

Sociedades Limitadas

Estudos em comemoração aos 100 anos

Ricardo Lupion (Org.)



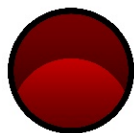
A presente obra é fruto das reflexões e debates durante o IV CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL DA PUCRS comemorativo de "Um Século das Sociedade Limitadas no Brasil (1919-2019)", realizado nos dias 26 e 27 de novembro de 2018, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (conforme Termo de Outorga nº 18/2551-0000802-8, Edital FAPERGS 02/2018 - Concessão de Apoio Financeiro para Eventos Técnico-Científicos). O evento contou com a presença de pesquisadores renomados, a nível nacional, que possuem livros, publicações em periódicos (Qualis B1 e superiores) e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento. Esta coletânea conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento, por professores e alunos da PUCRS, da PUCPR, da UFPR, da USP, da PUCSP, da FGV Direito SP, da Mackenzie, da USP-Ribeirão Preto, FGV Direito Rio, da UnB, da UniCeub, da UNIFOR, entre outras.



Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul



Sociedades Limitadas



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühning

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Sociedades Limitadas

Estudos em comemoração aos 100 anos

Organizador:
Ricardo Lupion



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais — 74

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LUPION, Ricardo (Orgs.)

Sociedades Limitadas: estudos em comemoração aos 100 anos [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion (Orgs.) -
- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

615 p.

ISBN - 978-85-5696-679-7

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Administrativo; 2. Direito comercial; 3. Direito empresarial; 4. Sociedades Limitadas; 5. Estudos;
I. Título. II. Série.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio	13
-----------------------	-----------

Ricardo Lupion

1	23
----------------	-----------

A exclusão compulsória de sócio em sociedade limitada

Adriana Valéria Pugliesi

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1 A falta de disciplina legal para exclusão de sócio no Código Comercial e no DL 3708/19: a solução proposta por Rubens Requião e o seu aperfeiçoamento pela praxe mercantil. 1.2 A *affectio societatis* no direito societário brasileiro. 1.2.1. A ruptura da *affectio societatis* como causa de exclusão compulsória nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 1.2.2. A quebra da *affectio societatis* como causa de exclusão nas sociedades anônimas fechadas. 1.3 A ruptura da *affectio societatis* é causa de destruição de valor e, invariavelmente, desvia o risco do negócio. 2. A disciplina no Código Civil e a Jurisprudência sobre a matéria. 3. Conclusão.

2	71
----------------	-----------

A natureza das sociedades limitadas: tratamento jurídico conferido às sociedades empresárias e às sociedades simples

Aline França Campos

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Sociedades limitadas: sociedade simples ou sociedade empresária? - 3. Sociedades limitadas empresárias: regência supletiva das normas das sociedades simples e regência supletiva das normas das sociedades anônimas - 4. Responsabilização pessoal dos sócios: critério para distinguir as sociedades de pessoas das sociedades de capital? - 5. Bibliografia

3	111
----------------	------------

A morte de sócio e o problema da sucessão das participações societárias

Ana Frazão

SUMÁRIO: Introdução. 1. A dupla dimensão do conflito que surge com a morte do sócio. 2. A dupla dimensão da participação societária para efeitos de sucessão. 3. O modelo de sucessão nas sociedades de capitais: o exemplo das companhias abertas. 4. O modelo de sucessão nas sociedades de pessoas: o exemplo das sociedades simples. 4.1. As alternativas de liquidação da quota do sócio falecido ou de aceitação dos herdeiros como sócios. 4.2. As alternativas da composição *ex post* e da liquidação total. 5. O modelo de sucessão nas sociedades “híbridas”: o problema das sociedades limitadas e das companhias fechadas familiares ou com forte elemento pessoal 5.1. Aspectos introdutórios da sucessão em sociedades híbridas. 5.2. As principais controvérsias relacionadas à sucessão nas sociedades limitadas e nas companhias fechadas familiares ou com elemento pessoal. 5.3. O conflito sucessório nas sociedades híbridas diante da problemática do direito de retirada. 5.4. O correto endereçamento do problema sucessório por meio de soluções contratuais *ex ante*. Considerações finais. Referências bibliográficas

4 141

Impactos positivos da simplificação do registro empresarial às sociedades limitadas

Anne Caroline Nascimento da Silva

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Evolução do órgão central do Sistema de Registro de Empresas no Brasil. 3 A missão desburocratizante do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração. 4 Os impactos positivos da simplificação do Registro de Empresas às sociedades limitadas. 5 Reflexão Final. Referências bibliográficas.

5 179

Das inovações contidas no projeto do novo código comercial e a importância dos princípios para a sociedade limitada no cenário empresarial

Armando Luiz Rovai; Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior

SUMÁRIO: I - Introdução. II - Do uso de princípios no projeto do novo código comercial. III) Das sociedades limitadas à luz das normas vigentes no ordenamento jurídico interno. IV) Da importância da utilização dos princípios no caso das sociedades limitadas. IV.a) Da função social da empresa. IV.b) Da autonomia patrimonial da sociedade. IV.c) Do incidente da desconsideração da personalidade jurídica. V) Conclusão. VI) Referências

6 191

Do dever de não competir dos sócios de uma sociedade limitada

Bruno M. Nascimento; Caio V. Araújo; Cristiana Idehara; Daniel P. Longa

SUMÁRIO: I. Introdução - II. Das características das sociedades limitadas – Sociedades de pessoa e sociedades de capital - III. Direito comparado – Visão jurisprudencial e doutrinária no direito norte-americano - IV. Da inserção das cláusulas de não competição nos documentos societários das sociedades limitadas - Conclusão

7 209

Notas Sobre a Intervenção Judicial na Administração de Sociedades

Carlos Klein Zanini; Rodrigo Salton Rotunno Saydelles

SUMÁRIO: Considerações Iniciais. Introdução; 1. A intervenção judicial no direito brasileiro e no direito comparado; 1.1. Aspectos teóricos da intervenção judicial 1.1.1. Da não-intervenção à possibilidade de intervenção: mitigação da business judgment rule 1.1.2. Pressuposto teórico para a intervenção judicial: a falha no mecanismo de absorção de conflitos; 1.2. A intervenção judicial nas experiências estrangeiras; 1.2.1. Direito espanhol; 1.2.2. Direito argentino; 1.2.3. Direito uruguaio; 1.2.4. Direito italiano; 1.2.5. Direito português; 1.2.6. Direito francês; 2. Aspectos práticos da intervenção judicial; 2.1. A intervenção judicial na visão dos tribunais; 2.1.1. O interventor “observador de gestão”; 2.1.2. O interventor cogestor; 2.1.3. O interventor gestor; 2.1.4. O interventor executor; 2.1.5. Outras modalidades de intervenção: o “administrador-depositário” e a intervenção judicial no âmbito da Lei Federal 12.529/2011; Considerações Finais; Referências.

