Não há previsão da forma da interpelação, razão pela qual ela poderá ser feita pela via judicial ou extrajudicial.

No entanto, poderá a maioria dos demais sócios preferir à indenização a exclusão do sócio remisso, ou reduzir a participação desse sócio ao montante já integralizado (art. 1.004, parágrafo único). O *quorum* exigido para tal deliberação é a maioria dos sócios de acordo com a participação no capital social, nela não sendo considerada o sócio remisso. Em tais casos será reduzido o capital social, exceto se os demais sócios suprirem o valor da quota.

2.8.1 Responsabilidade pela evicção e pela transferência de crédito

O sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e, pela solvência do devedor, aquele que transferir o crédito.

A responsabilidade do sócio que conferir bens à sociedade pela evicção decorre do princípio da integralidade do capital social. Da mesma forma, a responsabilidade pela solvência do devedor, imposta ao sócio que transfere créditos à sociedade a título de integralização das quotas, decorre do mesmo princípio.

Modesto Carvalhosa ensina que a

origem do princípio da integridade do capital social está, portanto, na idéia de manutenção da estabilidade social e da segurança no cumprimento das obrigações assumidas pela sociedade” (2003, p. 100).

Por outro lado, sob o enfoque do princípio da integridade do capital social, entendemos que, caso o sócio integralize suas quotas com títulos de crédito de sua emissão, tais títulos só poderão ser recebidos pela sociedade com efeito *pro solvendo* e jamais *pro soluto*, de modo que, não pago o título pelo sócio, poderá sempre a sociedade, alternativamente, à sua escolha, executar o título ou excluir o sócio remisso, consoante a previsão albergada pelo parágrafo único do art. 1.004 do Código Civil.

Impende observar, entretanto, que a responsabilidade do sócio que transfere créditos em subscrição de suas quotas pela solvência do devedor não é solidária, mas, sim, subsidiária. Por tal motivo, a sociedade deverá promover a cobrança judicial do crédito do devedor original e apenas não logrando recebê-lo é que poderá cobrar o sócio subscritor, o qual, em virtude disso, pode invocar o benefício de ordem. Destaque-se, no entanto, que o subscritor, ao ceder o crédito à sociedade, poderá assumir, expressamente, responsabilidade solidária pelo pagamento do crédito cedido, a teor do art. 265, hipótese em que o sócio não poderá postular o benefício de ordem.

Ressalte-se que, em sendo as quotas subscritas por transferência de título de crédito de natureza cambial ou cambiariforme, a

responsabilidade do subscritor pelo pagamento do título será regida por lei especial. Dessa forma, se o título transferido for uma letra de câmbio ou uma nota promissória, a transferência será realizada pelo endosso, e a responsabilidade do endossante pelo pagamento da cambial é solidária com o devedor, nos termos do art. 11 da Lei Uniforme de Genebra.

2.9 Sócio de indústria

O Código Civil não prevê mais a sociedade de capital e indústria que era disciplinada no Código Comercial revogado. Porém, no art. 1.006 está prevista a possibilidade de sócio cuja contribuição consista apenas em serviço. Nesse caso, salvo convenção contratual em contrário, tal sócio não pode empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído. Tal regra já constava do antigo Código Comercial em seu art. 314.

2.10 Participação nos lucros e perdas

É da essência da sociedade a participação de todos os sócios nos lucros e nas perdas. Da simples leitura do art. 981 do Código Civil extrai-se que a partilha dos resultados sociais é de rigor, pois 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.

Diz o art. 1.007 que, salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele cuja contribuição consista em serviços somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

Nessa matéria, o Código Civil conferiu ao sócio que contribui apenas com serviços um tratamento melhor do que o previsto no art. 319 do antigo Código Comercial, que estipulava: "Na falta de

declaração no contrato, o sócio de indústria tem direito a uma quota nos lucros igual à que for estipulada a favor do sócio capitalista de menor entrada". Portanto, o Código Civil mantém a disciplina de que o sócio de indústria só participa dos lucros (não dos prejuízos), mas, ao preconizar no art. 1.007 que aludido sócio participará dos lucros na proporção da média do valor das quotas, conferiu-lhe melhor tratamento.

2.10.1 Sociedade leonina

O art. 288 do imperial Código Comercial estipulava ser nula a sociedade em que se estabelecesse que a totalidade dos lucros pertencesse a um só dos sócios, ou em que algum fosse excluído da participação nos resultados, bem como a sociedade em que se desonerasse de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social. Era a chamada sociedade leonina.

No art. 1.008 está prevista não mais a nulidade de tal sociedade, mas sim, corretamente, a nulidade da cláusula que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

2.11 Administração da sociedade

A administração da sociedade só pode ser feita por pessoas naturais (art. 997, VI, do CC).

A administração é o órgão da sociedade que tem a função de representá-la e praticar negócios jurídicos em nome dela. Em rigor, os administradores não são mandatários da sociedade, mas sim órgãos dela (teoria organicista), em que pese o art. 1.011, § 2º, do Código Civil dispor que as normas concernentes ao mandato se aplicam à atividade dos administradores. Nessa linha, Pontes de Miranda afirma que os sócios que administram a sociedade não são seus representantes, mas sim seus presentantes, pois quando atuam por ela na condição de órgãos sociais é a própria sociedade que se faz presente (1965, v. 49, p.113 e 403).

Segundo o 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.

Indaga-se: apenas os sócios podem ser administradores da sociedade simples?

O Código Civil não esclarece com precisão tal indagação, pois, ao contrário do que ocorre na sociedade em nome coletivo (art. 1.042) e na em comandita simples (art. 1.047), pelos quais apenas os sócios podem ser administradores, e na sociedade limitada, em que a lei autoriza que o contrato pode permitir administradores não sócios (art. 1.061), o capítulo que rege a sociedade simples não alberga regra específica sobre a exigência da qualidade de sócio para ser administrador, não havendo, também, autorização expressa para previsão de administrador não sócio.

O Professor Sérgio Campinho sustenta que o cargo de administrador é privativo de sócio (2006, p. 106). O art. 1.013 prevê que "a administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios", dispositivo que permite ao intérprete afirmar que, no silêncio do contrato, a administração é conferida a qualquer sócio. Já o § 1º o art. 1.013 afirma que, se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar a operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

Verifica-se, assim, que o Código Civil ora fala em administração conferida aos sócios, ora menciona os administradores, sendo possível entender, diante dessa dualidade de expressões, que se admitem administradores não sócios.

E mais: o art. 1.019 proclama que:

São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa no contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.

O parágrafo único, porém, preceitua: “são revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio”.

Como o *caput* do art. 1.019 cuida dos poderes dos administradores, exsurge a dúvida de se o parágrafo único, ao tratar da revogação de tais poderes e mencionar os conferidos a quem não seja sócio, admite, ou não, administrador não sócio.

Apesar das dificuldades decorrentes da dubiedade da disciplina legal sobre a exigência ou não da qualidade de sócio para ser administrador da sociedade simples, entendemos que tais sociedades, por exercerem atividade própria dos profissionais liberais, não comportam administração por pessoas que não ostentem a qualidade de sócio. Tal entendimento é o defendido pelo Professor Ricardo Negrão (2003, p. 314).

2.11.1 Deliberações sobre os negócios sociais

As deliberações sobre os negócios da sociedade devem ser tomadas por maioria de votos, sob a óptica capitalista, isto é, por votos que correspondam a mais da metade do capital social (art. 1.010). Regra interessante sobre o empate em tais deliberações é a contida no § 2º do art. 1.010, ao estabelecer que prevalece a decisão sufragada pelo maior número de sócios no caso de empate e, se este persistir, caberá ao juiz decidir.

2.11.2 Deveres dos administradores

Segundo preconiza o art. 1.011, os administradores devem exercer suas funções com diligência, zelo e lealdade, isto é, deverão, ao administrar os negócios sociais, agir com o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Trata-se de um conceito legal indeterminado (conceito jurídico indeterminado), também chamado de *standard* jurídico. Para

alguns, poder-se-ia aplicar a noção do *bonus pater familiae*. O Professor Fábio Ulhoa Coelho sustenta que se deve invocar a qualidade do administrador eficiente, isto é, que segue as regras estabelecidas pela tecnologia da administração de empresas (2003, p. 442).

2.11.3 Impedimentos para ser administrador (art. 1.011, § 1º)

Os impedimentos legais para o exercício de cargo de administrador de sociedade são praticamente os mesmos previstos para as sociedades simples e para as empresárias.

Não podem ser administradores:

a) as pessoas impedidas por lei especial, em regra, em virtude do exercício de função ou profissão incompatível, como, por exemplo, os magistrados (LOMAN, art. 36, I), os membros do MP (art. 128, II, *c*, da CF; art. 44, III, da Lei n. 8.625/93 etc.);

b) os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos, como, por exemplo: os condenados por sentença criminal aos quais foi imposta pena de interdição temporária de direitos ou proibição do exercício profissional (art. 47 do CP);

c) os condenados por crime falimentar (art. 181, I, da Lei n. 11.101/2005 – Lei de Falências e Recuperações Judiciais);

d) os condenados por prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência; contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

2.11.4 Natureza jurídica das funções de administrador

Os administradores são órgãos e não mandatários da sociedade, razão pela qual Pontes de Miranda afirma que eles não representam, mas, *presentam* a sociedade (1965, p. 405). Ao contrário do que

sustentam alguns doutrinadores, os administradores não são mandatários da sociedade, isto é, não são representantes da pessoa jurídica, prevalecendo o entendimento da teoria organicista, que entrevê nos administradores um órgão da sociedade que faz parte de sua estrutura. Quando o administrador realiza um negócio pela sociedade ele é o órgão societário que expressa a deliberação majoritária, ou seja, é a própria sociedade que se faz presente e realiza o negócio jurídico. No entanto, o art. 1.011, § 2º, do Código Civil determina a aplicação subsidiária à atividade dos administradores, no que couber, das disposições concernentes ao *mandato*.

2.11.5 Nomeação de administradores

Os administradores são nomeados no próprio ato constitutivo ou em instrumento separado. Nesta última hipótese, o instrumento de nomeação deve ser averbado à margem da inscrição da sociedade no Registro Público. Enquanto não promover a averbação, o administrador responderá pessoal e solidariamente com a sociedade pelos atos que praticar.

Na omissão do contrato social a administração da sociedade compete separadamente a cada um dos sócios (art. 1.013). Em tal caso, cada um dos administradores poderá impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria absoluta de votos.

2.11.6 Competência conjunta

Se o contrato social estabelecer que determinados atos sejam da competência conjunta de vários administradores, exige-se a participação de todos, salvo nos casos de urgência em que a omissão ou retardo das providências possa causar dano irreparável ou grave (art. 1.014).

2.11.7 Venda de imóveis

Na omissão do contrato, os administradores poderão praticar quaisquer atos de gestão social. No entanto, não constando do

objeto social a venda ou oneração de imóveis, tais atos dependerão do que a maioria absoluta dos sócios deliberar (art. 1.015).

2.11.8 Responsabilidade do administrador

O administrador não responde pessoalmente pelas obrigações sociais decorrentes de atos regulares de gestão.

Responderá, no entanto, por perdas e danos perante a sociedade se realizar operação, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria (art. 1.013, § 2º).

Ademais, o administrador que, sem o consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com os lucros que advieram; caso haja prejuízo, responderá por ele (art. 1.017).

2.11.9 Voto conflitante

Nos casos em que o administrador tiver interesse contrário ao da sociedade em qualquer operação e participar da deliberação sobre esta, ficará sujeito às sanções (art. 1.017, parágrafo único). Configura-se o voto conflitante, que é manifestado pelo administrador quando tem interesse incompatível com o da sociedade (ex.: votação de laudo de avaliação de bens que o administrador esteja conferindo para o capital social; aprovação das contas do administrador etc.). O Código prevê apenas que o administrador fica sujeito a sanções sem especificá-las. Parece irrecusável que o administrador responderá civilmente pelos prejuízos. Outrossim, se a deliberação foi aprovada graças ao voto do administrador, e constatando-se que sem o seu voto aquela não seria aprovada, a assembléia poderá ser anulada.

2.11.10 Responsabilidade por culpa

Os administradores respondem solidariamente, perante a sociedade e em face dos terceiros prejudicados, pelos prejuízos decorrentes de culpa no desempenho de suas funções. Nesse caso, a sociedade também responde perante terceiros, mas, ulteriormente,

pela via regressiva, poderá pleitear indenização dos administradores (art. 1.016).

2.11.11 Atos violadores da lei ou do contrato social

Os administradores respondem pessoalmente com seus bens, de forma ilimitada, perante a sociedade e terceiros, sempre que agirem com violação da lei ou do contrato. Nessa hipótese, há solidariedade entre a sociedade e os sócios perante os terceiros prejudicados. Porém, se a sociedade for condenada, ela poderá, pela via regressiva, postular o ressarcimento da indenização.

2.11.12 Excesso de poderes (art. 1.015, parágrafo único)

A sociedade só poderá alegar excesso de poderes praticado por seus administradores em face de terceiros nas seguintes hipóteses:

- 1) se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
- 2) provando-se que a limitação era conhecida do terceiro;
- 3) tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

2.11.13 Teoria ultra vires

A *ultra vires doctrine*, originária da Inglaterra, surgiu no século XIX com o escopo de coartar desvios de finalidade na administração societária. Ela autoriza o reconhecimento da nulidade dos atos realizados em nome da sociedade, mas que não estejam inseridos no objeto social. O art. 1.015, parágrafo único, III, adota a teoria *ultra vires* ao exonerar a sociedade de responder perante terceiros por operações evidentemente estranhas aos negócios sociais.

2.11.14 Indelegabilidade da administração

O administrador não pode fazer-se substituir no exercício de suas funções. Pode, no entanto, nos limites de seus poderes, constituir

mandatários da sociedade, especificando no instrumento os atos e operações que poderão praticar (art. 1.018).

É importante destacar que o Código Civil não prevê a possibilidade da delegação da gerência ou do uso da firma social, consoante já o permitia o Decreto n. 3.708/19.

2.11.15 Revogabilidade ou irrevogabilidade dos poderes dos administradores

Os poderes de administrador conferido a sócio no ato constitutivo da sociedade são irrevogáveis, salvo se comprovada justa causa em ação judicial movida por qualquer sócio (art. 1.019). Já os poderes conferidos ao sócio em ato separado, ou a quem não seja sócio, são revogáveis a qualquer tempo.

2.11.16 Obrigações dos administradores (art. 1.020)

Os administradores têm as seguintes obrigações legais: a) prestar contas justificadas da administração; b) apresentar inventário anual; c) apresentar balanço patrimonial e de resultado econômico, no final do exercício social.

2.12 Direito do sócio de fiscalizar

Salvo estipulação que fixe época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos e o estado da caixa e da carteira da sociedade (art. 1.021). Aconselha-se que do contrato social conste, com precisão, em que época os sócios poderão examinar a documentação e livros da sociedade, sob pena de ser-lhes permitido, a qualquer momento, exercer o direito de fiscalização, podendo criar, com tal conduta, dificuldades ao normal gerenciamento daquela.

2.13 Responsabilidade dos sócios

A sociedade simples é sociedade de responsabilidade ilimitada, pois seus sócios respondem, sempre ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Diz o art. 1.023:

Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

É a chamada responsabilidade proporcional pelo saldo devedor.

Os sócios poderão contratar, entre si, a responsabilidade solidária e, nesse caso, os credores sociais poderão exigir, de um só sócio, a totalidade do passivo em aberto.

2.13.1. Benefício de ordem (art. 1.024)

Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. A responsabilidade dos sócios, pelo saldo devedor da sociedade, é sempre subsidiária em relação à sociedade. Por isso, eles têm a faculdade de invocar o benefício de ordem, observando o art. 596 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

2.13.2 Dívidas anteriores

O sócio que for admitido em sociedade já constituída, responde pelas dívidas dela contraídas antes de sua admissão (art. 1.025).

O sócio que ingressar na sociedade já existente poderá convencionar com os sócios já participantes do quadro societário que não terá responsabilidade pelos débitos sociais anteriores à sua admissão. No entanto, tal cláusula só produz efeitos entre os contratantes, vale dizer, cedentes e cessionários; não pode ser oposta aos credores da sociedade. Em tal caso, o sócio admitido em sociedade que vier a ser responsabilizado por dívidas anteriores, pelas quais foi expressamente exonerado pelos demais, caso venha a responder por elas perante terceiros, poderá, com base no contrato, buscar o reembolso contra os sócios anteriores, com juros e correção monetária, bem como eventuais penalidades previstas no contrato.

2.13.3 Credor particular de sócio

O credor particular de sócio, na insuficiência de outros bens do devedor, pode fazer recair a execução sobre o que couber ao sócio nos lucros sociais, ou na parte que lhe tocar em liquidação (art. 1.026). Como se vê, o legislador cria uma ordem preferencial dos bens pessoais dos sócios que podem ser penhorados em execução movida por credor particular. Em primeiro lugar, devem ser executados os bens particulares do sócio; outrossim, não havendo outros bens do devedor, poderá o credor requerer que a penhora recaia sobre os lucros que couberem ao sócio e, caso a sociedade esteja em liquidação, a constrição poderá recair na parte que tocar ao sócio devedor no acervo final.

2.13.4 Liquidação da quota

Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor. O valor da quota será apurado em um balanço especialmente levantado (balanço de determinação), com base na situação patrimonial da sociedade na data da apuração. O valor aferido será depositado em dinheiro, no juízo da execução,

no prazo de até noventa dias após a liquidação (art. 1.026, parágrafo único), salvo acordo ou estipulação contratual diversa.

2.14 Resolução da sociedade em relação a um sócio (arts. 1.028-1.030)

O Código Civil prevê quatro hipóteses de resolução parcial da sociedade em relação a um sócio. São elas:

- a) morte de sócio;
- b) retirada de sócio;
- c) exclusão judicial por iniciativa da maioria;
- d) exclusão de pleno direito.

Examinemos, de forma sucinta, cada uma delas.

2.14.1 Morte de sócio (art. 1.028)

Liquida-se a quota do falecido, salvo:

- a) se o contrato dispuser diferentemente;
- b) se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;
- c) se herdeiros e sócios acordarem sobre a substituição do falecido.

2.14.2 Retirada de sócio (art. 1.029)

O sócio pode retirar-se da sociedade por prazo indeterminado, a qualquer tempo, mediante notificação aos demais, com antecedência mínima de sessenta dias. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução total da sociedade.

Já na sociedade por prazo determinado, o sócio só poderá retirar-se provando em juízo a justa causa.

2.14.3 Exclusão judicial por iniciativa da maioria (art. 1.030)

A maioria dos demais sócios poderá excluir judicialmente sócio por falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente. Nosso Código, ao prever a possibilidade da exclusão judicial de sócio que praticar falta grave no cumprimento de suas obrigações, institui mais um conceito legal indeterminado, conferindo ao juiz a competência para estabelecer quais faltas serão consideradas graves para autorizar a exclusão judicial daquele.

Inova nosso Código ao prever a exclusão judicial do sócio que sofra de incapacidade superveniente decorrente de enfermidade ou deficiência mental, seja acidental, seja em virtude de moléstia que afete o seu discernimento e impeça o regular exercício das atividades empresariais, seja a incapacitação definitiva ou temporária. A incapacitação ulterior será avaliada judicialmente e, sendo reconhecida, autorizará a exclusão do sócio que se tornou incapaz.

2.14.4 Exclusão de pleno direito (art. 1.030, parágrafo único)

Será de pleno direito a exclusão de sócio declarado falido ou daquele cuja quota tenha sido liquidada, nos termos do parágrafo único do art. 1.026. O sócio declarado falido, seja ele empresário individual ou sociedade empresária, será, portanto, excluído da sociedade simples. Da mesma forma, aquele sócio que foi executado por credor particular e teve sua quota liquidada também será excluído da sociedade.

2.14.5 Apuração dos haveres (valor da quota)

Em todas as hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio (morte, retirada, exclusão), o valor da quota será apurado com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, em balanço especialmente levantado (art. 1.031).

O capital social será reduzido proporcionalmente, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota. A quota liquidada deverá

ser paga em dinheiro, em noventa dias, salvo convenção contratual em contrário.

2.14.6 Responsabilidade pelas dívidas sociais (art. 1.032)

A retirada, exclusão ou morte do sócio não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos, após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação. Tal dispositivo aplica-se, exclusivamente, às obrigações sociais derivadas da atividade negocial da sociedade, não atingindo as obrigações tributárias, trabalhistas ou derivadas de acidentes de trabalho, que são regidas por legislação especial.

2.15 Dissolução da sociedade

Há duas formas de dissolução total da sociedade simples: dissolução extrajudicial e dissolução judicial.

2.15.1 Dissolução extrajudicial

A dissolução extrajudicial de pleno direito da sociedade simples ocorrerá nas hipóteses arroladas no art. 1.033, que são as seguintes:

- 1) o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;
- 2) o consenso unânime dos sócios;
- 3) a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade por prazo indeterminado;
- 4) a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída em cento e oitenta dias;
- 5) a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

2.15.2 Dissolução judicial da sociedade (art. 1.034)

A dissolução judicial da sociedade simples poderá dar-se a requerimento de qualquer dos sócios quando ocorrer: 1) anulação de sua constituição; 2) exaurimento do seu fim social, ou verificação da sua inexecutabilidade.

2.15.3 Liquidação da sociedade

Ocorrida a dissolução, devem os administradores providenciar a investidura do liquidante, restringindo a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente. Outrossim, dissolvida de pleno direito a sociedade, pode o sócio requerer, desde logo, a liquidação judicial.

Há duas formas de liquidação da sociedade: a) extrajudicial (arts.1.102/1.110); b) judicial (arts. 1.111 do CC e 1.218, VII, do CPC), que manteve em vigor os arts. 655/674 do Código de Processo Civil de 1939.

2.16 Conclusão

A sociedade simples adotada de forma inovadora pelo Código Civil não é simples sucessora ou substituta da sociedade civil que era regulada pelo Código Beviláqua. Tanto a sociedade simples como a sociedade empresária exercem atividade econômica organizada com finalidade lucrativa. A sociedade empresária é aquela que exerce atividade consistente em produzir ou circular bens ou serviços, estes de natureza não intelectual. A sociedade simples é a que exerce atividade rural ou a que presta serviços intelectuais. Porém, quando a sociedade presta serviços intelectuais em que tal atividade configure elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do CC), ela será classificada como empresária. Para que a sociedade prestadora de serviços intelectuais seja reputada empresária é preciso que ela organize fatores da produção de terceiros, isto é, que ela organize o trabalho de outras pessoas, com as quais haja

relação de trabalho, de forma hierarquizada (empregados) ou não (autônomos), bem como organize recursos/capitais ou bens de titularidade de terceiros. Por fim, as sociedades que prestam serviços intelectuais e adotarem a forma da limitada e se inscreverem nas juntas comerciais serão consideradas empresárias.

REFERÊNCIAS

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial do direito de empresa. Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. A sociedade simples no Código Civil. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Instituição Toledo de Ensino, n. 41, 2004.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27. ed., rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

TOMAZETE, Marlon. As sociedades simples do novo Código Civil. **RT**, São Paulo, n. 800, p. 36-56, jun./2002.

1 <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/parecerfabio.htm>>, último acesso: 25-3-2008.

2 <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/pareceborba.htm>>, último acesso: 25-3-2008.

3 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Maria Eugênia Reis Finkelstein

Professora coordenadora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVLAW, mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professora convidada do Instituto de Empresa de Madrid – Espanha, advogada em São Paulo.

3.1 Introdução

Em face de sua vasta utilização, o estudo da sociedade em conta de participação merece grande atenção.

Antes de mais nada, é necessário ressaltar que a sociedade em conta de participação não é uma sociedade em comum¹, mas um tipo societário distinto, regulamentado pelo próprio Código Civil. É a única sociedade empresária que não possui personalidade jurídica, por expressa determinação legal (WALD, 2005, p. 97).

A sociedade em conta de participação é regulamentada pelos arts. 991 a 996 do Código Civil e, subsidiariamente, pelas disposições atinentes às sociedades simples.

Em face da sua desburocratização e sigilo, a sociedade em conta de participação presta-se a diversos usos, sendo muito utilizada em licitações públicas, como forma de exploração de novo negócio ou mesmo como forma de planejamento sucessório de bens. Infelizmente, porém, não há estatísticas pertinentes às sociedades em conta de participação em face de seu caráter sigiloso e da desnecessidade de seu registro. Mas a sua vasta utilização é

comprovada pela prática da advocacia, bem como pelo número de julgados referentes a esse tipo societário.

O objetivo do presente artigo, então, será o estudo desse tipo societário, que por muitas vezes é negligenciado pela doutrina. É certo que a legislação aplicável, as novas normas trazidas pelo Código Civil de 2002 e a jurisprudência existente serão abordadas para esse fim.

3.2 Características

A sociedade em conta de participação

é uma sociedade *sui generis* que não possui personalidade jurídica, não estando sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades. Essa sociedade possui duas categorias de sócios – o sócio ostensivo, que se obriga para com terceiros, e o sócio oculto, que não tem qualquer tipo de responsabilidade para com terceiros, sendo que estes, muitas vezes, nem sabem da existência do sócio oculto. O sócio oculto só possui responsabilidades para com o sócio ostensivo (FINKELSTEIN, 2006, p. 50).

Assim, a sociedade em conta de participação é considerada como uma sociedade regular, embora de fato. A sociedade irregular é aquela em que o registro – por qualquer motivo – não foi completado; apesar disso, ela opera². A sociedade de fato, ao contrário, não teve o seu registro solicitado. Importante ressaltar que ela possui, na grande maioria das vezes, um instrumento constitutivo escrito, que não foi levado a registro propositadamente. A sociedade em conta de participação, então, não se confunde com as chamadas sociedades em comum (antes irregulares)³, as quais são as pessoas jurídicas que não atenderam aos requisitos legais,

como registro, com a conseqüente ausência de personalidade jurídica.

Nesse sentido, Rubens Requião (2005, p. 438) afirma: "A sociedade não é irregular, mas regular, por força da lei, embora não possua personalidade jurídica".

Assim, a sociedade em conta de participação é um ente despersonalizado. Desta feita, é de destacar que a sociedade em conta de participação não precisa ser registrada em qualquer órgão. Ou, melhor dizendo, seus atos constitutivos não devem ser registrados perante o Registro de Comércio, sob pena de ser constituída uma sociedade outra que não uma sociedade em conta de participação.

A não aquisição de personalidade jurídica nesse tipo de sociedade é um dos diferenciais mais marcantes em relação aos outros tipos societários, pois é uma exceção à regra contida em lei, mais especificamente no Código Civil (art. 45), que confere às sociedades em geral personalidade jurídica. Conseqüentemente, ela não tem legitimidade *ad causam* ou *ad processum* para postular em juízo.

Sendo assim, essa sociedade não aparece em face de terceiros, já que não possui nome comercial⁴, tampouco patrimônio, visto que o sócio oculto entrega seus fundos ao sócio ostensivo, passando esses fundos a integrar o patrimônio particular deste último sócio. Patrimônio este a que, no caso de dissolução da sociedade, todos os sócios têm direito. Talvez seja a isso que o legislador do Código Civil se referiu quando, no art. 994, mencionou patrimônio especial. Note-se, no entanto, que sem a ficção da pessoa jurídica, seria impossível separar o patrimônio dos sócios do patrimônio destinado à atividade empresária, se aplicarmos as teorias clássicas segundo as quais o patrimônio é uno e indivisível. À sociedade em conta de participação, no entanto, devemos aplicar teorias mais modernas, que admitem a divisão do patrimônio sem a necessidade de personalidade jurídica diversa. Por isso é que o legislador – em nova disposição – determina que o patrimônio da sociedade em conta de participação será especial, pois que ele constituirá uma categoria distinta e especial de patrimônio, aplicando-se a ele regras distintas do

restante do patrimônio do sócio ostensivo (ALMEIDA, 1989, p. 91), muito embora disponha a lei que a especialização patrimonial só valerá entre os sócios⁵. Apesar disso, porém, frisamos o nosso entendimento no sentido de que o sócio ostensivo terá o direito de ver seus bens executados somente após o esgotamento do patrimônio social. Desta feita, consideramos que a responsabilidade do sócio ostensivo é solidária, apesar de subsidiária à da conta de participação.

É principalmente nessa entrega fiduciária de recursos que se manifesta o *intuito personae* na sociedade em conta de participação, fazendo com que esta integre o rol das sociedades de pessoas, como se verá mais abaixo.

Característica diferencial entre a sociedade de fato e a sociedade em conta de participação reside no fato de esta última ser secreta.

Quanto à responsabilidade dos sócios da sociedade em conta de participação, esta é pessoal e ilimitada. Ou seja, responderá o sócio ostensivo ilimitadamente pelas obrigações assumidas em nome próprio, em benefício da sociedade. Já os sócios ocultos, não mantêm eles relação jurídica alguma com os credores por obrigações adquiridas pela sociedade. Devem esses credores demandar única e exclusivamente do sócio ostensivo, que terá ação de regresso, nas condições do contrato social, contra os sócios ocultos (art. 991). Mencione-se uma vez mais nosso entendimento de que a responsabilidade dos sócios é subsidiária à da sociedade

Isto posto, temos que as características mais marcantes da sociedade em conta de participação são as seguintes (FINKELSTEIN, 2006, p. 51):

(i) a sociedade em conta de participação não possui personalidade jurídica (art. 993, *caput*);

(ii) a sociedade em conta de participação possui duas categorias de sócios, o oculto e o ostensivo;

(iii) a atividade é exercida pelo sócio ostensivo, em seu próprio nome;

(iv) a sociedade em conta de participação é secreta, ou seja, só existe entre os sócios; e

(v) a prova da existência de uma sociedade em conta de participação se dá por todos os meios de provas em Direito admitidos (art. 992).

No que tange à classificação entre sociedade de pessoas ou de capital, temos que a sociedade em conta de participação é uma sociedade de pessoas, na qual a característica pessoal dos sócios é fundamental para a sua constituição, bem como para a sua continuação. Por esse motivo é que o sócio ostensivo, salvo disposição expressa, não pode admitir novos sócios ocultos sem que os anteriores concordem (art. 995).

Nas sociedades em conta de participação, o elemento pessoalidade torna-se ainda mais claro, já que a necessidade da manutenção de um segredo, bem como o exercício das atividades por somente um sócio, torna fundamental a confiança entre os sócios. Além disso, a entrega fiduciária de bens pelo sócio oculto ao sócio ostensivo torna mais marcante a pessoalidade.

A gerência da sociedade em conta de participação cabe ao sócio ostensivo, uma vez que a atividade é exercida exclusivamente por este (art. 991). Isso porque o sócio oculto, por não aparecer perante terceiros, não poderia gerenciar a sociedade.

Por fim, é de mencionar a aplicação subsidiária aos dispositivos atinentes às sociedades simples e, em caso de liquidação, à prestação de contas na forma processual, ambas previstas pelo art. 996 do Código Civil. Apesar da diferença inerente entre as sociedades em conta de participação (empresária e despersonalizada) e a sociedade simples (não empresária e personalizada), ainda assim, determina o Código Civil a aplicação subsidiária das normas das sociedades simples.

3.3 Histórico

Mauro Brandão Lopes (1990, p. 4) afirma que a sociedade em conta de participação nasceu na Itália, ligada ao chamado contrato de *commenda*, contrato este que continha elementos do tipo societário ora estudado. O autor relata que principalmente em Veneza, Gênova e Florença, desde o século X, tem-se notícia de contas de participação, relatando, ainda, que a teoria jurídica do instituto é encontrada a partir do século XV.

Uma coisa parece-nos clara, porém os doutrinadores acreditam que as origens da sociedade em conta de participação e a da sociedade em comandita simples são próximas e derivam dos chamados contratos de *commenda*.

A seguir, passaremos brevemente a discorrer sobre os chamados contratos de *commenda*, tendo por base os ensinamentos de José Gabriel Assis de Almeida (1989, p. 7-10) e Waldemar Ferreira⁶ (1961, p. 540-542).

O contrato de *commenda* constituiu universalmente um sistema de comerciar, havendo autores que encontraram traços desse mesmo contrato em vários povos, inclusive agrupamentos primitivos no interior da África, na Ásia e na Oceânia.

A *commenda* era um contrato de comércio marítimo, principalmente, pelo qual o capitalista (*commendator*) entregava ao negociante (*tractator*) uma quantia em dinheiro ou mercadorias. Esses valores eram usados em operações de compra e venda e os lucros eram repartidos entre as partes.

Na verdade existiram diversas modalidades de contrato de *commenda*. Em uma delas somente o *commendator* oferecia capitais que o *tractator* aplicava e, em outros casos, ambos ofereciam capitais e executavam serviços. A primeira, era a *commenda* propriamente dita ou *acommodatio*; a segunda, era a *societas* ou *collengantia*.

Com o passar do tempo, o *tractator* começou a contribuir com recursos próprios, modificando a situação. Se a princípio o

tractator era o gerente e o *commendator* o proprietário, pouco a pouco passou o *tractator* a ser simultaneamente proprietário e gerente e o *commendator* mero partícipe.

As *commendas*, porém, acabaram por gerar abusos, pois que era comum que um dos sócios permanecesse oculto, sendo que esse sócio, na maioria das vezes, era o sócio capitalista. Esse tipo de sociedade ensejava fraudes, sobretudo em casos de liquidação do patrimônio da *commenda* por fraude. Nesse caso, não se chegava à pessoa do sócio capitalista, que acabava por não ser responsabilizado.

Deve ser destacado um traço distintivo. Os contratos de *commenda* que originaram as sociedades em comandita simples eram submetidos ao registro. Já os contratos que originaram as sociedades em conta de participação não eram registrados.

A falta de registro que caracterizou as sociedades em conta de participação era justificada pelo fato de que, para uma classe social, o comércio era extremamente mal visto, pois que este não se coadunava com as funções soberbas da nobreza. Assim sendo, para os nobres que quisessem investir em viagens marítimas, eram preparados contratos secretos, que não chegavam a ser do conhecimento dos pares dos nobres investidores.

Desse histórico deriva o segredo das chamadas sociedades em conta de participação, diferencial este que existe e impera até os dias de hoje, sendo que essas sociedades são reservadas para aqueles casos em que um dos investidores – por qualquer motivo – deseje ser desconhecido, muito embora participe dos lucros sociais.

3.4 Da conta de participação como sociedade

Ainda hoje, na prática jurídica, há quem sustente, para os mais variados efeitos, a natureza societária da chamada sociedade em

conta de participação. Nossa posição é a de que a sociedade em conta de participação é, sim, uma sociedade.

Os autores que negam à conta de participação a natureza jurídica de sociedade⁷ a caracterizam como um outro tipo qualquer de contrato, como, por exemplo, um contrato de troca⁸, um contrato de crédito⁹ ou um contrato de parceria¹⁰.

Mauro Brandão Lopes (1990, p. 13), no entanto, defende o ponto de vista de que as contas de participação têm natureza jurídica de sociedades. Em sentido contrário, temos João Eunápio Borges (1973, p. 102), que entende ser a personalidade jurídica primordial para a caracterização societária.

Para Mauro Brandão Lopes (1990, p. 31) é possível a existência de sociedades sem personalidade jurídica, mesmo porque existentes também no direito comparado. Assim, seriam sociedades não somente as sociedades regulares despersonalizadas (como as sociedades em conta de participação), como também as sociedades irregulares, hoje designadas pelo Código Civil como sociedades em comum.

São consideradas pelo autor em tela como elementos essenciais da sociedade não a personalidade jurídica, mas

1) a "affectio societatis" isto é, a intenção de duas ou mais pessoas de combinarem esforços ou recursos para fim comum; 2) a obrigação de combinar esforços ou recursos, obrigação esta que usualmente se manifesta, na sociedade comercial, pela formação de fundos, por um dos sócios pelo menos, destinados às operações sociais; 3) a conseqüente participação de todos, em proporção convencional ou legal, nos lucros e nos prejuízos da atividade comum (LOPES, 1990, p. 31).

3.5 Tratamento fiscal conferido à sociedade em conta de participação

As sociedades em conta de participação são tributadas para efeitos de imposto de renda como pessoas jurídicas¹¹⁻¹² desde 1986, o que determinou a mitigação do seu uso. A despeito disso, elas não são inscritas perante o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica¹³.

Sua contabilidade e seus lançamentos contábeis não apresentam mais uma forma simplificada. Assim, a contabilidade da sociedade em conta de participação é individualizada, ainda que apareça como um parasita na contabilidade do sócio ostensivo. A tributação de seus resultados deve ser feita em nome do sócio ostensivo, a quem também compete a responsabilidade pela apuração e declaração dos resultados da sociedade, bem como o recolhimento de todos os tributos devidos pela sociedade em conta de participação.

Todos os documentos fiscais emitidos pelo sócio ostensivo e que tenham por fim a atividade perpetrada pela sociedade em conta de participação deverão ser vinculados a essa atividade, de forma a ser facilmente identificada a sua vinculação à conta de participação.