8.....255

Inovação em pequenas e médias empresas e seu contexto espacial

Carlos Alberto Molinaro; Regina Linden Ruaro

SUMÁRIO: Propósitos. 1. Introdução. 2. Clarificar o conceito de inovação aberta e o importante papel do conhecimento como ingrediente-chave. 3. A aptidão das pequenas e médias empresas de participarem no novo ambiente de negócios. 4. 4. A contribuição crucial das universidades e a necessidade de fortalecê-las. 5. Criar um ambiente amigável para financiar investimentos para inovação aberta. 5.1 Propriedade intelectual como ponto de cooperação. 5.2 O papel dos governos e políticas públicas. 6. As implicações espaciais da inovação aberta. 7. Considerações finais. Referências.

9.....277

O sócio incapaz nas sociedades limitadas

Cássio Cavalli

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A evolução da disciplina do sócio incapaz no direito anterior ao código civil de 2002 - 3. A disciplina do sócio incapaz no direito atual - 4. Conclusão - 5. Referências bibliográficas

10 295

Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas

Gustavo Saad Diniz

SUMÁRIO: 1. Responsabilidade do administrador, pela distinção do fundamento de negociabilidade do crédito. 2. Obrigações do administrador e desconsideração da pessoa jurídica. 3. Critérios de responsabilidade pessoal do administrador por débitos negociais. 4. Violações do sistema jurídico vigente. 5. Administração simulada. 6. Conclusão. Bibliografia

11 329

Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil

Marcelo Vieira Von Adamek

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Exclusão por falta grave: juízos de proporcionalidade e igualdade de tratamento. 2.1. Falta grave superveniente. 2.2. Falta grave atual. 3. Exclusão extrajudicial: pressupostos. 3.1. Exclusão extrajudicial: previsão contratual genérica, exemplificativa e taxativa. 3.2. Exclusão extrajudicial: assembléia necessária e método assemblear. 3.2.1. Prazo de convocação da assembléia. 3.2.2. Conteúdo da convocação. 3.2.3. Conseqüências advindas da ausência do excluendo. 3.2.4. Quórum de deliberação. 3.3. Exclusão extrajudicial e controle jurisdicional. 4. Exclusão judicial e exclusão extrajudicial: vias alternativas ou repelentes? 5. Exclusão judicial: iniciativa e legitimação ativa. 6. Exclusão judicial e apuração de haveres. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

12..... 371

Quóruns de deliberação e conflitos na sociedade limitada

Marcia Carla Pereira Ribeiro; Kharen Kelm Herbst

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interesse dos sócios e interesse social. 3. Quóruns de deliberação. 4. Conflitos, racionalidade e problemas de agência. 5. Compliance para a redução de conflitos de interesse nas sociedades limitadas. 6. Considerações finais. Referências

13..... 395

Constituição da sociedade limitada: o contrato social

Marcos Vinícius Rodrigues de Carvalho

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 Considerações históricas da sociedade limitada - 3 Classificação e conceito da sociedade limitada - 4 Regime legal da sociedade limitada - 5 Constituição da sociedade limitada - 6 Conclusões - 7 Bibliografia

14 441

A legitimidade ativa na ação de “dissolução parcial” por falecimento de um sócio na sociedade limitada

Marlon Tomazette

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 A importância das sociedades limitadas no Brasil. 3. A natureza da sociedade limitada. 3.1 Sociedade de pessoas ou de capitais? 3.2 Natureza contratual. 4 O regime jurídico da morte de um sócio na sociedade limitada. 4.1 A dissolução total. 4.2 A sucessão do sócio falecido. 4.3 A dissolução parcial da sociedade. 5 Ação de dissolução parcial de sociedade por morte de um sócio: legitimidade ativa. 5.1 Espólio. 5.2 Sucessores do sócio falecido. 5.3 Legitimidade ativa da própria sociedade. Referências

15..... 467

As quotas preferenciais no direito brasileiro: passado e futuro

Oksandro Gonçalves

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A sociedade limitada no Direito brasileiro. 2.1. O Decreto n. 3.708/1919. 2.2. O Código Civil de 2020. 3. Quotas preferenciais. 3.1 No regime do Decreto n. 3.708/1919. 3.2. No regime do Código Civil. 3.3. A Instrução Normativa n. 38 do DREI. 3.3.1. A regência supletiva das sociedades simples e das sociedades anônimas. 3.3.2. A possibilidade de instituição de quotas com direitos diferenciados. 3.3.3. O artigo 1.010 do Código Civil: a regra uma quota, um voto. 3.3.4. Os quóruns. 3.3.5. Quotas preferenciais com direito de voto. 4. Conclusões. 5. Bibliografia

16..... 495

Breves comentários sobre a inserção da sociedade limitada unipessoal no direito societário brasileiro

Renato Vilela; Gabriel de Macedo Duarte; Yasmin Fernandes Reis

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apointamentos sobre a EIRELI e a Sociedade Limitada. 1.1. Experiência da limitada unipessoal no direito societário português. 2. Problemas jurídicos da sociedade limitada unipessoal introduzida pela MP 881. 3. A realidade das sociedades limitadas. 3.1. Resultados da pesquisa. 4. Conclusão

17..... 509
Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica nas relações empresariais: do Requião à MP da liberdade econômica
Ricardo Lupion

SUMÁRIO: Introdução; 1. Delimitação da abordagem do tema 2. O esgarçar e o recoser dos valores do direito comercial 3. Autonomia patrimonial da sociedade: importância e efeitos. 4. Desconsideração da personalidade jurídica. 4.1. Evolução. 4.2. Pressupostos: artigo 50 do código civil. 4.3. Desconsideração inversa. 4.4. Medida provisória 881/2019: direitos da liberdade econômica. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

18 529
A legalidade da emissão de debêntures pela sociedade limitada e os seus benefícios à economia brasileira
Roberto Rommel de Rezende Corrêa Júnior

Sumário: Introdução - 1 Mercado de capitais - 2 As vantagens da sociedade limitada e sua preponderância para a economia brasileira - 3 O impacto negativo da ausência de financiamento para o empreendedorismo brasileiro - 4 Surgimento e utilização das debêntures - 5 Desenvolvimento histórico e normativo das debêntures no Brasil - 6 A legalidade (e possibilidade) da emissão de debêntures pelas sociedades de responsabilidade limitada - 7 As vantagens econômicas trazidas pela emissão das debêntures nas sociedades limitadas - Conclusão - Referências

19.....565
Reflexões sobre a importância da limitação da responsabilidade nas sociedades limitadas
Thiago Moreira de Souza Sabião; Tarcisio Teixeira

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 As sociedades limitadas e a separação patrimonial - 3 A anunciada crise da limitação da responsabilidade - 4 Função social da limitação da responsabilidade: vantagens jurídicas e econômicas - 5 Desvantagens da limitação da responsabilidade - 6 Conclusão: entre vantagens e desvantagens, a limitação da responsabilidade ainda é importante? - 7 Referências

20597
Sociedade limitada: o que precisamos fazer pela menina de nossos olhos
Unie Caminha

SUMÁRIO: Introdução. 1. Limitadas: do início à involução. 2. O que fizeram com as limitadas? 2.1 O que está sendo feito pelas limitadas? 3.O que ainda precisa ser feito pelas limitadas? Conclusão. Referências

Prefácio

*Ricardo Lupion*¹

A presente obra é fruto das reflexões e debates durante o **IV CONGRESSO DE DIREITO COMERCIAL DA PUCRS** comemorativo de “**Um Século das Sociedade Limitadas no Brasil (1919-2019)**”, realizado nos dias 26 e 27 de novembro de 2018, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com apoio financeiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (conforme Termo de Outorga nº 18/2551-0000802-8, Edital FAPERGS 02/2018 - Concessão de Apoio Financeiro para Eventos Técnico-Científicos).

O evento contou com a presença de pesquisadores renomados, a nível nacional, que possuem livros, publicações em periódicos (Qualis B2 e superiores) e pesquisa científica sobre os temas abordados no evento.²

Esta coletânea conta com textos elaborados pelos palestrantes do evento, por professores e alunos da PUCRS, da PUCPR, da UFPR, da USP, da PUCSP, da FGV Direito SP, da Mackenzie, da USP-

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.

² Programação do evento: **Painel TEMAS PROCESSUAIS**. Penhora de quotas sociais: Alfredo Assis Gonçalves Neto. Processo, Procedimento e algoritmo jurisdicional: Sergio Gilberto Porto. **Painel NORMATIZAÇÃO E INOVAÇÃO**. As sociedades limitadas na revisão DREI/2017: perspectivas e desafios: Anne Caroline Nascimento da Silva. Junta digital: Itacir Flores e Dennis Kock. Radiografia das Sociedades Limitadas: Renato Vilela. **Painel: RELAÇÃO COM SÓCIOS E INVESTIDORES** Sociedade Limitada ou Sociedade Anônima fechada? Vantagens e desvantagens: Armando Luiz Rovai. O dever de cooperação entre sócios e suas principais consequências: Ana de Oliveira Frazão. **Painel ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE**. Intervenção judicial na administração: Marcelo Guedes Nunes. Os deveres dos administradores no curso da dissolução da Sociedade: Carlos Klein Zanini. Limites da atuação do Conselho de Administração na Sociedade Limitada: Rodrigo Monteiro de Castro

Ribeirão Preto, FGV Direito Rio, da UnB, da UniCeub, da UNIFOR, entre outras.

Os textos estão organizados por ordem alfabética dos autores, em razão da ampla diversidade dos temas tratados.

Adriana Valéria Pugliesi, no texto “**A exclusão compulsória de sócio em sociedade limitada**”, propõe uma reflexão quanto à ruptura do vínculo social que acarreta a *exclusão compulsória de sócio* por deliberação dos demais, nas suas duas modalidades previstas nos artigos 1030 e 1085 do Código Civil: a primeira judicial e a segunda levada a efeito, em princípio, extrajudicialmente. Após examinar diversos aspectos relacionados à formação e ruptura da *affectio societatis*, a autora examina a ruptura da *affectio societatis* como possível causa de destruição de valor e, invariavelmente, desvia o risco do negócio, com base nas disposições do Código Civil e na análise da jurisprudência sobre a matéria.

Sob o título “**A natureza das sociedades limitadas: tratamento jurídico conferido às sociedades empresárias e às sociedades simples**”. Aline França Campos examina as características das sociedades limitadas, com ênfase na limitação de responsabilidade de seus sócios em relação às obrigações contraídas pela pessoa jurídica. O texto destaca que essas sociedades representam a maioria esmagadora das sociedades constituídas no Brasil, daí resultando a importância dos debates em torno desses centros de exploração da atividade econômica, sobretudo no que diz respeito à sua natureza.

No artigo intitulado “**A morte de sócio e o problema da sucessão das participações societárias**”, Ana Frazão procura explorar a sucessão societária, que tem por objeto um patrimônio dinâmico, já afetado à determinada finalidade econômica, tendo vinculações com a existência e a permanência da própria sociedade. Refere que a sucessão societária não diz respeito apenas à repartição do patrimônio do falecido entre seus herdeiros, mas envolve também outras questões significativas, como as relacionadas à manutenção da própria sociedade e à necessária compatibilização

entre os interesses dos herdeiros e os dos sócios remanescentes. Além da pluralidade de interesses envolvidos, eles precisam ser harmonizados tanto na dimensão organizacional, como na dimensão patrimonial, motivo pelo qual as soluções sucessórias, para serem adequadas, devem variar conforme se trate de sociedade de capitais, de pessoas ou híbridas. Por essa razão, o artigo trata do arcabouço legal de cada um dos principais tipos societários brasileiros, para o fim de analisar em que medida as soluções sucessórias previstas para cada um deles são ou não adequadas e o que pode ser feito para resolver os problemas identificados ao longo do estudo.

No texto **“Impactos positivos da simplificação do registro empresarial às sociedades limitadas”**, Anne Caroline Nascimento da Silva examina a evolução do órgão central do Sistema de Registro de Empresas no Brasil, a missão desburocratizante do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração e os impactos positivos da simplificação do Registro de Empresas às sociedades limitadas. O texto procura demonstrar que a atuação do DREI está alinhada com a necessidade de desburocratizar, simplificar e padronizar o registro de empresas no Brasil, promovendo a revisão das Instruções Normativas visando criar um ambiente mais favorável à realização de negócios e a redução de tempo e custos aos empresários e sócios no Brasil.

Armando Luiz Rovai e Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior no texto **“Das inovações contidas no projeto do novo código comercial e a importância dos princípios para a sociedade limitada no cenário empresarial”**, examinam o uso dos princípios no novo código comercial e, em especial, a importância da utilização dos princípios no caso das sociedades limitadas, com destaque para os princípios da função social da empresa, da autonomia patrimonial da sociedade e do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com base nos dispositivos do novo código comercial. Os autores destacam que o projeto do novo código comercial apresenta inúmeras inovações na prática empresarial do

país e que o mesmo traz em seu bojo um enfoque voltado para uma análise principiológica, o que permite que a lei seja melhor aplicada ao caso concreto nas sociedades, promovendo uma melhor aplicação do diploma legal nas relações comerciais.

O texto **“Do dever de não competir dos sócios de uma sociedade limitada**, de coautoria de Bruno Maglione Nascimento, Caio Vasconcelos Araújo, Cristiana Idehara e Daniel Pinheiro Longa, procura abordar a questão do dever de não competir entre os sócios de uma sociedade limitada. Para tanto, o texto examina a existência de dever fiduciário entre esses sócios e sua aplicabilidade à luz do direito brasileiro e, ainda, na perspectiva do direito comparado brasileiro com o norte-americano, além de uma sugestão de inserção destes deveres nos contratos societários.