Necessário ainda esclarecer que a IN-SRF n. 31/2001 previu que as sociedades em conta de participação podem optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido, ainda que o sócio ostensivo não o faça.

3.6 Tratamento processual conferido à sociedade em conta de participação

Hoje, tem-se como pacífico o fato de que a sociedade em conta de participação pode ocupar o pólo passivo da relação processual. Em outras palavras, pode ser ré. Esse entendimento se justifica pela análise do inciso VII do art. 12 do Código de Processo Civil¹⁴.

Na atualidade também é irrefutavelmente admitida a falência de sociedades em conta de participação. Note-se, porém, que nos termos do art. 81 da Lei n. 11.101/2005 a decretação da falência de sociedades que possuem sócios com responsabilidade ilimitada ocasionará a falência de seus sócios, observadas as situações

excepcionadas pela própria lei. Esse dispositivo aplica-se integralmente às sociedades em conta de participação¹⁵.

Os §§ 2º e 3º do art. 994 do Código Civil dispõem sobre a falência dos sócios na sociedade em conta de participação. Segundo o § 2º, a falência do sócio ostensivo ocasionará a dissolução da sociedade em conta de participação. Já a falência do sócio oculto ficará sujeita às disposições contratuais.

3.7 Da não-personificação das sociedades em conta de participação

Apesar de algumas peculiaridades, tem-se como certo que as sociedades em conta de participação não possuem personalidade jurídica. Esse fato decorreu unicamente da vontade do legislador. Vários doutrinadores nacionais e estrangeiros¹⁶ posicionam-se nesse sentido. Dentre eles, Rubens Limongi França (1980, p. 168) assevera que:

A personalidade das pessoas jurídicas está na dependência do direito positivo. Ao reconhecê-la, porém, o direito não a cria nem a concebe, senão apenas atende a imperativos do direito natural.

Não se pode dizer que a pessoa jurídica existe porque o Direito a reconhece. E sim que, pela circunstância de ela existir na ordem geral dos fatos, o ordenamento não pode deixar de reconhecê-la.

Na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que o contrato social seja registrado perante a autoridade competente para que a nova entidade finalmente adquira a personalidade jurídica, que lhe dará a desejada independência em relação às partes contratantes que deliberaram sobre a sua existência¹⁷.

Conforme narra Waldemar Ferreira (1957, p. 447 e s.), a primeira lei que, no Brasil, expressamente reconheceu a personalidade jurídica foi a Lei n. 173, de 10 de setembro de 1893¹⁸. Segundo referida lei, as associações que se fundassem para fins religiosos,

morais, científicos, ou de simples recreio, poderiam adquirir personalidade jurídica, muito embora a lei mencionasse uma *individualidade* jurídica, talvez por receio de expressamente adotar o vocábulo *personalidade*. Não há dúvida que esta foi a lei precursora da personalidade jurídica no Brasil.

Muito tempo depois, o Decreto n. 1.637, de 3 de janeiro de 1907, voltou a tratar da personalidade jurídica. Seu objeto, no entanto, era o sindicato, que, preenchidas as formalidades legais, gozaria de *personalidade civil*. Novamente não foi empregada a expressão *personalidade jurídica*.

Atualmente temos que inicia a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do governo, quando necessária.

Sabe-se que algumas sociedades, dependendo de seu objeto social, necessitam de autorização governamental para sua constituição ou para seu funcionamento. É o caso, por exemplo, de instituições financeiras¹⁹.

Vencido o requisito da autorização governamental, se aplicável, os atos constitutivos das sociedades devem ser arquivados junto aos órgãos competentes. Também em outros países temos que a personalidade jurídica é adotada mediante o registro de sociedades em órgãos competentes.

Dessa forma, resta claro que não quis o nosso legislador que a sociedade em conta de participação tivesse personalidade jurídica. Para José Gabriel Assis de Almeida (1989, p. 195-203), as razões que justificam a não-personificação das sociedades em conta de participação são as seguintes:

(a) sociedade em conta de participação é uma sociedade simplificada em sua essência, de rápida constituição. A criação de uma pessoa jurídica poderia vir a tumultuar essa simplicidade e criar sérios problemas, entre eles o de saber a que título o sócio ostensivo responsabilizaria o fundo social²⁰;

(b) por estarem ausentes os motivos que justifiquem a criação da pessoa jurídica, já que juridicamente a conta de participação não existe perante terceiros, sendo o sócio ostensivo aquele que obriga a sociedade;

(c) por ser oculta; e

(d) por não ter registro.

As conseqüências da não-personificação das sociedades em conta de participação são as seguintes:

(a) impossibilidade de utilização de nome comercial;

(b) impossibilidade de ter sede social ou domicílio (diante de terceiros);

(c) impossibilidade de a sociedade em conta de participação obrigar-se perante terceiros, já que é o sócio ostensivo quem se obriga; e

(d) impossibilidade de a sociedade em conta de participação postular em juízo.

É de salientar, no entanto, que a falta de personificação que deveria ocasionar três conseqüências fundamentais não as ocasionou. São essas as conseqüências:

(a) ausência de legitimidade *ad causam* e *ad processum* para litigar em juízo;

(b) impossibilidade de ser considerada falida; e

(c) inexistência da subsidiariedade.

Desta feita, temos como certo que as sociedades em conta de participação:

(a) podem litigar em juízo;

(b) podem falir; e

(c) o patrimônio especial das sociedades em conta de participação deve responder antes que seja alcançado o patrimônio do sócio ostensivo, num arremedo de responsabilidade subsidiária, a nosso ver.

Assim, é fácil notar que, por determinados critérios, a sociedade em conta de participação alcançaria a personalidade jurídica, que nada mais é do que uma ficção jurídica.

Óbice a essa tese, porém, é que o Código Civil de 2002, a exemplo da sistemática anterior, não concedeu personalidade jurídica às sociedades em conta de participação.

3.8 Da não-personificação: questionamento

Mas qual é, afinal, a relevância da não-personificação das sociedades em conta de participação?

Para José Lamartine Corrêa de Oliveira (1984, p. 14), "todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas". Em outras palavras, as pessoas podem fazer tudo o que não estiver proibido, ao passo que os sujeitos de direito só podem fazer o que lhes estiver permitido.

Assim, atualmente as sociedades em conta de participação podem fazer tudo o que não lhes estiver proibido. Podem ser empregadoras, rés, autoras, podem falir, ter patrimônio próprio e ser tributadas como se pessoas jurídicas fossem.

Essa situação não é propícia, uma vez que as sociedades em conta de participação encontram-se em uma zona cinzenta, entre as pessoas e os objetos.

Temos, na verdade, a complicada necessidade de regulamentar todos os atos que essas entidades possam vir a praticar e, em assim procedendo, deixarmos lacunas que dificilmente poderemos vislumbrar antes de sua efetiva ocorrência.

Assim, não seria mais prático equiparar esses entes nebulosos tão próximos das pessoas jurídicas às próprias pessoas jurídicas? Em assim procedendo só estaríamos tirando da responsabilidade dos legisladores uma função extremamente difícil e infrutífera, qual seja a de prever o que é adequado que essas entidades façam, além de proporcionar às demais pessoas maior segurança, na medida em que teriam pleno conhecimento do que as sociedades em conta de participação poderiam ou não fazer.

Para argumentar, seguem algumas assertivas que justificam a personalização dessas entidades:

a) com a personalização, as sociedades em conta de participação poderiam demandar em juízo. Em outras palavras, poderiam ser autoras, além de rés, e, inclusive, ter a sua recuperação decretada, o que viria em benefício dos seus credores;

b) com a personalização, as sociedades em conta de participação poderiam praticar todos os atos que não lhes estivessem proibidos;

c) na sistemática atual, a personalidade jurídica deriva da vontade do Estado quando seria mais justo e coerente que esta derivasse da vontade das pessoas que a constituíram;

d) com a personalização das sociedades em conta de participação, a responsabilidade dos sócios passaria a ser – indiscutivelmente – subsidiária à da sociedade. Segundo a sistemática atual, os credores podem pleitear que os sócios respondam diretamente por dívidas contraídas por aquelas sociedades;

e) por vezes a legislação ordinária equipara as sociedades em conta de participação às sociedades personificadas; é o caso, por exemplo, da legislação fiscal de imposto de renda alterada em 1986, segundo a qual as sociedades em conta de participação são tributadas como se pessoas jurídicas fossem;

f) as sociedades em conta de participação já têm a aparência de pessoa jurídica. Assim, nada mais justo do que fazer com que essa aparência transforme-se em realidade;

g) restrição a operações fraudulentas que se escondam sob o manto de uma sociedade em conta de participação.

Já em 1920 Spencer Vampré (1920, p. 48) entendia que as sociedades de fato tinham personalidade jurídica.

Nos tempos atuais, Fran Martins (1994, p. 237-238) defende que a sociedade irregular tem, sim, personalidade jurídica.

Oportuna se faz a menção de Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 159-160):

O direito, então, adota uma posição especial, em que defende a aplicação da condição instituída para a aplicação da condição instituída para a

personalização e ao mesmo passo encara a situação real criada. Sem reconhecer personalidade jurídica ao ente irregularmente constituído, cogita dos efeitos práticos de sua existência material. A estas entidades dá-se o nome de sociedades de fato, para distingui-las das que observam os requisitos de constituição.

Surge, assim, a premente pergunta: pode o Direito ignorar a realidade?

Não nos parece que isso seja possível e, em nossa defesa, socorre-nos, ainda uma vez, Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 160), segundo o qual, nesse caso, a posição negativa do direito em face de uma situação de materialidade palpável seria atentatória da realidade.

3.9 Conclusão

Como conclusão, temos que, a despeito da antiga controvérsia doutrinária existente, o legislador do Código Civil de 2002 optou por conferir à sociedade em conta de participação natureza societária.

Em um país marcado pela extrema burocratização, a natureza simples e desburocratizada da sociedade em conta de participação adapta-se totalmente àqueles negócios rápidos, de curta duração, e nos quais as partes ainda não depositem toda a sua confiança. Assim, nada como constituir um ente simples que não necessite dos intermináveis – e por vezes injustificados – trâmites registrários necessários em nosso país.

Claro está que o legislador tributário foi mais célere em vislumbrar a vasta utilização das sociedades em conta de participação, negando-lhe, de certa forma, a natureza sigilosa, uma vez que para as entidades fiscais a sociedade em conta de participação é visível e tributada como uma pessoa jurídica, muito

embora não necessite de inscrição perante o Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ.

Necessário frisar a nossa opinião no sentido de que superada a interminável controvérsia doutrinária relativa à natureza jurídica das sociedades em conta de participação, deve-se, sim, estudá-las cada vez mais, em vista de sua utilização coadunar-se à celeridade dos negócios empresariais, uma vez que supera com presteza as dificuldades com que o empresário brasileiro se depara ao ter de constituir um outro tipo societário qualquer em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Sociedades comerciais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. **A sociedade em conta de participação**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. **Manual de direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial: o estatuto da sociedade mercantil**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. 1, t. 2.

_____. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 3.

FERRI, G. B.; ANGELICI, C. **Manuale di diritto commerciale**. 12. ed. Torino: UTET, 2006.

FINKELSTEIN, M. E. **Direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

LOPES, Mauro Brandão. **A sociedade em conta de participação**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOUSSERON, P. **Droit des sociétés**. Paris: Montchrestien, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. Teoria das pessoas no "Esboço" de Teixeira de Freitas: superação e permanência. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba: Juruá, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.

PONTES de Miranda. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 49.

PUELMA, Alberto L. **Personas jurídicas**. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Manual de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

VAMPRÉ, Spencer. **Manual de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1920. v. 1.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao novo Código Civil**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 14.

1 "No Código Civil de 2002, a sociedade empresária irregular ou 'de fato' é disciplinada sob a designação de 'sociedade em comum'" (COELHO, 2005, p. 125).

2 "Como é sabido, as sociedades comerciais só adquirem personalidade jurídica com o registro definitivo de sua constituição (art. 5º), o que poderá levar muitos meses até ser obtido. Seria, pois, impensável e, porventura, inviabilizador do projecto societário que os sócios se mantivessem arados até àquele momento" (ALMEIDA, 2003, p. 226).

3 "Pôsto que outros nomes melhor exprimissem o que se passa, temos, em atenção ao uso, de empregar as expressões 'sociedades irregulares' e 'sociedades de fato'. Mas, para isso, é de mister tôda precisão conceptual. Ou há, por exemplo, o instrumento, público ou particular, ou não no há. Se o há e a sociedade não se registrou, há sociedade irregular, e não há pessoa jurídica. Se não o há, ou se deixou de existir, tem-se de edictar regra jurídica que estabelecerá a alegabilidade e os meios de prova da existência da sociedade aparente, que – pela simples razão, por exemplo, de não ter ou de não mais ter o instrumento, público ou particular, do contrato social – se diz sociedade de fato" (MIRANDA, 1954, p. 159).

4 O nome comercial identifica o empresário, seja ele individual ou não. Nome empresarial é o nome adotado para o exercício de atividade empresarial. "La ditta, cioè il nome sotto il quale l'impreditore svolge la sua attività" (FERRI e ANGELICI, 2006, p. 101).

5 "O sócio participante torna-se solidariamente responsável pelas obrigações contraídas pelo ostensivo em nome da sociedade, se atuar em conjunto com este em contatos pré-negociais ou na negociação de contratos" (COELHO, 2006, p. 480).

6 "Praticavam-se ao tempo de Jacques Savary quatre sortes de sociétés anonymes.

Era a primeira a que entre negociantes e mercadores se chamava comptes en participation. Mais prático do que jurista, aquele autor, em vez de defini-la, a descreveu. Chegado navio de Esmirna, carregado de toda sorte de mercadorias, carregadas a negociante de Marselha, este enviava memória ou fatura de tudo a negociante de Paris, consultando-o se lhe convinha participar com ele na compra e revenda de toda a carga. O negociante parisiense, examinada a proposta, acertava ficar com parte dela, a metade ou o terço e lhe comunicava que

participaria nos lucros e perdas que Deus aprovesse lhe proporcionar na venda das ditas mercadorias, segundo a parte e porção que tomasse, e que não teria senão que sacar contra ele em Paris; ou que ele lhe remeteria de Marselha a soma em que montasse a venda que se lhe fizesse.

Contratava-se a sociedade dessarte por cartas missivas, obrigando-se os comerciantes reciprocamente pour les profites & pertes qui se feront en la vente d'icelle.

E, é de notar, cette société anonyme, ou en participation, ne regarde point le public.

Era a segunda espécie a mercê da qual mercadores e negociantes iam às feiras e mercados para lá vender ou comprar e se associavam três ou quatro a fim de evitar a concorrência de uns a outros; e comme ces sortes de sociétés sont impreuves, elles se font le champs par des paroles verbales cimentadas apenas bien souvent que sur la foi de marchand. Esta sociedade, assaz praticada pelos comissários holandeses de Nimes, sobre vinhos, aguardentes etc., era, mais ou menos, da natureza do que depois se haveria como cartel, tanto que estas espécies de sociedades são, propriamente falando, monopólios que se fazem contra o bem público, e que refletem na economia do comércio.

Era a terceira espécie de sociedade em participação quase da mesma natureza, pela qual negociantes convencionavam de ir a feiras e mercados sem vender neles suas mercadorias ou gêneros, de molde a, violando as ordenações, negociá-las no caminho; e eram des finesses dans le commerce, qui est bien difficile d'empêcher.

Era a quarta espécie a da sociedade que se celebrava entre negociantes que, dada a carestia, p. ex., do trigo na França, por causa das más colheitas dos três últimos anos, produzindo sua escassez, iam adquiri-lo em Dantzic, onde era abundante, e o transportavam para aquele país, onde o venderiam a preço de monopólio, de antemão, fixado por convenção; ils font l'acte de leur société par écrit sous leurs seigns privés.

Essa classificação de Jacques Savary se prestou a muita discussão; e, assim, observou Lévy-Bruhl que Domat negava qualidade social à terceira espécie em razão da ausência do elemento pessoal que, como jurista nutrido do direito romano, exigia para toda a sociedade. Como quer que seja, esse rascunho histórico tem a virtude de salientar a importância que, ontem, como hoje, tinha e

tem ainda a sociedade em conta de participação, tantas as modalidades de que ela se reveste”.

[7](#) “Definidas as sociedades empresárias como pessoas jurídicas, seria incorreto considerar a *conta de participação* uma espécie destas. Embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto (Lopes, 1990), a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou *sociedade*” (COELHO, 2006, p. 479).

[8](#) Nesse sentido, Mário Ghidini citado em Lopes (1990, p. 12).

[9](#) Nesse sentido, Salvatore Giovanni Grandi citado em Lopes (1990, p. 12).

[10](#) Negrão (2004, p. 298).

[11](#) Art. 148. As sociedades em conta de participação são equiparadas às pessoas jurídicas do RIR/99.

[12](#) Art. 149. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral e o disposto no art. 254, II.

[13](#) A IN-SRF n. 02/2001 não fixa essa obrigatoriedade.

[14](#) Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) VII – as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens.

[15](#) “(...) resta concluir que os sócios ostensivos (nas sociedades em conta de participação) (...) terão decretadas suas falências pessoais como efeito da sentença falimentar incidente sobre a sociedade na qual participam” (NEGRÃO, 2005, p. 67).

[16](#) “As pessoas jurídicas não existem senão porque o legislador assim quis que elas existissem” (tradução livre). “(...) les personnes morales n’existent que parce que le législateur veut bien faire comme si elles existaient” (MOUSSERON, 2003, p. 29).

[17](#) “(...) la personalidad jurídica de los entes colectivos está básicamente constituída por el principio de la radical separación entre entidad e miembros” (PUELMA, 2002, p. 43).

[18](#) A Lei n. 173 regulava a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio. Em seu

art. 5º previa que “as associações assim constituídas gozam de capacidade jurídica, como pessoas distintas dos respectivos membros, e podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses do seu instituto”.

[19](#) De acordo com o art. 18 da Lei n. 4.595/64, “As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras”.

[20](#) Poder-se-ia considerar o sócio ostensivo como gerente, mas se chegaria perigosamente perto do conceito de sociedade em comandita, descaracterizando a conta de participação.

4 DELIBERAÇÃO NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Armando Luiz Rovai

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVLAW, doutor em Direito pela PUCSP, ex-presidente da Junta Comercial por três mandatos, professor de Direito Comercial da Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogado em São Paulo.

4.1 Introdução

A temática acerca da “Deliberação nas Sociedades Limitadas” há muito me cativa, principalmente, quando analisada sob o prisma da Teoria da Empresa, conforme se depreende do Código Civil de 2002, em seu Livro II (Direito de Empresa), Título II (Da Sociedade), Capítulo IV (Da Sociedade Ltda.), Seção V (Das Deliberações dos Sócios).

Ainda, sob essa análise, cabe trazer à baila a Seção VII do mesmo diploma legal, no que toca à Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários – Exclusão Extrajudicial de Sócios –, matéria especificamente dependente da vontade da maioria dos sócios, sujeita, portanto, à deliberação em assembléia ou reunião, para a tomada de suas determinações.

O foco da abordagem deste artigo dar-se-á em seis pontos: i) das matérias que serão objeto das deliberações; ii) dos procedimentos e das regras para a instalação das deliberações; iii) dos quóruns para as deliberações societárias; iv) da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários – exclusão extrajudicial de sócios; v) da instrumentalização e registro das deliberações; e, finalmente, vi) da conclusão.

Vale, desde já, compartilhar as palavras de Sérgio Campinho, no tocante às deliberações de sócios nas sociedades limitadas, que, taxativamente, assevera:

As matérias sobre alteração do contrato social e sobre o *quorum* de deliberação em geral merecem revisão do legislador, a fim de simplificar as decisões dos sócios no seio da sociedade. A estrutura da sociedade limitada sempre se afeiçoou aos micro, pequenos e médios empreendimentos, não se justificando a irracional complexidade que vingou em seu texto (CAMPINHO, 2005, p. 149).

E continua o citado autor:

Somos adeptos do princípio da maioria, cuja vontade deve dirigir o curso da vida social. O princípio, durante décadas, se mostrou adequado, funcionando a jurisprudência como fonte correccional de eventuais abusos, verificáveis diante da análise do caso concreto. Esse sistema, estamos convencidos, se apresentou muito mais consentâneo com o da preservação da empresa. Em não se optando por sua consagração, como feito pelo Decreto n. 3.708/19, referendado pelo artigo 35, VI da Lei 8.934/94, ao menos a orientação do Direito Italiano deveria prevalecer, exigindo-se unanimidade nas decisões sociais, salvo previsão diversa no contrato de sociedade (CAMPINHO, 2005, p.149).

No entanto, aqui não se abordarão teses ou conjecturas de como seria o melhor expediente para tratar do assunto em tela, restando a análise do ponto de vista dogmático, uma vez que o tema ainda causa certo sobressalto diante de sua novidade¹.

Por conta do aludido tratamento dogmático – inerente à visão pragmática que se pode dar à sistemática jurídica –, chamo a

atenção para a necessária reflexão sobre se o Direito deve ser analisado como ciência ou como expressão da tecnológica jurídica. A resposta, que ensejaria diversas divagações sobre a norma e sua interação com as relações sociais, certamente, não será encontrada neste texto.

4.2 Das matérias que serão objeto das deliberações

Voltando ao tema concernente às deliberações na sociedade limitada, de acordo com o disposto no art. 1.071 do Código Civil, dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: a) a aprovação das contas da administração; b) a designação dos administradores, quando feita em ato separado; c) a destituição dos administradores; d) o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; e) a modificação do contrato social; f) a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; g) a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; h) o pedido de recuperação judicial e extrajudicial (ainda na lei, disposto como pedido de concordata).

As matérias objeto das deliberações dos sócios, sempre em reunião ou assembléia de quotistas, conforme adiante se esmiuçar, disciplina o processo de deliberação dos sócios, nos pontos de maior relevância dos negócios sociais.

Para Modesto Carvalhosa, o art. 1.071 não exaure

as matérias de competência exclusiva da deliberação dos sócios, tomadas majoritariamente (art. 1.076) nas suas reuniões ou assembléias gerais (art. 1.072), deliberações essas que são indelegáveis à administração da limitada. Não obstante, esse princípio da indelegabilidade não é absoluto, ao outorgar o art. 1.072, § 4º, delegação aos administradores para requerer recuperação, independente de prévia reunião formal prevista no inciso VII do presente artigo (CARVALHOSA, 2005, arts. 1.052 a 1.195).

Outrossim, é ponto central a necessidade de não se analisar o art. 1.071 isoladamente, tendo em vista que, apesar do elenco das matérias relacionadas, estas dependem da conjugação com o art. 1.076 do mesmo diploma legal. Uma maneira didática de compreender essa conjugação é colocá-los em posição frontal, conforme se verifica a seguir:

Art. 1.071.	Art. 1.076.
Dependem da liberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:	Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no 1º do art. 1063, as deliberações dos sócios serão tomadas:
I – a aprovação das contas da administração;	I – pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;
II – a designação dos administradores;	II – pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VII do art. 1.071;
III – a destituição dos administradores;	III – pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este
IV – o modo de sua remuneração quando não estabelecido no contrato;	
V – a modificação do contrato social;	
VI – a incorporação, a fusão e a dissolução	

da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII – a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII – o pedido de concordata.

não exigir maioria mais elevada.

Atente-se ao fato de que o art. 1.076 dispõe que as deliberações dos sócios serão tomadas pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071; pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII desse mesmo artigo; e pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Marcelo Fortes Barbosa Filho, nesse diapasão, diz que:

Tais matérias oferecem relevância singular na determinação dos rumos tomados pelas operações sociais, impondo, muitas vezes, feita uma conjugação com o art. 1.076, a adoção de quóruns especiais como forma de preservar a integridade da *affectio societatis* e, em especial, a posição das minorias (*in* PELUSO, 2007, p. 890).

Já para José Edwaldo Tavares Borba:

O novo Código estabelece maiorias impositivas que se aplicarão amplamente, a partir da vigência sobre todas as sociedades limitadas, sem qualquer distinção de natureza temporal, posto que as normas de direito societário incidem desde logo sobre as sociedades existentes. Segundo as novas regras as deliberações dos sócios, que envolverem alteração do contrato social ou que aprovarem a incorporação, a fusão ou dissolução ou ainda a cessação do estado de liquidação da sociedade, exigem votos favoráveis de pelo menos $\frac{3}{4}$ do capital social (art. 1076, I) (BORBA, 2004, p. 123).

Sem sombra de dúvidas, portanto, é perceptível que, não obstante os quóruns exigidos pelo Código Civil, as matérias que serão objeto das deliberações dos sócios serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um, via de regra, em reunião ou em assembléia de quotistas.

4.3 Dos procedimentos e das regras para a instalação das deliberações

As deliberações em assembléia ocorrerão quando o número dos sócios for superior a dez. Nesse caso, serão sempre obrigatórias. E, conseqüentemente, quando esse número for inferior, ou seja, a sociedade tiver menos de dez sócios, as deliberações serão procedidas em reunião.

Sobre as reuniões, cabe indicar que a *previsão contratual* de sua instalação ou não e a sua periodicidade são fundamentais, tendo em vista que o contrato pode dispor conforme o interesse dos sócios.

Contudo, diante da sistemática adotada pelo Código Civil, que em muito se aproximou da Lei de Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404/76, as assembléias e reuniões devem ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato, precedidas das devidas convocações.

Na realidade, as convocações trata-se de anúncios que serão publicados por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembléia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores.

Esses referidos anúncios serão feitos no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação.

De todo modo, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia, dispensam-se as formalidades de convocação retro-indicadas. No mesmo sentido, a reunião ou a assembléia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

Marcelo Fortes Barbosa Filho sobre isso tece o seguinte:

Uma deliberação pode, também, ser tomada sem que seja realizada assembléia ou reunião, o que, por certo, não representará algo incomum nas sociedades limitadas de menor porte, exigindo-se, então, a emissão de declarações de vontade escritas e conjuntas, em um único documento e feitas por todos os sócios, a respeito de uma ou mais matérias delimitadas e específicas, não se admitindo a elaboração de vários documentos em razão da dificuldade de imediata e plena tradução da vontade comum e da inviabilidade de seu eventual arquivamento na inscrição originária da sociedade (art. 37, I, da Lei n. 8.934/94) (*in* PELUSO, 2007, p. 891).

É importante indicar que, no caso de recuperação judicial da empresa, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerê-la, o que deve ser ratificado na assembléia ou reunião seguinte.

As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, mesmo que alguns estejam ausentes ou haja sócios dissidentes.

Às reuniões dos sócios, subsidiariamente, aplicam-se as normas atinentes às assembleias, conforme o § 6º o art. 1.072 e o art. 1.079, saliente-se, nos casos omissos no contrato. Interessante citar que o Código Civil, praticamente, dá a mesma redação para os dois artigos susomencionados.

Há pouco se disse que as assembleias e reuniões devem ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato, no entanto, elas podem também ser convocadas por sócio, quando os administradores retardarem a convocação, por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no contrato, ou por titulares de mais de um quinto do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas.

Na mesma toada, as assembleias e reuniões podem ser convocadas pelo conselho fiscal, se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes.

Sobre esses dois últimos parágrafos, encontram guarida nas palavras de Ricardo Fiuza. Assim vejamos:

Como regra geral, a reunião ou assembleia de quotistas deve ser convocada pela administração da sociedade, nos termos do respectivo contrato social. Qualquer sócio, todavia, poderá proceder à convocação da reunião ou assembleia se a administração deixar de realizá-la no prazo de sessenta dias da data prevista no contrato. Os sócios minoritários que representem, pelo menos, um quinto do capital social também podem requerer a convocação da assembleia ou reunião para apreciar matéria específica, de relevante interesse para a sociedade, em solicitação que deve ser fundamentada, dirigida aos administradores. O conselho fiscal, se houver, também pode convocá-la diretamente, sem necessidade de consentimento da administração, se esta retardar por mais de trinta dias sua convocação anual ou quando ocorram motivos graves e urgentes (art. 1.069) (FIUZA, 2005, p. 993).

A assembléia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número.

Discorrendo sobre esse tema, Arnaldo Wald assevera:

Quorum de instalação não se confunde com *quorum* de deliberação. O primeiro se refere à presença de um percentual mínimo do capital social exigido para que ocorra validamente a reunião dos sócios, enquanto o segundo diz respeito aos votos necessários para a aprovação de determinada matéria, obedecendo ao princípio majoritário ou a *quorum* qualificado estabelecido na lei ou no estatuto (WALD, 2005, p. 497).

No caso de não se verificar o *quorum* de instalação necessário, o próprio Arnaldo Wald indica que, se “ainda assim sejam tomadas decisões, estas não vinculam a sociedade e os demais sócios, sendo passíveis de invalidação” (WALD, 2005, p. 499).

Deduz-se, assim, que a assembléia dos sócios, em segunda convocação, pode ser instalada com qualquer número de sócios; contudo, para deliberar sobre determinados assuntos, obrigatoriamente, é necessário que haja votos correspondentes a, no mínimo, três quartos do capital social, nos casos de modificação do contrato social, de incorporação, fusão e dissolução da sociedade, ou cessação do estado de liquidação.

Ademais, é necessário que haja votos correspondentes a mais de metade do capital social nos casos previstos de designação dos administradores, quando feita em ato separado, de destituição dos administradores; do modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato, e do pedido de Recuperação Judicial e Extrajudicial (ainda na lei, disposto como pedido de concordata).

Por fim, é necessário que haja votos correspondentes à maioria de votos dos presentes nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Trata-se de matéria de difícil elucidação, fazendo denotar que determinadas matérias não poderão ser objeto de deliberação no caso de não haver *quorum* suficiente, não obstante a legalidade na instalação da assembléia ou reunião. Corre-se o risco, assim, de no caso de se votar determinada matéria, esta padecer de evidente nulidade.

Fica evidente, portanto, que o Código Civil destacou quóruns diferentes para a instalação de assembléias e reuniões e para a tomada de deliberações, dando, dessarte, efetivamente, maior importância para os quóruns relativos às deliberações societárias.

Interessante indicar que o direito societário tem como característica relevante o aspecto formal. Exemplo dessa formalidade é a necessidade de o sócio ser representado na assembléia por outro sócio, ou por advogado, nesse caso, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.

Nesse diapasão, a ausência de instrumento de mandato com especificação dos atos autorizados impede que o sócio ausente tenha a devida representação no ato deliberatório, podendo, entretanto, os demais sócios consentir que o competente mandato seja apresentado posteriormente, contendo as formalidades exigidas em lei.

Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente. Trata-se de expediente que visa vedar o direito de voto quando evidenciado o conflito de interesses entre a própria sociedade e o sócio ou seu representante.

Sobre esse aspecto, Marcelo Fortes Barbosa Filho afirma que:

Tratando-se de matérias que atingem, direta ou indiretamente, a esfera pessoal ou patrimonial do sócio ou de seu representante, surge um impedimento ao voto, restando vedada a participação pontual na deliberação acerca de tais matérias. O voto deve ser emitido tendo em conta o interesse social, ou seja, visando ao mais adequado eficiente desempenho das atividades empreendidas pela pessoa jurídica e já escolhidas como objeto

social, em segundo plano. Caracterizado o conflito de interesses, deve o sócio ou seu representante abster-se de votar e, se não o fizer, o voto deve ser considerado inválido, podendo, conseqüentemente, macular uma eventual deliberação resultante. Há, quanto a este último parágrafo, correspondência com o art. 115, *caput*, da Lei das S.A. (Lei n. 6.404/76) (*in* PELUSO, 2007, p. 894).

Ainda, sob o aspecto formal, vale destacar que a assembléia será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes, que conduzirão os trabalhos assembleares no momento de sua instalação.

Do ponto de vista instrumental – não obstante a instrumentalidade dos atos societários ser objeto de capítulo próprio deste trabalho, conforme adiante se verificará –, cumpre indicar que as deliberações serão lavradas no livro de atas da assembléia, devidamente assinadas pelos membros da mesa e por sócios participantes da reunião, quantos bastem à validade das deliberações, mas sem prejuízo dos que queiram assiná-las.

O Código Civil dispõe que cópia da ata autenticada pelos administradores, ou pela mesa, será, nos vinte dias subseqüentes à reunião, apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação. É obrigatório que se entregue cópia autenticada da ata ao sócio, que a solicitar.

Ricardo Fiuza, sobre o que ora se expôs, assevera que

A sociedade limitada deverá manter por meio manuscrito ou informatizado. O livro ou folha que registrar os atos e deliberações da assembléia serão assinados, obrigatoriamente, pelos membros da mesa e por tantos sócios quantos bastem para garantir o *quorum* mínimo das deliberações tomadas. As atas das assembléias de quotistas devem ser apresentadas, no prazo de vinte dias, ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação. No caso da sociedade simples que adote a forma limitada, a ata deve ser levada para averbação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Todo

sócio tem direito, caso assim requeira, a receber cópia autenticada da ata da assembléia (FIUZA, 2005,p. 995).

4.4 Os quóruns para as deliberações societárias

O assunto que versa sobre os quóruns para as deliberações societárias essencialmente aborda o processo de decisão na assembléia ou reunião de quotistas.

Segundo Arnaldo Wald,

“um dos pontos mais discutidos da disciplina das sociedades limitadas no novo Código Civil é o abandono do princípio majoritário e adoção do *quorum* de $\frac{3}{4}$ (três quartos) para as principais alterações da vida societária” (WALD, 2005, p. 499).

Marcelo Fortes Barbosa Filho, ao discorrer sobre os quóruns necessários para o processo de decisão na assembléia ou reunião de quotistas, assevera

O Código Civil de 2002, ao disciplinar o processo de decisão na assembléia ou reunião de quotistas, oferece, como maior de suas inovações, o estabelecimento de quóruns especiais de deliberação, fixados em conformidade com o grau de importância da matéria objeto de discussão (*in* PELUSO, 2007, p. 891).

Por isso mesmo, entende-se que o Código Civil de 2002, no seu art. 1.076, trouxe um dos pontos mais polêmicos dentro do ordenamento societário. Nas palavras de Ricardo Fiuza:

Este artigo estabelece o *quorum* mínimo necessário à aprovação de deliberações societárias relativas a matérias e assuntos de maior importância para a existência e continuidade da sociedade. O art. 1.061 estabelece que

dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios a designação de terceiro não sócio como administrador enquanto o capital da sociedade não estiver totalmente integralizado, e de sócios que sejam titulares de dois terços, no mínimo, das quotas, após a integralização do capital (art. 1.061). Também será de dois terços o *quorum* mínimo necessário para a destituição de sócio designado como administrador, se o contrato social não dispuser de modo diverso (art. 1.063, § 1º). Exige-se a aprovação de sócios que representem três quartos do capital social para que seja alterada qualquer cláusula do contrato social e para a realização de operações de incorporação e fusão ou para início da dissolução ou cessação do estado de liquidação da sociedade. Por maioria do capital social votante, podem ser aprovadas matérias relativas à designação dos administradores quando feita em ato separado a destituição de administradores não sócios, a fixação da remuneração dos administradores, bem como a autorização para o ajuizamento de pedido de concordata preventiva. Nos demais casos não expressamente referidos, as matérias levadas à deliberação dos quotistas podem ser aprovadas pelo *quorum* da maioria absoluta ou qualificada (FIUZA, 2005, p. 993).

O falecido jurista e político, que tanta importância teve no desencadear do Projeto de Código Civil no Congresso Nacional, pretendeu indicar inicialmente que está previsto na lei que, se o contrato permitir administradores não sócios, a designação deles dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de dois terços, no mínimo, após a integralização.

No mesmo sentido, no caso de tratar-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.

Contudo, as deliberações dos sócios serão tomadas pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, quando ocorrer modificação do contrato social, no caso de incorporação, de fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação.

Para os casos de aprovação das contas da administração; designação dos administradores, quando feita em ato separado; destituição dos administradores e pedido de Recuperação Judicial e Extrajudicial (ainda na lei disposto como pedido de concordata), as deliberações dos sócios serão tomadas pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social.

Finalmente, as deliberações dos sócios serão tomadas pela maioria de votos dos presentes nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Vale trazer à baila, uma vez que se está tratando de temas deliberatórios, que o quotista da sociedade limitada tem direito de retirar-se da sociedade quando, por deliberação majoritária – respeitando-se os quóruns necessários –, houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra. Ricardo Fiuza, oportunamente, lembra que não obstante a norma não se referir às operações de transformação e cisão societária como hipóteses que autorizam o sócio dissidente a se retirar da sociedade, pode o contrato contemplar essas situações (FIUZA, 2005, p. 994).

O sócio que dissentiu terá o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, devendo-se esclarecer que, segundo Marcelo Fortes Barbosa Filho o prazo de trinta dias serve como definição de um prazo decadencial para o exercício do direito subjetivo. O autor ainda destaca:

... contados da data da assembléia ou da reunião de sócios em que foi aprovada a deliberação causadora da discordância; ultrapassado tal prazo, extingue-se o direito de recesso. Ademais, a forma de manifestar o desejo de se retirar da sociedade não foi descrita, mais, tendo em conta as regras gerais de apresentação da pessoa jurídica, um requerimento escrito deve ser endereçado aos administradores, devendo ser tomadas as devidas cautelas para a formação de prova documental e irrefutável da regularidade do ato unilateral (*in* PELUSO, 2007, p. 891).