Sob o título **“Notas Sobre a Intervenção Judicial na Administração de Sociedades”** Carlos Klein Zanini e Rodrigo Salton Rotunno Saydelles, examinam os dilemas da intervenção judicial na sociedade, numa perspectiva de intervenção judicial ampla e radical, com a remoção dos administradores para nomear outros, como também, a possibilidade de uma intervenção judicial limitada e precisa, que, embora mantendo a gestão em curso, possa assegurar seu acompanhamento e fiscalização. O texto aborda as experiências estrangeiras (Direito espanhol, Direito argentino, Direito uruguaio, Direito italiano, Direito português e Direito francês) e aponta, ainda, aspectos práticos da intervenção judicial, nas modalidades de interventor observador de gestão, interventor cogestor, interventor gestor, interventor executor, entre outras modalidades de intervenção.

No tema **“Inovação em pequenas e médias empresas e seu contexto espacial”**, Carlos Alberto Molinaro e Regina Linden Ruaro examinam se a tendência para estratégias de inovação aberta é um fenômeno genuíno e se está (ou não) se tornando cada vez mais predominante no mundo dos negócios quais as consequências para o ecossistema e os atores envolvidos. Provavelmente, algumas empresas tomam isso como uma oportunidade para entrar em

novas cadeias de valor, enquanto outras são forçadas a mudar sua cadeia de valor atuando como concorrentes em negócios existentes. O artigo aborda a redefinição do papel das universidades e indústria, afetando o sistema de inovação, a necessidade de um novo ambiente institucional que possa emoldurar as mudanças, o papel das pequenas e médias empresas e melhorar o ambiente de negócios, a fim de consolidar a inovação aberta.

Cássio Cavalli, em **“O sócio incapaz nas sociedades limitadas”** busca responder ao seguinte questionamento: é possível ao incapaz figurar no quadro social de uma sociedade limitada? Nesse contexto, o autor aborda as várias circunstâncias em que sócio incapaz pode figurar em sociedade limitada, como em caso de sócio que venha a tornar-se incapaz; de herdeiros incapazes de sócio falecido; e de incapazes que tenham interesse em participar de sociedade, para organizar seu patrimônio ou obter um melhor regime tributário. Em todos esses casos, há vantagens para o incapaz que pretende integrar sociedade. Entretanto, há também riscos de imputação de responsabilidade ao incapaz pelas dívidas da sociedade.

Gustavo Saad Diniz aborda o tema da **“Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas”**. No texto, o autor propõe a distinção entre a responsabilidade por débitos negociais (porque nos negócios jurídicos, é possível a avaliação dos riscos de contratação com a sociedade limitada), da situação de outros credores que mantêm uma relação jurídica *ex lege* (trabalhistas e tributárias) e *ex delicto* (responsabilidade civil por ilícitos) porque, efetivamente, não negociaram com a sociedade e não tiveram a oportunidade de avaliar os riscos apresentados. O autor propõe dezesseis conclusões específicas que admitiriam essa responsabilização dos administradores.

Marcelo Vieira Von Adamek em **“Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do código civil”** examina aspectos relacionados aos juízos de proporcionalidade e igualdade

de tratamento na caracterização da falta grave, do momento da sua ocorrência (se atual ou superveniente) e os pressupostos da exclusão extrajudicial e da exclusão judicial e, quanto à esta última, os aspectos relacionados a iniciativa, legitimação ativa e apuração de haveres. O autor, com base em manifestações divergentes da doutrina, destaca diversos aspectos controvertidos, indicando que o ideal seria que o legislador tivesse regulado o tema de forma mais pormenorizada, evitando as dúvidas e incertezas que tanto retardam a solução dos litígios, ou fomentam a sua multiplicação, em detrimento da atividade desenvolvida pela sociedade.

Ao abordar o tema “**Quóruns de deliberação e conflitos na Sociedade Limitada**”, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Kharen Kelm Herbst, analisam, sob a perspectiva da análise econômica do direito e da teoria da agência, os quóruns mínimos de deliberações definidos em lei para as sociedades limitadas. Em seguida, são contrastadas as intenções do legislador com as consequências dessas escolhas legislativas diante das características do setor empresarial brasileiro, aferindo se atenuam ou agravam os conflitos societários. Ao final, o texto apresenta os mecanismos jurídicos de compliance e de governança para reduzir custos de transação e custos de agência na empresa, aprimorando as relações internas e contribuindo para o desenvolvimento desse tipo societário no país.

Em “**Constituição da sociedade limitada: o contrato social**”, Marcos Vinícius Rodrigues de Carvalho analisa os aspectos jurídicos relacionados com a constituição das sociedades limitadas, com especial atenção para o estudo do contrato social dessas sociedades no direito brasileiro. Para tanto são examinados aspectos sobre o histórico das sociedades limitadas, a sua classificação perante as demais sociedades existentes no direito brasileiro, o seu conceito, a sua natureza jurídica, suas características básicas e o seu regime legal. A partir dessa análise, o artigo passa a examinar os requisitos de validade, os seus pressupostos de existência e a sua forma legal, assim como os principais aspectos práticos resultantes

da elaboração e da alteração do contrato social, fruto da manifestação de vontade dos sócios.

O tema **“A legitimidade ativa na ação de dissolução parcial por falecimento de um sócio na sociedade limitada”**, foi abordado por Marlon Tomazette para analisar e identificar quem são os detentores da legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de dissolução parcial. O autor estuda a sociedade limitada, de modo geral, destacando sua importância econômica e sua natureza jurídica, como sociedade de pessoas ou de capitais. Em seguida analisa os aspectos materiais da dissolução parcial da sociedade limitada, especificamente para o caso de morte de um sócio, o regime jurídico, a sucessão e aspectos da legitimidade para a ação de dissolução parcial.

Sob o título **“As quotas preferenciais no direito brasileiro: passado e futuro”**, Oksandro Gonçalves apresenta um plano geral das sociedades limitadas no Brasil e o seu desenvolvimento ao longo do primeiro centenário e trata da evolução das quotas preferenciais, cabimento e regras de regência. Em seguida, o artigo aborda o passado das quotas preferenciais e apresenta uma visão para o futuro, abordando aspectos relacionados das quotas preferenciais no regime do Decreto n. 3.708/1919, do Código Civil e da Instrução Normativa nº 38 do DREI. O texto também examina a possibilidade da instituição de quotas com direitos diferenciados, com direito a voto ou com restrição de direito a voto, como importante mecanismo de incentivos ao investimento, com grande importância para o desenvolvimento econômico do empreendedorismo.

Em **“Breves comentários sobre a inserção da sociedade limitada unipessoal no direito societário brasileiro”**, o trio de autores Renato Vilela, Gabriel de Macedo Duarte e Yasmin Fernandes Reis, comenta aspectos da sociedade limitada unipessoal da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019 (MP 881), batizada como medida provisória dos direitos da liberdade econômica. O texto propõe avaliar os principais reflexos práticos da inserção da limitada unipessoal no direito brasileiro, a partir de

algumas observações sobre a EIRELI e das sociedades limitadas (unipessoais e comuns) em um breve paralelo Brasil-Portugal. O artigo apresenta dados obtidos na pesquisa “Radiografia das Sociedades Limitadas”, elaborada pelo Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da FGV Direito SP em agosto de 2014, que analisou o perfil das sociedades limitadas registradas na Junta Comercial de São Paulo (JUCESP). O texto também aponta questões que ainda remanescem sem resposta.

Em **“Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica nas relações empresariais: do Requião à MP da liberdade econômica”**, Ricardo Lupion relata a importância e os efeitos da autonomia patrimonial da sociedade e a evolução da desconsideração da personalidade jurídica. O texto também examina os pressupostos e suporte fático da desconsideração clássica e da invertida, com base em análise doutrinária e jurisprudencial do artigo 50 do Código Civil. Finalmente, o texto também apresenta as inserções pretendidas pelo projeto de lei de conversão da Medida Provisória 881/2019, batizada como medida provisória da liberdade econômica, que propõe a inserção do artigo 49-A, que reedita e aperfeiçoa a redação do revogado artigo 20 do Código Civil de 1916 e atribui nova redação ao artigo 50, que explicita o pressuposto fático para a desconsideração da personalidade jurídica, limita os seus efeitos em relação aos partícipes do ato fraudulento, cria exclusões de sócios e investidores sem poderes de gestão e, ao final, contém previsão legal de danos punitivos este último, tema de muita controvérsia no direito brasileiro

Com o principal objetivo de demonstrar a legalidade da emissão de debêntures pelas sociedades limitadas e, conseqüentemente, os reflexos positivos que podem causar na economia, principalmente em uma fase de crise econômica, ocasionando escassez de crédito para as sociedades limitada, o autor Roberto Rommel de Rezende Corrêa Júnior, no texto **“A legalidade da emissão de debêntures pela sociedade limitada e os seus**

benefícios à economia brasileira” analisa o mercado de capitais brasileiro, pois é o meio utilizado para compra e venda das debêntures e procura demonstrar como a natureza jurídica da sociedade limitada pode se coadunar com a emissão de debêntures, como forma de financiamento pelas sociedades limitadas para contribuir para a aceleração e o crescimento da economia brasileira, vez que a sociedade limitada é o tipo mais utilizado pelas sociedades brasileiras.

No texto **“Reflexões sobre a importância da limitação da responsabilidade nas sociedades limitadas”**, Thiago Moreira de Souza Sabião e Tarcisio Teixeira abordam a questão do uso desmedido, pelo Judiciário, da desconsideração da personalidade jurídica. Alertam que, fruto de um processo histórico não só de consolidação da crise da personalidade jurídica, mas também de proteção dos direitos dos credores, o Judiciário tem respaldado a desconsideração da personalidade jurídica em qualquer hipótese que o julgador entenda ser mais importante respeitar o direito do credor do que a limitação da responsabilidade, à míngua da observância dos requisitos legais, que pressuporiam a análise da má-fé, de eventual fraude, confusão patrimonial ou abuso da personalidade jurídica.

Unie Caminha, em a **“Sociedade limitada: o que precisamos fazer pela menina de nossos olhos”** apresenta críticas à atual disciplina das sociedades limitadas no Código Civil de 2002. Após apresentar um breve histórico das sociedades limitadas, abordando sua origem e regulação no Brasil e atual moldura jurídica, o texto aborda medidas regulatórias e entendimentos doutrinários que trouxeram interpretações inovadoras para as sociedades limitadas e, por fim, medidas propostas para que as sociedades limitadas voltem a ter legislação apropriada e ainda se adequem às necessidades do mercado.

Pela apresentação dos textos verifica-se, desde já, que a leitura será desafiadora, porque reúne, a um só tempo, excelência

acadêmica de autores e efetiva experiência profissional dos autores nos temas abordados.

Enfim, a obra pretende oferecer aos estudantes, acadêmicos e profissionais do direito uma contribuição nos temas abordados.

Porto Alegre, agosto de 2019

A exclusão compulsória de sócio em sociedade limitada

*Adriana Valéria Pugliesi*¹

1. Introdução

A ruptura do vínculo societário, nas sociedades limitadas, pode ocorrer por diversas formas: (i) direito de retirada, em que o sócio, voluntariamente, solicita seu desligamento (art. 1029 do CC)²; (ii) falecimento do sócio (art. 1028 do CC); (iii) liquidação da cota pelo credor (art. 1026 do CC); (iv) inadimplemento na integralização do capital social (§ único, do art. 1004 do CC); (v) dissolução total, nos casos previstos no art. 1033 do CC, ou como efeito da falência, conforme art. 1044 do CC; e, por fim; (vi) pela exclusão compulsória do sócio, prevista nos artigos 1030 e 1085 do CC.

Nesse estudo gostaríamos de propor reflexão apenas quanto à última modalidade de ruptura do vínculo social, ou seja, a *exclusão compulsória de sócio* por deliberação dos demais, nas suas duas modalidades, respectivamente previstas nos artigos 1030 e 1085 do

* Artigo publicado originalmente em “Estudos de Direito Empresarial”, Coordenadores LAMACHIA, Claudio, NEDER CEREZETTI, Sheila e COSTA NETO, Gustavo Ramiro, Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, 2019, ISBN 978-85-7966-112-9.

¹ Professora de Direito Empresarial na FGV Direito São Paulo. Professora no CEU Law School. Professora na EPM- Escola Paulista da Magistratura. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

² A hipótese não se confunde com a cessão de quotas, negócio jurídico sem impacto sobre o patrimônio ou capital social, já que o cedente recebe o preço do cessionário, que passa a ser o novo titular da participação social.

Código Civil: a primeira judicial e a segunda levada a efeito, em princípio, extrajudicialmente.

1.1 A ausência de disciplina legal para exclusão de sócio no Código Comercial e no D. 3708/19: a solução proposta por Rubens Requião e o seu aperfeiçoamento pela praxe mercantil

Antes da vigência do Código Civil, a exclusão forçada do sócio não era prevista nem no Código Comercial (que disciplinava as sociedades comerciais e sua dissolução total, nos arts. 335 a 343); e nem no DL n. 3.709/19 que regia as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e previa apenas a exclusão do sócio remisso (no art. 7º).

O Código Comercial disciplinava somente a *dissolução total* das sociedades comerciais, em seus artigos 335 e 336³. Nas sociedades de prazo *indeterminado*, o velho Código previa que a vontade de *um sócio* era apta a promover a *dissolução total* (art. 335, V do CCo); e, nas sociedades de prazo *determinado* era possível a *dissolução judicial* nas hipóteses de: “*inabilidade de algum dos sócios ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença*”; ou “*por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das*

³ Art. 335 do CCo: “As sociedades reputam-se dissolvidas:

1. *Expirando o prazo ajustado da sua duração,*
2. *Por quebra da sociedade ou de qualquer dos sócios,*
3. *Por mútuo consenso dos sócios,*
4. *Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem,*
5. *Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.”*

Art. 336 do CCo: “As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios:

1. *Mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e o fim social...;*
2. *Por inabilidade de algum dos sócios ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença;*
3. *Por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios.”*

obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios" (art. 336, II e III do CCo), ou seja, mediante motivação, com indicação da causa.