Cumpra-se observar que no silêncio do contrato social antes vigente, no caso de retirada de sócio que dissentiu, aplica-se o disposto no art. 1.031. Isso quer dizer que, exercendo o sócio dissidente seu direito de recesso, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. Atente-se que nesse caso o capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

Por fim, a quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual em contrário.

Dessarte, a assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de: a) tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; b) designar administradores, quando for o caso; c) tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia. Reitere-se, às reuniões devem-se aplicar subsidiariamente as normas relativas às assembleias, no caso de não haver norma contratual diferente.

Nos moldes do que ocorre com a Lei das Companhias, até trinta dias antes da data marcada para a assembleia os documentos relativos às contas dos administradores da sociedade, bem como os relativos ao balanço patrimonial da sociedade e ao seu resultado econômico devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração.

Arnaldo Rizzardo é da mesma opinião, tanto que consigna “devem os documentos relativos às contas dos administradores, ao balanço patrimonial e ao resultado econômico ser colocados à disposição dos interessados, até trinta dias antes da data marcada” (RIZZARDO, 2008, p. 1117).

Mais uma vez, chama-se a atenção ao aspecto formal do direito societário. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

Na assembléia, após a instalação, procede-se à leitura dos documentos relativos às contas dos administradores, ao balanço e ao resultado econômico, submetendo-se os mesmos, após, à discussão e votação, sem que possam tomar parte os membros da administração e do conselho fiscal (RIZZARDO, 2008, p. 1117).

A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação do balanço patrimonial e do de resultado econômico.

É de ressaltar que as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

4.5 Da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários – exclusão extrajudicial de sócios

O Código Civil estipula que a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, quando entender que um ou mais deles estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Vale dizer que o expediente de exclusão extrajudicial não é uma novidade no sistema societário, pois era possível efetuar exclusões societárias baseando-se no poder decisório da maioria dos sócios,

desde que não houvesse cláusula específica que vedasse tal procedimento – Lei n. 8.934/94 e Decretos n. 1.800/96 e 3.708/19.

Interessante, no entanto, que o sistema societário acatava a possibilidade de se excluir o sócio minoritário toda vez que não houvesse previsão contratual em contrário e pelo simples fato de não mais haver afeição entre os sócios – *affectio societatis*.

Saliente-se, nesse sentido, que o Decreto n. 3.708/19, que regia as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, baseava sua estrutura societária na afeição entre os sócios – *affectio societatis*.

Todavia, não obstante a legalidade do ato de exclusão de sócio sob a égide do Decreto n. 3.708/19, havia certa dose de imoralidade no seu *modus operandi*, tendo em vista que o sócio minoritário – pelo simples estado desigual de poder de controle societário e pela quebra da *affectio* – poderia ser excluído de uma sociedade sem qualquer justificativa e seus haveres seriam deixados em tesouraria, conforme sua participação social.

Na prática ocorria que o sócio excluído acabava por receber um valor menor do que lhe era devido, restando socorrer-se do Poder Judiciário. Na busca da tutela jurisdicional, dada a legalidade do ato administrativo de exclusão extrajudicial, não se pretendia inserir o sócio excluído no quadro societário, mas, sim, esforçava-se para apurar seus haveres, que, na maioria das vezes, eram-lhe fornecidos em numerário muito menor que o realmente devido.

Não seria exagero afirmar que diante da morosidade da Justiça não eram poucas as vezes em que se constatavam enormes prejuízos acumulados pelo sócio excluído.

O Código Civil, por conseguinte, trouxe outro enfoque para a exclusão extrajudicial de sócios. Em primeiro lugar, indica a necessidade de que a maioria deles, representativa de mais da metade do capital social, entenda que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade; assim, poderá excluí-los da sociedade, mediante

alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Nesse diapasão, José Edwaldo Tavares Borba considera que:

pode o sócio da limitada (art. 1.085) ser excluído por deliberação de sócios representativos de mais de metade do capital social sob o fundamento de que o sócio em questão praticou atos graves e comprometedores para os interesses da empresa. Essa providência depende, segundo o artigo supra-referido, de previsão contratual de exclusão de sócio por justa causa e de ampla garantia do contraditório. A exigência de justa causa fica, portanto, consagrada em lei, o que afasta a controvérsia antes existente quanto à necessidade de preenchimento deste requisito (BORBA, 2004, p. 125).

E, continua o citado autor:

Além disso, deve-se ter presente que a efetiva ocorrência de justa causa poderá ser objeto de revisão judicial. A deliberação alusiva à exclusão de sócio, como qualquer outra que apresente caráter punitivo, tanto que poderá envolver a lesão de direitos individuais, encontra-se vinculada à caracterização da justa causa, podendo esta condição, inclusive no que tange aos aspectos de mérito, ser reapreciada pelo Poder Judiciário (BORBA, 2004, p. 126).

Vale dizer que o Código Civil, alicerçado na Teoria da Empresa, introduziu uma forma de hibridismo na atual sociedade limitada, que sem sombra de dúvidas leva em consideração a preponderância do capital em relação às pessoas que compõem o quadro societário.

Desta feita, a exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

Não seria excesso consignar que, na prática, o direito de defesa não passa de mero expediente formal – obrigatório, porém, inconsistente –, pois os sócios detentores do poder de controle, após ouvirem a defesa do sócio minoritário, ratificam sua exclusão, sem levar em conta suas razões de fato e de direito.

O que deve ser observado pelos sócios majoritários, no caso de exclusão de sócio extrajudicial, é que o valor da quota do sócio minoritário, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

Nesse caso, o capital social sofrerá a correspondente redução, exceto se os demais sócios suprirem o valor da quota; a quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo ou estipulação contratual em contrário.

Ricardo Fiuza sobre esse tema assevera que:

Em razão de dissidência ou conflito entre sócios na sociedade limitada, quando o comportamento de um ou algum dos sócios possa colocar em risco a própria existência ou continuidade da empresa, os sócios que sejam titulares da maioria do capital social poderão decidir pela exclusão do sócio que venha a praticar falta grave, se estiver prevista a hipótese de justa causa no contrato social. Essa exclusão independe de autorização judicial, em face da ressalva expressa ao dispositivo no art. 1.030 do Código Civil. Contudo, a administração da sociedade ou qualquer dos sócios cujo interesse comum esteja ameaçado pela conduta anti-social do sócio que atende e pratique atos contrários às normas do contrato social deverá convocar reunião ou assembléia de quotistas, especialmente realizada para esse fim, ou seja, visando a exclusão do sócio infrator. O sócio infrator será notificado não apenas para comparecer à reunião ou assembléia que deverá deliberar a sua exclusão compulsória, mas também para exercer o seu direito constitucional à ampla defesa (FIUZA, 2005, p. 1003).

Já Marcelo Fortes Barbosa Filho trata do assunto da seguinte maneira:

No âmbito das limitadas, a exclusão do sócio, correspondente à quebra isolada de um dos vínculos componentes do contrato plurilateral celebrado, ganha contornos mais amplos. Soma-se ao inadimplemento de integralização das quotas do capital social (art. 1.058) e às hipóteses previstas para as sociedades simples (art. 1.030) uma outra. Possibilita-se, aqui, seja aprovada deliberação especial e tendente à expulsão de um sócio minoritário, formalizada pela mera alteração do contrato social, sem a necessidade do respaldo posterior numa decisão judicial conformatória da fundamentação adotado. A causa da exclusão, inclusive, deve consistir, obrigatoriamente, no reconhecimento da perpetração de “atos de inegável gravidade”, os quais podem ser identificados pelo enorme potencial danoso, “pondo em risco a continuidade da empresa”, não se admitindo qualquer outra. A aprovação da deliberação de exclusão de sócio minoritário exige *quorum* qualificado, igual à maioria do capital social, e sua validade depende de prévia autorização constante de cláusula expressa do contrato social inscrito, bem como da convocação de assembléia ou reunião especial e da prévia cientificação do sócio em questão não apenas da futura realização do conclave, mais, isso sim, da acusação formulada. Ausentes os requisitos formais assinalados, a deliberação será anulada. Ademais, impõe-se seja concedida oportunidade para o exercício do direito de defesa, podendo o sócio acusado deduzir alegações orais e apresentar provas excludentes de sua responsabilidade. A deliberação deve apontar, com clareza e exatidão, qual o ato repudiado e ensejador da exclusão, enfatizando seu enquadramento e ostentando total vinculação com a acusação formulada. Desrespeitado o direito de defesa ou deficiente a fundamentação da deliberação, faltarão requisitos materiais de validade e ela será anulável. O afastamento do sócio meramente inoportuno é vedado, não bastando, para efetivar a exclusão, uma simples discordância genérica ou o surgimento de desavença individuais. O texto, fruto de específica sugestão formulada por Miguel Reale e acolhida no Senado Federal, pretendeu, essencialmente, obstar a exclusão sem justa causa ou feita à revelia do sócio minoritário (*in* PELUSO, 2007, p. 904-905).

Percebe-se, assim, que o Código Civil de 2002 estabeleceu que a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, poderá deliberar a exclusão de um ou mais sócios que estejam colocando em risco a continuidade da empresa, em decorrência de ato de inquestionável gravidade. Necessário haver previsão de exclusão por justa causa no contrato social para que a providência citada anteriormente possa ser tomada, conforme dispõe o art. 1.085².

Outrossim, o que deve ser elaborado com mais detalhamento é relativamente o que o legislador quis compreender com a “justa causa”.

A “justa causa” do Direito Societário, segundo meu entendimento,

caracteriza-se pela ausência de tolerância entre os sócios e o surgimento do estado de prepotência, conseqüentemente – quando o estado de tolerância deixa de estar presente, surge entre os sócios o estado de prepotência, acarretando, por si só, o desajuste que gera o conflito, configurando justa causa.

Bobbio, em seu último livro, *Elogio da serenidade*, define a tolerância como “um método que implica, como disse, o uso da persuasão perante aqueles que pensam diferentemente de nós, e não o método da imposição” (BOBBIO, 2000, p. 155).

José Renato Nalini³, citando determinado trecho do livro de Bobbio, aduz: “uma situação de tolerância existe quando um tolera o outro. Se eu o tolero e você não me tolera, não há um estado de tolerância, mas, ao contrário, prepotência” (*in* ROVAI, 2007, p. 22 e 23).

Ora, segundo o que também escrevi em outra oportunidade, na *Revista da Escola Paulista da Magistratura*,

a intolerância vista sob o prisma pessoal nem sempre inviabiliza o negócio empresarial, pois, muitas vezes, os assuntos que causam as desavenças são secundários e o próprio tempo trata de resolver os problemas. Todavia, o que se pretende aqui abordar é o caráter híbrido – capital/pessoa – que a sociedade empresária do tipo limitada hoje possui.

Portanto, a sociedade limitada não é mais formada, apenas, por pessoas físicas que, por afeição mútua, resolvem associar-se para atingir seus objetivos comerciais. Hoje, de acordo com os princípios que norteiam o Direito de Empresa, o capital prepondera e as associações, mesmo entre pessoas naturais, são freqüentes, por conta das trocas que ocorrerão em decorrência da *expertise* e do *know-how* de cada um – trata-se da preponderância das relações econômicas, pautadas pelo fator capital, em detrimento das ligações afetivas entre pessoas que pactuam de interesses em comum.

Para se entender a intolerância em âmbito societário, há de se perquerir a natureza dos conflitos, muitas vezes ligada às estratégias empresariais e aos sistemas administrativos pretendidos, diferentemente, pelos sócios.

A compreensão de que a ausência da *affectio societatis* não é mais suficiente para operacionalizar-se uma exclusão administrativa de sócios já é cediça entre os operadores do Direito. Agora, a questão está muito mais relacionada aos interesses díspares e muitas vezes conflitantes (sempre do ponto de vista empresarial) e à forma de lidar com eles, considerando sempre as relações pessoais e o escopo fundamental da empresa – a sua continuidade, a fim de proporcionar os agregados sociais que surgem conseqüentemente.

Estão configuradas, portanto, as razões que podem levar à definição da JUSTA CAUSA societária, de modo a equacionar princípios atinentes à tecnologia da administração, da economia e, principalmente, da filosofia jurídica moderna aplicada ao Direito Societário, substancialmente modificado pelo Código Civil de 2002 (ROVAI, 2006, p. 31 e s.).

4.6 Da instrumentalização e registro das deliberações

As deliberações dos sócios, obrigatoriamente, devem ser instrumentalizadas na forma de ata de reunião ou assembléia, conforme a quantidade de sócios e as disposições contratuais, nos termos aqui já descritos.

Com efeito, para que as referidas atas produzam eficácia, segurança e publicidade, é preciso registrá-las, dependendo do caso no Registro de Empresa Mercantil, a cargo das Juntas Comerciais – sociedades empresárias, ou, no caso de tratar-se de sociedade simples, a inscrição do contrato social deverá ser requerida no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

Observe-se que a distinção ocorre de acordo com os preceitos inerentes às sociedades empresárias ou sociedade simples – sempre levando em conta o elemento de empresa e, por conseguinte, o nível organizacional –, este último relativo às sociedades empresárias.

Vale destacar que este artigo dá maior atenção às sociedades empresárias, visto que no âmbito do direito societário esse gênero aglutina maior interesse econômico, negocial e jurídico.

De volta ao tema – instrumentalização e registro das deliberações sociais nas sociedades limitadas –, tomadas em reunião ou assembléia e após as devidas convocações por edital (Diário Oficial e jornal de grande circulação), far-se-á o arquivamento das atas perante o órgão executor do registro competente, que deverá conter, também, um ato apartado de instrumento de alteração de contrato social, pois, só assim, o ato deliberatório produzirá os *efeitos* desejados.

É de bom tom esclarecer que o registro público reconhece, apenas, os seguintes instrumentos contratuais: constituições, alterações e extinções (cancelamento) de sociedades. Razão pela qual, atas que retratam reuniões e assembléias, não obstante a possibilidade de arquivamento, não possuem a devida eficácia para alterar registros societários – somente dão conhecimento perante terceiros

Em outras palavras, a deliberação social para ter efeito deverá conter:

i) a apresentação de convocações por edital em jornal de grande circulação e diário oficial por três vezes seguidas, visto que entre a primeira inserção e a da realização da reunião ou assembléia deve intermediar oito dias, e entre a última inserção e a referida data de realização deve haver o prazo de cinco dias;

ii) a apresentação de instrumento lavrado em forma de ata de reunião ou assembléia, de forma sumária, devendo o presidente e secretário subscrevê-la;

iii) a apresentação de instrumento de alteração social apartado à referida ata (doc. 01 e doc. 02), subscrito pelos sócios detentores do poder de controle, conforme o *quorum* exigido pela lei.

Consta, dessarte, que a ausência de qualquer desses preceitos macula a eficácia do ato deliberatório, dada a importância do aspecto formal para o Direito Societário, como já se disse várias vezes neste trabalho.

Cumpra esclarecer, no que toca às sociedades empresárias, que o Registro Público de Empresas Mercantis – Junta Comercial – erra ao não analisar completamente os pontos abordados neste capítulo, pois o que tem ocorrido é a inobservância dos preceitos formais ou o extrapolamento de suas competências, exigindo elementos além daqueles previstos na lei.

Os órgãos executores do Registro Público devem ater-se ao controle formal dos documentos societários, deixando as atribuições relativas ao controle material sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

Para ilustrar o que ora se expõe, lembro-me de certa feita em que a Junta Comercial – tratando de assuntos deliberatórios –, além das convocações por edital, exigiu que o sócio majoritário (detentor do poder controle/*quorum* necessário pela legislação) apresentasse (além das aludidas convocações por edital) a convocação da reunião por carta registrada, com aviso de recebimento.

Data venia, errou a Junta, haja vista a evidente extrapolação de suas competências. Mas não é só pelo excesso que o Registro de Empresa pode equivocar-se na efetivação de suas atribuições. Em

outra oportunidade, em vez da exigência das tomadas dos preceitos convocatórios, deferiu-se determinado ato, sem nenhum rigor formal, ou seja, além de não observar a constância das convocações, não se exigiu que se procedesse aos atos através de dois instrumentos – ata e alteração contratual (doc. 01 e doc. 02).

De sorte, em ambos os casos, o Poder Judiciário reformou os desastrosos procedimentos da Junta Comercial.

Enfim, no que toca à instrumentalização e registro das deliberações sociais nas sociedades limitadas, torna-se premente dar especial atenção ao aspecto formal, obedecendo-se à sistemática imposta pelo Código Civil, em especial, nos arts. 1.073, 1.074 e 1.152.

4.7 Da conclusão

Diante de todo o exposto, fica evidente que o assunto deliberatório nas sociedades limitadas tem como ponto principal os quóruns exigidos pelo atual Código Civil brasileiro.

Evidencia-se, portanto, que o aludido diploma legal, no que tange ao aspecto deliberatório nas sociedades, adota uma sistemática anacrônica, sendo certo, inclusive, o seu abandono por outros países que a adotaram na década de 1940, como a Itália.

Para Paulo Penelva Santos, o aludido expediente foi abandonado tendo em vista “as evidentes inconveniências que dele decorrem” (DE LUCCA, 2005, p. 381).

Ademais, as direções que são adotadas pelas sociedades limitadas – em reuniões ou assembléias – nem sempre são efetivadas pelos que são mais bem qualificados e motivados; são sim efetivadas pelos que possuem maior poder de controle, ou, em outras palavras, detentores de quóruns exigidos pelo Código Civil.

É interessante analisar que não obstante o *quorum* exigido para as modificações societárias, via de regra, 75%, para algumas

importantes e relevantes matérias, como, por exemplo, a exclusão extrajudicial de sócios, exige-se apenas o *quorum* de 50%.

De maneira grosseira, poder-se-ia indicar que para abrir a filial de uma sociedade necessita-se de 75% dos votos societários – hipótese de modificação de contrato social –, enquanto para a efetivação descrita no parágrafo anterior basta 50%.

Diante desse quadro, indaga-se: i) o que causa mais impactos para uma sociedade – a exclusão extrajudicial de um sócio ou a abertura de uma filial? ii) o que causa maiores repercussões –, no âmbito negocial ou societário? Ademais, outros expedientes societários deliberatórios remanescem indefinidos, especificamente, no que tange ao *quorum* exigível para a tomada de algumas decisões que impactam profundamente no dia-a-dia negocial”.

É oportuno, nesse contexto, analisar como John Kenneth Galbraith define determinados sistemas negociais empresariais: “(...) as empresas foram dominadas pela administração – *a burocracia* –, embora não seja assim denominada (...)” (GALBRAITH, 2004, p. 47 e 48).

Conclui-se, portanto, que é premente que a sociedade civil, liderada pela classe dos operadores de direito e com o auxílio da classe dos sócios e administradores de sociedades (verdadeiros responsáveis pelo desenvolvimento empresarial), mobilize-se para as mudanças legislativas necessárias no que toca, por exemplo, às exigências de quóruns específicos para determinadas deliberações societárias, a fim de alcançar a agilidade e dinâmica operacional que as sociedades limitadas, na era da globalização e da velocidade exponencial dos negócios, exigem no plano econômico.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *In*: PELUSO, César (Coord.). **Código Civil comentado**. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: UNESP, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial – do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, Ricardo. **Código de direito civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

DE LUCCA, Newton. *In*: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contatos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROVAI, Armando Luiz. **Direito de empresa**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2007.

_____. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 7, n. 1, jan./jun. 2006.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito de empresa. Sálvio de Figueredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

1 É interessante ressaltar que ainda não se tem uma Jurisprudência relevante sobre o assunto e que a doutrina não é unânime em diversos pontos, restando a

Lei – fonte direta de Direito – como meio mais consistente para tratar do tema.

[2](#) O Enunciado n. 67, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, dispõe que, em razão da exigência de justo motivo, a quebra de *affectio societatis* não é causa suficiente para exclusão do sócio.

[3](#) José Renato Nalini cita trecho do livro de Bobbio relevante para o que aqui se aduz: “uma situação de tolerância existe quando um tolera o outro. Se eu o tolero e você não me tolera, não há um estado de tolerância, mas, ao contrário, prepotência” (A herança de Bobbio, **Jornal da Tarde**, 12 jan. 2004, Caderno A, p. 2).

5 A EXCLUSÃO DE SÓCIO NASSOCIEDADES LIMITADAS

José Marcelo Martins Proença

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito da GVLAW e do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, mestre e doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogado e sócio do escritório Approbato Machado Advogados.

5.1 Introdução

O tormentoso tema da exclusão de sócio revela questões que ultrapassam os limites do direito societário, esbarrando no direito contratual, de onde podem ser extraídas as bases para justificar a opção do legislador, bem como a evolução da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Trata-se de matéria que ganhou grande repercussão a partir do século XIX, com a distinção entre sociedade e empresa; esta última, organizadora dos fatores de produção, ganhando destaque em relação à primeira.

A empresa deixou de ser entendida como a mera conjugação de interesses individuais dos sócios para ser concebida como uma entidade que agrega interesses outros, incluindo dos seus empregados, dos fornecedores etc.. Sob essa concepção, foram desenvolvidos os princípios da preservação da empresa e da sua função social, considerando-se a sociedade como a pessoa que agrega esses múltiplos interesses, não apenas de seus sócios mas sim de uma coletividade.

Deve ser notado ainda que a exclusão de sócio por muitos acaba sendo confundida com outros institutos, bem distintos, como a despedida voluntária do sócio por meio do recesso ou da retirada, a dissolução parcial *stricto sensu* e a morte de sócio. Contudo, trata-se de institutos dotados de fundamentos e procedimentos diversos, como será observado, mesmo que indiretamente, no decorrer deste trabalho.

A exclusão de sócio, ressalte-se desde logo, possui fundamento de ordem econômica, social e jurídica. Sob o enfoque social, justifica-se essa exclusão como alternativa à dissolução total da empresa, quando então prejudicaria interesses diversos da coletividade. O enfoque econômico para a exclusão considera a importância das empresas para o desenvolvimento econômico do País, devendo ser preservada a sociedade que tenha condições de manter a sua atividade após tal exclusão. Sob a perspectiva jurídica, a exclusão é justificada pelo fato de que o sócio que esteja prejudicando ou mesmo impedindo o pleno desenvolvimento da atividade empresarial deve ser afastado, assegurando-lhe, contudo, o direito à ampla defesa e ao justo reembolso do valor das suas quotas sociais.

Diversas são as teorias sobre o fundamento do direito de exclusão de sócios. Serão elas tratadas no momento propício.

Além disso, já na trilha final, abordaremos as formas e controles da exclusão de sócio de acordo com o Código Civil de 2002. Frise-se que, não obstante a previsão específica no Código Civil sobre a matéria, há omissão acerca das questões polêmicas da exclusão na sociedade formada por apenas dois sócios ou ainda da exclusão do sócio majoritário.

5.2 Evolução legislativa – Decreto n. 3.708/19, Código Comercial e Código Civil de 2002

5.2.1 Conceito de exclusão de sócios

A exclusão de sócios abrange todas as formas de afastamento ou eliminação do sócio independentemente de sua vontade. Consiste na despedida compulsória do sócio que esteja prejudicando o interesse social. Trata-se de uma das modalidades de resolução da sociedade em relação ao sócio. Contudo, não deve ser confundida com as demais modalidades de resolução, como a dissolução parcial em sentido estrito (solução dada pela jurisprudência às situações em que um dos sócios desejava a dissolução total da sociedade)¹, a morte de sócio ou mesmo a sua despedida voluntária.

O instituto da exclusão de sócio busca preservar o interesse social e a empresa, dependendo sempre da existência da justa causa motivadora da exclusão, ou seja, de uma conduta de sócio que esteja prejudicando a consecução do escopo comum.

O Código Civil de 2002 prescreveu diversas hipóteses de exclusão de sócio, como também os respectivos requisitos para a efetivação de cada um deles. Dessa forma, a exclusão do sócio declarado falido ou cujas quotas sociais foram liquidadas por seus credores particulares opera-se de pleno direito, enquanto a exclusão de sócio por incapacidade superveniente ou por falta grave cometida nas sociedades simples dependem de pronunciamento judicial. A exclusão pode ainda depender da existência de cláusula no contrato social, como na resolução da sociedade limitada em relação ao sócio minoritário.

Contudo, as hipóteses de exclusão de pleno direito do sócio declarado falido ou que teve suas quotas sociais liquidadas não são propriamente casos de exclusão, ainda que se encaixem no conceito de resolução da sociedade em relação a um sócio, pois, considerando-se nesses casos que a exclusão independe de qualquer iniciativa da sociedade, que apenas procederá à apuração e à liquidação dos haveres do sócio falido ou com quotas liquidadas, essas hipóteses não tratam do conceito de exclusão, como direito da sociedade de romper compulsoriamente o vínculo com o sócio inadimplente que esteja prejudicando a consecução do fim comum.

Assim sendo, mesmo considerando que a extinção do vínculo entre a sociedade e o sócio declarado falido ou que teve suas quotas sociais liquidadas deveria ter sido tratada dentro do gênero resolução da sociedade em relação ao sócio e não dentro da espécie de exclusão de sócio, levando-se em conta a terminologia do Código Civil de 2002, no decorrer deste trabalho, referidas hipóteses serão também tratadas como de exclusão.

5.2.2 Origem do instituto

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o instituto da exclusão de sócio surgiu como alternativa à dissolução total da sociedade, objetivando a conservação da empresa.

Como bem esclareceu Perrino:

Para permitir a conservação da sociedade, evitando a adoção da medida radical da exclusão, e ao mesmo tempo manter a estabilidade necessária ao desenvolvimento da sua atividade, tem-se a solução da expulsão do sócio prejudicial aos negócios. A exclusão surge como forma de conciliação das necessidades de estabilidade e continuidade da sociedade, através da eliminação do elemento perturbador do vínculo social, sem dissolvê-lo integralmente².

Ainda no seu escólio, o instituto em questão teve sua primeira previsão na Lei das Sete Partidas, a qual estipulava a rescisão parcial da sociedade e conseqüente exclusão do sócio de má índole.

Dentre as legislações modernas, as primeiras a preverem a exclusão de sócio foram o Código prussiano de 1794 e o Código Civil austríaco de 1811. Referidos diplomas legais autorizavam a exclusão independentemente de previsão contratual sempre que houvesse grave inadimplência e alteração no estado do sócio.

5.2.3 A legislação pátria

No direito brasileiro, antes do advento do Código Civil de 2002, a exclusão de sócio era instituto pouco regulamentado pela legislação, tendo sido desenvolvido por meio da doutrina e da jurisprudência.

A matéria exclusão de sócio não vinha, de forma ampla, contemplada no Decreto n. 3.708/19; este apenas previa a exclusão do sócio remisso.

Em razão dessa omissão, a matéria acabou sendo orientada pelo art. 339 do Código Comercial, que exigia “justa causa” ou “causa justificada” para a exclusão do sócio³. Dispunha o já revogado art. 339 do Código Comercial:

O sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida. No caso de haver lucros a esse tempo existentes, a sociedade tem direito de reter os fundos e interesses do sócio que se despedir, ou for despedido com causa justificada, até se liquidarem todas as negociações pendentes que houverem sido intentadas (sem destaques no original).

A exclusão passou a ser concebida como decorrência tanto de mandamento legal expresso como proveniente da vontade dos demais sócios, sendo esta última decorrente do desenvolvimento da teoria da autonomia contratual.

Insta ressaltar que o referido art. 339 não exigia previsão contratual, conquanto não fazia qualquer menção a ela, sendo suficiente a ocorrência de causa grave para ensejar a exclusão.

No início da vigência do Decreto n. 3.708/19, a doutrina e a jurisprudência reconheciam a possibilidade da exclusão extrajudicial do sócio, fundada na justa causa, apenas quando o contrato social previsse expressamente essa possibilidade; em caso negativo, a exclusão deveria ser precedida de processo judicial, no qual se apuraria a justa causa autorizadora da exclusão⁴.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para reconhecer a possibilidade da exclusão extrajudicial independentemente de previsão no contrato social, mas sempre exigindo a justa causa.

Corroborando com o entendimento da possibilidade de exclusão de sócio, o art. 54 do Decreto n. 1.800/96 (regulamentando a Lei n. 8.934/94) previu a possibilidade de arquivamento da deliberação majoritária de exclusão de sócio, desde que o contrato social não tivesse cláusula que a restringisse e que do instrumento constasse o motivo da exclusão e a destinação da participação do excluído no capital social⁵.

Com o advento do Código Civil de 2002, a matéria se tornou mais elucidada pelo legislador, uma vez que há a expressa prescrição de diversas hipóteses de exclusão de sócio – exclusão de sócio declarado falido ou cujas quotas sociais foram liquidadas por seus credores particulares, exclusão de sócio por incapacidade superveniente, exclusão por justa causa, judicial e extrajudicialmente. Todas as hipóteses serão tratadas no decorrer deste trabalho.

5.3 Teorias acerca do fundamento da exclusão

Como salientado anteriormente, a exclusão de sócio possui fundamentos de ordem econômica, social e jurídica. Sob a perspectiva jurídica, diversas são as posições doutrinárias que buscam explicá-la e fundamentá-la⁶. Trataremos, muito sinteticamente, de cada uma delas a seguir.

5.3.1 Teoria do poder corporativo disciplinar

A teoria do poder corporativo disciplinar (ou teoria institucional ou teoria cultural, como também são conhecidas) baseia-se na soberania estatutária para justificar a exclusão. De acordo com ela, a sociedade é um ente com poder disciplinar próprio. Considerando que a sociedade é um ente diverso da figura dos seus sócios,

possuindo natureza institucional e não contratual, a ela não se aplica a teoria geral de resolução dos contratos, ficando a exclusão representada pelo exercício do poder disciplinar da sociedade, aproximando-se do poder de polícia da administração pública.

As críticas à referida teoria repousam no argumento de que não há relação de supremacia ou hierarquia na relação entre a sociedade e os sócios, ou seja, diferentemente do poder de polícia, o instituto da exclusão tem a finalidade de proteger a sociedade, e não o interesse público, ou, em outras palavras, a sociedade possui a faculdade de excluir, podendo optar ou não pela exclusão, conforme lhe for mais conveniente, enquanto o Estado possui o poder-dever de exercer o poder de polícia.

Além disso, conforme preleciona Priscila Fonseca (2002, p. 39), a exclusão nem sempre se configura como sanção, pois pode ocorrer ainda que não haja a culpa do sócio, no caso da sua incapacidade superveniente.

Não bastasse o exposto, deve-se salientar que não se sustenta referida teoria em razão de que, segundo ela, o mérito da exclusão, por se tratar do exercício de um poder de império, não estaria sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário. Contudo, deve-se assegurar ao sócio excluído, em qualquer hipótese, o direito de recorrer ao Judiciário para o seu controle, inclusive do mérito da exclusão, de forma a coibir eventuais abusos praticados pelos demais sócios.

5.3.2 Teoria da disciplina taxativa legal

De acordo com a teoria da disciplina taxativa legal, a exclusão de sócio surgiu em razão de interesse econômico e público na conservação da empresa. Ademais, a exclusão de sócio teria um caráter penal, devendo ser prevista legal ou estatutariamente, servindo de punição ao sócio que deixasse de cumprir com alguma obrigação em relação à sociedade. Trata-se, então, de hipótese de caráter penal, restritivo e excepcional, sendo restrita aos casos expressamente previstos em lei, em *numerus clausus*.

Todavia, tal teoria é criticada em razão da não-predominância do interesse público para a aplicação de tal instituto (a conservação da empresa reveste-se de caráter público, mas o direito de exclusão é uma faculdade da sociedade, que pode até optar pela própria dissolução em vez de excluir o sócio faltoso), bem como da desnecessidade de previsão legal ou estatutária, conquanto é o interesse privado dos demais sócios que deve sobressair.

Saliente-se ainda que a terceira crítica efetuada pela doutrina reside no fato de que a exclusão nem sempre representa uma pena ou uma sanção, uma vez que ela pode ocorrer ainda que não haja culpa do sócio excluído, como no caso de incapacidade superveniente.

Como ressalta José Waldecy Lucena (2005, p. 703):

Se é certo que a teoria lastreia-se em uma finalidade sócio-econômica, qual a preservação da empresa, é inegável que esse interesse público – é de se adscrever – há de coincidir com o interesse particular dos sócios de também quererem manter a sociedade, porquanto, ao invés de exclusão, poderá o interesse deles indicar o caminho da dissolução da sociedade.

Com efeito, o interesse primordialmente atingido é o dos demais sócios, os quais são afetados diretamente pela permanência de outro sócio que esteja comprometendo o bom funcionamento da sociedade, e não do Poder Público. Logo, a escolha efetiva pela exclusão é dos integrantes da sociedade.

Não obstante, como assevera Avelã Nunes (*in* FONSECA, 2002, p. 40):

(...) sequer a natureza de pena poderia ser atribuída à exclusão, uma vez que lhe faltaria a inderrogabilidade que caracteriza as penas, e a sociedade teria o poder, não o dever de declarar (ou fazer declarar) a exclusão.

5.3.3 Teoria contratualista

Baseada na resolução parcial por inadimplemento contratual (resolução dos contratos sinalagmáticos por inadimplemento), a teoria contratualista, em que pese não ser perfeita, é das mais difundidas no universo jurídico.

De acordo com Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (2002, p. 42), o maior defensor dessa teoria é Dalmartello, que é seguido por Egberto Lacerda Teixeira, Rubens Requião, Fábio Konder Comparato e José Waldecy Lucena.

Dalmartello defende que o contrato de sociedade é um contrato sinalagmático plurilateral, no qual o inadimplemento de uma das partes caracteriza apenas a falta do correspondente sinalagma, de modo que as obrigações adimplidas pelos outros sócios são capazes de manter o equilíbrio contratual, não resultando numa dissolução total (LUCENA, 2005, p. 565).

Caracterizando-se a sociedade como um contrato plurilateral, verifica-se a existência do sinalagma nas obrigações dos sócios para com a sociedade e em relação aos demais sócios, todos buscando a finalidade comum. No inadimplemento de obrigação assumida por um dos sócios, autoriza-se o rompimento do elo existente entre a sociedade e esse sócio, sem que haja a extinção de todo o contrato social, ou seja, por força do princípio geral da resolução dos contratos sinalagmáticos, existe em todas as sociedades a cláusula expressa ou tácita de resolução, permitindo o afastamento forçado dos sócios que violarem suas obrigações sociais. Os casos legais ou convencionais seriam as condições resolutivas expressas da relação entre a sociedade e os sócios, sendo possível, contudo, a exclusão sem que haja previsão legal ou no contrato social, em virtude, repise-se, da cláusula resolutiva tácita em todos os contratos sociais.

Dessa forma, todas as hipóteses de exclusão representariam a violação do dever geral de colaboração, ainda que o inadimplemento

se desse de forma não culposa, como na incapacidade superveniente ou na decretação da falência do sócio.

Em que pese boa parte da doutrina adotar a teoria contratualista, não está ela livre de críticas.

Renato Ventura Ribeiro enumera diferenças entre a exclusão e a resolução por inadimplemento contratual. Defende ele que, nos contratos com duas partes, o inadimplemento de uma extingue o contrato, mas, na sociedade com dois sócios, a saída de um deles não impede a continuidade do ente social, justificando-se a dissolução parcial em função da atividade comum. As causas de resolução por inadimplemento e de exclusão são distintas, havendo hipóteses de exclusão não causadas por falta de cumprimento de obrigações sociais. Além disso, enfatiza Ventura Ribeiro que existem casos de exclusão obrigatória em que a vontade dos sócios não é considerada, enquanto a resolução do contrato depende de manifestação da parte prejudicada. Além disso, ressalta-se que a exclusão de sócio é feita pela própria sociedade e não pelo sócio individualmente considerado, como é o caso de uma resolução contratual (RIBEIRO, 2005, p. 150).

De qualquer forma, no estágio atual da sociedade, a empresa não pode mais ser vista como a conjugação dos interesses dos sócios em torno de uma finalidade única, a de auferir lucros. Trata-se, sim, de um bem social, que agrega interesses outros, como o dos empregados, consumidores etc. Em razão dessa sua inegável função social, a sociedade não deve atender apenas aos interesses dos sócios, mas, mediatamente, de toda a coletividade. E dessa importância social que a continuidade⁷ pacífica da empresa deve ser assegurada.

Dessa forma, o princípio preservativo da empresa, assim como a sua função social, deve nortear a doutrina e a jurisprudência na interpretação e aplicação dos dispositivos do Código Civil de 2002, inclusive no que toca aos dispositivos relacionados ao tema exclusão de sócio.

Saliente-se, por fim, que a aceitação desse princípio para justificar a exclusão do sócio não importa na negação dessa Teoria

Contratualista e no retorno da Teoria Institucionalista, uma vez que a exclusão de sócio não é apenas um mecanismo de proteção de credores, de empregados etc., mas e principalmente a aplicação do princípio geral de resolução dos contratos como instrumento de tutela do interesse social, compreendido como o interesse dos sócios na consecução do objetivo comum. O interesse social é, portanto, o valor tutelado de forma direta e imediata para justificar a exclusão. De outro lado, a exclusão busca preservar o interesse social, em detrimento do sócio que esteja prejudicando a consecução do fim social, podendo, de forma indireta, beneficiar os terceiros com interesse na preservação da empresa.

5.3.4 Outras teorias

Novas idéias têm surgido para justificar a exclusão de sócio.

Uma delas baseia-se na teoria da quebra da base objetiva do negócio, que foi primeiramente desenvolvida para justificar revisões de contratos, os quais, por fato superveniente, tiveram alterada a situação de equilíbrio entre as partes. A base de tal teoria é o princípio da boa-fé contratual e da vedação do enriquecimento sem causa.

Dessa forma, considera-se que uma vez alteradas as condições iniciais de contratação, a parte tem o direito de rever determinadas cláusulas, podendo, inclusive, rescindi-lo.

Renato Ventura Ribeiro ressalta (2005, p. 168):

Havendo alteração nas circunstâncias nas quais o negócio foi realizado (base do negócio), fica afetada a vontade das partes manifestada na sua celebração. Mesmo não sendo expresso, entende-se que a intenção das partes era a feitura do negócio no contexto presente por ocasião da declaração de vontade.

Nos dias atuais, a base fundamental da teoria foi diretamente influenciada pela função social do contrato e funciona no sentido de que, se houver modificação na base negocial do contrato de modo a deixar de atender aos interesses do contratante, é de rigor a sua revisão ou até mesmo a resolução por não-cumprimento da função social do contrato.

Defende Ventura Ribeiro que o raciocínio apresentado para os contratos em geral também pode ser aplicado aos contratos de sociedade, ainda que não se adote totalmente a teoria contratualista. Isto porque, sempre que há a constituição de uma sociedade, os sócios devem estar de acordo com todas as cláusulas e condições, bases essenciais do contrato, refletindo num estado de ânimo contínuo.

Dessa forma, partindo do princípio do consenso original quanto às bases essenciais do contrato, seja a sociedade personalista ou não, qualquer alteração posterior danosa ocasionada por determinado sócio, com ou sem culpa deste, pode ensejar a sua exclusão.

Importante ressaltar, contudo, que muitas vezes a exclusão de sócio que tenha descumprido seu dever de colaboração pode não ser a melhor alternativa para a sociedade.

Antes de adotar a medida extrema da exclusão, a sociedade precisa sopesar quais as suas conseqüências para a empresa, objetivando não só a preservação, mas também como a eficiência da atividade empresarial. A alta competitividade no mundo empresarial requer eficiência, pressupondo maximização de resultados, visto que a decisão de exclusão de um sócio (que pode representar uma diminuição daquela somatória de forças, inclusive de capital, para a constituição da sociedade) deve ser diretamente influenciada por tais objetivos.

5.4 A Formatação do conceito de justa causa

A formatação do conceito de justa causa, sempre necessária para a exclusão de sócio, deu-se com a aceitação da idéia de ser o contrato plurilateral o elemento formador da sociedade. Esse contrato, como ensinou Tullio Ascarelli (2001), caracteriza-se pela reunião de partes em torno do objetivo comum de desenvolver uma atividade social, por meio da mútua e indispensável colaboração entre todos os sócios, havendo, assim, a *affectio societatis*.

De acordo com Arangio Ruiz (*in* COMPARATO, 1978, p. 68) "a *affectio* é um *consensus*, mas não instantâneo e sim prolongado; um estado de ânimo continuativo, a perseverança no mesmo acordo de vontades (*in eodem consensus perseverare*)". Como ressalta Comparato, esse estado de ânimo diz respeito a todos os elementos do contrato social, notadamente à pessoa do sócio, ao objeto e ao objetivo comum.

A *affectio societatis* é formada por dois elementos: fidelidade e confiança. A fidelidade está ligada ao respeito à palavra dada, à vontade expressada por ocasião da constituição da sociedade ainda que o quadro de membros desta se tenha modificado. Já a confiança diz respeito à ligação entre os sócios, os quais devem colaborar para a realização de um interesse comum.

Caso qualquer dos sócios falte com o seu dever de colaboração, de forma a impedir ou obstaculizar a sociedade de desenvolver a sua atividade, estará caracterizado o inadimplemento do contrato plurilateral, com a conseqüente quebra da *affectio societatis*.

Havendo essa quebra do contrato, deverá ele ser resolvido, como ocorre em regra com os demais contratos, com a sua extinção. No caso do contrato plurilateral, deverá ele ser resolvido com o sócio inadimplente.

Assim, a justa causa é entendida como o inadimplemento do dever de colaboração do sócio que possa resultar em efetivo prejuízo da atividade social. Trata-se do rompimento da *affectio societatis*, ou, se não configurar diretamente, leva à mesma orientação, conforme entendimento jurisprudencial:

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA – EXCLUSÃO DE SÓCIO
MINORITÁRIO – EMPRESARIAL – DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR
QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EXCLUSÃO DE SÓCIO
MINORITÁRIO.

– Caracterizando-se a *affectio societatis* como a vontade de união e aceitação das áleas comuns do negócio, a sua ausência tem como causa a impossibilidade de consecução do fim social, mostrando-se plenamente possível a dissolução parcial por essa causa. O art. 1.030 do Código Civil vigente estabeleceu como causas, para a exclusão do sócio por iniciativa dos sócios majoritários, a falta grave no cumprimento de suas obrigações e por incapacidade superveniente. Em que pese a interpretação literal do citado dispositivo afastando a quebra da *affectio societatis* como causa da exclusão, de forma que somente seria a mesma aplicável ao sócio dissidente no exercício do direito de retirada (art. 1.029 do Código Civil), mediante interpretação sistemática e teleológica, conclui-se que não restou afastado pelo novo Diploma Legal o entendimento consolidado da jurisprudência no sentido de viabilizar a exclusão do sócio havendo justa causa, como ocorre quando inexistente o vínculo de confiança. O art. 1.085 do Código Civil consagrou a possibilidade de exclusão extrajudicial do sócio por justa causa, havendo previsão contratual, de forma que, por maior razão, não há que ser afastada a possibilidade de alegação de justo motivo, ainda que ausente a previsão contratual, para viabilizar a exclusão judicial do sócio minoritário. A alegação de nulidade da alteração contratual na qual houve a transferência de cotas do ex-cônjuge da Apelante, então sócio majoritário, é desinfluyente para o deslinde da questão que tem como objeto apenas o cabimento da dissolução parcial da sociedade em relação ao sócio minoritário, devendo ser objeto de ação própria.

Ainda que co-proprietária das cotas do marido, faria jus a Apelante somente aos lucros daí decorrentes, não à qualidade de sócia majoritária, de forma que as cotas a que teria direito em razão da comunhão deveriam ser levadas para a partilha e, sendo o caso, para a apuração de haveres. Conhecimento e desprovemento dos recursos (TJRJ, 16^a Câm. Cív., AC 18.295/06-RJ, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, j. 13-2-2007, v. u., *BAASP*, 2544/1421 e, de 8-10-2007.

Nem todo inadimplemento contratual poderá, contudo, configurar justa causa para fins de exclusão de sócio. Esse inadimplemento deve ser grave o suficiente para resultar na quebra da *affectio societatis*, a ponto de romper o equilíbrio da relação de colaboração do sócio com o objetivo comum.

A justa causa, contudo, não permite que se rescinda totalmente o vínculo travado no contrato plurilateral, uma vez que essa dissolução total, motivada pela conduta de um ou alguns sócios, prejudicaria a realização do escopo da sociedade, com a colaboração dos demais sócios. Além disso, outros prejuízos podem ser notados se observados os interesses de terceiros (fornecedores, empregados, consumidores etc.) dessa sociedade. Aqui presente o princípio da preservação da empresa, dada a sua função social.

Note-se que a concatenação dessas idéias fez surgir o conceito de dissolução parcial da sociedade, como forma de preservação da empresa. A exclusão de sócio é exatamente uma forma de dissolver parcialmente um contrato de sociedade, haja vista a sua natureza plurilateral.

5.5 A exclusão de sócio no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, mais específico para a matéria da exclusão do sócio nas sociedades limitadas, dividiu-a em tópicos: cuidou da exclusão extrajudicial por justa causa, da exclusão judicial por justa causa, da exclusão do sócio remisso, da exclusão do sócio falido ou com quota liquidada e da exclusão por incapacidade superveniente.

5.5.1 A exclusão extrajudicial por justa causa

O art. 1.085 do Código Civil permite a exclusão extrajudicial de sócio caso estejam presentes os seguintes requisitos: a) que a exclusão seja deliberada por sócios que representem mais da metade do capital social; b) que a exclusão esteja fundada em ato de inegável gravidade que esteja colocando em risco a continuidade da empresa; c) que haja previsão no contrato social permitindo a exclusão extrajudicial por justa causa; d) que seja deliberada pela maioria dos sócios.

A forma para a exclusão extrajudicial encontra-se prevista no parágrafo único desse artigo: deve a exclusão ser “deliberada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir o comparecimento e exercício do direito de defesa”.

A exclusão extrajudicial por justa causa somente pode dar-se para sócios minoritários, uma vez que depende de deliberação por sócios que representem mais da metade do capital social. Dessa forma, a exclusão de sócio majoritário somente poderá dar-se de forma judicial e atendendo aos requisitos do art. 1.030 do Código Civil.

A expressão “ato de inegável gravidade que esteja colocando em risco a continuidade da empresa” corresponde à “justa causa”, como aquele inadimplemento grave que gera a quebra do contrato plurilateral, a quebra da *affectio societatis*.

A justa causa (falta grave ou ato de inegável gravidade) motivadora da exclusão, contudo, não foi definida pelo legislador, por ser um conceito fluído, que pode referir aos deveres positivos (comissivos) ou negativos (omissivos) do sócio. Em razão dessa omissão legislativa, pode a sociedade, em seu contrato social, prever as hipóteses que configurarão falta grave ou ato de inegável gravidade. Nessa situação, deve-se preferir a formulação genérica das hipóteses (em razão da impossibilidade natural de enumeração de todas) em que ocorra grave inadimplemento de obrigação relativa à sociedade que rompa o sinalagma e prejudique o escopo comum e potencial ou efetivo prejuízo à sociedade. Assim apura-se a justa causa motivadora da exclusão em cada caso concreto.

A decisão da assembléia ou reunião de sócios de excluir um deles é ato unilateral da sociedade, podendo ser revista em processo administrativo, judicial ou arbitral. Há, no caso, uma inversão do ônus do recurso ao Judiciário para o exame da questão, ou seja, em vez de a sociedade recorrer ao Judiciário para obter uma sentença favorável à exclusão, desde logo, por ato próprio, decide afastar do corpo social determinado sócio, a quem, cabe, se quiser, recorrer ao Judiciário, a uma Câmara Arbitral ou à Junta Comercial para revisar a deliberação de exclusão (quer por vício formal – ausência do *quorum* majoritário, falta de previsão contratual autorizadora da exclusão extrajudicial –, quer por vício material – ausência de justa causa), podendo, em caso de procedência da ação, anular a deliberação da sociedade.

Para a validade formal da deliberação da sociedade, tomada em reunião ou assembléia de sócios, basta a ciência do sócio que se deseja excluir, não sendo necessário o seu comparecimento, nem a apresentação de defesa, tampouco a assinatura do sócio excluído no documento de alteração do contrato social.

O requisito da cláusula no contrato social autorizando a exclusão extrajudicial por justa causa, introduzida pelo Código Civil de 2002, tem sido criticado por diversos autores, que consideram um retrocesso em relação à construção jurisprudencial e doutrinária, como anteriormente referido. Temos para nós que a crítica não prospera, uma vez que, sendo do interesse dos sócios a possibilidade da exclusão extrajudicial, devem eles negociar cláusula contratual nesse sentido. Não existindo a previsão, entenderam os sócios que os minoritários não devem ficar sujeitos a deliberações majoritárias para a exclusão; sistema ainda compatível, inclusive, com os novos *quori* de deliberação prescritos no Código de 2002, com a função de frear o poder de controle, idéia essa há muito estudada e buscada no sociedades anônimas.

Além disso, ressalte-se, a inexistência de cláusula permitindo a exclusão extrajudicial não enseja uma imunidade do sócio inadimplente com as obrigações de colaboração. Nesse caso, havendo justa causa, poderá o sócio inadimplente ser excluído

mediante ação judicial, cuja propositura tenha sido deliberada em assembléia ou reunião de sócios, inclusive com o pedido de antecipação de tutela ou liminares, conforme requisitos previstos na legislação processual.

Não há, portanto, no art. 1.085 do Código Civil, que requer prévia cláusula contratual autorizando a exclusão extrajudicial, requisito que divorcie das idéias de preservação da empresa, seu interesse social, ou mesmo o dinamismo que norteia a empresa.

5.5.2 A exclusão judicial por justa causa

O art. 1.030 do Código Civil prevê a possibilidade de exclusão de sócio (majoritário ou minoritário), “mediante a iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações (...)”.

Trata-se da possibilidade de exclusão de sócio em caso do não-preenchimento dos requisitos do art. 1.085, antes referidos, para a exclusão extrajudicial.

A falta grave, referida no artigo, é sinônimo de ato de inegável gravidade. Configura, portanto, um inadimplemento das obrigações assumidas no contrato plurilateral de sociedade, ensejando a quebra da *affectio societatis*, conforme anteriormente tratado e que não merece maiores considerações.

5.5.3 A exclusão do sócio remisso

Em razão da celebração do contrato de sociedade, os contraentes assumem a obrigação de integralização do capital social. Em caso de o sócio deixar de fazê-lo, nos termos do art. 1.004 do Código Civil de 2002, “nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora”, podendo, contudo, a maioria dos demais sócios, preferir a exclusão do sócio à propositura da ação indenizatória decorrente da mora. O art. 1.058, específico para as sociedades limitadas, também trata do assunto.

A não-integralização do capital social configura grave violação das obrigações assumidas no contrato plurilateral de sociedade, podendo colocar em risco a sobrevivência ou mesmo a constituição da

sociedade. Em outras palavras, essa violação, de fato, afeta a própria *affectio societatis*, ou seja, a confiança mútua entre os sócios, justificando a exclusão do sócio violador.

Note-se, contudo, que o descumprimento, pelo sócio, da obrigação de integralizar o capital social nem sempre implica a perda do estado de sócio, uma vez que na hipótese de inadimplemento parcial o sócio remisso perderá as quotas não integralizadas, diminuindo a sua participação na sociedade, mas mantendo a sua condição de sócio. Na exclusão, de outro lado, o sócio remisso, mas que tenha integralizado apenas em parte as quotas subscritas, perde o estado de sócio, devendo ser reembolsado pelos valores já pagos.

Nos termos do art. 1.004 do Código Civil, a caracterização do sócio nas sociedades simples como remisso depende de prévia interpelação do sócio inadimplente, que poderá responder, nos trinta dias seguintes à notificação, pelos danos decorrentes de sua mora. A exigência da notificação será dispensada, contudo, se houver previsão contratual em sentido contrário, ou se se tiver estipulado prazo para a integralização (FONSECA, 2002, p. 43, e julgado mencionado pela autora – RE 86.354/PR).

Não integralizadas as quotas nos prazos e condições previstos no contrato social, ou decorridos os trinta dias da interpelação, a maioria dos demais sócios pode excluir o sócio inadimplente, ou reduzir sua participação às quotas objeto de adimplemento.

Nas limitadas, conforme o art. 1.058 do Código Civil, aplica-se, por remissão expressa, o já referido art. 1.004.

Preferindo a sociedade a exclusão do sócio a pleitear a indenização pela mora ou a redução da sua participação, esta se dará extrajudicialmente, por meio da alteração do contrato, assinada por sócios que representem a maioria do capital social. Contudo, o pronunciamento judicial poderá ser necessário em caso de sociedade formada apenas por dois sócios ou para a exclusão de sócio remisso majoritário, matéria que será posteriormente analisada.

5.5.4 A exclusão do sócio falido ou com quota liquidada

Além das hipóteses já traçadas, o parágrafo único do art. 1.030 do Código Civil prevê a exclusão, de pleno direito, do sócio declarado falido, ou daquele cuja quota tenha sido liquidada em razão de execução promovida por credor particular desse sócio, ou seja, independentemente de deliberação majoritária ou de decisão judicial, o sócio que teve sua quota liquidada pelos credores ou foi declarado falido será excluído da sociedade, de pleno direito.

Assim, a exclusão, nessas hipóteses, também é extrajudicial, mediante a alteração do contrato social, assinada por qualquer número de sócios, devendo, para fins de registro, fazer acompanhar dos documentos que comprovem a falência do sócio excluído ou o requerimento judicial de liquidação de quotas.

Ressalte-se que a liquidação das quotas sociais pelos credores particulares do sócio somente pode ocorrer nas sociedades simples e nas sociedades limitadas regidas supletivamente pelas regras das sociedades simples, uma vez que a regra da liquidação das quotas sociais está prevista somente no parágrafo único do art. 1.026 do Código Civil, no capítulo que regula as sociedades simples, sendo, assim, aplicável a essa sociedade e às limitadas regidas supletivamente por essa regulação. Para as sociedades limitadas regidas supletivamente pela Lei de Sociedades Anônimas, uma vez que a liquidação de quotas não encontra previsão em referida legislação, permite-se a penhora das quotas do sócio devedor (e não a sua liquidação), o que se mostra coerente, uma vez que, caso fosse possível a exclusão do sócio, poderia haver redução do capital.

Por fim, ressalte-se que a exclusão de pleno direito desse tópico não se enquadra bem no conceito de exclusão, como faculdade da sociedade de aplicar o princípio da resolução do contrato, em virtude do inadimplemento de um dos seus sócios. O Código Civil, por essa razão, deveria considerar o rompimento do vínculo entre o sócio (cujas quotas foram liquidadas ou tiveram a falência decretada) e a sociedade como resolução da sociedade em relação ao sócio. Contudo, o art. 1.030 referido utiliza o termo exclusão de pleno direito do sócio que tenha suas quotas liquidadas, motivo pelo qual tratamos, aqui, como já observado, a resolução parcial da sociedade

em relação ao sócio que teve suas quotas liquidadas como outra hipótese de exclusão.

No caso de falência do sócio, deve-se ressaltar ainda que a sua exclusão se justifica pela possibilidade de a sua insolvência macular a reputação e, principalmente, o crédito da sociedade.

5.5.5 A exclusão por incapacidade superveniente

A exclusão do sócio por incapacidade superveniente não se opera de pleno direito, sendo uma faculdade da sociedade. A maioria dos demais sócios, mediante deliberação, poderá optar pela exclusão do sócio considerado incapaz, devendo ser ajuizado procedimento judicial para tal exclusão. Ajuizada a ação, e sendo ela julgada procedente, a sociedade deverá registrar a sentença, alterando, após, o contrato social, segundo o ensinamento do Professor Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 136).

Essa é a posição que guarda pertinência com a natureza da sociedade limitada, na qual, na maioria das vezes, a pessoa dos sócios não é essencial para a participação na sociedade. Dessa forma, não se mostra razoável a exclusão do sócio que tenha subscrito e integralizado o capital social em virtude da perda da sua capacidade. O sócio, ainda que incapaz⁸ (mas desde que assistido ou representado, nos termos do art. 974, *caput*, do CC), poderá continuar na sociedade, desde que referida incapacidade não cause prejuízo ao escopo comum.

5.5.6 Questões controvertidas

Apesar de o direito brasileiro não admitir a sociedade unipessoal, tendo em vista o inciso IV do art. 1.033 do Código Civil, também aplicável às sociedades limitadas em razão da previsão do art. 1.087, em caso de sociedade de apenas dois sócios, a exclusão é permitida desde que a pluralidade social seja recomposta no prazo de cento e oitenta dias.

A exclusão, via de regra, não dependerá de pronunciamento judicial, no caso de ser de pleno direito de sócio declarado falido ou que tenha as suas quotas liquidadas, uma vez que ela independe de

qualquer providência da sociedade. Da mesma forma, no caso de sócio remisso que não tenha integralizado as quotas após a sua interpelação.

Contudo, há casos em que haverá a necessidade de participação do Poder Judiciário, como na hipótese de exclusão por justa causa em sociedade de dois sócios, dada a impossibilidade de obtenção da maioria deles, requisito previsto no art. 1.085 já comentado. Em caso de se tratar de dois sócios com participação idêntica no capital social (cada um deles com 50% das quotas sociais), além da inexistência do requisito anterior (maioria dos sócios), não há ainda a maioria do capital social para deliberação assemblear da exclusão. Inevitável, assim, o recurso ao Poder Judiciário.

No tocante à exclusão de sócio majoritário, em princípio, nas exclusões de pleno direito (sócio declarado falido ou cujas quotas sociais tenham sido liquidadas), é possível a exclusão, pois independem de qualquer iniciativa da sociedade ou dos demais sócios. Contudo, em caso de exclusão de sócio pela prática de falta grave ou por incapacidade superveniente, a propositura de ação judicial ser faz indispensável, por iniciativa da maioria dos demais sócios, nos termos do arts. 1.030 e 1.085, ambos do Código Civil, uma vez que não será possível obter o requisito da maioria do capital social para a exclusão.

Por fim, deve-se ressaltar que, adotando a Teoria Contratualista como fundamento para a exclusão, não há vedação no ordenamento jurídico brasileiro para a sociedade regular, em seu contrato social, a matéria exclusão de sócio, desde que não elimine nem afronte o direito à exclusão nas hipóteses prescritas no Código Civil. Pode, dessarte, o contrato social estabelecer *quorum* qualificado ou até a unanimidade para tanto, ou mesmo a necessidade de ação judicial para exclusão em caso de justa causa, mas nunca prever a impossibilidade de exclusão nos cinco casos enumerados pelo Código Civil e analisados individualmente no decorrer deste trabalho.

5.6 Procedimento para registro da alteração do contrato social em caso de exclusão extrajudicial

O procedimento para o registro da alteração do contrato social no que diz com a exclusão de sócio é simples. Não há a necessidade de assinatura do sócio excluído no documento de alteração do contrato social; bastam as assinaturas dos demais sócios que representem mais da metade do capital social, nos termos do art. 1.075, § 1º, do Código Civil. Para a regularidade da ata basta a assinatura de sócios que atinjam o *quorum* necessário para a validade da deliberação.

Essa a previsão jurisprudencial, mesmo quando discutidas questões sobre o direito intertemporal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO

– Ação ordinária. Antecipação de tutela, a fim de que seja expedido à Jucesp mandado de cancelamento de registro de ata de reunião de cotistas e alteração de contrato social. Inadmissibilidade. A alteração contratual que excluiu o agravado da empresa é perfeitamente legal, mesmo porque o art. 1.076, I, do Código Civil ainda não está em vigor, podendo a adaptação ser feita até 11/1/2006 (redação dada pela Medida Provisória n. 234, de 10/1/2001). ... (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI 392.925.4/1-00-SP, Rel. Des. Sergio Gomes, j. 19-7-2005, v. u., *BAASP*, 2472/3911, j. de 22-5-2006).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 392.925.4/1-00, da Comarca de São Paulo, sendo agravantes R. C. H. R. e outros e agravado V. P.

Acordam, em Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Relatório

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão que, em Ação Ordinária, não concedeu a assistência judiciária ao autor, mas deferiu o recolhimento das custas ao final. Concedeu, ainda, antecipação de tutela, a fim de que seja expedido à Jucesp mandado de cancelamento de registro de ata de reunião de cotistas e alteração de contrato social.

Sustentam os agravantes que, em 10/8/2004, o agravado V. foi excluído da sociedade por prática de ato grave. O registro da ata que levou a cabo tal exclusão ocorreu na Jucesp em 16/8/2004. Afirmam que na primeira data o contrato social encontrava-se em desacordo com os novos preceitos societários instituídos pelo novo Código Civil, mas estava sob a tutela do art. 2.031 do mesmo dispositivo legal. O contrato daquela época previa que qualquer alteração do contrato social se dava por decisão de cotistas representando a maioria do capital social, conforme Cláusula 20. Assim, no momento da modificação, estavam exercitando direito previsto que, por sua vez, era perfeitamente válido, haja vista que o prazo para adaptação às novas disposições do novo Código Civil sequer expirou. Assim, se a lei permite que o contrato social continue vigorando sem estar adaptado à nova lei, as partes devem respeitar os termos do contrato em sua íntegra. No tocante ao deferimento do recolhimento das custas ao final, entendem que o agravado não faz jus a esse benefício, não se enquadrando na Lei n. 11.608/03, já que não comprovou sua impossibilidade financeira para o recolhimento das custas e despesas processuais. Pugnam pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, com a reforma da decisão hostilizada.

O efeito suspensivo foi concedido a fls. 59.

Resposta a fls. 68/78.

É o relatório.

Voto

O recurso comporta provimento parcial.

Com efeito, a Cláusula 20 do contrato social prescreve: "o presente contrato social poderá ser alterado ou modificado a qualquer tempo pelos cotistas representando a maioria do capital social" (fls. 42).

Assim, a alteração contratual que excluiu o agravado da empresa é perfeitamente legal, mesmo porque o art. 1.076, I, do Código Civil ainda não está em vigor, podendo a adaptação ser feita até 11/1/ 2006 (redação dada pela Medida Provisória n. 234, de 10/1/2001).

Sobre a questão já se decidiu:

"Sociedade por quotas – Contrato – Alteração – Exclusão de sócio – Possibilidade – Desnecessidade de anuência deste ou mesmo de provimento judicial – Ordem denegada. Os sócios que detêm a maioria do capital social podem promover a exclusão de sócio mediante deliberação própria, independentemente da concordância deste ou de provimento judicial" (MS n. 29.390-0-SP, Órgão Especial, Rel. Viseu Júnior, 25-10-1995, v. u.).

“Sociedade – Dissolução parcial - Exclusão de sócio minoritário – Decisão pela maioria social – Admissibilidade – Pagamento de haveres apurados em balanço – Recurso parcialmente provido. Os sócios que detêm a maioria das quotas sociais podem promover alteração do contrato social, excluindo o sócio minoritário, e providenciar o arquivamento dessa alteração na Junta Comercial, independentemente da assinatura do sócio excluído” (AC 230.375-2-SP, Rel. Menezes Gomes, 12-5-1994).

(...)

Participaram do julgamento os Desembargadores Antonio Vilenilson (Presidente com voto) e José Luiz Gavião de Almeida.

São Paulo, 19 de julho de 2005.

Sergio Gomes – Relator”

(não há destaques no original)

Deliberada a exclusão pela Assembléia Geral, deverá o sócio excluído ser cientificado da decisão e a respectiva alteração do contrato social ser arquivada no Registro do Comércio. Esse documento deve conter a indicação da justa causa, com a indicação dos fatos que a caracterizaram, bem como o tratamento dado à participação do sócio excluído naquela sociedade, observando-se, assim, o § 2º do art. 1.031 do Código Civil e o parágrafo único do art. 54 do Decreto n. 1.800/96.

Às Juntas Comerciais cabe a análise apenas dos aspectos formais do ato e não o exame da substância da exclusão, conforme o art. 40 da Lei de Registro do Comércio e art. 57 do Decreto que o regulamentou (n. 1.800/96)⁹, cabendo ao Poder Judiciário (ou mesmo ao árbitro em caso de previsão de arbitragem) a revisão caso seja requerida pelo interessado.

5.7 Conclusão

Com a ressalva de que um breve e singelo artigo como este não depende de conclusão e, conforme adverte o Professor Fábio Konder

Comparato (2005, p. 414), “não deve tentar cercar, com paliçadas de argumentos sempre discutíveis, as suas proposições; mas considerá-las, ao contrário, na melhor das hipóteses, ou seja, no caso de apresentarem alguma valia, como etapas provisórias da evolução vital”¹⁰, pode-se repisar que apesar e ao lado das diversas teorias sobre o fundamento do direito de exclusão de sócios, o Código Civil de 2002, apresentando um avanço no estágio legal apresentado até então, enumerou e regulou diversas hipóteses. Contudo, perdeu-se a oportunidade de solucionar as lacunas antes existentes e hoje subsistentes.

REFERÊNCIAS

- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria geral do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.
- ASQUINI, Alberto. Profili dell’impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**, 1943, v. 14, I. Tradução de Fábio Konder Comparato. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 104, p. 109.
- BARBI FILHO, Celso A. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. **Dissolução parcial de sociedades limitadas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Estudos de direito societário**. São Paulo: Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial – do direito de empresa (arts. 1.052 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O novo direito de retirada do acionista nos casos de fusão e incorporação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 116, p. 13.

_____. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DALMARTELLO, Arturo. **L'esclusione dei soci dalle società commerciale**. Padova: CEDAM, 1939.

EIZIRIK, Nelson. **Aspectos modernos do direito societário**. São Paulo: Renovar, 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 75, p. 19-30.

_____. O triste fim das sociedades limitadas no novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 123, p. 81-85.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 2002.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 100, p. 85-97.

LOBO, Jorge. Direito de retirada nos casos de fusão, incorporação, cisão e participação de grupos de sociedades. **RT**, São Paulo, n. 664, p. 44.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

NUNES, A. J. Avelãs. **O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais**. Coimbra: Almedina, 1968.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. A Lei 7.958/89 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 29, n. 77, p. 29-49, jan/mar. 1990.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Curso de direito comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão de sócios nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2004.

SZTAJN, Rachel. *In*: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes (Orgs.). **Comentários à Lei de**

Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.** São Paulo: Max Limonad, 1956.

VENTURA, Raúl. **Dissolução e liquidação de sociedades:** comentários ao Código das Sociedades Comerciais. Coimbra: Almedina, 1987.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Malheiros, 2006. v. 2.

1 O Professor Mauro Rodrigues Penteadó conceitua a dissolução parcial em sentido estrito como “o remédio jurídico que permite ao sócio minoritário discordante ou dissidente postular em Juízo o seu desligamento da sociedade, com o pagamento dos seus haveres, sem expresse amparo legal (ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o direito de retirada ou recesso, previsto expressamente em lei) – seja porque não se conformou com certas deliberações da maioria, ou porque com esta se desentendeu (quebra da ‘affectio societatis’, do espírito associativo), ou ainda porque se sente prejudicado com a política empresarial levada a cabo pelos sócios controladores etc.” (Dissolução parcial da sociedade limitada, *in* F. V. RODRIGUES, (Org.), **Direito de empresa no novo Código Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 270).

2 PERRINO, *in* RIBEIRO, Renato Ventura, **Exclusão de sócios nas sociedades anônimas**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 111.

3 Com menor importância para este trabalho, mister salientar que se observa também, no Código Comercial, as hipóteses de exclusão nos arts. 289 e 317, que previam, respectivamente, os casos de inadimplemento da contribuição ao capital social e o exercício do comércio fora da sociedade, sem permissão, pelo sócio de indústria.

[4](#) O STF, no RE 109.203-RJ, julgado em 16 de maio de 1986, considerava necessário o pronunciamento judicial para a exclusão de sócio, na ausência de previsão legal ou contratual.

[5](#) DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. EXCLUSÃO DE SÓCIO POR DELIBERAÇÃO DA MAIORIA. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. ARQUIVAMENTO. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I – A DESINTELIGÊNCIA ENTRE OS SÓCIOS, NO CASO, FOI SUFICIENTE PARA ENSEJAR A EXCLUSÃO DE UM DELES POR DELIBERAÇÃO DA MAIORIA, SEM NECESSIDADE DE PREVISÃO CONTRATUAL OU DE DECISÃO JUDICIAL, TENDO A SENTENÇA DISPOSTO SOBRE OS DIREITOS DO SÓCIO AFASTADO.

II – O ARQUIVAMENTO DESSA ALTERAÇÃO CONTRATUAL, SEM QUE DELA CONSTE A ASSINATURA DO SÓCIO DISSIDENTE, NÃO VIOLA O ART. 15 DO DEC. 3.708/1919 OU O ART. 38-V DA LEI 4.726/1965 (REsp 66.530/SP, 4^a T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18-11-1997, **DJ**, 2-2-1998, p. 109, **LexSTJ**, v. 106, p. 131; **RDR**, v. 11, p. 343).

[6](#) A questão é tratada principalmente por Dalmartello (1939).

[7](#) A corroborar a assertiva, deve-se citar o art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101/2005).

[8](#) A incapacidade poderá ser civil ou contratual. A civil refere-se aos casos de interdição (prodigalidade, deficiência mental etc.). A contratual é verificada especialmente no caso de sociedade simples, como na cassação da inscrição pelo órgão de classe, essencial para a consecução da finalidade social.

[9](#) Matéria já julgada pelo STJ, conforme REsp 151.838/PE, de cuja ementa se extrai: “A Junta Comercial não cuida de examinar eventual comportamento irregular de sócio, motivador de sua exclusão, devendo limitar-se ao exame das formalidades necessárias ao arquivamento”.

[10](#) O Professor Comparato justifica a sua posição observando que nem toda dissertação apresenta estrutura linear (longo silogismo desembocando naturalmente na conclusão), mas sim radial ou sistemática, em que as conclusões tradicionais reduzem-se a mera recapitulação ou epítome do que ficou dito ao longo de toda a obra. Por isso, ensina o professor, “as verdadeiras obras de criação não se fecham sobre si mesmas; não se encerram no seu mundo, de modo

definitivo, isto é, traçando fins ou limites para a pesquisa e a indagação. A limitação é sempre da capacidade do autor, não da criatividade humana. Precisamente porque tem consciência dos seus próprios limites, o autor não pode senão relativizar a sua obra, apresentando-a, lucidamente, à correção e ao envelhecimento inevitáveis, máxime nesta época de vertiginosa 'aceleração da História'".

6 O USO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Márcio Tadeu Guimarães Nunes

*Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito da GVLAW,
especialista em Direito Societário pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro, advogado no Rio de Janeiro.*

6.1 Introdução

A concepção primária da idéia de sociedades empresariais estabelece que a personalidade das empresas é completamente distinta da dos sócios. Dessa forma, as pessoas jurídicas possuem autonomia no que se refere às questões patrimoniais e obrigacionais. Como lembra Tavares Borba:

A regra, plenamente vigente (do novo Código Civil), é a da absoluta separação dos patrimônios, somente se admitindo superá-la quando haja ruptura manifesta entre a realidade e a forma jurídica. Atinge-se o sócio porque a atuação foi dele e não da sociedade – simples anteparo; o ato foi ditado pelo interesse do sócio e não pelo da sociedade, que era distinto (BORBA, 2006: 35).

A desconsideração da personalidade jurídica seria aplicada, portanto, quando os sócios fizessem uso da separação mencionada,

com dolo ou má-fé, para executar atividades que, além de extrapolarem os limites de interesse da empresa, causassem danos a terceiros. Assim, seria possível atingir a esfera pessoal dos sócios, impondo a eles a satisfação das obrigações contraídas pela pessoa jurídica *por eles controlada*¹.

Grande parte dos autores estrangeiros atribui o nascimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao caso *Bank of Unites v. Devaux*, ocorrido em 1809 nos Estados Unidos. Divergências à parte, sabe-se que o caso de maior repercussão mundial ocorreu, na verdade, na Inglaterra no início do século passado.

Trata-se do famoso precedente inglês *Salomon v. Salomon & Co.* (1897), em que o juiz de primeiro grau e a Corte de Apelação decretaram a desconsideração da personalidade jurídica da companhia criada por Salomon, por ter sido supostamente usada como uma extensão de sua atividade pessoal (uma verdadeira *agent* ou *trustee*). Entretanto, a Casa dos Lordes, unanimemente, repeliu esse entendimento, fazendo prevalecer, em toda a sua plenitude, a independência da pessoa jurídica em relação aos seus membros (KOURY, 2000: 64).

Aliás, o precedente em questão tratava de uma falsa hipótese de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, revelando, em verdade, uma típica discussão em torno da aplicação (ou não) da teoria da aparência.

No Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica desenvolveu-se paulatinamente, primeiro por meio de esparsas decisões judiciais e, num segundo momento, por ensaios e investidas doutrinárias.

No entanto, a quebra da separação das personalidades jurídicas (sócio/sociedade) sempre foi entendida como ato exclusivamente judicial, cuja decisão dependia de elaborado procedimento somado a uma análise do caso apresentado, buscando a real comprovação do desvio dos próprios fins da pessoa jurídica e dos interesses da sociedade. A realidade processual (verdade real) assegurava,

portanto, a prevalência dos princípios do contraditório e do devido processo legal, sem qualquer prejuízo aos preceitos jurídicos inerentes ao chamado diálogo processual (NUNES, 2007: 417).

Hoje a desconsideração da personalidade jurídica recebe aplicação sistemática e extensiva, extrapolando, em muito, os seus limites originais. Tem sido ampliada para além do Direito Societário e Civil, ou seja, ultrapassando as fronteiras do Direito Privado.