Na época em que o Código Comercial foi promulgado, em 1850, a economia nacional era incipiente e precipuamente exercida pelo empresário individual. Basta lembrar que os primeiros movimentos que deflagraram o gradual desaparecimento da produção artesanal dirigida diretamente ao consumidor tiveram início apenas com a vinda da família real ao Brasil, em 1808, fazendo surgir, então, as primeiras unidades produtoras dirigidas por um organizador de trabalho assalariado.⁴

Nesse cenário, poucas eram as empresas exercidas sob a forma de sociedade, tanto que a maioria delas eram de pequeno porte⁵. O Código Comercial, portanto, era espelho dessa realidade econômica e, talvez por isso, a disciplina quanto ao *modo* de dissolução das sociedades tivesse poucos reflexos práticos na dinâmica empresarial. Em abono a essa tese, Waldemar Ferreira assinalava que "quem contrata sociedade sem determinar o prazo de sua vigência sabe bem o que ajusta: o direito, que assiste a qualquer dos seus consórcios, de lhe pôr termo em qualquer momento"⁶; evidenciando que não havia, de fato, real preocupação com a manutenção da empresa ou da organização societária.

Com o desenvolvimento econômico era natural que despontasse uma visão mais institucionalista⁷⁻⁸ das sociedades empresárias; e, com isso, fosse confrontada a inconveniência de sua

⁴ PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*, 46a reimpressão, São Paulo: Brasiliense, atualizado em 1970, 2004, pp. 123-124.

⁵ A preocupação com estímulo à grande empresa nacional tomou corpo em 1960, refletindo-se em nossa política legislativa a partir da década seguinte, como anota F. Konder Comparato (*O poder de controle na sociedade anônima*, 6ª edição, Forense, 2014, pp.525-526).

⁶ FERREIRA, Waldemar Ferreira. *Tratado de Direito Comercial*, III Volume, Ed. Saraiva, 1.961, n. 446, p. 251.

⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição, Malheiros, 2011, pp. 32-37.

⁸ Sob essa perspectiva, convém pontuar, que o direito brasileiro mantém sua peculiar integração entre o *contratualismo* e o *institucionalismo*, no seu sistema societário. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição, Malheiros, 2011, pp. 38-40).

dissolução total pela vontade de apenas um dos sócios, tal como estava previsto no Código Comercial.

Assim, a princípio de forma tímida, surgiram os primeiros julgados que passaram a combater a enviesada regra do Código Comercial pela qual a vontade de um único sócio tinha a prerrogativa de extinguir a sociedade, ainda que contra a vontade dos demais, mesmo por maioria.

A norma do Código Comercial, pouco a pouco, passou a ser considerada indigesta, exigindo interpretação sistemática e teleológica que pudesse conjugar dois valores jurídicos relevantes ao direito societário: (i) a necessidade de manter válvulas de escape para a retirada de sócio que não mais desejasse permanecer vinculado aos demais; e, (ii) a manutenção do agente econômico, sempre que os demais sócios desejassem prosseguir com o negócio.

Partindo dos primeiros julgados que impediram a dissolução da sociedade pela vontade de um dos sócios⁹, e da análise de outros sistemas jurídicos, o pioneiro e ainda atual estudo propondo a *exclusão do sócio dissidente* para fins de **preservação da sociedade** foi a tese de Rubens Requião, com a qual conquistou a Cátedra na Universidade do Paraná, em 1959: “**A preservação da sociedade comercial pela exclusão de sócio**”.¹⁰

A obra de Requião sistematizou o **princípio da preservação da empresa** --- posteriormente acolhido no vigente direito concursal brasileiro pela Lei n. 11.101/05, conquanto sob a perspectiva apropriada a esse microssistema jurídico --- e fincou as bases pelas quais, mais adiante, a jurisprudência e os usos e costumes empresariais erigiram o conceito da *affectio societatis*, nascido como um “critério interpretativo dos deveres e

⁹ Apelação n. 8.659 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Apelação n. 27.684 de 1945 do Tribunal de Justiça de São Paulo, indicados na obra de Rubens Requião, p. 174.

¹⁰ Obra completa disponível em acervo Digital UFPR:

[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%20203492\).pdf;jsessionid=5964C9223B7FC3A492821C17947C7DED?sequence=1](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%20203492).pdf;jsessionid=5964C9223B7FC3A492821C17947C7DED?sequence=1)

responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum”.¹¹

1.2 A *affectio societatis* no direito societário brasileiro

Requião¹² já destacava no pioneiro estudo antes referido que os elementos históricos de formação das sociedades em nome coletivo e comandita simples eram a *confiança mútua* e a *boa-fé*, os quais constituíam intrínsecos *deveres* nas relações internas entre os sócios. Nas sociedades em geral há, com efeito, um *elo* fundamental de *colaboração ativa* entre os sócios¹³ correspondente à intenção de reunir esforços para atingir um fim comum; ou, empenhar esforços pessoais para dar cumprimento ao fim social. A própria etimologia da palavra *companhia*, originária do latim, segundo Houaiss¹⁴, reflete a reunião de pessoas que compartilham o mesmo pão (*cum + panis*).

Os elementos componentes da *affectio societatis* --- ou *bona fides societatis* --- constituem, segundo Fabio K. Comparato, a *fidelidade* e a *confiança*, caracterizados por um *estado de ânimo continuativo* que “diz respeito a todos os elementos do contrato social, notadamente a pessoa dos sócios, ao objeto e ao objetivo comum”.¹⁵

A *fidelidade* consiste no escrupuloso respeito à palavra empenhada, ou na boa-fé¹⁶ que é exigida para o bom funcionamento

¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”, Revista de Direito Mercantil, vol. 36, 1979, p. 69.

¹² REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959, pp. 37-42.

¹³ THALLER, Edmond-Eugène. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1910, p. 188.

¹⁴ Dicionário eletrônico de etimologia e origem das palavras: <https://hridiomas.com.br/origem-da-palavra-companhia/>

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”, Revista de Direito Mercantil, vol. 36, 1979, p. 69.

¹⁶ Paula Forgioni afirma: “... para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos comerciantes cordatos, dos agentes econômicos

do tráfego mercantil; enquanto a *confiança*¹⁷ corresponde ao dever de tratar os sócios não como contrapartes de um contrato bilateral, mas como colaboradores na realização de um *interesse social*¹⁸ comum. Tratam-se, um e outro, de *deveres acessórios* do sócio no contrato de sociedade¹⁹, exatamente como afirmara Rubens Requião na sua tese de Cátedra.

Comparato anota que o conceito de *affectio societatis*, tal como posto por Ulpiano no Direito Romano, nunca traduziu um conceito *exclusivo* do contrato de sociedade²⁰; ao contrário, vinha associado aos deveres de *fidelidade* no casamento e à *boa-fé* no direito possessório.

Mas, no direito societário brasileiro ao menos, o conceito de *affectio societatis* foi inicialmente considerado como um *critério interpretativo* dos deveres acessórios de *fidelidade* (boa-fé) e *confiança* considerado devido pelos sócios, em caráter continuado, como contribuição pessoal necessária para viabilizar a *consecução do fim social*.

ativos e probos em determinado mercado [ou em “certo ambiente institucional”], sempre que de acordo com o direito.” (*Contratos Empresariais*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 123).

¹⁷ Para Forgioni: “Podemos definir confiança [*trust*] como “um determinado nível de probabilidade subjetiva com a qual um agente avalia que um outro agente ou grupo de agentes praticarão determinada ação”; a existência de confiança aperfeiçoa a fluência das relações de mercado.” (*Contratos Empresariais*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 133).

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição, Malheiros, 2011, pp. 51-52.

¹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”, *Revista de Direito Mercantil*, vol. 36, 1979, pp. 69-70.

²⁰ “A *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bona fidei*. Em especial, o sócio que descumpra disposição estatutária e, sobretudo, contratual (pois a relação convencional é mais pessoal e concreta que a submissão a normas estatutárias), como é o caso de acordos de acionistas numa sociedade anônima, pratica falta particularmente grave sob o aspecto da ética societária; ele se põe em contradição com sua anterior estipulação ou declaração de vontade, revelando-se pessoa pouco confiável enquanto sócio (*venire contra factum proprium*)”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro. Forense, 1981, pp. 39-40).

Assim, parece-nos correto afirmar que a persecução do *fim social* sempre esteve amalgamada e umbilicalmente relacionada ao cumprimento de *deveres de natureza continuativa* pelo sócio em relação aos demais, caracterizados pela *fidelidade* (respeito à palavra empenhada, ou a boa-fé) e a *confiança* (dever de cooperação).

Foi nessas bases que, no direito societário brasileiro, a *affectio societatis* tornou-se um **dever exigível dos sócios**: obrigação permanente de cada sócio, de natureza comportamental, para que seja possível alcançar o fim social. Essas ideias parecem-nos não apenas atuais, mas perfeitamente integradas à realidade da vida empresarial societária das pequenas e médias empresas brasileiras, ora constituídas sob a forma de limitadas, ora de sociedades anônimas fechadas --- e voltaremos a esse ponto de análise, mais adiante.

Na interpretação dos contratos empresariais --- o que inclui o contrato social, ora em exame --- Paula Forgioni propõe, com apoio em Pothier, que é necessário indagar qual é “a intenção *comum* das partes”. Esse “intento comum” corresponde, segundo a professora, à “*causa objetiva*” do contrato que está relacionada aos **usos e costumes comerciais**:

“Qual a função econômica que as partes pretenderam obter com a avença? Para que a celebraram? Qual a racionalidade [jurídica] que deve ser considerada como mote interpretativo, levando em conta a objetividade trazida pelo mercado? **O que, no mercado, normalmente se busca com tal prática? [a “intenção comum” deve ser entendida como reflexa da práxis mercadológica, ou de fatos socialmente reconhecíveis, como ensina Betti].**”²¹ (destaques nossos).

Ora, a intenção *comum* de sócios que adotam o modelo organizativo da sociedade limitada --- tipicamente de pessoas --- para explorar certa atividade negocial tem como *causa objetiva* extraída dos *usos e costumes comerciais* a persecução do *fim social*

²¹ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

pelo cumprimento, de cada sócio em relação aos demais, de *deveres de natureza continuada* caracterizados pela *fidelidade* (respeito à palavra empenhada, ou boa-fé) e a *confiança* (dever de cooperação); ou seja, o cultivo da *affectio societatis*.

Esse olhar, sem dúvida, parece-nos ainda atual nas organizações econômicas em que as qualidades dos sócios e suas contribuições pessoais são relevantes ao desenvolvimento do negócio. Trata-se de reconhecer um dado de realidade confirmado por muitos que atuam no direito societário em empresas familiares ou não, mas de pequeno e médio: sempre que as relações entre os sócios --- por questões pessoais ou empresariais²² --- entram em desalinho, a empresa sofre as consequências e entra em declínio.

1.2.1. A ruptura da *affectio societatis* como causa de exclusão compulsória nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada

Na origem, a *exclusão compulsória* do sócio foi um mecanismo adotado pelos Tribunais para preservar a empresa, leia-se, a sociedade. A princípio, as decisões eram restritas à hipótese em que o sócio divergente formulava em juízo um pedido de dissolução total --- em conformidade com o que lhe era autorizado pelo art. 335, V do Código Comercial; e então os Tribunais recusavam decretar a *dissolução total* --- com base no princípio da preservação da empresa --- e promoviam a dissolução *parcial*, mediante retirada compulsória e pagamento dos haveres do sócio dissidente que ajuizara a ação de dissolução.

Foi assim que surgiu, no direito societário brasileiro, a *dissolução parcial* das sociedades --- expressão que Requião cunhou

²² Alexandre di Miceli da Silveira pontua que “a governança corporativa adquire uma complexidade ainda maior nas empresas familiares. Além dos relacionamentos potencialmente conflituosos entre executivos, conselheiros e acionistas presentes em qualquer companhia, surge um fator complicador adicional: a família, incluindo os aspectos sentimentais do relacionamento entre parentes.” (DI MICELI, Alexandre. Governança Corporativa no Brasil e no Mundo. Elsevier, Rio de Janeiro, 2010, pp. 297-315).

como *verdadeira paráfrase* --- porque seu resultado prático era a *exclusão compulsória* do sócio dissidente.

O pano de fundo para essas decisões estava no fato de que a efetiva pretensão do sócio dissidente --- se estivesse de boa fé --- era a de desassociar-se e não propriamente a de extinguir a sociedade, conforme então previa o então Código Comercial, hoje revogado. É evidente que a solução legal então vigente deve ter facilitado comportamentos oportunistas, bastando que o sócio divergente, de má-fé, ameaçasse com a dissolução da sociedade para não ser contrariado em seus interesses ou então retirar-se, a peso de ouro, mediante cessão de sua participação para outro sócio, ou mesmo para terceiro.

As decisões judiciais que permitiram a preservação da sociedade mediante *exclusão do sócio dissidente* tiveram o saudável efeito de impedir condutas impróprias pelo sócio que, ao discordar da maioria, ameaçava com a dissolução total da sociedade. Com a jurisprudência autorizadora da *dissolução parcial* pela exclusão do sócio, o tiro saiu pela culatra: o dissidente que viesse a ameaçar com a dissolução (como era permitido pela letra expressa do Código Comercial) passou a ser obrigado a retirar-se compulsoriamente, submetendo-se, assim, ao princípio da preservação da empresa.