No Direito Trabalhista, essa doutrina já vem sendo acolhida, por exemplo, pela precipitada presunção da prestação de serviços de natureza intelectual sob suposto vínculo de emprego, ocorrendo uma inusitada alteração do ônus referente ao reconhecimento da citada relação, passando, assim, ao empregador caber demonstrá-la inexistente perante a Justiça do Trabalho. Isto porque o fiscal (que nem sequer tem, necessariamente, formação jurídica) pode tomar como premissa de mera autuação administrativa a existência de mencionada relação de emprego.

Esta é uma das provas de como o instituto vem sendo mal acolhido no âmbito administrativo, com a possibilidade de determinação da desconsideração da personalidade jurídica por iniciativa casuística do agente público. Como se verá a seguir, comungamos do entendimento de que é vedado a autoridade administrativa proceder a valorações axiológico-normativas dos negócios jurídicos que pretende fiscalizar (TEPEDINO, 2008: 29-31). Tal investida implica, em um só tempo, a usurpação de atividade exclusivamente jurisdicional e a violação de princípios básicos do Direito Público e Privado.

Pretendemos, neste artigo, analisar essa forma de aplicação da teoria em tela, abordando, a partir de suas conseqüências legais e práticas, o grau de corrosão a que estão expostos os institutos mais básicos do sistema adotado pelo Direito interno.

6.2 A desconsideração da personalidade jurídica

A lei reconhece a pessoa *jurídica* como um importantíssimo instrumento para o exercício *da* atividade empresarial, sendo fato notório que as sociedades possuem personalidade distinta da dos sócios. A *desconsideração* é, pois, a forma de coibir os abusos praticados em razão do privilégio da personificação, a fim de adequar a pessoa *jurídica* aos seus fins institucionais.

A simples definição atribuída ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica é suficiente para revelar a sua perigosa abrangência, suscetível de maior agravamento pela adoção de um método equivocado em sua aplicação. Vejamos, a propósito, o posicionamento de Sérgio Marcos C. de A. Negri, em linha com a orientação doutrinária que já vínhamos defendendo há algum tempo:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser compreendida em toda a sua plenitude quando dissociada do princípio da autonomia patrimonial, cuja maior expressão é exatamente o instituto da limitação da responsabilidade dos sócios, consagrado em nosso ordenamento jurídico.

Ocorre que, em algumas situações, o princípio em tela é utilizado para encobrir comportamentos irregulares, sendo, nesses casos, desviado de sua legítima função. A teoria da desconsideração foi criada exatamente com a intenção de combater o desvio de função da pessoa jurídica, que, em algumas situações, estava sendo utilizada para a prática de condutas abusivas e fraudulentas.

Entretanto, assiste-se, nos últimos anos, à utilização da desconsideração para novas situações, que, no entanto, não guardam qualquer relação com as premissas clássicas que sempre nortearam a teoria. Nesse processo, destaca-se a utilização da desconsideração como uma forma de se garantir uma redistribuição de riscos entre a sociedade e seus credores, como se viu em recente decisão do STJ (NEGRI, 2008: 195-196 – destaques nossos).

Ultrapassada a vaidosa disputa por sua autoria, não se pode negar que o desenvolvimento da teoria da desconsideração deveu-se

ao intenso, embora confuso e de resultado duvidoso, trabalho jurisprudencial norte-americano, como dá nota Rubens Requião – precursor da teoria no território nacional – ao lembrar Wormser:

Quando o conceito de pessoa jurídica se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinqüentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais (REQUIÃO, 1969: 14).

Rolf Serick, fomentador da teoria da desconsideração (*Durchgriff*) no direito alemão, publicou tese fundamental para a análise da questão em debate ao comparar sua aplicação pelos tribunais norte-americanos à jurisprudência dos tribunais alemães.

Segundo Requião:

A jurisprudência há de enfrentar-se continuamente com os casos extremos em que resulta necessário averiguar quando pode prescindir-se da estrutura formal da pessoa jurídica para que a decisão penetre até seu próprio substrato e afete especialmente a seus membros (REQUIÃO, 1969:13).

Portanto, a aplicação dessa teoria só se justificaria nos casos em que a limitação de responsabilidade constituísse um escudo para o exercício irregular da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica.

A aplicação da teoria da desconsideração, no entanto, vem sendo implementada desenfreadamente e com enorme irresponsabilidade, estimulada e positivada no direito interno em vários diplomas legais, tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, art.

28), a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884/94, art. 18), a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98, art. 4º, o Decreto-Lei n. 2.953/99 (art. 23, § 3º, assim como o art. 50 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil).

Pela importância do assunto, vale transcrever o último dispositivo acima citado:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Além dos diplomas legais citados, merece destaque o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cujo objetivo é disciplinar a responsabilidade dos grupos de sociedade sob o manto de uma espécie de teoria dos "grupos econômicos informais", maltratando tema que é um verdadeiro nó górdio no Direito Societário atual, inclusive em sistemas jurídicos estrangeiros.

Há vários diplomas legais que nem sequer cuidam da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas, com o propósito de facilitar a atividade executiva, a doutrina insiste que se lhe providencie inserção nesse contexto de superação da personalidade jurídica.

A questão é mais grave em tema de Direito Público. Basta lembrar o que dispõe o anteprojeto da Lei de Licitações do Estado da Bahia, no qual existe previsão expressa admitindo a aplicação da teoria no campo das penalizações, especificamente no capítulo referente às sanções administrativas (art. 190):

Fica impedida de participar de licitação e contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida.

Percebe-se, assim, que esse anteprojeto de lei aplica a teoria de forma "indireta", na medida em que foram estendidos os efeitos da sanção administrativa aos sócios da sociedade. Assim, outras sociedades de que façam parte esses mesmos sócios também estarão impedidas de contratar com a Administração Pública, o que, com o devido respeito, é uma perigosa simplificação.

Como se passará a demonstrar, a aplicação, pela via administrativa, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica encontra-se em plena expansão, contrariando, violentamente, diversos preceitos positivados na vigente Constituição da República Federativa brasileira (CRFB).

6.3 A impossibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por parte da Administração Pública

A teoria apresentada envolve a capacidade jurídica como projeção da personalidade adquirida por determinado sujeito de direito. Trata-se, portanto, de matéria intimamente ligada aos direitos fundamentais, sobretudo àqueles atinentes à personalidade, cujo enfoque condiciona a análise da aplicação do método da desconsideração da personalidade jurídica diretamente pela Administração Pública (e, o que é mais grave, sem o devido processo legal ou mediação por parte do Poder Judiciário). É preciso lembrar que o devido processo legal é observado com muito mais rigor pelo Judiciário do que pela Administração Pública. Além disso,

dispõe o art. 5º, LIV, da CRFB, que qualquer cidadão não poderá ser privado dos seus bens sem o devido processo legal.

Nesse contexto, há indícios de que, no âmbito dos direitos fundamentais (a proteção à segurança jurídica e ao devido processo legal), uma transferência de responsabilidade é medida não querida pelo Direito (art. 5º, XLV, da CFRB), e, portanto, essa quebra (desconsideração) somente poderia, em tese, ser reconhecida em casos muito excepcionais, mediante norma formal com ampla justificativa na Constituição vigente. Do contrário, haveria grande insegurança jurídica por ausência de um marco regulatório eficaz, o que desestimularia os empreendedores a investirem no Brasil.

Nesses casos excepcionais, ao desconsiderar a personalidade jurídica, conforme já mencionado, estará a Administração coibindo, por exemplo, a ação dessas pessoas, impedindo-as de licitar e contratar com o ente público, visto que a pessoa jurídica inicialmente por elas engendrada já se encontrava impedida de contratar com o Poder Público.

Ainda que se admita a possibilidade de desconsideração em sede administrativa mediante lei formal autorizativa, esta deverá ser examinada sob o prisma da constitucionalidade do mérito do ato concretamente praticado, ou seja, à luz dos valores que inspiram essa quebra aparente na submissão do Estado diante dos direitos fundamentais, os quais, inclusive, são dotados de eficácia privada².

Explica-se o raciocínio: a desconsideração somente será válida caso o terceiro responsabilizado tenha agido de tal modo que sua conduta efetivamente negue aquela teleologia fundamental do nosso Direito, segundo a qual a responsabilidade é, em regra, pessoal, não podendo ultrapassar a pessoa do apenado.

6.4 Perspectivas teóricas e práticas

As perspectivas teóricas da desconsideração da personalidade jurídica são identificadas por Heleno Tôrres:

Para examinar as possibilidades de aplicação da desconsideração de personalidade das pessoas jurídicas, mister separar as chamadas leis especiais, dotadas de hipóteses típicas de desconsideração da personalidade de sociedades (i), das formas de desconsideração mediante regra geral de autorização (ii) e daquela que é promovida sem qualquer disposição autorizativa expressa, mas por integração jurisprudencial, alegando analogia *iuris* ou presunção *hominis* (TÔRRES, 2005: 51).

No âmbito legal, a inexistência de dispositivo autorizador da incidência da teoria da desconsideração na Lei de Licitações mostra o equívoco da sua aplicação direta na esfera administrativa, uma vez que é necessário que a lei disponha de modo claro sobre os seus requisitos prévios e autorizadores, sob pena de criarmos uma instabilidade jurídica própria das cláusulas gerais, mas aqui agravadas pela repercussão desses parâmetros punitivos no âmbito do Direito Público (no qual a exigência de segurança jurídica é ainda mais elementar). Uma lei ordinária bastaria, em tese, para autorizar a aplicação da teoria da desconsideração. Por outro lado, mesmo tal lei estaria sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário e aos inconvenientes de que trataremos a seguir.

Em sede jurisprudencial, entretanto, pode ser constatada a aplicação da teoria discutida, permitindo à Administração Pública a sua utilização direta no caso de licitações.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações – Lei n. 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

– A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Recurso a que se nega provimento (RMS 15.166/BA, RO em MS 2002/0094265-7, Min. Castro Meira, 2ª Turma).

A desconconsideração da personalidade jurídica – sobretudo como um regime geral – produz o esfacelamento de toda a estrutura da responsabilidade pessoal no direito brasileiro. Nesse contexto, torna-se ilegítima a possibilidade genérica de uma lei ordinária permitir que a Administração possa determinar essa medida unilateralmente com base em cláusulas gerais, mais ainda, insista-se, sem o contraditório prévio perante um órgão de imparcialidade incontestado.

Admitir raciocínio diverso é reconhecer como inócuas todas as garantias constitucionais que asseguram a inteireza do princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CF/88, segundo o qual a condenação não pode ultrapassar a pessoa do condenado) e o seu direito de não ser julgado (muito menos apenado) por agente incompetente, visto que parcial e, ainda, por suposta violação de leis *ex post facto*.

6.5 Reserva legal

O Princípio da Legalidade tem a seguinte definição nas palavras de Damásio de Jesus (1991):

Garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

Pela leitura desse trecho, entendemos que a tentação administrativa de aplicar diretamente a teoria da desconsideração *sem a prévia interveniência do Poder Judiciário*, além de subjugar os administrados, colide frontalmente com o princípio acima descrito. Assim, deve a Administração Pública apenas fazer o que permite a lei, observados os princípios da legalidade, segurança jurídica e liberdade de empreendimento, não podendo, pois, punir uma conduta sem que haja prévia definição legal (formal e material) que exaura todos os tipos de comportamento objetivados por meio de pauta regulatória estabelecida previamente pelo legislador infra-constitucional.

Com efeito, Gustavo Tepedino aponta para o que denominou “controle duplo de legitimidade” como mais um óbice à aplicação da tal teoria em âmbito extrajudicial:

Institui, assim, o art. 50 do Código Civil um duplo controle de legitimidade para o drástico remédio: em primeiro lugar, exige-se o exame do magistrado, que poderá decidir pela desconsideração, não lhe sendo imposta tal providência; em seguida, requer-se a iniciativa da parte, ou do Ministério

Público, de cuja intervenção depende a desconsideração pelo juízo (TEPEDINO, 2008: 28-29).

Dentro dos limites e parâmetros criados pelo legislador, pode o administrador aplicar as sanções previstas no texto legal. Não deve, em nenhuma medida, extrapolar os limites e requisitos legalmente estabelecidos para valorar a conduta do administrado. Em outras palavras, não se lhe permite manifestar juízos de valor acerca de fatos e atos jurídicos examinados. No preciso ensinamento de Gustavo Tepedino – em análise às autuações fiscais –, deve a Administração ater-se aos *standards* de comportamento criados, previamente, pelo legislador:

Note-se que esta desconsideração pela autoridade fiscal está vinculada às hipóteses de fraude ou de simulação, não sendo autorizada a requalificação do fato pelo fiscal. Apenas ao Judiciário é facultado qualificar negócios, contratos e pessoas jurídicas. Com efeito, a qualificação dos negócios decorre da autonomia provada e só ao Judiciário compete avaliar se há abuso ou desvio de finalidade. Ao propósito, abuso de direito consiste não em descumprimento ostensivo da lei, mas precisamente em descumprimento finalístico-axiológico: consubstancia-se em dar à regra uma finalidade oposta à pretendida pelo legislador. Essa valoração – repita-se uma vez mais – só pode ser feita pelo Judiciário.

Ao conceder ao fiscal poder de qualificação unilateral do negócio jurídico – o negócio simulado – sem recurso prévio ao Judiciário, renunciou o Legislador ao emprego de expressões de conteúdo genérico e inspiração finalística, como abuso de direito, violação à boa-fé e assim por diante. [...] A autoridade fiscal pode desconsiderar declarações inverídicas e falsidades ideológicas praticadas pelo contribuinte, tendo em vista *Standards* de comportamento e legitimidade social amplamente admitidos (TEPEDINO, 2008: 29-30).

O art. 5º, II, da Constituição da República consagra o princípio da legalidade e dispõe que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio deve ser analisado sob dois enfoques distintos, o do particular e o da Administração Pública. A esse respeito, citamos a lição de Hely Lopes Meirelles, em distinção única, *verbis*:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil, e criminal, conforme o caso (...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES, 1993: 82-83).

A recepção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica mostra-se, nesse contexto, absurda, expondo alguns – dentre vários – problemas decorrentes da ação administrativa com finalidade de viabilizar uma sanção (para além da pessoa do apenado) a partir da sua incidência.

Lembre-se, ainda, do que dispõe o art. 2º da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo), ao determinar que a Administração Pública deve obedecer a uma série de princípios, dentre os quais se destaca a Segurança Jurídica, *verbis*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação* (grifos nossos).

Percebe-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se concilia, sob qualquer argumento, com sua aplicação direta pela Administração Pública. Não há como harmonizá-la com os princípios norteadores do Processo Administrativo, pois carente de um marco regulatório rigoroso, vinculado aos comandos da estrita legalidade e da segurança jurídica, a fim de impedir, dessa maneira, a flutuação conceitual inerente ao modelo de desconsideração tanto no Direito interno quanto no comparado³.

Vale destacar que a preocupação já se projeta no Legislativo conforme se infere da emenda apresentada ao Projeto do Executivo⁴ que criou a chamada “super-receita”, reforçando, por conseguinte, que a aplicação direta da teoria da desconsideração pela Administração (nesse caso a Fazendária) é de duvidosa legalidade/constitucionalidade. Se não vejamos:

EMENDA N. 94, DO SENADOR NEY SUASSUNA E OUTROS ILUSTRES SENADORES:

A Emenda modifica as atribuições dos Auditores-Fiscais para ressaltar, em sua atuação, que *a desconsideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá sempre ser precedida de decisão judicial.*

Busca-se, com a medida, deixar claro o limite de atuação da autoridade fiscal, que não pode se sobrepor à competência constitucional do Poder Judiciário. Cabe ao Estado-Juiz desconsiderar a personalidade jurídica e reconhecer relação empregatícia. Os efeitos tributários desse reconhecimento, portanto, somente podem surgir após o pronunciamento judicial. A emenda merece ser acolhida (grifos nossos).

Essa hipótese de ato sancionatório viola os consagrados princípios da legalidade e do devido processo legal, sem os quais o indivíduo não teria a menor segurança contra os atos da Administração, especialmente no tocante ao direito tributário ou punitivo em sentido mais amplo.

6.6 A auto-regulamentação administrativa e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica

O princípio da Reserva de Parlamento envolve dois aspectos principais: a reserva de lei formal – mais próxima às garantias do Estado de Direito – e a reserva de competência, que assevera a legitimidade política do órgão legislador como definido na Constituição da República.

Dessa forma, a regulamentação da teoria da desconsideração pela Administração Pública deve estar claramente disposta em lei, aprovada pelo Legislativo, não podendo ser aplicada somente com base em auto-regulação administrativa ou em autorizações legais genéricas, cujo âmbito de incidência, em si mesmo, não pode extrapolar os evidentes contornos até aqui expostos.

Mera autorização genérica, nesse contexto, seria inconstitucional, uma vez que se trata de matéria cuja regulamentação é indelegável ao Poder Executivo e, conseqüentemente, à Administração Pública, conforme disposto no art. 68, § 1º, II, da Constituição da República:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, *direitos individuais*, políticos e eleitorais;

(...)

Dessa forma, revela-se inconstitucional – só para ficar num exemplo – o Decreto n. 2.953/99, que, em seu art. 23, dispõe:

Art. 23. Na aplicação das penalidades previstas neste Decreto, a ANP, ou órgão público conveniado para a fiscalização, poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à indústria do petróleo, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de combustíveis ou ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes da infração apurada.

Com a ausência de lei formal autorizando previamente a Administração Pública a adotar tal atitude, o decreto não tem suporte constitucional no que se refere ao seu art. 23, pois a autorização não está prevista em lei formal e, portanto, não pode ser regulamentada. Não cabe ao decreto, por isso mesmo, a determinação da competência da Administração Pública para esse

tipo de procedimento formal. É um clássico caso de decreto autônomo vedado pela Constituição vigente.

6.7 Conclusão

Apesar da existência de diversas ferramentas para obstar a utilização indevida da personalidade jurídica, o intérprete ainda carece de instrução científica e metodológica, restando-lhe a sedutora – porém perigosíssima – alternativa dos atalhos jurídicos.

É fato notório que a teoria da desconsideração parte de um pressuposto linear segundo o qual o abuso da limitação patrimonial encontra-se estritamente vinculado ao fenômeno da personificação societária, chegando-se mesmo ao equívoco de se conjugar, num único raciocínio, a idéia de desconsideração da personalidade jurídica com o simples inadimplemento de uma obrigação. Toda essa discussão liga-se de maneira íntima aos direitos fundamentais, particularmente no que tange aos direitos da personalidade.

Tal raciocínio encontra respaldo na Constituição da República no que envolve os direitos fundamentais, na medida em que a transferência de responsabilidade é postura incompatível com a noção contemporânea de Direito Regulatório, pois a desconsideração somente poderia ser reconhecida em casos muito excepcionais, mediante norma formal com ampla justificativa na Constituição vigente, o que é, praticamente, impensável em nosso vigente regime jurídico.

Explica-se o raciocínio: mesmo em se tratando dos casos excepcionais, inclusive com previsão legal, não seria cabível a teoria da desconsideração, sendo mais indicada uma modalidade de responsabilidade administrativa ou uma responsabilidade regida por princípios atinentes ao Direito Público, sob pena de lesão a direitos individuais e aos mais básicos pilares do Estado de Direito.

Ademais, a tese aqui defendida encontra refúgio entre os princípios da segurança jurídica e da reserva legal, fazendo

prevalecer a defesa dos direitos individuais contra a excessiva intervenção do legislador delegado.

Com efeito, costuma-se interpretar de maneira divergente o princípio da legalidade, associando-o, muitas vezes pobremente, como se fosse sinônimo da legitimação formal para todo e qualquer arbítrio estatal.

A desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo como um regime geral, quebra toda a estrutura da responsabilidade pessoal no Direito brasileiro. Nesse contexto, revela-se ilegítima (por ausência de razoabilidade e proporcionalidade), a possibilidade genérica de se permitir por meio de lei ordinária que a Administração possa determinar essa medida unilateralmente, sobretudo na ausência de contraditório prévio e/ou Reserva de Jurisdição.

Indispensável ressaltar que, para a correta interpretação de qualquer conceito jurídico, bem como para conter os eventuais abusos que decorram de sua aplicação, o alcance da teoria apresentada está sujeito ao teste dos freios e contrapesos (*system of checks and balances*). Tal sistema é universalmente adotado como instrumento determinante na contenção dos excessos cometidos pelos poderes da República e no equilíbrio necessário que deve haver entre esses mesmos poderes.

Dessa maneira, não se pode admitir que a teoria da desconsideração seja aplicada diretamente pela Administração Pública no âmbito do processo administrativo, isto é, sem o devido processo legal, com a mediação-fiscalização do Poder Judiciário.

A auto-executoriedade dos atos administrativos não é suficiente para validar, acerca do tema discutido, que o Poder Público acuse, arbitre, e, ao final, execute os seus atos contra o administrado, ainda mais sendo a própria Administração Pública parte diretamente interessada na solução da controvérsia (o Estado como parte). Não se trata de uma atividade pública típica, a qual, por isso mesmo, caso exercida, ficará ao sabor das iniciativas individuais dos agentes públicos, ou seja, eles procederão sem uma pauta regulatória fixa-prévia a balizar suas ações.

É essencial perceber que a teoria aqui tratada, quando aplicada diretamente pela Administração Pública, além de inconstitucional, poderá ensejar um intolerável delírio regulatório, criando centenas de hipóteses de abuso de poder. Basta, para tanto, observar o que já se passa com as citadas autuações administrativas no campo previdenciário e trabalhista, cujo fundamento percorre a premissa do reconhecimento do vínculo de emprego, tudo ao largo do Poder Judiciário.

Enfim, há evidente risco para a aplicação dessa teoria em virtude da grande zona cinzenta e de incerteza jurídica que decorre dos múltiplos significados que a desconsideração da personalidade jurídica pode revelar, algo incompatível com a legalidade cerrada que, repita-se, protege o indivíduo contra o arbítrio estatal.

Assim é que, se a Administração Pública só pode agir a partir da lei e se esta ao criar uma responsabilidade especial – sob o apelido de desconsideração da personalidade jurídica – nem sempre o faz, forçoso chegar a uma de duas conclusões: a) se a teoria da desconsideração for aplicada sem lei que auxilie a sua incidência violará o princípio da reserva legal prévia, bem como o da reserva de jurisdição; ou b) caso positivada, poderá continuar a violar a prevalência da jurisdição (em sentido estrito), como também se converter á em uma hipótese a mais de responsabilidade administrativa especial, não sendo, em todos os casos, um modelo uniforme de aplicação adequado à necessária segurança jurídica que reclamam os ambientes regulados nas democracias ocidentais.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 20, de 2006, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Relator: Rodolpho Tourinho. Disponível em:

<http://www.senadortourinho.net/parecer/cae/20060629_plc_20_2006_cae.htm>. Acesso em: 3 ago. 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (Coords.). **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HELENO Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (Coords.). **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

NEGRI, Sérgio Marcos C. de A. Repensando a *disregard doctrine*: justiça, segurança e eficiência na desconsideração da personalidade jurídica. *In*: **Temas de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. **Revista dos Tribunais**, ano 58, v. 410, 1969.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *In*: **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas da desconsideração da personalidade jurídica: os limites do art. 135, II e III, do CNT. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (Coords.). **Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

[1](#) Isso quer dizer que tal teoria seria, sempre, inaplicável ao sócio sem poder de controle e participação direta no tido como ato ilícito.

[2](#) Entende-se por eficácia privada dos direitos fundamentais a incidência destes nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, conforme ensina SARMENTO (2004: 245-258).

[3](#) Essa percepção pode ser inferida, também, do texto de Rachel Sztajn, *verbis*: "A dificuldade no trato da teoria da *disregard* é que não há regras precisas para determinar-se quando se reconhece e quando se ignora a separação patrimonial. Assim é que a limitação da responsabilidade é atributo típico, mas não indispensável, de personalidade jurídica. Em verdade, diz Galgano, tudo é feito a discricionariedade do legislador e da jurisprudência; tudo repousa sobre idéias de conveniência e de equidade, justificadas nos casos específicos" (Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, **RT**, ano 88, v. 762, p. 81-97, abr. 1999).

[4](#) Sobre essa matéria, *vide* a preocupação dos senadores Rodolpho Tourinho, Ney Suassuna e outros, expressada na Emenda n. 94 apresentada em relação ao Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 20/2006, de autoria do Poder Executivo, (originalmente, n. 6.272/2005), que cria a "super-receita" (cf. SUASSUNA, Ney et al.

Emenda n. 94. *In*: BRASIL. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 20, de 2006, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Relator: Rodolpho Tourinho. Disponível em:

<http://www.senadortourinho.net/parecer/cae/20060629_plc_20_2006_cae.html>
, acesso em: 3 ago. 2006).

7 ACORDO DE QUOTISTAS

Larissa Teixeira

Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVLAW, mestre em Direito pela PUC/SP, mestre em Direito-LL.M pela U.C. Berkeley, doutoranda em Direito pela PUC/SP, professora de Direito Empresarial na FAAP, advogada em São Paulo.

7.1 Introdução

Nas últimas décadas, o crescente desenvolvimento econômico pelo qual muitos dos países emergentes têm passado – dentre eles o Brasil –, aliado principalmente ao fenômeno da globalização, vem interferindo de forma incisiva e positiva na realidade empresarial do País, ocasionando uma série de processos societários, as já conhecidas privatizações, fusões, aquisições e incorporações de empresas. Essa nova realidade tem feito com que haja uma sistemática pressão sobre o Legislativo brasileiro no sentido de promover ajustes, além de buscar soluções e adequações normativas, dentre elas a edição de novos diplomas legais, como o atual Código Civil, as alterações às Leis das S/A e a reforma do Código de Processo Civil, tornando a matéria de suma importância e em constante debate, vista sob esses novos prismas.

Nesse sentido, o presente artigo tem como finalidade analisar o acordo de quotistas na sociedade limitada, o qual pode ser definido como “Pacto parassocial bilateral ou plurilateral ligado à organização e funcionamento da sociedade” (BULGARELLI, 1995, p. 44). O acordo de quotistas é amplamente utilizado para organização das relações entre sócios, sendo mecanismo importante para a

estruturação dos direitos e obrigações destes ao longo da existência da sociedade limitada, principalmente se considerarmos o já citado cenário econômico nacional, bem como o grande número existente dessas sociedades, sendo esta a forma de sociedade empresária predominante no Brasil atual. Não obstante sua importância, os acordos de quotistas não estão expressamente previstos na legislação. Para tanto, torna-se imprescindível uma análise prévia dos pactos parassociais, nos quais se inserem os acordos de quotistas, e em seguida passaremos a estudar a composição de tais pactos.

Mais adiante busca-se a fundamentação para aplicação da Lei das S/A nos acordos de quotistas, seja pela possibilidade de previsão expressa no Estatuto, seja pela aplicação por analogia, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil. Analisar-se-á, ainda, os aspectos formais e os procedimentos a serem adotados para a tomada de decisões.

Adicionalmente, estudaremos a arbitragem como forma de resolução de conflitos advindos dos acordos de quotistas e, ao final, a aplicação da execução específica sob a luz da nova sistemática do Código de Processo Civil.

Em suma, esses serão os tópicos que conformarão a estrutura do presente trabalho, constituindo ao mesmo tempo a sua formatação e conteúdo.

7.2 Pactos parassociais

Inicialmente, interessante que se faça uma análise sobre a natureza contratual dos pactos parassociais. Embora o tema seja amplamente debatido e não totalmente pacífico na doutrina, acompanhamos o entendimento de que tais acordos possuem natureza contratual – caracterizam-se pelo fato de sua autonomia formal em relação aos atos constitutivos ou estatutos da sociedade – respeitando os princípios de normas aplicáveis à disciplina jurídica dos contratos, além de produzir efeitos no âmbito social, com

eficácia limitada, de início, às partes que os celebram (COMPARATO, 1983, p. 161). Assim, ainda que existam matérias em comum entre eles, os pactos serão sempre acessórios, autônomos e não societários (CREUZ, 2007, p. 45-47).

A acessoriedade dos pactos parassociais decorre do fato de que sua eficácia depende da permanência dos sócios que o celebraram no capital social da empresa, e que esta exista. Assim, se a sociedade for extinta, sofrer falência ou liquidação, ou mesmo se houver morte, cessão ou exclusão dos sócios signatários, os pactos parassociais perderão sua razão de ser (CREUZ, 2007, p. 46).

Nesse sentido, os pactos parassociais possuem autonomia formal em relação aos atos constitutivos ou contrato social, e coligação funcional com este último, e são celebrados para produzir efeitos na esfera social (BARBI FILHO, 2001, p. 35).

Fábio Konder Comparato ensina que a autonomia formal decorre do fato de que os pactos parassociais são "livres quanto à forma, devendo respeitar os princípios contratuais esculpidos no nosso ordenamento jurídico". Tais acordos não possuem existência obrigatória, vinculam-se à sociedade apenas após averbados e registrados, e desde que deliberem sobre o conteúdo de direitos e obrigações vinculados à sociedade (1983, p. 161).

Embora independentes e sem formalidades, os pactos parassociais não têm poderes para alterar quaisquer relações sociais contratadas por estatuto ou contrato social; "podem apenas modificar as relações entre as partes, em certos casos com força vinculante para a sociedade" (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 96).

Conforme exposto, a eficácia dos pactos parassociais está vinculada à autorização legal. Assim, nos termos do art. 104 do Código Civil, a validade do contrato depende de: (a) agentes capazes; (b) objeto lícito, possível, determinado e determinável; e (c) forma prescrita ou não defesa em lei, que, conforme será mais bem discutido abaixo, é aquela fixada na Lei das Sociedades Anônimas, especificamente em seu art. 118¹.

Outra característica relevante dos pactos parassociais é a sua natureza plurilateral, podendo compor o pacto todos os acionistas de

determinada sociedade ou apenas parte deles, sendo, ainda, um contrato aberto, já que é possível o ingresso de novos signatários, bem como a saída de outros (ASCARELLI, 1999, p. 372-472).

Entretanto, para Modesto Carvalhosa, que possui posição distinta, a natureza dos pactos parassociais não é sempre plurilateral, uma vez que há contratos com natureza bilateral ou mesmo unilateral. Determina que os contratos de voto são permeados de natureza parassocial e plurilateral, enquanto nos acordos de bloqueio apenas possuem natureza bilateral, pois identificam interesses conflitantes entre as partes (2003, p. 511-573).

Cumprir informar que a motivação dos sócios para firmarem um pacto parassocial é devido a seu caráter personalíssimo; os signatários desses pactos geralmente possuem algum tipo de *expertise* relacionada ao objeto da sociedade, ou seja, a participação deles na sociedade vai além da mera injeção de capital, daí a necessidade de regulamentação dessas relações.

Nesses termos, concluímos que é possível definir a natureza do pacto parassocial como negócio jurídico de natureza contratual fundada nas obrigações, formal, cujo objeto será a regulamentação das relações de sócios de determinada sociedade, e a interpretação deverá complementar o quanto disposto nos documentos societários da sociedade empresária com caráter *intuitu personae* entre seus signatários.

7.2.1 Partes do pacto parassocial

O pacto parassocial terá validade e eficácia desde que firmado entre sócios ou acionistas capazes², independentemente do valor da participação na sociedade, com objeto lícito e possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa na Lei das Sociedades Anônimas.

No que tange à capacidade, os sócios ou acionistas devem preencher os requisitos da capacidade civil ou estar devidamente representados ou assistidos. Já as pessoas jurídicas, pelo representante legal constituído no contrato ou estatuto social devidamente registrado.

Os pactos parassociais apenas podem ser firmados entre sócios ou acionistas, não admitindo o ordenamento jurídico brasileiro a celebração de tais acordos entre sócios ou acionistas com terceiros. A sociedade tampouco poderá celebrar pactos sociais, podendo apenas figurar como interveniente anuente (LEÃES, 2004, p. 1372). Igualmente, não possui eficácia o pacto social firmado com o administrador que não seja sócio ou acionista (BARBI FILHO, 2001, p. 39).

Não obstante o entendimento de que a sociedade não poderá ser parte do pacto parassocial, reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça entendem que esta deve compor o pólo passivo em eventual ação visando a execução das obrigações ali contraídas, conforme voto da Ministra Nancy Andriighi³:

Alega violação, em síntese, ao artigo 118 da Lei n. 6.404/76 (Lei das sociedades anônimas) e aos artigos 3º, 6º e 267, VI, todos do CPC; porque a sua legitimidade passiva *ad causam* somente passaria a existir no momento em que se recusasse a cumprir o acordo de acionistas, depois de seu exame e ratificação pela assembléia geral, o que não teria ocorrido na espécie.

Todavia, a legitimidade passiva na ação em que se busca o cumprimento de acordo de acionistas *é da parte inadimplente e da companhia. Aquele, porque deu causa à ação, e esta porque terá que suportar os efeitos da decisão*⁴.

7.2.2 Objeto do pacto parassocial

Nos termos do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas (aplicável aos acordos de quotistas), os acordos de acionistas devem conter disposições sobre: a) compra e venda de ações; b) preferência para aquisição; c) exercício do direito a voto; e d) exercício do poder de controle. A presente lei previu expressamente a possibilidade de celebração de pactos parassociais, tal qual o

acordo de acionistas e o acordo de quotistas, em relação às matérias antes elencadas. Entretanto, nada obsta que os sócios de determinada sociedade ampliem o objeto do acordo para outras matérias, inclusive com a extensão dos mecanismos de proteção estabelecidos pelos demais parágrafos do art. 118 para o cumprimento de tais acordos, conforme será mais bem discutido em item pertinente.

Nesse sentido, o objetivo dos pactos parassociais é regular o interesse dos sócios e acionistas da sociedade. Conforme Fran Martins determina, "o acordo entre acionistas visa sobretudo orientar o direito de voto nas Assembléias Gerais, podendo, também, regular as aquisições ou venda das ações por parte dos contratantes" (1995, p. 370).

A finalidade do pacto social é regular situações de poder, com interesses convergentes tanto do grupo controlador como do grupo dos minoritários, por meio de um contrato. O primeiro grupo visa manter o controle da companhia, já o segundo une-se para alcançar um poder que individualmente jamais teria (PEREIRA, 1995, p. 36 e 37).

No ordenamento jurídico brasileiro, os pactos parassociais são divididos em dois tipos, a saber: (i) acordos de bloqueio ou patrimoniais, que versam sobre a compra e venda de ações ou preferência em adquiri-la; e (ii) acordos de voto ou políticos, os quais dispõem acerca do exercício de direito de voto (RAYES, 2003, p. 120).

7.2.3 Acordo de bloqueio

Acordos de bloqueio, conforme elucidação pertinente de Luiz Rodolfo Cruz e Creuz, "são aqueles que visam estabelecer restrições em relação à transferência das quotas ou ações objeto do acordo, trata-se de proteção estabelecida contratualmente, em que os signatários se comprometem a não alienar as ações sem o consentimento e renúncia ao direito de preferência dos demais" (2007, p. 66).

Digna de nota é a menção de Modesto Carvalhosa, ao informar que os acordos de bloqueio acabam também por aumentar substancialmente a eficácia do acordo de voto, já que com as restrições impostas impede-se o desvirtuamento, ou melhor, o esvaziamento da finalidade de mando (controle) ou de defesa objetivada na convenção de voto constante do mesmo contrato, ou de outro. Não obstante, não é contrato oneroso (2003, p. 559).

Ainda, na mesma esteira de raciocínio do citado autor, é possível concluir que os acordos de bloqueio são de natureza bilateral, atos *inter vivos*, e visam a regulamentar a negociabilidade das quotas ou ações dos signatários do acordo.

7.2.4 Acordo de voto

O acordo de voto tem por objetivo regulamentar os direitos políticos das partes contratantes, além de destinar-se a garantir o interesse do grupo que o celebrou nas assembleias da sociedade, seja ele o dos minoritários ou do grupo controlador, bem como garantir a eleição dos integrantes do acordo nos órgãos colegiados da sociedade. Tais interesses devem ser compatíveis com o interesse social ou serão nulos por sua ilicitude (CREUZ, 2007, p. 68).

Ainda, sob a luz e orientação do mesmo autor, o acordo de voto ocorre em duas etapas: na primeira tem-se a uniformização do interesse do grupo signatário do acordo; na segunda, a tomada dos votos em assembleia. Na primeira etapa, as partes se apresentam em uma reunião, que ocorre em momento anterior à realização da assembleia geral, ou reunião da sociedade. Tal reunião prévia recebe o nome de "pré-assembleia", cujo objetivo é decidirem como votarão na assembleia geral (2007, p. 68). Vinculados pela decisão da pré-assembleia, que ocorre nos termos do estipulado no acordo, os votos poderão ser de mando, de defesa, e de veto.

Quando as partes do acordo de veto estipularem que votarão de maneira uniforme, visando aprovar ou reprová-la determinada matéria, diz-se que o acordo é de veto. Entretanto, se as partes buscarem, por meio de união de voto, criar mandamentos positivos ou negativos, visando o controle da sociedade, o acordo será de

mando. Por fim, os acordos de defesa são pactos destinados a proteger os interesses do grupo minoritário da sociedade (CREUZ, 2007, p. 69).

7.2.5 Vigência e rescisão

Os acordos podem ter dois tipos de vigência, por prazo determinado e indeterminado. Os acordos por prazo indeterminado requerem da existência de justa causa para a denúncia unilateral; já conforme os tribunais, a rescisão unilateral de acordo por prazo indeterminado é impossível.

Nos contratos por prazo determinado, vigora o princípio geral do direito privado, que admite tudo aquilo que não é defeso em lei, ou seja, não existe a obrigação de fixar um prazo ao acordo. A rescisão, entretanto, será admissível se motivada em justa causa superveniente (BARBI FILHO, 2001, p. 51-54).

Na visão de Carvalhosa, nos acordos de voto se aplica a dissolução e não a rescisão, uma vez que não se pode verificar uma cláusula resolutiva tácita, representada pelo não-cumprimento do acordo por uma das partes. Logo, reconhece Carvalhosa, a quebra da *affectio* do acordo é a causa necessária da dissolução. Entretanto, para os acordos de bloqueio, entende que a natureza neles é a bilateral clássica, portanto resolvem-se por meio de cláusulas resolutivas implícitas (2003, p. 555-557).

7.3 Acordo de quotistas na sociedade limitada

A sociedade limitada, conforme estatística do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC)⁵, é o tipo jurídico de sociedade mais utilizado no Brasil por diversos motivos de conveniência, dentre eles a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade.

Entretanto, existem normas não pertencentes especificamente à sociedade limitada, mas, se utilizadas por esta, podem viabilizar o

aumento na produção e circulação de bens, mercadorias e serviços, o que, conseqüentemente, propiciariam um aumento no dinamismo da sociedade e na produção de riquezas. “Neste ponto, surge a figura do acordo de quotistas para contrabalançar e regular as relações havidas no interior desta sociedade” (MUNHOZ, 2002, p. 211). Cumpre destacar que há previsão expressa da regência supletiva da sociedade limitada pela sociedade anônima no parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil, desde que o contrato social daquela sociedade assim o preveja.

Desse modo, as sociedades limitadas, que prevêm em seus contratos a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas, podem recorrer ao acordo de quotistas, o qual terá validade fundamentada no art. 118 da citada lei, além de fixar sua oponibilidade perante a sociedade e terceiros, uma vez cumpridos os requisitos formais previstos no *caput* do art. 118 e § 1º, ou seja, arquivados na sede e averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

No caso das sociedades limitadas, estas não possuem livros de registro, tampouco certificados, assim, para que o acordo de quotistas tenha validade perante terceiros, é necessário o arquivamento do documento na Junta Comercial, como documento de interesse da sociedade⁶.

Entendemos que o art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas é igualmente aplicável às sociedades limitadas, em que não há previsão expressa no contrato social, nos termos do art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil, porém sendo a fundamentação para tanto as normas de hermenêutica jurídica, em especial o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

É fundamental destacarmos que, com o desenvolvimento da economia brasileira, cada vez mais crescem as sociedades limitadas com atividades de grande porte e significativa quantidade de sócios. Para tanto, basta que se analisem as normas existentes no Código Civil específicas à realização de assembléia nos casos em que as sociedades limitadas possuírem mais de dez sócios⁷. É evidente que, em tais situações, a sociedade limitada mais se assemelha às

sociedades anônimas do que às sociedades simples propriamente ditas.

Ademais, a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas implica trazer uma segurança jurídica maior, tendo em vista a jurisprudência já desenvolvida pelos tribunais pátrios em relação a vários aspectos outrora considerados polêmicos, o que já não mais ocorre com a vigência do atual Código Civil, em que pese sua interpretação estar sendo ainda desenvolvida pelos tribunais⁸. Portanto, concluímos pela aplicação do art. 118 para disciplinar os acordos de quotistas.

7.3.1 Reunião prévia

As deliberações decorrentes do acordo de quotistas podem ocorrer de diversas formas, entretanto, a mais utilizada, devido a sua eficaz adaptação às normas do direito societário, é a sistemática das reuniões prévias (CARVALHOSA, 2003, p. 525-530).

Ainda na esteira do entendimento de Modesto Carvalhosa, a organização, estrutura, forma de convocação e sistemática de deliberação devem, necessariamente, constar do documento instituidor do pacto parassocial. Dessa forma, deverá o acordo prever como serão convocadas as reuniões prévias, a estrutura de instalação de um pleito deliberativo deste porte, as matérias e formas de voto e a apuração da vontade das partes signatárias do pacto. É a reunião prévia que irá unificar a vontade de seus participantes, no sentido de posterior exteriorização do acordo de votos (2003, p. 527).

No que concerne à validade das referidas reuniões prévias, é fundamental que estas sejam convocadas conforme estabelecido no acordo; se houver vício na convocação da reunião prévia, suas deliberações serão ineficazes. Assim, se os quotistas decidirem realizar uma reunião prévia, esta deverá ser devidamente convocada por edital, o qual informará os assuntos que serão deliberados. A convocação deverá ocorrer nos termos do contrato social ou das normas do Código Civil e previamente às assembléias ou reunião de quotistas (CREUZ, 2007, p. 104).

A estrutura da reunião de quotistas deverá assemelhar-se as assembléias existentes no nosso ordenamento jurídico. Assim, deverá ser revestida de todas as formalidades, incluindo a lavratura e o registro da ata no órgão competente (CREUZ, 2007, p. 104).

Com referência às deliberações do acordo de quotistas, o art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas determina que serão objeto de votação dos quotistas, membros do acordo, o exercício do direito a voto ou do poder de controle. Entretanto, os signatários poderão ampliar o objeto de acordo com os interesses da sociedade.

O *quorum* das deliberações tomadas em reunião de quotistas podem ser por maioria de votos ou por unanimidade. Todavia, há que estabelecer a unanimidade nas deliberações com cuidado, já que a falta de uma posição unânime entre estes poderá implicar a obrigação de reprová-la na assembléia de quotistas visando a manutenção do *status quo ante*, ou na obrigação de se abster da referida votação, o que aumentará o peso dos quotistas não signatários na assembléia correspondente.

7.3.2 Transmissão do voto deliberativo

Nos termos do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, os acionistas vinculados ao acordo de acionistas deverão indicar, no ato do arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas. Nesse sentido, nas cláusulas do acordo de quotistas deverá constar o nome do representante desse acordo, quem prestará todos os esclarecimentos e informações requeridos pela sociedade, inclusive quanto à composição acionária de seus componentes e suas alterações. Entretanto, vale ressaltar que tal função não é restrita ao representante, podendo qualquer acionista participante do acordo prestar esclarecimentos à sociedade, direta e individualmente, sobre tudo aquilo que pela lei ou estatuto deva ele informar (CARVALHOSA, 2003, p. 537).

Além da competência do representante de prestar esclarecimentos à sociedade quanto ao acordo de quotista, este poderá, nos termos no § 7º do art. 118, receber a outorga de

mandato, para proferir, em assembléia geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação (CREUZ, 2007, p. 109). Ademais, o representante tem o dever de comparecer a reuniões ou assembléias da sociedade, seja para votar determinada deliberação ou apenas para prestar esclarecimentos para a companhia.

Nos termos do § 8º do referido artigo, o presidente da assembléia geral ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com a infração a acordo de acionista devidamente arquivado. Nesses termos, verifica-se a segurança jurídica de tais acordos, uma vez não computado o voto proferido com infração ao acordo, não significa fazer substituir o acionista em seus direitos e assim votar em seu nome (CREUZ, 2007, p. 109). O § 9º do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas determina que:

O não-comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte do acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e no caso de membros do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

Tal artigo, para Salomão Filho, explicita a importância dos pactos parassociais em relação aos órgãos que compõem a sociedade, no que tange ao exercício de direito de voto e do poder de controle perante a sociedade, e sua relação *interna corporis*, após cumpridas as formalidades da celebração do acordo de quotistas, bem como seu arquivamento na sede da sociedade (2002, p. 106-107). O Código Civil trouxe várias mudanças para a Lei das Sociedades Anônimas no que se refere aos pactos parassociais. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa ensina:

A função desses dispositivos de forma introduzidos pela Lei n. 10.303/2002 é reforçar os meios de coercibilidade do acordo de voto em bloco, de três diferentes maneiras, que vão desde a tutela judicial (art. 118, § 3º), ou arbitral, no caso de acionistas (art. 109, § 3º), passando pela coercibilidade interna corporis, exercida pelo presidente do Conselho de Administração ou da Diretoria (§ 8º), terminando pelo exercício da autotutela, pela comunhão dos controladores acordantes ou por seus representantes nos órgãos de administração, ao ser prejudicada pela ausência ou abstenção de voto de acionista conveniente ou administrador eleitos em decorrência do acordo (2003, p. 358).

Tendo como base os raciocínios levantados, é possível concluir que as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002 estreitou os vínculos decorrentes dos pactos parassociais, como o acordo de quotistas, a sociedade e os administradores eleitos pelos executores do acordo. Assim, cumpridos os requisitos legais dos pactos parassociais, estes serão oponíveis à sociedade, a qual deverá garantir, exigir e impor as decisões estabelecidas pelos membros desses pactos.

Desse modo, constata-se novamente a possibilidade de acordo de quotistas nas sociedades limitadas, o qual deverá ter suas deliberações respeitadas e cumpridas pela sociedade, se legalmente celebrado, e transmitidas pelo comparecimento do representante/mandatário à assembleia deliberativa da sociedade e à administração desta (CREUZ, 2007, p. 112).

7.4 Arbitragem

A arbitragem foi regulada pela primeira vez no Brasil através da Constituição Imperial de 1824, a qual dispunha, no art. 160, sobre o juízo arbitral. Desde os primórdios do Império, a legislação referente à arbitragem sofreu diversas mudanças e avanços. Atualmente é regulada pela Lei n. 9.307/96⁹, que enfatiza a garantia extrajudicial

da solução de controvérsias; pelo Decreto n. 21.187/32, decorrente da adesão do Brasil ao Protocolo de Genebra; pela Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 1975, e ratificada e promulgada no Brasil; e pelo art. 267, VII, do Código de Processo Civil.

A Lei de Arbitragem, conforme basilar entendimento de Luís Rodolfo Cruz e Creuz, “fornece agilidade e segurança aos empresários, sócios, acionistas ou quotistas, tendo em vista a possibilidade da apreciação da questão por pessoas (árbitros) com grande conhecimento técnico e específico sobre o assunto, possibilitando decisões mais técnicas e precisas” (2007, p. 114). Pode ser conceituada como um “mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias”, adequada para “a resolução de conflitos sociais com menor custo e maior agilidade”, evitando, assim, “prejuízos causados por longas demandas judiciais que se ‘arrastam’ por vários anos, o mundo empresarial necessita de agilidade na resolução de disputas” (2007, p. 113).

A aplicação da referida lei tem sido amplamente adotada pelas sociedades, justamente por trazer em seu bojo tais características de rapidez e eficácia, se compararmos, reitere-se, ao Poder Judiciário brasileiro. A sociedade anônima, por ser regulada pela Lei n. 6.404/76, recentemente alterada pela Lei n. 10.303/2001 e amparada na Lei n. 9.307/96 e art. 267, VII, do Código de Processo Civil, tem base legal para utilizá-la na resolução de conflitos decorrentes do Estatuto Social e acordo de acionistas. Tal mecanismo, para ser lícito, deve ser sempre, conforme o art. 4º da Lei n. 9.307/96¹⁰, voluntário¹¹ e formal¹². Por ser formal, deve observar a função social do contrato, que é “princípio pelo qual o contrato cria e assegura direitos e deveres como instrumento de interesse aos contratantes e do interesse social, atendendo às restrições trazidas pelo dirigismo estatal”¹³ (GUILHERME, 2003, p. 40).

O acordo de acionistas, para utilizar tal mecanismo, deve prever explicitamente em suas cláusulas compromissórias¹⁴ a possibilidade da utilização da arbitragem, bem como os limites da aplicação de tal

cláusula¹⁵. Também deve estar explícito quais as partes que podem instituir a arbitragem, conforme disposto no art. 5º da Lei n. 9.307/96¹⁶, sendo certo, ainda, que o mecanismo, uma vez convenionado, “vincula os acionistas que a instituíram para dirimir divergências e litígios entre eles, acionistas compromissados” (CARVALHOSA, 2002, p. 178-179).

No que compete a aplicabilidade da cláusula compromissória de arbitragem no acordo de quotistas, celebrado entres os sócios da sociedade limitada, entendemos que é possível, tendo em vista a aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas, conforme discutido no item 7.3, desde que tal acordo contenha previsão expressa em suas cláusulas a respeito da utilização do instituto da arbitragem e seus limites.

Assim, reitere-se, tanto o acordo de acionistas, quanto o acordo de quotistas podem utilizar o mecanismo da arbitragem, se esse instituto estiver explícito no acordo. Nesse sentido tem-se posicionado reiteradamente o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se verifica, exemplificativamente, no julgado abaixo:

Tutela antecipada – Ação Declaratória – Pretensão de suspender processo arbitral ao fundamento de nulidade do procedimento – Ausência de verossimilhança nas alegações – Matéria que envolve análise e compreensão do Acordo de Acionistas, a reclamar cognição exauriente – Ausência de demonstração de dano efetivo ou mesmo potenciais – Antecipação indeferida – Recurso improvido revogado o efeito suspensivo¹⁷.

O voto condutor proferido no acórdão acima deixou claro que, para utilizar o mecanismo da arbitragem, faz-se necessária “a compreensão e análise do acordo de acionistas” para saber se a sociedade ou os acionistas “têm ou não legitimidade para instaurar esse procedimento”.

No que tange à competência para resolver os litígios de acordo de acionistas e acordo de quotistas (reguladas subsidiariamente pela Lei das Sociedades Anônimas), o Poder Judiciário tem prestigiado, no geral, a vontade das partes em submeter eventuais litígios à arbitragem. É necessário registrar, todavia, que nessa situação o litígio poderá ser analisado pelo Poder Judiciário se, acionado por uma das partes, a outra deixar de argüir a existência da cláusula compromissória na forma do art. 267, VII, do CPC.

Apelação, Cláusula Arbitral, Lei de Arbitragem. Aplicação imediata de sua regra de natureza processual. Extinção do processo sem julgamento do mérito. (...) No mais, de se dizer que, com a alteração do art. 267, VII, do CPC, decorrente da edição da Lei n. 9307/96 (de Arbitragem), o Acordo de Acionista, tanto relativo ao compromisso, quanto à cláusula arbitral passou a ser considerado hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. Impõe-se a resolução do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência da cláusula arbitral, estava em vigor a lei de Arbitragem, mesmo que o contrato seja celebrado anteriormente à sua vigência, pois as normas processuais têm aplicação imediata (REsp 712.566-RJ, 3ª Turma do STJ 18/08/2005). Pelo protocolo de Genebra de 1923 ou pela Convenção de Nova Iorque de 1985, subscritos pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à Arbitragem, afastando a solução judicial. (...) Provimento do recurso para se desconstituir o duto julgado monocrático, resolvendo-se o processo sem julgamento do mérito¹⁸.

Sobre essa apelação, Arnaldo Wald, membro brasileiro da Corte de Arbitragem Internacional da Câmara de Comércio Internacional, emitiu parecer referente ao regime legal da cláusula compromissória e a competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar o litígio a respeito da convenção que a instituiu, a saber:

A cláusula compromissória impede que as partes vinculadas ao contrato, na qual a mesma consta, recorram ao Poder Judiciário. O Tribunal Arbitral é competente para apreciar a validade e os efeitos da convenção de Arbitragem, de acordo com o princípio *Kompetenz-Kompetenz* (competência-competência). A cláusula compromissória tem um aspecto negativo, que impede o Poder Judiciário de apreciar antes deles as questões submetidas à Arbitragem, devendo extinguir todo o processo que trate da matéria e remeter as partes ao Juízo Arbitral. As arbitragens e as decisões do Tribunal Arbitral só podem sofrer o controle do Poder Judiciário do local e da sede da Arbitragem, que se exercerá tão-somente após o proferimento da sentença final, pelos árbitros.

(...)

A recusa em cumprir as determinações decorrentes da cláusula compromissória e a propositura, perante a Justiça brasileira, de ações referentes às matérias contidas no Acordo de Acionistas, caracterizam o *venire contra factum proprium*, por parte dos acionistas signatários do Acordo, evidenciando a sua má-fé por terem infringido a proibição de comportamento contraditório em detrimento da outra parte. É de natureza processual e de aplicação imediata a legislação referente à Arbitragem, que abrange as disposições que determinam a execução específica da cláusula compromissória e as que vedam, ao Poder Judiciário, a apreciação e julgamento das questões submetidas à convenção de Arbitragem, ressaltados os casos de nulidade previstos no artigo 32 da Lei 9.307/96. A renúncia à cláusula compromissória somente se opera se o réu deixar de argüir execução de jurisdição com base no artigo 267, VII, do CPC e abrange, exclusivamente, o litígio submetido à jurisdição estatal, permanecendo a convenção arbitral plenamente válida e eficaz para todos os demais fins. No caso em que a matéria não é abrangida pela cláusula compromissória ou quando seja necessária medida urgente, antes da instauração da Arbitragem, a propositura da ação judicial não importará renúncia a violação a cláusula compromissória¹⁹.

Na mesma linha de raciocínio, a lição do ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior:

Na sistemática primitiva do Código, a cláusula compromissória não obrigava, nem prejudicava, o direito de recorrer à jurisdição, porque se entendia que ninguém poderia ser previamente impedido de recorrer ao Poder Judiciário. Com o novo regime de Arbitragem, instituído pela Lei n. 9.307, basta existir entre as partes a cláusula compromissória (isto é, a promessa de submeter-se ao juízo arbitral) para ficar a causa afastada do âmbito do Judiciário. Esta cláusula funciona, portanto, como o impedimento ao exercício do direito de ação, tornando a parte carecedora da ação por ausência da condição de possibilidade jurídica do respectivo exercício. Se a convenção de Arbitragem é anterior ao processo, impede sua abertura; se é superveniente, provoca sua imediata extinção, impedindo que o órgão judicial lhe aprecie o mérito (2006, p. 346).

A discussão sobre a validade do compromisso arbitral no acordo de acionistas deve ser analisada e julgada pelo Tribunal da Arbitragem, não cabendo ao Poder Judiciário, ao menos em um primeiro momento, a análise da questão. Trata-se da aplicação do princípio *kompetenz-kompetenz*, previsto no art. 8º da Lei n. 9.307/96, para a análise desse mérito.

Nesse sentido, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, a saber:

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à Arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil²⁰.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA ARBITRAL. LEI DE ARBITRAGEM. APLICAÇÃO IMEDIATA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. CONTRATO INTERNACIONAL. PROTOCOLO DE GENEVRA DE 1923.

– Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito.

– Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois as normas processuais têm aplicação imediata. [...] ²¹.

LEI DE ARBITRAGEM – INSTITUIÇÃO JUDICIAL DO COMPROMISSO ARBITRAL – OBJETO DO LITÍGIO – INFRINGÊNCIA A CLÁUSULAS CONTRATUAIS – VALIDADE – AUSÊNCIA DE OMISSÃO.

(...)

III – Tendo as partes validamente estatuído que as controvérsias decorrentes dos contratos de credenciamento seriam dirimidas por meio do procedimento previsto na Lei de Arbitragem, a discussão sobre a infringência às suas cláusulas, bem como o direito a eventual indenização, são passíveis de solução pela via escolhida (...) ²².

Assim, o acordo de quotistas deve utilizar o juízo arbitral para dirimir conflitos, se ele tiver cláusulas compromissórias de arbitragem. Presente tal mecanismo, os quotistas vinculados a tal cláusula deverão necessariamente submeter os litígios ao juízo arbitral, podendo apenas recorrer ao Poder Judiciário em caso de urgência, para requerer eventuais medidas cautelares antes de constituído o Tribunal Arbitral ou, ainda, quando se tratar de situação em que não seja cabível a arbitragem (art. 1º da Lei n. 9.307/96).

7.4.1 Partes vinculadas pela cláusula compromissória

Em princípio a cláusula compromissória vincula apenas as partes signatárias do acordo. Entretanto, existe interessante discussão em relação à participação da companhia que figura como interveniente anuente do acordo.

Arnoldo Wald cita precedente em que o Tribunal Arbitral:

“reconheceu que a empresa em relação à qual tinha sido assinado o acordo de acionistas não era parte no mesmo, não passando de interveniente, podendo ser considerada como objeto a respeito do qual os acionistas decidiram ou até como vítima (do acordo)” (2007, p. 29).

Outro ponto de discussão é a participação no juízo arbitral de sociedades do mesmo grupo econômico, não signatárias do acordo. Essa matéria, também abordada pelo ilustre professor, delinea os precedentes da arbitragem internacional, ressaltando, porém, as diferenças em relação ao direito material da legislação aplicável aos casos citados. De forma resumida, coloca que os tribunais têm ampliado os efeitos da cláusula arbitral para sociedades do mesmo grupo econômico somente quando:

- i) a sociedade tem que ter desempenhado um papel ativo nas negociações das quais decorreu o acordo no qual consta cláusula compromissória;
- ii) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na execução do contrato no qual consta a cláusula compromissória;
- iii) a sociedade tem que ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico (2004, p. 31-59).

Ainda no que se refere à prática internacional, em relação à extensão da cláusula arbitral para sociedades do mesmo grupo econômico não signatárias do compromisso, Wald coloca que, em

sentença proferida nos casos CCI 7604 e 7610, os árbitros esclarecem o seguinte:

Apesar da existência de num grupo de sociedades configurar a primeira condição para a extensão dos efeitos da cláusula compromissória, é ainda indispensável a apuração da real e comum intenção das partes no momento dos fatos ou, ao menos, a do terceiro não signatário, para, assim, se evitar a inclusão artificial na arbitragem de uma pessoa jurídica que não admitiu a cláusula compromissória, nem mesmo de forma implícita (2004, p. 37).

O entendimento à luz do direito brasileiro tende a ser mais formalista, tendo em vista a redação do art. 4º da Lei n. 9.307/96 (WALD, 2004, p. 37), conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto-relator do Ministro Maurício Corrêa:

Tal possibilidade [de submeter litígios à arbitragem], aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante de sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os arts. 4º, 5º e 6º.

Ainda nesse sentido, são os seguintes os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. OFENSA À ORDEM PÚBLICA NACIONAL.

I – O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento.

II – Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida.

III – A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei n. 9.307/96). Precedente do c. Supremo Tribunal Federal.

IV – In casu, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente. Homologação indeferida²³ (grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. SEC – SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ELEIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA PARTE REQUERIDA. OFENSA A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO.

(...)

2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo Arbitral, *uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral.*

3. *A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo Arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem.*

4. No caso em exame, *não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia.*

5. Pedido de homologação a que se nega deferimento²⁴.

Acompanhamos a tendência²⁵ dos tribunais pátrios no sentido de dar uma interpretação mais restritiva à convenção de arbitragem, porquanto ela implica, de certa forma, uma renúncia à garantia constitucional de acesso à Justiça (CF/88, art. 5º, XXXV).

Ainda, há de se ter extremo cuidado para que a inclusão de sociedade membro do mesmo grupo societário não configure, de fato, uma verdadeira desconsideração da personalidade jurídica sem a análise prévia e exaustiva das questões de fato e de direito que envolvem tal negociação.

7.5 Execução específica

Conforme já afirmado, acompanhamos o posicionamento de que os acordos parassociais, tal qual o acordo de quotistas, possuem natureza contratual, fundada no direito das obrigações, já que estabelecem obrigações de fazer e não fazer.

Agostinho Neves de Arruda Alvim ensina, de forma resumida, que “a obrigação vem a ser um vínculo jurídico que subordina uma pessoa a outra pessoa. A que está subordinada terá que dar, fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, obrigação de dar, de fazer ou de não fazer, respectivamente”²⁶. Explica, ainda, que esse vínculo é transitório, temporário; jamais pode ser perpétuo. E a obrigação tem um valor apreciável em dinheiro. Ressalta, também, que o Direito das Obrigações supõe a existência de credor e devedor, estabelecendo-se entre eles a relação jurídica.

O entendimento de que a obrigação era apreciável somente em dinheiro, ou seja, o descumprimento desta poderia ser resolvido em perdas e danos, ao longo dos anos demonstrou ser inadequado para cumprimento dos valores da justiça. Como consequência, o conceito de obrigações sofreu desdobramentos, passou a distinguir-se entre obrigações fungíveis e infungíveis e, dentre as infungíveis, a

diferenciação entre duas espécies distintas: “a material, em que a recalcitrância do devedor não deixa outra alternativa que as perdas e danos, e a jurídica, em que o resultado prático da obrigação de fazer pode ser obtido por atividade independente da exercida pela pessoa do obrigado” (ABBUD, 2006, p. 50).

Sob o aspecto processual, a dificuldade foi superada a partir da aplicação de mecanismos apropriados para assegurar a execução específica de obrigações de fazer e de não fazer no Código de Processo Civil, com destaque para o art. 461²⁷.

Em relação à aplicação da execução específica nos pactos parassociais, o assunto foi previsto expressamente no art. 118, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas: “nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações”.

Tendo em vista a aplicação da Lei das Sociedades Anônimas aos acordos de quotistas, não resta dúvida de que é possível a execução específica de obrigações de fazer ou não fazer estipuladas nos acordos de quotistas. Ainda que a matéria não fosse prevista de forma expressa pelo legislador, as conclusões seriam as mesmas por conta da fundamentação acima.

Merece registro, todavia, a menção de estudiosos do assunto, como o Professor Fábio Ulhoa Coelho, que defende que a execução específica é aplicável apenas às obrigações que versem sobre as matérias elencadas no *caput* do art. 118, visto que as demais devem ser resolvidas por perdas e danos (2003, p. 318).

Em que pese a grande admiração pelo ilustre professor, discordamos da referida posição, pois entendemos que tal posicionamento viria por incentivar o descumprimento dos acordos parassociais, gerando, assim, insegurança nas relações. Ainda, tal interpretação contraria a legislação processual civil brasileira – que busca assegurar ao jurisdicionado a satisfação de toda obrigação de fazer e não fazer *in natura* –, bem como o desenvolvimento da matéria no campo das obrigações, sendo fundamental uma interpretação interdisciplinar para o assunto²⁸. O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou nesse sentido:

(...) A ação em que se busca o cumprimento de acordo de acionistas é regulada pelos atuais arts. 466-A a 466-C, do CPC (antigos arts. 639 a 641, na redação do CPC anterior à Lei nº 11.232/2005), eis que, via de regra, a pretensão é o cumprimento de obrigação de fazer (prestar declaração de vontade, como, e. g., votar na sociedade; ou contratar, como na compra e venda de ações) ou o cumprimento de obrigação de dar coisa certa (como, e. g., entregar ações)²⁹.

Portanto, concluímos pela execução específica para o cumprimento de obrigações estipuladas nos acordos de quotistas, ainda que tais obrigações extrapolem as matérias elencadas no *caput* do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas.

7.6 Considerações finais

A aplicação do acordo de quotistas é acima de tudo uma realidade no atual panorama econômico brasileiro, cuja adequação é de vital importância para as relações empresariais, tendo em vista o crescente desenvolvimento do País nas últimas décadas. A falta de legislação expressa para disciplinar os acordos de quotistas não pode ser interpretada como um obstáculo para a vigência e eficácia de um mecanismo de singular importância para regular as relações entre os sócios de uma sociedade. Lembrando que cabe aos operadores do direito viabilizar a sua existência no nosso ordenamento jurídico por meio das normas de hermenêutica jurídica.

É por isso que defendemos de forma enfática a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas aos acordos de quotistas, pois esse entendimento trará maior segurança aos empresários e investidores, uma vez que o direito deve observar não só a solução de conflitos, mas também privilegiar a criação de incentivos para o desenvolvimento da atividade empresarial.

Nesse contexto, aumenta a importância da aplicação da arbitragem como forma de solução de conflitos advindos dos acordos de quotistas, mesmo porque sua agilidade e eficácia coadunam-se com situações que necessitem de soluções rápidas, como são as relações comerciais. Há de se pensar que uma demanda judicial que se “arrastaria” por anos e anos não sanaria nem seria conveniente em tais casos.

Ainda nesse sentido, é fundamental que a matéria acompanhe o desenvolvimento de outros campos do direito, tal qual a evolução da legislação processual civil brasileira, que busca assegurar toda obrigação de fazer e não fazer *in natura*, tais quais as estabelecidas em acordos de acionistas, por meio da execução específica. Esse entendimento deve ser aplicado não somente às matérias elencadas no *caput* do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, mas a todas as obrigações estabelecidas que possam ser substituídas pela tutela jurisdicional.

Não obstante, sugerimos que o legislador considere a inserção de capítulo próprio das sociedades limitadas no Código Civil, visando disciplinar os acordos de quotistas, tendo em vista a segurança que isso trará ao nosso ordenamento jurídico, sendo importante prever de forma clara os requisitos (i) formais para vigência em relação à companhia e terceiros, (ii) a aplicação da execução específica a todas as obrigações de fazer e não fazer, objeto de tais acordos; (iii) as formas de rescisão, inclusive por perda do *affectio societatis*; e (iv) a possibilidade de aplicação de arbitragem para resolução de conflitos, desde que o acordo contenha cláusula arbitral, bem como as partes que poderão compor o júízo arbitral.

Certamente, a partir do momento em que tais normas estejam regulamentadas e consolidadas no nosso ordenamento jurídico, isso em muito contribuirá para agilizar e impulsionar com mais vigor a economia nacional, propiciando a devida segurança nas transações comerciais, melhorando consideravelmente a imagem do Brasil como pólo favorável para alocação de recursos. É preciso deixar claro que, além da maximização da relação investimento/retorno, a visão do

mercado globalizado está voltada também para a questão da estabilidade econômica, segurança e proteção legislativa.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André A. C. **Execução específica dos acordos de acionistas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Sociedade de responsabilidade limitada**, São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.

BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 40, n. 121, nova série, jan./mar. 2001.

_____. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BARRETO, Celso de Albuquerque. **Acordo de acionistas**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERTOLDI, Marcelo. **Acordo de acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. 3. ed. Barueri/SP: Manole, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. Anotações sobre o acordo de quotistas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 98, abr./jul. 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentário a Lei das Sociedades Anônimas**: Lei 6.404/76 com modificações da Leis n. 9.547/97 e n. 10.303/2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Cláusula compromissória estatutária**: reforma da Lei das Sociedades Anônimas. São Paulo: Forense, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. rev., atual. e corr. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. **Acordo de quotistas**. São Paulo: IOB-Thomson, 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**: Lei n. 9.307, de 23.09.1996. Comentários e críticas de acordo com as Leis n. 10.303/2002, n. 10.358/2001, n. 10.406/2002 e Decreto n. 4.311/2002. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Acordo de acionistas. *In*: **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Pareceres**. São Paulo: Singular, 2004.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Acordo de acionistas: contrato plurilateral. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, n. 29, jan./jun. 1988.

MIRANDA, Edson Antonio. **Execução específica de acionistas**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Contribuições para a revisão do modelo societário**. 2002, 190 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, USP-Universidade de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do poder do controle acionário**. São Paulo: Saraiva, 1995.

RAYES, Maria Graziela Malouf Cury. **Direitos dos acionistas minoritários**: uma perspectiva à luz da Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Textonovo, 2003.

ROCHA, Eduardo Augusto Franklin. **Acordo de quotistas nas sociedades limitadas**. Direito societário na atualidade. Aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. reformulada. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZTAJN, Rachel. Acordo de acionistas. *In*: SADDI, Jairo et al. **Fusões e aquisições**: aspectos jurídicos e econômicos. São Paulo: IOB-Thomson, 2002.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, Tavares. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

WALD, Arnaldo. Sociedade limitada. Necessidade de provação do quotista na transferência de quotas. Direito de bloqueio. Direito do sócio remanescente de não subscrever o acordo de quotistas com o adquirente de quotas de outro sócio. Quebra da *affectio societatis* e conflito de interesses. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o Poder Judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. Foro competente (Parecer). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 27, ano 8, jan./mar. 2005.

_____. Arbitragem e o direito societário (II) Casos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, jul./set. 2007.

_____. A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, maio/ago. 2004.

_____. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 12, jan./mar. 2007.

1 "Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, igualmente conhecidas e reconhecidas como Sociedades Anônimas.

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembléia geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutive, somente pode ser denunciado segundo suas estipulações.

§ 7º O mandato outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembléia geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1º do art. 126 desta Lei.

§ 8º O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

§ 9º O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissor e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

§ 10. Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas.

§ 11. A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas.”

A referida lei está disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6404consol.htm>>, acesso em: 12 mar. 2008.

2 “Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”

A referida lei está disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>, acesso em: 12 mar. 2008.

A referida lei está disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>, acesso em 12 mar.

2008.

³ Cf. BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 187. No mesmo sentido, BERTOLDI, Marcelo. **Acordo de acionistas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 174.

⁴ Recurso Especial n. 784.267-RJ (2005/0159503-0).

⁵ Os referidos dados estão disponíveis em: < <http://www.dnrc.gov.br>>, acesso em: 20 fev. 2008.

⁶ O arquivamento do documento na Junta Comercial implica a conferência de validade *erga omnes* ao documento, ainda que não se entenda pela aplicação do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, mas pela publicidade dada ao ato, nos termos da Lei de Registros Públicos. Nesse sentido também se posiciona Eduardo Augusto Franklin Rocha em **Acordo de quotistas nas sociedades limitadas. Direito societário na atualidade. Aspectos polêmicos**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁷ Cf. "CC, art. 1072, § 1º A deliberação em assembléia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez".

⁸ Modesto Carvalhosa acompanha esse entendimento: "Porém, pode ocorrer de a limitada ter um modelo com estrutura mais próxima à da anônima, adotando, por exemplo, a divisão de seu capital em quotas preferenciais e ordinárias e a criação de um Conselho de Administração e, ao mesmo tempo, deixar de optar expressamente no contrato social pela adoção das regras da Sociedade Anônima como lei supletiva. Nesse caso, ter-se-ia, pela letra do art. 1.053, de recorrer às disposições da sociedade simples, que nada diz sobre as matérias especificamente mencionadas. Parece-nos claro, nesses casos, que ao intérprete caberá o recurso à Lei de sociedades anônimas. E essa aplicação da Lei do Anonimato dar-se-á pelo reconhecimento de que a verdadeira intenção das partes (art. 112 do Código Civil de 2002) era optar pela regência supletiva das Sociedades Anônimas, formatando sua sociedade com características de uma sociedade de capitais, ou por analogia (Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), diante da lei supletiva" (**Comentários ao Código Civil**, 2003, p. 44). Ainda, complementando seu raciocínio: "[...] são plenamente aplicáveis às sociedades limitadas as regras da Sociedade Anônima no que respeita, sobretudo, à sua estrutura organizacional, aos direitos, deveres e responsabilidade dos administradores – por exemplo, as

regras de organização e funcionamento dos órgãos da administração – bem como aquelas que regem os pactos parassociais, como o acordo de acionistas” (**Comentários**, cit., p. 45).

9 Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

A referida lei está disponível em: <<http://www.mediarvi.com.br/docs/lei9307.pdf>>, acesso em: 25 mar. 2008.

10 “Lei n. 9.307/96, art. 4º: A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à Arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a Arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

11 Se a arbitragem fosse obrigatória, vários direitos, inclusive cláusulas pétreas, seriam violados, como o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito” (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**, 3. ed., Baueri-SP: Manole, 2006).

12 Arbitragem formal é aquela em conformidade com a função social do contrato, escrita, referente a direitos patrimoniais e de acordo com o princípio do devido processo legal.

13 Dirigismo estatal é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico-contratual mediante a aplicação e a emissão de norma de ordem pública, o atendimento aos bons costumes relativo a moralidade social, a adoção de revisão judicial dos contratos, alterando-os, estabelecendo-lhes condições de execução, ou mesmo exonerando a parte lesada, conforme circunstância, fundando-se na boa-fé e na supremacia do interesse público.

14 Art. 4º da Lei n. 9.307/96, antes mencionada.

15 “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de Arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

[16](#) "Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem."

[17](#) Agravo de Instrumento n. 482.719-4/2 da Comarca de Pirassununga, Tribunal de Justiça de São Paulo.

[18](#) Apelação Cível n. 25.140/2007, 16ª Câmara Cível do Rio de Janeiro.

[19](#) WALD, Arnaldo. O regime legal da cláusula compromissória. Competência exclusiva do Poder Judiciário do local da sede da arbitragem para apreciar litígios a respeito da convenção que a instituiu. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 12, p. 190, jan./mar. 2007.

[20](#) Recurso Especial n. 612.439-RS, em 25-10-2005, Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma do STJ.

[21](#) Recurso Especial n. 712.566/RJ, Ministra Nancy Andrighi, **DJ** de 5-9-2005.

[22](#) Recurso Especial n. 450.881/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, **DJ** de 26-5-2003, p. 360.

[23](#) STJ, Corte Especial, SEC 866, Rel. Min. Felix Fischer, **DJ** de 16-10-2006.

[24](#) STJ, Corte Especial, SEC 967, Rel. Min. José Delgado, **DJ** 20-3-2006.

[25](#) A posição atual dos tribunais superiores tem sido nesse sentido, entretanto, considerando as mudanças recentes ocorridas em tais tribunais, não é possível afirmar que essa posição será consolidada.

[26](#) Palestra proferida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1974.

[27](#) "Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente."

A referida lei está disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>, acesso em 28 mar. 2008.

[28](#) Igual posicionamento é o de André A. C. Abbud: “Tal posição choca-se frontalmente com a promessa constitucional de tutela efetiva e adequada a quem tem um direito (CF, art. 5º, inc. XXXV), que no caso de que se trata resolve-se na tutela substitutiva da declaração de vontade (CPC, arts. 639-641). Além disso, nem a Constituição Federal nem a lei processual – e tampouco a lei societária, como parece sugerir aquele autor (art. 118, § 3º) – fazem qualquer distinção quanto a essa ou aquela modalidade de obrigação para o oferecimento da tutela específica, razão pela qual não é dado ao intérprete fazê-la (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*)” (2006, p. 114).

[29](#) Recurso Especial n. 784.267-RJ (2005/0159503).

8 SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

María del Pilar Galeote Muñoz

*Doutora em Direito Empresarial,
professora do IE LAW SCHOOL,
Instituto de Empresa, Madri.*

8.1 Concepto

La Sociedad de Responsabilidad Limitada (en adelante, "SRL"), está regulada en el ordenamiento jurídico español en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, (en adelante "LSRL"), así como en la legislación de desarrollo de la anterior. Al igual que la Sociedad Anónima (en adelante, "SA") es uno de los tipos societarios más utilizados en el ordenamiento español al ser un tipo social que limita la responsabilidad de los socios, rasgo característico de las sociedades capitalistas, y además participa de algunos de los caracteres de las sociedades personalistas en relación con una mayor libertad de organización interna.

El artículo 1 de la LSRL establece que este tipo social es aquel en el que el capital está dividido en participaciones sociales y se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales. En su denominación deberá figurar la expresión "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o sus abreviaturas "S.L." o "S.R.L", no pudiendo tener una denominación idéntica a la de otra sociedad ya existente. Se considera una sociedad mercantil, sin perjuicio del objeto social que tenga, y su

capital social no podrá ser inferior a 3.000 euros y deberá estar desembolsado totalmente desde el momento de la constitución. Además, este capital social deberá estar dividido en participaciones sociales que serán indivisibles y acumulables y atribuirán a todos los socios los mismos derechos con excepciones que se establecen en la LSRL. Estas participaciones sociales no pueden llamarse acciones, como en la SA, no tienen el carácter de valores ni pueden estar representadas por medio de títulos ni de anotaciones en cuenta.

Se considera además que todas las SRL que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar donde se hubieran constituido, serán españolas y se regirán por la LSRL (artículo 6 LSRL). Deberán tener su domicilio en España las sociedades de responsabilidad limitada cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio. El domicilio de estas sociedades debe fijarse dentro del territorio español en aquel lugar donde se encuentre el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación. Las SRL podrán abrir sucursales en cualquier lugar de España o en el extranjero.

Una característica muy importante de este tipo de sociedades es que no pueden emitir obligaciones ni garantizar la emisión de las mismas u otros valores negociables agrupados en emisiones.

8.2 Constitución de la SRL

Las SRL necesitan para su constitución de escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Sólo con la inscripción la SRL adquirirá personalidad jurídica (artículo 12 LSRL). El Registro Mercantil donde se presente a inscripción la escritura debe ser el del domicilio social, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha del otorgamiento. Los fundadores y los administradores responderán solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación (artículo 15 LSRL).

La escritura de constitución se debe otorgar por todos y cada uno de los socios fundadores, personalmente o por medio de representante, quienes han de asumir la totalidad de participaciones sociales en las que se divide el capital social. La escritura de constitución debe contener (artículo 12 LSRL):

- a) La identidad del socio o socios.
- b) La voluntad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada.
- c) Las aportaciones que cada socio realice y la numeración concreta de las participaciones sociales asignadas en pago.
- d) Los estatutos de la sociedad.
- e) La determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en el supuesto de que los estatutos prevean diferentes posibilidades.
- f) La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración de la sociedad y de la representación social.

En la escritura los socios podrán incluir todos los pactos y condiciones que estimen conveniente establecer, siempre que no sean contrarios a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada.

En los estatutos de la SRL se debe hacer constar, al menos:

- a) La denominación de la sociedad.
- b) El objeto social, determinando las actividades que lo integran.
- c) La fecha de cierre del ejercicio social.
- d) El domicilio social.
- e) El capital social, las participaciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.
- f) La forma o formas en que se organiza la administración de la sociedad.

La SRL deberá comenzar su actividad en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución, salvo que otra cosa se haya establecido en los estatutos; si bien nunca podrán fijar una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura salvo en los casos de transformación de la sociedad.

8.3 Aportaciones sociales

En las SRL sólo podrán ser objeto de aportaciones sociales los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. No podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. Además, todas las aportaciones se consideran realizadas a título de propiedad, salvo que expresamente se establezca otra cosa.

Las aportaciones deben ser realizadas en moneda nacional. Si fuera hecha en moneda extranjera, es establecerá el equivalente en euros. Dichas aportaciones deberán acreditarse mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito y ante el Notario autorizante. Para el caso de que las aportaciones realizadas sean no dinerarias deberán describirse las aportaciones realizadas.

Los fundadores, los socios que lo fueran en el momento de acordarse el aumento de capital, en su caso, y quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura. La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación.

8.4 Régimen de las participaciones sociales

En las SRL el capital social está dividido en participaciones sociales. Tanto para la transmisión como para la constitución de un derecho real de prenda sobre las mismas es necesario documento público. La constitución de cualquier otro derecho real sobre las mismas deberá hacerse constar en escritura pública. En los casos de

transmisión de las participaciones, el adquirente de las mismas podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o, en su caso, de la constitución del gravamen sobre las mismas.

La SRL debe llevar un libro registro de socios donde se hará constar tanto la titularidad originaria como las diferentes transmisiones sobre las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales o gravámenes sobre las mismas. La llevanza del Libro registro le corresponde al órgano de administración. Todos los socios así como los titulares de derechos reales o gravámenes sobre las participaciones sociales podrán solicitar una certificación de las mismas o de los referidos derechos.

Hasta la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, o en su caso, del aumento de capital social, no podrán transmitirse participaciones sociales.

Las participaciones sociales pueden transmitirse por actos *inter vivos* y libremente entre los socios, así como a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o a favor de otras sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. Salvo lo anterior, la transmisión está sujeta a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en la Ley.

Las reglas generales a las que se sujetan las transmisiones voluntarias de participaciones sociales *inter vivos*, salvo que otra cosa se establezca en estatutos sociales son:

- El socio que quiere transmitir sus participaciones sociales deberá comunicarlo por escrito a los administradores.

- La sociedad deberá prestar su consentimiento a la transmisión expresado mediante acuerdo de la Junta General.

- La sociedad podrá no conceder la autorización a la transmisión sólo si comunica al transmitente la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones.

- El precio de las participaciones así como la forma de pago y el resto de condiciones de la operación, serán las que el socio

transmitente hubiera convenido con el nuevo adquirente y fueran comunicadas a la sociedad.

– El documento público en el que se haga constar la transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirente.

– Si transcurrieran tres meses desde que el adquirente formulara su comunicación a la sociedad y ésta no le hubiera comunicado la identidad de otros potenciales adquirentes, los socios anteriores podrán transmitir sus participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad.

En la SRL están prohibidas las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión por actos *inter vivos*, siendo además nulas aquellas cláusulas estatutarias que obliguen al socio que ofrece la totalidad o parte de sus acciones a transmitir un número diferente a las ofrecidas. No obstante lo anterior, se permitirán este tipo de cláusulas cuando se reconozca en estatutos un derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento.

Es posible que las participaciones sociales estén gravadas con algún derecho real o gravamen como lo es el usufructo y el derecho real de prenda, debiendo seguir en estos casos lo establecido en los artículos 36 y 37 de la LSRL.

8.5 Órganos sociales

8.5.1 La Junta General

Los socios de la SRL decidirán todos los asuntos competencia de la Junta por medio de mayoría legal o la que se hubiera establecido en estatutos. Incluso aquellos socios que no hayan acudido a la Junta quedan sometidos a lo acordado en ella.

Son asuntos competencia de la Junta General:

a. La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.

b. El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.

c. La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.

d. La modificación de los estatutos sociales.

e. El aumento y la reducción del capital social.

f. La transformación, fusión y escisión de la sociedad.

g. La disolución de la sociedad.

h. Cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los estatutos.

Todos los socios tienen derecho de asistencia a la Junta General así como derecho de representación en las reuniones por medio de otro socio, su cónyuge, ascendientes, descendientes o persona que ostente poder general conferido en documento público. La representación deberá conferirse por escrito y si no constare en documento público, deberá ser especial para cada Junta. Todos los socios podrán solicitar por escrito la información que estimen precisa acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día (artículo 51 LSRL). Cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto (artículo 53.4 LSRL)

Los acuerdos tomados en Junta General deberán reflejarse por escrito en acta (artículo 54 LSRL) que tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación. Además, los acuerdos adoptados en Junta General podrán ser impugnados al igual que en sede de SA.

8.5.2 Los administradores

De acuerdo con lo establecido en el artículo 57 de la LSRL, la administración de la SRL se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen solidariamente, o a un Consejo de Administración. Los administradores serán nombrados por la

Junta General y no se requiere la condición de socio para ser nombrado administrador, salvo que otra cosa se haya establecido en estatutos. El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación.

El cargo de administrador será por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo concreto y deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (artículo 61 LSRL). Serán los administradores además quienes representarán a la sociedad en juicio y fuera de él y el poder de representación corresponderá (artículo 62 LSRL):

- Al administrador único en caso de que la administración se haya conferido a uno.

- A cada uno de los administradores solidarios en caso de que la administración se haya conferido a los mismos.

- Mancomunadamente en el caso de que sean varios administradores conjuntos.

- Si se trata de un Consejo de Administración, al propio Consejo, que actuará de forma colegiada, sin perjuicio de que los estatutos atribuyan el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto.

Los administradores están sujetos a responsabilidad en los mismos términos que los de la SA. Igualmente podrán los administradores impugnar los acuerdos nulos y anulables del Consejo de Administración en el plazo de treinta días desde su adopción. Lo mismo podrán realizar los socios que representen el cinco por ciento del capital social en el plazo de treinta días desde que tuvieron conocimiento de los mismos y siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción.

8.6 Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social

Los estatutos de la SRL pueden ser objeto de modificación que deberá ser acordado por la Junta General.

8.6.1 Cambio de domicilio

Si se trata de cambiar el domicilio social de la SRL (artículo 72 LSRL) dentro del mismo término municipal, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, el órgano de administración podrá acordarlo. Si el cambio es al extranjero sólo podrá adoptarse cuando exista un Convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de la misma personalidad jurídica.

8.6.2 Aumento de capital social

El aumento de capital social (artículo 73 LSRL) podrá realizarse por creación de nuevas participaciones sociales o elevando el valor nominal de las ya existentes. El contravalor en ambos casos podrá consistir tanto en nuevas aportaciones – dinerarias, no dinerarias, aportación de créditos – como en la transformación de reservas o beneficios que ya figuraban en dicho patrimonio.

Cuando se realice el aumento de capital social mediante la creación de nuevas participaciones sociales, cada socio tendrá el derecho de asumir un número de participaciones proporcional al valor nominal de las que posea. Sin embargo, cuando se realice elevando el valor nominal de las participaciones sociales va a ser necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se haga el incremento con cargo íntegro a las reservas o a los beneficios de la sociedad.

En los aumentos de capital social cuando se realiza mediante la creación de nuevas participaciones sociales, cada socio tiene el derecho a asumir un número de participaciones proporcional al valor nominal de las que ya posee y esto es lo que se conoce como el derecho de preferencia (artículo 75 LSRL) – equivalente al derecho de suscripción preferente en SA. Este derecho de preferencia puede ser transmitido voluntariamente por actos *inter vivos*. Aquellas participaciones que no sean asumidas en el ejercicio del derecho de preferencia, salvo que los estatutos hayan establecido otra cosa,

serán ofrecidas por el órgano de administración a los socios que hubieren ejercido ese derecho, para su asunción y desembolso en un plazo que no supere los quince días desde la conclusión del plazo establecido para el ejercicio del derecho de preferencia.

No obstante lo anterior, la junta general puede decidir suprimir total o parcialmente el derecho de preferencia siempre con estos requisitos (artículo 76 LSRL):

- Debe constar en la convocatoria de la junta la propuesta de supresión del referido derecho así como el derecho de los socios a examinar en el domicilio social un informe elaborado por el órgano de administración en el que se especifique claramente el valor real de las participaciones de la sociedad y donde se justifique detalladamente la propuesta y la contraprestación a satisfacer por las nuevas participaciones, indicando las personas a las que éstas habrán de atribuirse.

- También debe, en la convocatoria de la junta, ponerse a disposición de los socios el informe referido en el apartado anterior.

- El valor nominal de las nuevas participaciones más, en caso de que exista, el importe de la prima debe corresponder con el valor real de las participaciones establecido en el informe elaborado por el órgano de administración.

8.6.3 Reducción de capital social

Será necesario el consentimiento de todos los socios para reducir el capital social de la SRL cuando no afecte por igual a todas las participaciones sociales. La finalidad de la reducción de capital social podrá ser la restitución de aportaciones o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad que haya podido quedar disminuido por la existencia de pérdidas. En este último caso, no se podrá realizar con esta finalidad siempre que la sociedad cuente con cualquier tipo de reservas (artículo 82 LSRL)

Aquellos socios a quienes se hubiera restituido todas o parte de sus aportaciones van a responder solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción de capital fuera oponible a terceros.

La responsabilidad de cada socio prescribe a los cinco años a contar desde la fecha en que la reducción de capital fuese oponible a terceros. Y tendrá como límite el importe de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social. Sin perjuicio de lo anterior, no habrá lugar a responsabilidad, si al acordarse la reducción de capital se dotara una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por importe igual al que hayan recibido los socios en concepto de restitución de la aportación social. Hasta transcurridos cinco años desde la publicación de la reducción de capital social en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la reserva será indisponible, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieren sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros.

El artículo 81 de la LSRL recoge unas garantías estatutarias para la restitución de aportaciones ya que se permite que los estatutos de la SRL recojan que el acuerdo de reducción de capital social que implique restitución a los socios de sus aportaciones, no pueda llevarse a efecto sin que transcurra el plazo de tres meses a contar desde la fecha en que se haya notificado a los acreedores. Durante ese plazo, los acreedores ordinarios pueden oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción, si sus créditos no son satisfechos o la sociedad no presta la garantía adecuada. Será nula, además, toda restitución que se realice antes de transcurrir el plazo de tres meses o a pesar de la oposición que haya iniciado cualquier acreedor, en tiempo y forma. Además, se establece que la devolución del capital se haga a prorrata de las respectivas participaciones sociales, salvo que se haya acordado otra forma de hacerlo por unanimidad.

8.6.4 Reducción y aumento de capital simultáneos

La LSRL contempla en su artículo 83 la posibilidad de que la SRL acuerde la reducción de su capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal pero únicamente cuando de forma simultánea se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital social hasta una cantidad igual o superior a la referida cifra mínima. Siempre respetándose el derecho de preferencia de los socios, sin

que quepa, en este caso, su supresión. Sólo será eficaz el acuerdo de reducción de capital cuando se lleve a cabo la ejecución del aumento del capital. Igualmente, no podrá practicarse la inscripción del acuerdo de reducción de capital social a no ser que se presente de forma simultánea a inscripción el acuerdo de transformación o de aumento del capital y, en este último caso, de su ejecución.

8.7 Cuentas anuales

En general, en materia de cuentas anuales la LSRL se remite en casi todo a la regulación de este tema en SA. En este sentido, los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha de cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultado, así como, cuando aplique, las cuentas y el informe de gestión consolidados. Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Es muy importante, como recoge la Ley, que estos documentos sean redactados con claridad y muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, formando todos ellos una unidad.

Salvo que otra cosa se haya establecido en los estatutos de la sociedad, la distribución de dividendos a los socios debe realizarse en proporción a su participación en el capital social.

8.8 Transformación, fusión y escisión de la sociedad

La SRL podrá transformarse (artículo 87 LSRL) en sociedad colectiva, en sociedad comanditaria - ya sea simple o por acciones -, en sociedad anónima y en agrupación de interés económico. Además si el objeto de la SRL no fuera mercantil podrá transformarse

también en sociedad civil. Podrá transformarse además en sociedad cooperativa.

La transformación de la SRL es un supuesto más de modificación de estatutos sociales, por lo que se le debe aplicar todo lo relativo a estos supuestos. La Junta General aprobará el balance de la sociedad, cerrado el día anterior al acuerdo y todo lo relativo a la constitución de la nueva sociedad que vaya a formarse. La escritura pública de transformación deberá ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder de las deudas sociales; la escritura deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil y deberá ir acompañada del balance de la sociedad cerrado el día anterior a la fecha de transformación y el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura.

Será necesario que se atribuyan a los socios de cuotas proporcionales a las participaciones sociales que ostentaran en la SRL.

Respecto a la fusión y la escisión de la SRL se remite la LSRL a lo establecido en la regulación sobre SA.

8.9 Separación y exclusión de socios

La LSRL permite tanto la separación como la exclusión de los socios en determinados supuestos. Siempre que los socios no hubieran votado a favor de un acuerdo, podrán separarse de la sociedad en determinados supuestos tasados legalmente y que son (artículo 95 LSRL):

- Sustitución del objeto social
- Traslado del domicilio social al extranjero, cuando exista un Convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de la misma personalidad jurídica de la sociedad.
- Modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.
- Prórroga o reactivación de la sociedad.

- Transformación en SA, sociedad civil, cooperativa, colectiva o comanditaria, simple o por acciones, así como en agrupación de interés económico.

- Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo que algo contrario se haya establecido en los estatutos de la sociedad.

Si bien las anteriores son causas legales, los estatutos de la sociedad (artículo 96 LSRL) podrán establecer causas diferentes de separación a las anteriores. Si este es el caso, se deberá establecer en los estatutos de la sociedad la manera de acreditarse la existencia de causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo para su ejercicio. Es muy importante tener siempre en cuenta que se exige el consentimiento de todos los socios tanto para la incorporación, modificación o supresión de estas causas de separación.

Las pautas que deben seguirse para el ejercicio del derecho de separación son (artículo 97 LSRL):

- Publicación de los acuerdos que den lugar al ejercicio del referido derecho en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; no obstante, los administradores podrán sustituir dicha publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

- Deberá ejercitarse el derecho de separación siempre que no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.

- Inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública que tenga los acuerdos que dan lugar al ejercicio del derecho de separación.

Respecto a la exclusión de los socios (artículo 98 LSRL), en la SRL se podrá excluir al socio que incumpla con la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o no se hayan realizado con la debida diligencia. Si existe el consentimiento

de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos de la sociedad otras causas sociales o bien modificarse las que estuvieran establecidas en estatutos.

El procedimiento de exclusión de socios (artículo 99 LSRL) requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Acuerdo de la Junta General, haciéndose constar en el acta de la reunión la identidad de los socios que hayan votado a favor del acuerdo.

- Salvo en el caso en que haya sido condenado el socio administrador a indemnizar a la sociedad en los términos anteriores, la exclusión de un socio que ostente una participación igual o superior al 25% en el capital social, además del acuerdo de la Junta General requerirá resolución judicial firme, si el socio no se conforma con la exclusión que haya sido acordada. Estará legitimado para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad, cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo, cuando la sociedad no lo hubiera hecho en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión.

8.10 Disolución y liquidación de la sociedad

La LSRL establece en su artículo 104 las siguientes causas de disolución de la SRL:

- Que se haya cumplido el término fijado en los estatutos, a no ser que con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogado el mismo e inscrita la referida prórroga en el Registro Mercantil.

- Que lo haya acordado la Junta General adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos.

- Por la conclusión de la empresa que constituya el objeto de la sociedad, sea imposible el fin social, o se hayan paralizado los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

- Por no ejercitar la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos.

- Como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- Cuando se reduzca el capital de la sociedad por debajo del mínimo legal.

- Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

Cuando se da un supuesto legal o estatutario que causa la disolución, el artículo 105 LSRL establece la necesidad de convocar Junta General para adoptar el acuerdo de disolución, los necesarios para la remoción de la causa o, en su caso, para la solicitud del concurso. Si no se produjera lo anterior, cualquier interesado o los administradores podrán solicitar la disolución judicial de la sociedad. Los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores a que se produzca la causa de disolución y no hayan convocado la Junta en el plazo de dos meses para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o no soliciten la disolución judicial o el concurso de acreedores.

Finalmente, en el artículo 106 LSRL se regula la reactivación de la sociedad disuelta, ya que la Junta General podrá acordar el retorno de la misma a su vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. El acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos. Cuando la disolución sea de pleno derecho no podrá acordarse la reactivación. Los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley para el caso de fusión.

La disolución de la sociedad abre el periodo de liquidación. Durante el periodo de tiempo en el que la sociedad esté disuelta y

no liquidada, ésta conserva su personalidad jurídica y deberá añadirse a su denominación la expresión “en liquidación”.

Respecto a la liquidación propiamente dicha, con la apertura del periodo de liquidación cesarán en su cargo los administradores. Salvo que otra cosa se hubiera establecido en los estatutos o la Junta General en el momento de acordar la disolución, los administradores que lo fueren al tiempo de la disolución se convertirán en liquidadores. La duración del cargo de liquidador es por tiempo indefinido. No obstante lo anterior, si transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación no se hubiera sometido a aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores.

El poder de representación corresponderá a cada liquidador individualmente, salvo que otra cosa se haya establecido en los estatutos de la sociedad. En el plazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, los liquidadores formularán un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto. Son funciones propias de los liquidadores de la sociedad:

- Velar por la integridad del patrimonio social y llevar la contabilidad de la sociedad.
- Concluir las operaciones pendientes y aquellas nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.
- Percibir los créditos y pagar las deudas sociales.
- Enajenar los bienes sociales
- Comparecer en juicio y concertar transacciones y arbitrajes, cuando sea conveniente para el interés social.
- Entregar a los socios la cuota correspondiente del haber social.

La Junta General también podrá acordar, con las mayorías y requisitos necesarios para la modificación de estatutos, la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o terceros, fijando las condiciones de la cesión.

Terminadas todas las operaciones relacionadas con la liquidación, los liquidadores presentarán a la Junta General para su aprobación,

un balance final, un informe completo sobre todas sus actividades y un proyecto de división del activo resultante entre los socios. Salvo que otra cosa se haya establecido en estatutos, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social y los socios tendrán derecho a percibir en dinero dicha cuota. El balance de liquidación y la relación de los socios se incorporarán a la escritura de extinción de la sociedad que deberá ser otorgada por los liquidadores.

8.11 Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada

La LSRL de 1995 fue aprovechada para introducir legislativamente las sociedades unipersonales con forma de anónimas y de responsabilidad limitada. La técnica utilizada es la de la regulación de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, remitiéndose la LSA a esta regulación en lo referente a este tipo social.

Por sociedad unipersonal de responsabilidad se entiende (artículo 125 LSRL) ya sea la constituida por un único socio ya sea la constituida por dos o más cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Es necesario que conste en el Registro Mercantil la unipersonalidad de la sociedad cuando se constituya la sociedad, cuando haya pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales, cuando se produzca la pérdida de tal situación por la sociedad o se efectúe un cambio de socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones. Todo ello deberá constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil.

Durante el periodo en que subsista la unipersonalidad, la sociedad deberá hacer constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de

pedido y facturas, y en todos los anuncios que haya de publicar la sociedad ya sea por disposición legal o estatutaria.

Las competencias de la Junta General en la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada se ejercerán por el socio único, cuyas decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

Cuando se celebren contratos entre el socio único y la sociedad deberán constar por escrito o con la forma documental que exija la Ley en función de su naturaleza, y se transcribirán a un libro-registro de la sociedad que previamente deberá ser legalizado con los mismos requisitos que los libros de actas de las sociedades. Además, en la memoria anual de la sociedad se deberá hacer referencia expresa e individualizada a estos contratos.

La LSRL establece que, en caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos referidos anteriormente que no hayan sido transcritos al libro-registro de contratos y no se encuentren referenciados en la memoria anual o, aunque lo hayan sido, la misma no fue depositada con arreglo a la Ley.

El socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de la misma como consecuencia de esos contratos, durante el plazo de dos años a contar desde la celebración de los mismos. Igualmente, transcurridos seis meses desde que la sociedad hubiera adquirido la unipersonalidad sin que ésta se hubiera inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales que se hubieran contraído durante el periodo de unipersonalidad. Una vez inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

8.12 Sociedad nueva empresa

La sociedad Nueva Empresa es definida por la propia Ley como una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada. Su denominación social (artículo 132 LSRL) deberá estar formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única y de forma inequívoca. Además se incluirá en la denominación la indicación "Sociedad Limitada Nueva Empresa" o en forma abreviada "SLNE".

La sociedad Nueva Empresa podrá tener un objeto social relacionado con actividades genéricas como son la actividad agrícola, ganadera, comercial etc. ... No obstante lo anterior se exige que sean socios de este tipo de sociedad sólo las personas físicas, no pudiendo ser más de cinco socios en el momento de constitución de la sociedad. Además, ningún socio que ya sea socio único de otra sociedad podrá convertirse en socio único de una sociedad Nueva Empresa.

Una de las razones de la regulación de este tipo social es la agilización de los trámites de constitución de las sociedades. Por ello, si bien para su válida constitución se sigue exigiendo escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, se permite la posibilidad de que los trámites se efectúen mediante técnicas telemáticas. Igualmente la ORDEN JUS/1445/2003, de 4 de junio ha publicado unos estatutos de carácter orientativo que podrán ser utilizados por los socios fundadores evitando así posibles demoras en la calificación del registrador mercantil. Además esta sociedad Nueva Empresa lleva un régimen de contabilidad simplificado y no está obligada a llevar el libro registro de los socios; por ello, la acreditación de socios se realizará mediante el documento público en el que se hubiese adquirido la condición de socio.

El capital social de la sociedad Nueva Empresa no podrá ser inferior a 3012 euros ni superior a 120.202 euros, y sólo podrá ser desembolsado por medio de aportaciones dinerarias.

En cuanto a la transmisión de participaciones sociales *inter vivos*, sólo podrá realizarse a favor de personas físicas y, si por alguna razón, las adquirieran personas jurídicas deberán enajenarlas

a favor de personas físicas en el plazo de tres meses desde el momento en que las adquirieron. Si no lo hicieran la sociedad pasará a regirse por el régimen de la SRL.

En cuanto a los órganos sociales, también la sociedad Nueva Empresa tiene particularidades. La Junta General podrá convocarse mediante correo certificado o por medio de procedimientos telemáticos debiendo acreditarse la recepción ambos casos. En cuanto al órgano de administración no se permite la existencia de Consejo de Administración. Además para ser administrador se requiere la condición de socio y podrá ser un cargo retribuido en la forma y cantidad que se acuerde en la Junta General.

La sociedad Nueva Empresa podrá transformarse en cualquier otro tipo social o continuar sus actividades como una sociedad de responsabilidad limitada, lo que requerirá acuerdo de Junta General y adaptación de sus estatutos sociales. La escritura de adaptación de los estatutos sociales deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil en el plazo máximo de dos meses desde la adopción del acuerdo de la Junta General.

REFERÊNCIAS

AA.VV (coordinados por PAZ-ARES, C.). **Tratando de la sociedad limitada**. Madrid, 1997, p. 807 y ss.

AA.VV (dirigidos por Beltrán Sánchez, E. y Orduña Moreno, Fco. J.). La sociedad de responsabilidad limitada. **Curso de Derecho Privado**. Tirant lo Blanch, 2007, p. 485 y ss.

ALCOVER GARAU, G. Derechos reales sobre las participaciones sociales. **RdS**, núm. extraordinario, 1994, p. 333 y ss.

ALONSO LEDESMA, C. Ampliación del capital; derecho de asunción preferente de nuevas participaciones. **RdS**, núm. extraordinario, 1994, p. 485 y ss.

BERCOVITZ, A. Modificación de los estatutos sociales. AAVV (coord. por BERCOVITZ). **La Sociedad de Responsabilidad Limitada**,

Pamplona, 1998, p. 406 y ss.

BOLAS, A. La autonomía de la voluntad en la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada. **RDP**, 1996, p. 113 y ss.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A. La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos. **RdS**, núm. 7, 1996.

ESTEBAN VELASCO, G. Estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada. **RdS**, núm. extraordinario, 1994, p. 385 y ss.

FERNÁNDEZ RUÍZ, J. L. Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada. **RDM**, 1998, p. 590 y ss.

HERRERO MORO, G. Órganos sociales. **Ley de Sociedades Limitadas**, I. Ed. Expansión, Madrid, 1995, p. 150 y ss.

JUSTE MENCÍA, J. Tutela de la minoría. **RdS**, núm. extraordinario, 1994, p. 217 y ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. Reducción de capital social. **RdS**, núm. extraordinario, 1994, p. 500 y ss.

LORA TAMAYO y otros. Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital social. AA.VV., **La sociedad de responsabilidad limitada**, I. Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, p. 394 y ss.

PAZ-ARES, C. Infracapitalización; una aproximación conceptual. **RdS**, núm. extraordinario, 1994, p. 252y ss.

ROJO, A. El aumento de capital de la sociedad de responsabilidad limitada. **Estudios Prof. Duque**, I. p. 569 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F. **Instituciones de Derecho Mercantil**. Thomson Aranzadi.

URÍA, R. y otros. **Lecciones de Derecho Mercantil**. Dykinson, 2007.

9 CONTRATO SOCIAL

Caio Julius Bolina

Professor do Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito da GVLAW, mestre e doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogado em São Paulo, sócio do escritório Lazzareschi Advogados.

9.1 Introdução

O contrato de sociedade é um dos mais relevantes contratos dada sua importância econômica e jurídica; é ele instrumento que propicia a organização dos meios de produção por duas ou mais pessoas, para o exercício de uma atividade econômica e a partilha de seus resultados, subordinada a um regime jurídico, predefinido, de responsabilidade dos sócios.

Dito de outro modo, é pelo do contrato de sociedade que o Direito regula o exercício da empresa por diversas pessoas, possibilitando a conjugação de esforços e a multiplicação dos potenciais individuais, na busca de melhores resultados econômicos.

Com o advento do atual Código Civil, em vigor desde 11-1-2003, instituiu-se novo regramento jurídico para as sociedades. Antes disciplinadas por normas do Código Comercial (arts. 300 a 353), do Código Civil (arts. 1.363 a 1.409), do Decreto n. 3.708, de 10-1-1919 (Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada), e da Lei n. 6.404, de 15-12-1976 (Lei das Sociedades por Ações), os principais tipos de sociedades passaram, atualmente, a ser disciplinados pelo Código Civil (arts. 981 a 1.141) e pela Lei n. 6.404/76.

Não se trata de mudança puramente tópica, reunindo-se num único diploma o regramento das várias espécies de sociedades, impressão que poderia advir do fato de o Código Civil ter mantido num mesmo texto legislativo, e praticamente inalteradas em relação à legislação em vigor até janeiro de 2003, normas pertinentes a grande parte dos tipos societários (sociedade em nome coletivo, sociedade em conta de participação, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações).

A mudança é mais profunda, trazendo reformulação da estrutura básica das sociedades personificadas por meio da criação da sociedade simples (que sucede a sociedade civil, embora com ela não se confunda) e da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, esta sucedida pela sociedade limitada, cujo regramento, mais extenso e complexo (mas não, necessariamente, melhor que o de 1919), burocratizou a limitada, retirando do tipo societário utilizado com maior frequência na prática empresarial características que eram a razão de seu sucesso: a simplicidade e a maleabilidade para adaptar-se aos mais diversos ramos de negócios.

É sobre as principais características atribuídas pelo Código Civil ao contrato social, isto é, ao instrumento contratual que dá nascimento às sociedades personificadas, em especial às sociedades simples e sociedades limitadas, que serão concentradas as atenções deste artigo. Partindo-se do conceito de sociedade, analisar-se-á cada um dos requisitos do contrato social na legislação anterior e na atual, interpretando-os e comentando algumas das repercussões práticas e teóricas daí decorrentes.

9.2 Contrato de sociedade nos Códigos Civis de 1916 e de 2002

Até que passasse a vigorar o atual Código Civil, o conceito legal de sociedade era determinado pelo art. 1.363 do Código revogado, que assim dispunha: "Celebaram contrato de sociedade as pessoas

que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”. Sob a lei anterior, bastava que duas ou mais pessoas se obrigassem entre si a atuar mediante a conjugação de esforços visando alcançar um fim comum para que se caracterizasse a sociedade.

Um conceito assim amplo permitia que se pudessem subsumir ao tipo contratual da sociedade outras figuras contratuais atípicas, isto é, não disciplinadas na lei, porém socialmente conhecidas, como a franquia e a concessão de venda, ou as reuniões de sociedades sob a forma consorcial, antes da Lei n. 6.404/76. Ou, ainda, os diversos contratos que se interligam para propiciar a aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação, como os contratos de construção, a intermediação pelas corretoras de imóveis e o financiamento bancário, porquanto a combinação de esforços para atingir um escopo comum era suficiente para caracterizar a sociedade.

O conceito atual traz para o tipo contratual da sociedade novos elementos relevantes para distingui-lo de outros institutos. Dispõe o art. 981 do Código Civil: “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”.

Comparando os conceitos de sociedade no Código revogado e no atual percebe-se que a distinção fundamental não está na pluralidade de pessoas, elemento essencial que obriga à existência de ao menos dois sócios no momento da constituição da sociedade; ou na obrigação recíproca de os sócios contribuírem com bens ou serviços (Código atual) – ou obrigação mútua de conjugação de esforços (Código revogado); nem na existência de um fim ou escopo comum aos sócios (que no Código atual consiste no exercício em comum de atividade econômica).

A distinção entre os conceitos de sociedade, sob o aspecto exclusivamente legal, repousa na obrigação dos sócios de partilhar entre si os resultados da atividade econômica. Diferentemente do que ocorria na legislação anterior, na atual não estará completo o

suporte fático da norma que define o contrato de sociedade sem que haja o dever de partilhar os resultados entre os sócios. Inexistindo esse dever, o contrato, se houver, não será o de sociedade por lhe faltar um dos elementos essenciais ou categoriais inderrogáveis, que identificam e caracterizam cada espécie de contrato e definem sua natureza jurídica (plano da existência do negócio jurídico).

Convém ressaltar que, no regime jurídico revogado, havia, como há no atual, a proibição de afastar um sócio da participação nos lucros e/ou nos prejuízos (a chamada cláusula leonina, prevista no art. 1.372 do Código de 1916, no art. 288 do Código Comercial e no art. 1.008 do Código de 2002)¹. Tal norma, entretanto, não dispõe sobre elemento essencial do tipo contratual da sociedade; atua no plano da validade do contrato, fulminando de nulidade cláusula que exclua sócio dos lucros e das perdas da sociedade.

A distinção é relevante: a ausência de disposição a respeito da partilha de resultados descaracteriza o contrato como de sociedade (a consequência está, pois, no plano da existência do negócio jurídico); a disposição contratual que exclui um ou mais sócios da partilha de resultados, sejam estes positivos ou negativos, é nula, o que põe a consequência jurídica no plano da validade do negócio jurídico.

Outra importante consequência do novo conceito de sociedade está na distinção legal entre sociedades e associações. A redação do art. 1.363 do Código revogado possibilitava incluir no amplo espectro dos negócios em que havia comunhão de escopo tanto umas quanto as outras.

Os arts. 53 e 981 do atual Código Civil não deixam dúvida no que pertine aos elementos constitutivos de cada um dos negócios jurídicos: nas associações, a organização de pessoas e bens dá-se para fins não econômicos (Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos), enquanto na sociedade, tal organização tem por fim o exercício de atividade econômica e a partilha de seus resultados entre os sócios (Art. 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). Em consequência, as associações e as sociedades têm, no Código Civil atual, conceitos e disciplinas jurídicas clara e absolutamente diversos.

9.3 O contrato social

No regime do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850, o instrumento público ou particular que formalizava a celebração do contrato de sociedade – o contrato social – tinha função apenas probatória, em decorrência do caráter meramente consensual quanto à formação dessa espécie contratual. A suficiência do consenso entre as partes para a formação do contrato de sociedade é evidente na redação do art. 981 do Código Civil em vigor – basta o acordo sobre os elementos ali previstos –, como também era no art. 1.363 do Código revogado.

Por outro lado, afirmando a função de prova do negócio jurídico e de seu conteúdo, dispunham os arts. 1.366 do Código Civil de 1916 e 300 do Código Comercial que entre os sócios a sociedade somente se provaria por escrito, prescrevendo o art. 302 do Código Comercial o conteúdo mínimo do instrumento.

A instrumentalização do ato constitutivo da sociedade por escrito público ou particular não era, no regime revogado, mais que meio de prova tanto da realização do negócio jurídico denominado sociedade, quanto do conteúdo do negócio entabulado entre as partes.

O Código Civil atual inova na matéria ao dispor, no art. 997, que “a sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público”. Sendo a sociedade contrato consensual quanto à formação, a redação de referido artigo transforma o contrato da espécie sociedade simples em formal e solene, na medida em que o instrumento escrito é elemento essencial para a caracterização desse tipo societário.

Assim, decorre da lei que o instrumento escrito é elemento categorial inderrogável da sociedade simples, elemento cuja falta

acarretará a inexistência dessa espécie de sociedade.

A descaracterização da sociedade como simples, pela ausência de instrumento escrito de sua constituição, impõe ao negócio celebrado entre os sócios a submissão às regras da sociedade comum, uma vez que a ausência de instrumento escrito impede seu registro nos órgãos competentes (art. 986). Isso significa que a ausência de instrumento escrito da sociedade simples implica atribuir aos sócios responsabilidade solidária e ilimitada pelas dívidas sociais (art. 990), não obstante estas e os bens destinados ao exercício em comum da atividade econômica constituam patrimônio especial, de titularidade de todos os sócios em comunhão (art. 988), e que responde pelos atos de gestão (art. 990).

Ressalte-se que a disciplina jurídica da sociedade simples é a base do regramento aplicável a todos os demais tipos societários integrantes da categoria "sociedades personalizadas", reguladas pelos arts. 997 a 1.096 do Código Civil. Excetuadas as sociedades anônimas e em comandita por ações, todas as demais sociedades personificadas regidas pelo Código Civil em vigor sujeitam-se, ainda que subsidiariamente, às disposições relativas à sociedade simples. É o que determinam os arts. 1.040 e 1.041 (sociedade em nome coletivo), 1.046 (sociedade em comandita simples), 1.053 e 1.054 (sociedade limitada) e 1.096 (sociedade cooperativa). Essa disciplina comum impõe como consequência que todos os tipos societários referidos somente se constituirão mediante instrumento escrito.

Outra consequência decorrente da aplicação subsidiária da disciplina jurídica da sociedade simples aos demais tipos de sociedades personificadas (exceto a anônima e a em comandita por ações) é a inclusão obrigatória, ressalvadas as características de cada tipo societário, das cláusulas previstas no art. 997 do Código Civil nos respectivos contratos sociais. E a desobediência ao conteúdo mínimo previsto no referido dispositivo legal acarreta, mais uma vez, a caracterização do negócio não como o tipo societário desejado pelas partes, mas como uma sociedade em comum, com as consequências daí decorrentes, especialmente no que se refere ao regime de responsabilidade dos sócios.

A transformação da natureza puramente consensual do contrato de sociedade em solene, mediante a exigência do instrumento escrito como elemento inderrogável para a existência da sociedade simples (e das demais sociedades personificadas sujeitas à disciplina das sociedades simples), parece ter sido desnecessária e aparentemente sem justificativa razoável.

Dispondo os arts. 45 e 985 do Código Civil que a existência legal das pessoas jurídicas, assim como a personalidade jurídica, somente tem início com a inscrição dos atos constitutivos nos registros próprios – Registro Público de Empresas Mercantis, para as sociedades empresárias, e Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para as sociedades simples –, pressupõe-se a existência de documento escrito para a prova do ato de constituição da sociedade e sua inscrição nos órgãos competentes, qualquer que seja o tipo de sociedade personificada.

Se, num caso concreto, não tiverem as partes desincumbido-se do ônus de providenciar a formalização escrita do negócio consensual de sociedade, privar-se-ão, por força do que dispõe o art. 986 do Código Civil, dos benefícios decorrentes da separação patrimonial e do regime de responsabilidade advindos da personalidade jurídica e do tipo societário escolhido, porquanto, nessa hipótese, aplicar-se-iam as disposições referentes à sociedade em comum.

É curioso que nem mesmo no Código Civil italiano, que serviu de inspiração para a introdução da sociedade simples no Direito brasileiro, há disposição similar à parte inicial do art. 997. Na codificação italiana, o art. 2.251 dispõe que “na sociedade simples o contrato não está sujeito a formas especiais, exceto aquelas exigidas pela natureza dos bens conferidos” (tradução livre)².

Bastaria, portanto, que se exigisse constar do contrato social o conteúdo mínimo referido no art. 997 do Código Civil para que se obtivessem exatamente os mesmos resultados alcançados com a criação de um novo elemento essencial – o instrumento escrito – para a existência dos tipos societários que compõem a categoria das sociedades personificadas.

9.4 Cláusulas obrigatórias do contrato social

Depois de exigir a forma escrita para a constituição da sociedade simples, o art. 997 do Código Civil determina o conteúdo mínimo do instrumento que formaliza a sociedade, ou seja, do contrato social, exigindo que deste constem (i) nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas; (ii) denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; (iii) capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; (iv) quota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la; (v) prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços; (vi) pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; (vii) participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; e (viii) se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

O Código Civil de 1916 não continha disposição semelhante ao referido art. 997; o Código Comercial, porém, dispunha, no tocante às sociedades comerciais (art. 302), que

a escritura, ou seja pública ou particular, deve conter: 1 – Os nomes, naturalidade e domicílios dos sócios; 2 – Sendo sociedade com firma, a firma por que a sociedade há de ser conhecida; 3 – Os nomes dos sócios que podem usar da firma social ou gerir em nome da sociedade; na falta desta declaração, entende-se que todos os sócios podem usar da firma social e gerir em nome da sociedade; 4 – Designação específica do objeto da sociedade, da quota com que cada um dos sócios entra para o capital (artigo n. 287), e da parte que há de ter nos lucros e nas perdas; 5 – A forma da nomeação dos árbitros para juizes das dúvidas sociais; 6 – Não sendo a sociedade por tempo indeterminado, as épocas em que há de começar e acabar, e a forma da sua liquidação e partilha (artigo n. 344); 7 – Todas as mais cláusulas e condições

necessárias para se determinarem com precisão os direitos e obrigações dos sócios entre si, e para com terceiro.

Esse mesmo art. 302 regulava os requisitos que deveriam constar do ato constitutivo das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por expressa remissão do art. 2º do Decreto n. 3.708, de 10-1-1919³.

Saliente-se que sendo as indicações previstas no art. 997 essenciais e de inclusão obrigatória nos contratos sociais das sociedades personificadas (respeitadas, evidentemente, as peculiaridades de cada tipo societário), sua ausência obstará a inscrição do ato constitutivo no registro competente, como expressamente prevê o art. 35 da Lei n. 8.934, de 18-11-1994:

Art. 35. Não podem ser arquivados:

I – os documentos que não obedecerem às prescrições legais ou regulamentares ou que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública, bem como os que colidirem com o respectivo estatuto ou contrato não modificado anteriormente.

Diante da impossibilidade de arquivamento do contrato social que não atender às prescrições do art. 997, a consequência será a aplicação à sociedade das regras pertinentes à sociedade em comum (art. 986), sujeitando os sócios ao regime de responsabilidade solidária e ilimitada previsto no art. 990:

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

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

9.4.1 Art. 997, I: as partes e sua qualificação

Como todo contrato, o de sociedade está subordinado às regras gerais aplicáveis aos negócios jurídicos, dentre elas a de ter sido o negócio praticado por agente capaz (CC, art. 104). Disso decorre que para a formação do contrato de sociedade é necessário o concurso de pelo menos duas pessoas, físicas ou jurídicas, com plena capacidade jurídica. Mas poderá a sociedade ser formada por mais de dois sócios, sem que isso descaracterize a natureza contratual do negócio, em virtude de a sociedade ser o mais conhecido e importante exemplo de contratos plurilaterais (ASCARELLI, 1969, p. 266).

A plurilateralidade caracterizar-se-á se no contrato houver mais de duas partes, mais de dois figurantes atuando em *posições próprias* (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 21), mais de dois centros de interesse, como ocorre na sociedade em que há vários sócios; no contrato em que se estipula a divisão de um imóvel titulado por diversos condôminos; no contrato de transação por meio do qual os herdeiros partilham a herança. Nesses exemplos, cada um dos contratantes encontra-se numa situação jurídica própria – os interesses de cada sócio são diferentes, assim como diferentes são os de cada um dos condôminos, ou o dos herdeiros individualmente. Embora possam ter o mesmo fim comum, os contratantes não compartilham uma mesma situação, como ocorre quando condôminos dão em locação o imóvel objeto da co-propriedade.

Na sociedade, a relação jurídica resultante do contrato não tem a mesma característica de comutatividade (ou intercambialidade) comum à maioria dos contratos de eficácia bilateral, nos quais as prestações a que cada parte se obrigou substituem-se no patrimônio

do outro contratante. Não há operação econômica entre os sócios – não há atual ou potencial transferência de bens suscetíveis de avaliação pecuniária de um sócio para outro (= circulação de riqueza – ROPPO, 1988, p. 11) –, mas entre estes e a sociedade, em virtude do fim comum que caracteriza a espécie contratual. A atribuição patrimonial é do sócio para a sociedade, porque a contribuição é para a finalidade comum (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 17).

Isso não obstante, devem os sócios colaborar reciprocamente para alcançar o fim comum visado pela sociedade, independentemente de sua natureza. Não há, como dito, relação de equivalência entre as prestações dos sócios perante a sociedade; mas existe tal relação entre as obrigações e os direitos de cada parte perante as demais (ASCARELLI, 1969, p. 277).

Conseqüentemente, a relação jurídica se estabelece entre cada um dos sócios e a sociedade, a quem os primeiros devem as prestações ajustadas no contrato constitutivo, e também entre os sócios reciprocamente.

Esse efeito do contrato de sociedade ocorre mesmo quando, circunstancialmente, são apenas dois os seus figurantes. Nesse caso há bilateralidade quanto à formação e quanto aos efeitos, que, porém, não se referem somente aos contratantes reciprocamente considerados. Mesmo nas sociedades formadas por dois sócios, a relação jurídica tem os mesmos efeitos referidos nos três parágrafos anteriores, vinculando os sócios entre si, bem como estes à sociedade.

Nesse contexto, o art. 997, I, exige que do contrato social constem o nome dos sócios, sua nacionalidade e o local onde possam ser encontrados – requisitos comuns aos sócios pessoas físicas e jurídicas –, além de, para as pessoas físicas, a indicação de seu estado civil e profissão.

Tais informações têm por objetivo, em primeiro lugar, identificar e dar conhecimento a terceiros de quem são os sócios que integram a sociedade. Mas não apenas isso.

A indicação da nacionalidade do sócio, pessoa física ou jurídica, permite aos registros competentes fiscalizar se estão sendo

obedecidas as restrições ao exercício, por estrangeiros, de certas atividades, como é o caso da assistência à saúde, das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora, navegação de cabotagem (CF, arts. 199, § 3º; 222, § 4º, 178, parágrafo único), empresas de serviço de TV a Cabo (Lei n. 8.977, de 6-1-1995, art. 7º, I e II), empresas aéreas nacionais (Lei n. 7.565, de 19-12-1986, art. 181, I a III), dentre outras. Ademais, cuidando-se de sócio estrangeiro, obrigatória será a constituição de um procurador, com poderes especiais para receber citação em processos relativos ao tipo societário escolhido e registrar a procuração, juntamente com o ato societário, perante a Junta Comercial competente (art. 2º da IN n. 76 – DNRC).

Quanto ao endereço dos sócios, não se preocupou o Código Civil atual em exigir que do contrato social constasse a indicação do domicílio, tal como este é definido nos arts. 70 a 75. Contentou-se a lei com a indicação do local em que o sócio pessoa natural reside, mesmo que sem o ânimo definitivo que caracteriza o domicílio. A indicação do endereço da residência ou da sede do sócio, conforme este seja pessoa física ou jurídica, tem finalidade não apenas de identificação, mas também de aferição da nacionalidade do sócio (CC, art. 1.126) e para a fixação da competência para o julgamento das ações em que o sócio for réu (CPC, arts. 88 e 94, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º).

No tocante à informação do estado civil do sócio, a exigência diz respeito às restrições impostas aos cônjuges casados no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória, que não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros (CC, art. 977).

O conhecimento do estado civil do sócio também é relevante para que se afira a necessidade de autorização do cônjuge casado, se houver transferência de bens imóveis para a sociedade a título de integralização do capital social. Para tal ato, nos termos do art. 1.647 do Código Civil, exige-se a autorização do cônjuge do sócio, exceto se casados no regime da separação absoluta.

Com relação à profissão do sócio, a informação é necessária para que se possa verificar a ocorrência de algum impedimento, já que há

profissões e/ou funções cujo exercício restringe a participação do profissional como sócio e/ou administrador de sociedades. É o que ocorre com os magistrados – autorizados apenas a ser acionistas ou quotistas de sociedade mercantil (art. 36 da LC n. 35, de 14-3-1979 – Lei Orgânica da Magistratura); com os médicos – que não podem participar de sociedades farmacêuticas (art. 16 do Dec. n. 20.931, de 11-1-1932); ou com os senadores e deputados – proibidos de ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada (CF, art. 54, II, *a*).

9.4.2 Art. 997, II: denominação, objeto, sede e prazo da sociedade

Por denominação da sociedade, há que entender o nome que “a assinale e identifique no meio econômico e social” (REQUIÃO, 1988, p. 237). Dispõe o art. 1.155 do Código Civil que a denominação, assim como a firma, constituem o nome empresarial. Como esclarecia Rubens Requião, quando em vigor o regime jurídico revogado (REQUIÃO, 1985, p. 175),

nome comercial ou de empresa compreende, como expressão genérica, três espécies de designação: a *firma individual*, a *firma social* e a *denominação*. O antigo Decreto n. 916, de 24 de outubro de 1890, no art. 2º, conceituava satisfatoriamente *firma* ou *razão comercial* como “o nome sob o qual o comerciante ou sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes”. Firma ou razão comercial, além de designar o nome sob o qual o empresário comercial exerce sua atividade, constitui também sua *assinatura*. É assinatura, com efeito, a *firma* sob a qual ele se responsabiliza nas obrigações literais. Mas a firma pode ser *individual* ou *social*. A firma individual é a do empresário que comercia isolado, ou, como diz Garriguez, “o signo diferenciador do elemento pessoal da empresa (documento); firma social ou razão social é o da pessoa jurídica assim considerada a sociedade comercial regular.

O nome empresarial, por sua vez, deve obedecer aos princípios da veracidade e da novidade. Sua proteção decorre automaticamente da inscrição dos atos constitutivos e respectivas alterações no registro competente (arts. 33 e 34 da Lei n. 8.934/94 – Registro Público de Empresas Mercantis), nos limites previstos no art. 1.166:

Art. 1.166. A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado.

Parágrafo único. O uso previsto neste artigo estender-se-á a todo o território nacional, se registrado na forma da lei especial.

Por força do parágrafo único do art. 1.155, a proteção conferida ao nome empresarial é a mesma tanto para as sociedades empresárias, quanto para as simples, as associações e fundações.

Ao estabelecer que do contrato da sociedade simples há de constar sua denominação, confirma a lei o regime de responsabilidade limitada dos sócios nesse tipo societário, pois a firma social, dispõe o art. 1.157 imperativamente, deve ser adotada pelas sociedades “em que houver sócios de responsabilidade ilimitada”. É também a conclusão a que se chega da análise do capítulo do Código Civil referente ao nome empresarial, cujas normas prevêm expressamente que

as sociedades em que os sócios, todos, não são solidários com a sociedade no cumprimento de suas obrigações adotam denominação. Assim é em relação às anônimas, às comanditas por ações, às limitadas e às cooperativas. Exceção

nesse conjunto são as limitadas que podem adotar “firma” ou denominação (SZTAJN, 2008, p. 198).

Com relação às sociedades limitadas, seu nome empresarial, seja este composto por firma ou por denominação, há de conter necessariamente a expressão “limitada”, por extenso ou abreviada (Ltda.), sob pena de acarretar a responsabilidade solidária e ilimitada aos administradores que utilizarem o nome empresarial (CC, art. 1.158, § 3º). A regra não destoa do que já prescrevia o art. 3º, § 2º, do Decreto n. 3.708, de 10-1-1919: “a firma ou denominação social deve ser sempre seguida da palavra-limitada. Omitida esta declaração, serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma social”.

A presença da expressão “limitada” no nome empresarial das sociedades limitadas é fundamental tanto para o reconhecimento, por terceiros, do tipo societário adotado pela sociedade – e, conseqüentemente, do regime de responsabilidade dos sócios – quanto para evitar responsabilidade ilimitada e solidária dos administradores, sócios ou não, que utilizarem a firma social, circunstância para a qual ela é essencial (CARVALHOSA, 2003, p. 60).

Caso a sociedade limitada tenha seu nome empresarial composto por firma, esta deve conter o nome de um ou mais sócios (art. 1.158, § 1º); se composto por denominação, esta deve necessariamente indicar o objeto da sociedade, isto é, a atividade econômica para a qual foi constituída (ou ao menos a principal, se o objeto social tiver mais de uma atividade), sendo facultada a utilização, na denominação, do nome de um ou mais sócios (art. 1.158, § 2º).

O objeto da sociedade, aliás, é outro elemento indispensável do contrato social, tanto nas sociedades simples quanto nas limitadas. Como ressalta ASCARELLI (1969, p. 272):

Concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior: esta constitui o objetivo da sociedade, e a sua determinação é, portanto, juridicamente relevante.

Eis porque, em tais contratos, devemos preocupar-nos com o objetivo ou fim do contrato e com a possibilidade e com a legitimidade deste objetivo.

A atividade econômica desenvolvida pela sociedade há de ser lícita, possível, determinada ou determinável (art. 104), e sua indicação ser indispensável para balizar, nortear e limitar a atuação dos administradores da sociedade. Essa função delimitadora é de real importância: segundo dispõe o art. 1.015, § 1º, os administradores agirão com excesso de poderes, e, portanto, serão pessoalmente responsáveis pelos danos daí decorrentes, se realizarem “operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. A apuração da conformidade ou não da operação aos negócios normais (“não estranhos”) da sociedade é feita a partir do que tiverem os sócios definido no contrato social como o objeto da sociedade.

Também constitui elemento essencial do contrato social a indicação da sede da sociedade, isto é, “o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações”, que será o domicílio da sociedade (CC, art. 75, IV). A indicação da sede tem relevância fundamentalmente para efeitos processuais, porque será referência importante na fixação do juízo competente para julgar as ações movidas contra a sociedade (CPC, art. 94, e Lei de Falências – Lei n. 11.101/2005, art. 3º).

Deve o contrato social incluir, outrossim, o prazo de duração da sociedade. Dada a função instrumental do contrato de sociedade (plurilateral), isto é, de organização, de disciplina da atividade econômica a ser empreendida em comum pelos sócios posteriormente à celebração do contrato, pode-se dizer que nessa

espécie contratual o prazo tem especial importância. Cuidando-se de desenvolvimento de atividade econômica, não haverá contrato de sociedade cujas obrigações possam todas ser cumpridas instantaneamente. Ao contrário, as obrigações que incumbem aos sócios nos contratos de sociedade serão sempre e necessariamente obrigações de trato sucessivo, ou obrigações de execução continuada (ASCARELLI, 1969, p. 274). Daí a relevância do prazo nos contratos de sociedade, o qual se referirá, sempre, ao período de vinculação das partes ao exercício conjunto da atividade econômica para a qual a sociedade foi constituída:

O prazo tem, por isso, nesses contratos um alcance diverso do que lhe é peculiar, em regra, na teoria geral das obrigações.

Com efeito, o prazo é necessário, porque é necessariamente prevista uma atividade ulterior. Esse prazo "necessário" não se refere ao momento em que devem ser cumpridas determinadas obrigações, *mas ao momento até ao qual deve perdurar a organização em seu conjunto*. (ASCARELLI, 1969, p. 274 – grifou-se)

O prazo, ou melhor, o tempo de duração das sociedades, simples ou limitadas, pode ser determinado, determinável ou, na grande maioria dos casos, indeterminado. As sociedades cujo tempo de duração é determinado somente podem ser dissolvidas, antes do termo final ajustado no contrato social, nas hipóteses previstas nos arts. 1.033, II, IV e V, 1.034 e 1.044. Aquelas cujo tempo de duração é indeterminado podem dissolver-se a qualquer momento.

9.4.3 Art. 997, III, IV e V: capital social, quota de cada sócio e modo de realizá-la; contribuição em serviços

Ao constituir a sociedade, devem os sócios contribuir ou prometer contribuir para a formação de um fundo, o qual permitirá o exercício

da atividade econômica que constitui seu objeto. Denomina-se capital social o total, expresso em moeda corrente, das contribuições feitas ou devidas pelos sócios à sociedade, destinado à formação do fundo comum que visa permitir o início das operações da sociedade (SZTAJN, 2008, p. 199) e que representa a primeira garantia dos credores quanto ao cumprimento das obrigações contraídas pela sociedade.

Diz-se contribuição feita ou devida pelos sócios à sociedade porque estes podem obrigar-se a transferir bens a ela para a formação do capital social (subscrição), mas somente transferi-los efetivamente, total ou parcialmente, em momento posterior (integralização).

A atribuição patrimonial do sócio à sociedade pode ser feita em dinheiro ou em bens, segundo prescreve a lei, de qualquer outra natureza (móveis, imóveis, materiais, imateriais, fungíveis ou não, etc.), mas sempre suscetíveis de avaliação pecuniária, isto é, com valor econômico aferível em moeda corrente.

Observa CARVALHOSA (2003, p. 61-62) que:

Apesar de a lei não o dizer expressamente, é de entender que não poderão formar o capital social quaisquer bens que não tenham relação com o objeto social da sociedade.

Isso porque a integralização do capital social, seja em bens ou em dinheiro, serve não apenas à garantia dos credores e como índice econômico-financeiro da sociedade, mas também, e principalmente, como meio de realização da atividade empresarial.

Assim, não se pode permitir que sejam conferidos ao capital social bens que não tenham qualquer utilidade efetiva e concreta para a realização das atividades da empresa, ou seja, bens que não guardem nenhuma relação com seu objeto.

Ressalte-se, porém, que em muitas situações não é possível, *a priori*, determinar se certo bem será ou não de utilidade concreta para a realização das atividades da sociedade, como ocorre, por exemplo, com um terreno no qual, no futuro, poder-se-á construir um prédio de escritórios ou um depósito para a sociedade.

Por outro lado, é importante destacar que, na sociedade limitada, todos os sócios respondem solidariamente, pelo prazo de cinco anos contados da data de registro da sociedade, pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social (art. 1.055, § 1º). Essa regra não se aplica à sociedade simples, nem afasta a incidência do art. 1.005, que atribui ao sócio que transfere bens à sociedade responsabilidade pela evicção e, no caso de transferência de créditos, pela solvência do devedor em relação à sociedade.

Em virtude da responsabilidade decorrente do art. 1.055, § 1º, convém – embora a lei a tanto não obrigue – que os sócios determinem a realização, por peritos ou sociedade especializada, de prévia avaliação dos bens a serem conferidos ao capital social, adotando procedimento semelhante ao previsto no art. 8º da Lei de Sociedades Anônimas⁴. Isso daria mais segurança aos demais sócios, assim como aos credores da sociedade.

A contribuição de cada sócio para a formação do capital social constitui a quota com a qual esse sócio participará (i) na partilha dos resultados da sociedade, exceto se o contrato dispuser de modo diverso (art. 1.007) e (ii) nas deliberações tomadas com base na quantidade de votos de cada sócio, e não no número deles (por cabeça).

Esses efeitos mostram as duas perspectivas pelas quais a quota deve ser considerada: como “a entrada ou contingente de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui e se obriga a contribuir para a formação do capital” (TEIXEIRA, 2007, p. 95) e como “o complexo de direitos, poderes, obrigações ou faculdades, que compõe o *status* de sócio, por força da celebração do contrato social” (LEÃES, 1972, p. 121).

Previsto no contrato social o montante da contribuição de cada sócio, a forma e o prazo de integralização das quotas, poderá ocorrer que a obrigação de integralizar o capital não seja cumprida por um ou mais sócios (sócio remisso). Nessa hipótese, poderão os demais sócios optar entre (i) exigir o cumprimento da obrigação com o pagamento da indenização decorrente da mora (art. 1.004); (ii) excluir o sócio ou reduzir sua quota ao montante já realizado (arts. 1.004, parágrafo único, e 1.058 para as sociedades limitadas); ou, nas limitadas, ainda (iii) transferir a quota do sócio remisso para terceiros.

A contribuição em serviços prevista no inciso V do art. 997 aplica-se tão-somente às sociedades simples, porquanto nas limitadas uma contribuição dessa natureza é expressamente proibida pelo art. 1.055, § 2º: "é vedada contribuição que consista em prestação de serviços".

A questão, porém, não é de simples solução. Embora tenha a lei autorizado a contribuição ao capital em serviços (que são bens imateriais passíveis de avaliação pecuniária), o sócio que assim age não participa dos resultados negativos da sociedade e, nos positivos, apenas de acordo com a média do valor das quotas (art. 1.007).

Por outro lado, se o sócio que se obriga a contribuir para o capital social com prestação de serviços comprometer-se a fazê-lo a prazo, mas tornar-se inadimplente, ou cumprir deficientemente sua prestação, esse fato (inadimplemento e/ou cumprimento defeituoso) dará ensejo a intensas discussões a respeito da integralização ou não do capital, porquanto será difícil apurar o valor do serviço mal prestado. Ademais, na hipótese de os outros sócios resolverem excluir o sócio remisso (art. 1.031, § 1º), haverá também grande dificuldade na aferição do montante da quota efetivamente realizado e, conseqüentemente, na fixação do valor a ser devolvido ao remisso.

Essas e outras dificuldades, como a da contabilização dos serviços a serem prestados pelo sócio, sugerem que, ao admitir sócio cuja contribuição seja feita em serviços, haja rigorosa disciplina dessa contribuição, estipulando-se adequadamente o tipo

de serviço a ser prestado, forma de fazê-lo, prazos e valores, de modo a diminuir os percalços de eventual inadimplemento do sócio remisso.

9.4.4 Art. 977, VI: os administradores

Exige o atual Código Civil que dos contratos sociais conste a indicação das pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e atribuições, afastando a possibilidade de pessoas jurídicas exercerem a função de administradores de sociedades personificadas (o que inclui as simples e as limitadas).

No regime anterior, no qual apenas aos sócios cabia administrar as sociedades, admitia-se a atribuição da administração a sócios pessoas jurídicas, que a exerciam por meio de seus representantes legais, ou, no caso das sociedades por quotas de responsabilidade, também por intermédio dos gerentes-delegados, previstos no art. 13 do Decreto n. 3.708/19:

(...) sociedades comerciais não possuem apenas sócios naturais. Podem possuir alguns ou exclusivamente sócios pessoas jurídicas. A quem caberá a gerência? À sociedade-gerente, que a exerce por meio de seus órgãos, ou representantes legais. Ou através da delegação por parte das pessoas jurídicas, quando, parece-me, a responsabilidade civil dos gerentes seria, se não abolida, desvirtuada, caso fosse legitimada a substituição. Parece-me que ambas as soluções são possíveis; tanto o representante legal dos sócios, pessoa jurídica, pode exercer a gerência, quanto a utilização da figura da delegação, razão pela qual me parece conveniente que seja suprimida a figura da delegação, pela insegurança que traz (...) (LEÃES, 1977, p. 53).

A sociedade gerente não delega as funções, exerce-a por meio de seus órgãos. Estes podem, é certo, delegar as funções a terceiro, da mesma maneira que a pessoa física; mas a gerência é sempre exercida pela pessoa jurídica (PEIXOTO, 1958, p. 302).

Como se vê, aqui se trata de *delegação* das funções ou poderes de gerência. Não é a sociedade que investe o *estranho* à sociedade na direção de seus negócios; é, ao contrário, o sócio-gerente quem transfere, por delegação, os seus poderes de administração dos negócios sociais. A

responsabilidade da delegação pertence ao sócio-gerente e não à sociedade (REQUIÃO, 1985, p. 318).

Dispondo de forma diversa, o Código Civil determina que nas sociedades simples e nas limitadas a administração incumbe exclusivamente a pessoas naturais, sócias ou não, de modo semelhante ao que já ocorria com as sociedades anônimas. O art. 146 da Lei n. 6.404/76 estatui: "poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores residentes no País, acionistas ou não".

Da interpretação literal do art. 997 decorre que a ausência de indicação dos administradores no instrumento do contrato tem como consequência sua nulidade, dada a aparência de que o inciso VI do art. 997 constitui norma cogente.

Mas o próprio Código contém solução diversa ao prescrever (art. 1.012) que "o administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade". Outra solução está no art. 1.013: "a administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios".

Se a norma do art. 997, VI, é cogente, como sugere o seu *caput*, como conciliá-la com o disposto no art. 1.013?

A possibilidade de se omitir a indicação dos administradores, suprida pela norma do art. 1.013, que opera em caráter supletivo, torna a disposição do inciso VI desnecessária. Quer dizer, como o art. 1.013 supre a falta de nomeação, no instrumento de contrato, de administrador ou administradores, a conclusão será no sentido de que o inciso VI, ao contrário do que dá a entender o texto, não deve ser tomado como cogente (SZTAJN, 2008, p. 205).

A solução prescrita para a sociedade simples é a mesma a ser adotada no que se refere à sociedade limitada, à qual não se aplica o art. 1.013 em virtude do art. 1.060, que permite a nomeação de administradores no próprio contrato, ou em ato separado.

Ressalte-se, porém, a consequência diversa que advirá de duas possíveis situações. Se o contrato social de sociedade limitada for silente quanto às pessoas a quem incumbe a administração e não houver a submissão ao registro competente, simultaneamente ao contrato, da nomeação de administrador em ato separado, o contrato social será nulo, por ausência de indicação dos administradores (CARVALHOSA, 2003, p. 65).

Se, numa sociedade simples, com sócios apenas pessoas jurídicas, não houver no ato constitutivo, nem em ato separado que acompanhar o primeiro a registro, a indicação de administradores pessoas físicas, também nulo será o ato constitutivo, por inexistir a nomeação de administradores. Em ambos os casos, a sociedade cujo instrumento escrito prova sua existência não será nem simples, nem limitada, mas sociedade em comum, por força do disposto no art. 986.

No tocante aos poderes dos administradores, também há no Código norma de natureza supletiva ao inciso VI do art. 997. Silente o contrato social de sociedade simples, os poderes dos administradores serão disciplinados pelo art. 1.015, com as responsabilidades previstas nos arts. 1.016 e 1.017. Dar-se-á o mesmo se o contrato for de sociedade limitada, porquanto a esta se aplicam os arts. 1.015 a 1.017, em virtude de não haver disciplina explícita da matéria nas regras pertinentes à sociedade limitada.

9.4.5 Art. 997, VII: participação dos sócios nos lucros e nas perdas

Constitui elemento de existência do tipo contratual sociedade que os resultados da atividade econômica exercida em comum sejam partilhados entre os sócios, sejam eles positivos (lucro) ou negativos (prejuízo). Conseqüentemente, deve o contrato social dispor sobre a forma pela qual se dará a partilha dos resultados.

Normalmente, a partilha dos resultados é feita na proporção da participação de cada sócio no capital social, ou seja, na proporção de sua quota. É o que ocorre na grande maioria das sociedades. Mas os sócios, permite a lei, podem dispor de modo diverso, o que é freqüente sobretudo nas sociedades integradas por profissionais liberais, nas quais a partilha dos resultados muitas vezes está relacionada à proporção das receitas geradas por cada sócio, ou seja, desproporcionalmente à participação no capital social.

Não pode o contrato social, entretanto, alijar da partilha um ou alguns dos sócios, o que caracteriza a cláusula leonina e tem por conseqüência a nulidade dessa disposição contratual (art. 1.008).

Silenciando o contrato a respeito da participação dos sócios na repartição dos resultados, prevê a lei, supletivamente (art. 1.007), que a partilha será feita na proporção das quotas de cada sócio, cabendo ao que contribuiu com serviços o montante equivalente à média do valor das quotas.

A regra se aplica igualmente nas sociedades limitadas, lembrando-se que nestas não pode haver sócio que tenha contribuído com serviços.

9.4.6 Art. 997, VIII: responsabilidade subsidiária dos sócios

A disposição do art. 997, VIII, não se aplica às sociedades limitadas, porque nestas os sócios, em princípio, não respondem por obrigações sociais. A responsabilidade dos sócios, nas limitadas, é restrita ao valor das quotas subscritas, exceto na hipótese de o capital social não estar totalmente integralizado, quando, então, os sócios respondem solidariamente pelo valor total do capital. Mesmo assim, como lembra CARVALHOSA (2003, p. 66), a responsabilidade dos sócios será subsidiária, devendo haver pagamento pelos sócios se os bens da sociedade forem insuficientes para a liquidação integral da dívida.

Nas sociedades simples, segundo a redação do inciso VIII do art. 997, podem os sócios dispor a respeito da sua responsabilidade subsidiária em relação às dívidas da sociedade. Essa norma, porém,

parece conflitar com a constante do art. 1.023: “se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária”.

Tal regra, da qual está isento apenas o sócio que tiver contribuído para a sociedade com serviços, já contém implicitamente a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios, o que é reforçado pelo art. 1.024 ao estabelecer o benefício de ordem: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

Sendo assim, parece sem sentido o disposto no art. 997, VIII, porquanto, (a) se os sócios afirmarem a subsidiariedade, não farão mais que confirmar o que já dispõe, em caráter cogente, o art. 1.023; (b) se afastarem a subsidiariedade, estarão violando o art. 1.023, que, como dito, não é dispositivo.

A solução parece ser a que deu o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, constante do Enunciado n. 61: “o termo ‘subsidiariamente’ constante do inciso VIII do art. 997 do Código Civil deverá ser substituído por ‘solidariamente’, a fim de compatibilizar esse dispositivo com o art. 1.023 do mesmo Código”⁵.

9.5 Conclusões

Feitas essas breves considerações a respeito dos elementos que constituem o conteúdo mínimo dos contratos sociais, previsto no art. 997 e seus incisos, percebe-se que as matérias ali descritas devem mesmo, todas elas, integrar o cerne, a base indispensável dos contratos das sociedades simples e das limitadas, observando-se as peculiaridades dos respectivos tipos societários.

A existência na lei dos elementos mínimos que devem integrar os atos constitutivos das sociedades personalizadas parece salutar, na medida em que com isso se assegura a existência dos elementos que caracterizam o tipo contratual sociedade, a formalização dos contratos segundo certos padrões e a publicidade a ser conferida às

deliberações dos sócios tomadas no momento da constituição da sociedade.

Não seria mesmo de admitir a constituição de sociedades de tipos tão relevantes para o exercício em comum de atividades econômicas no mundo atual sem que dos atos constitutivos constassem a indicação precisa das partes, a atividade para a qual a sociedade foi constituída, o montante dos fundos inicialmente destinados à consecução dos fins sociais, a indicação de quem pode agir em nome da sociedade, obrigando-a perante terceiros, os critérios de partilha dos resultados ou a indicação da responsabilidade dos sócios por dívidas sociais.

Todas essas matérias são relevantíssimas porque dizem respeito a aspectos fundamentais do relacionamento dos sócios entre si, destes com a sociedade e com terceiros, e daquela com terceiros, relacionamentos estes cuja disciplina há de ser prévia e claramente estabelecida, de modo a diminuir a possibilidade de conflitos entre tais agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Sociedade simples**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

ASCARELI, Tulio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **Sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. Do direito de empresa. *In*: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário**. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Sociedade por quotas. Cota social. Penhorabilidade. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 5, nova série, 1972.

_____. Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 25, nova serie, 1977.

LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. **A sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 39.

REQUIÃO, Rubens. Dissertação crítica ao Projeto de Código Civil. In: **Aspectos modernos de direito comercial, estudos e pareceres**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1985.

RETTO, Marcelo Gomes Bragança. **Sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livr. Almedina. 1988.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2004.

STAJN, Rachel; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Direito de empresa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

WALD, Arnoldo. Do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 15.

1 Art. 1.372 (CC/1916). É nula a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles à participação nos prejuízos.

Art. 288 (CC/1850). É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.

Art. 1.008 (CC/2002). É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

2 2251. Contratto sociale. – Nella società semplice il contratto no è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti.

3 Art. 2º O título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 a 302 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância do capital social.

4 Art. 8º A avaliação dos bens será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes à assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembléia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembléia não aprovar a avaliação, ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

[5](#) O Enunciado n. 61 foi aprovado na Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho de Justiça Federal em 12 e 13 de setembro de 2002, em Brasília (cf. **Jornada de Direito Civil**, Ministro Rui Rosado de Aguiar Jr. (Org.), Brasília: CJF, 2003, p. 61).