Na gênese da exclusão do sócio, portanto, o divergente que ajuizava ação de dissolução total da sociedade era expulso pelos demais. Como anotou Fabio Ulhoa Coelho, “o Judiciário já não vem admitindo a dissolução total da sociedade comercial, quando há sócio ou sócios que desejam prosseguir na exploração do negócio social. Nesses casos, ou se rejeita pura e simplesmente o pedido formulado (RT, 433/165, 479/114), ou se acolhe no sentido de conceder a dissolução parcial (RT, 464/221, 426/229, 459/123), especialmente se há cláusula contratual vedando a dissolução a pedido da minoria (RT, 453/202)”.²³

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*, ed. Saraiva, 1995, p. 11.

Depois, e como desdobramento natural dessa solução, a exclusão passou a atingir o sócio que injustificadamente dava causa a cizânia no seio da sociedade e, com isso, descumpria seus deveres de boa-fé e lealdade --- mediante ruptura da *affectio societatis*.

A laboriosa construção jurisprudencial ao tempo do Código Comercial e Decreto 3.708/19 de que a ruptura da *affectio societatis* tem como uma de suas sanções mais enérgicas a *exclusão do sócio*²⁴, foi cunhada nos *usos e costumes* empresariais que são, a um só tempo: (i) *método de interpretação* contratual, ou seja, parte-se da ideia de que em todo contrato empresarial há a adoção implícita “de proteção da boa-fé, da confiança e da legítima expectativa da outra parte”²⁵ e os contratos de sociedade não se excluem dessa regra; e, igualmente (ii) *sistema integrativo*, na medida em que “as lacunas” existentes em qualquer declaração de vontade²⁶ devem ser consideradas preenchidas tomando-se por base os comportamentos cuja repetição reiterada em determinado ambiente institucional acabam tornando-se regra. Foi exatamente esse último desdobramento que ocorreu no movimento de exclusão do sócio dissidente, causador de desentendimentos na sociedade.

Assim, no direito societário brasileiro, a possibilidade de exclusão do sócio que causa cizânia e desinteligência no seio da sociedade --- então designado pela ruptura da *affectio societatis* --- veio como remédio necessário à preservação da empresa, diante da inexistência de regra jurídica no Código Comercial ou no DL 3.708/19 que proporcionasse a dissolução parcial e pudesse dar solução adequada ao dissenso entre os sócios.

Nesse ponto é importante lembrar que, para Ascarelli, o direito comercial é uma *categoria histórica*.²⁷ Isso significa que a

²⁴ COMPARATO, Fabio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”, Revista de Direito Mercantil, vol. 36, 1979, p. 70.

²⁵ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 245.

²⁶ *Idem* nota supra.

²⁷ *Corso di diritto commerciale*, 3ª ed., Milano: Giuffré, 1962, p. 79.

compreensão da lógica toda particular que emerge das regras mercantis sempre esteve relacionada a necessidades específicas dos comerciantes sob uma perspectiva histórica, própria do dinamismo que marca as relações empresariais. A própria dicotomia do direito privado, que fez nascer o direito comercial apartado do direito civil²⁸, está intimamente relacionada à necessidade de estruturar *normas* que pudessem atender convenientemente a dinâmica da vida empresarial, desde seu nascimento nas corporações de ofício da baixa idade média. Forgioni anota, a propósito, que “o direito mercantil não busca a proteção dos agentes econômicos individualmente considerados, mas da torrente de suas relações”, assegurando que a disciplina sempre esteve, desde a origem, ligada ao *mercado*.²⁹

Nesse sentido, o direito mercantil é integrado por *leis* (normas oriundas do Estado) e por regras oriundas dos *usos e costumes*, ainda hoje reconhecidas como fonte de Direito Comercial.³⁰

Não é coincidência o fato de que certas leis promulgadas pelo Estado são verdadeiros espelhos de práticas que a jurisprudência consagrou a partir dos usos e costumes mercantis; sendo que alguns deles, inclusive, extrapolaram a órbita do direito empresarial, como é o caso dos títulos de crédito.

Contextualizando essas ideias, não há como negar que a disciplina da *exclusão de sócio* pela ruptura da *affectio societatis* é exemplo típico de *consolidação* de regra resultante da prática reiterada e reconhecida como válida pelos Tribunais.

Os **usos e costumes empresariais**, validados pelos Tribunais brasileiros, **alçaram a ruptura da *affectio societatis* causa eficiente de exclusão compulsória de sócio**, sem que fosse

²⁸ Forgioni, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 122.

²⁹ Forgioni, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 14-15.

³⁰ Forgioni, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 189-191.

necessária a existência de norma jurídica promulgada pelo Estado. A tutela jurídica, bem se vê, nunca foi dirigida à proteção do sócio (enquanto agente econômico individualmente considerado), mas à preservação da empresa, sob a perspectiva da torrente de relações resultantes de sua atuação no mercado, como acima referi, com apoio em Forgioni.

A exclusão foi a resposta que o direito comercial --- como categoria histórica que é, confirmando a tese de Ascarelli --- deu ao comportamento do sócio que rompe seus deveres laterais de boa-fé e confiança perante os demais e, com isso, ameaça o bom desenvolvimento da atividade negocial, prejudicando a consecução do fim social.

A obra de cátedra de Rubens Requião, já referida, marcada pela sagacidade que é própria do autor, já apontava que “a *desinteligência do sócio acarreta a exclusão do sócio culpado que a motivou sem justificativa*”. Um dos pontos de destaque do estudo está no reconhecimento de que *o sócio que injustificadamente causa cizânia no seio da sociedade age com **inadimplência de suas obrigações sociais*** --- as quais não se resumem ao dever de integralização, mediante pagamento, das quotas subscritas (art. 7º do DL 3708/19); --- mas abrangiam, na dicção do art. 336, III do então vigente Código Comercial, também o “*abuso*”, a “*prevaricação*”, a “*violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais*”, e até mesmo a “*fuga de sócio*”³¹.

Nessa linha de raciocínio, para Requião, o sócio faltoso deve ser compulsoriamente excluído pelos demais, por que:

“Agindo por qualquer das formas enumeradas, seja abusando, seja violando ou fugindo, o sócio deixa de cumprir aqueles deveres que a confiança mútua e a colaboração ativa lhe impõem. Portanto, praticando qualquer dos atos referidos, negativos da *‘affectio*

³¹ Essa, também considerada ato de falência, desde o direito medievo até os dias de hoje, sempre que o titular da empresa não deixar responsável que possa atender aos interesses dos credores.

societatis', está o sócio faltoso inadimplindo suas obrigações naturais.

Nesses casos, mais do que nos examinados anteriormente, não se justifica o sacrifício da sociedade, mas apenas a exclusão do sócio. É sob o aspecto da inadimplência obrigacional que sustentamos o direito de exclusão do sócio faltoso, sem ofensa ao sistema do Código, pois nêle a inadimplência leva à rescisão do contrato, pela dissolução da sociedade, não impedindo que essa rescisão se efetua em relação apenas ao vínculo do sócio.”³²

Trata-se de *inadimplemento de obrigação societária* para além da integralização do valor de formação do capital social. Os deveres de *lealdade* e vínculo de *colaboração* que devem existir em caráter permanente entre os sócios devem ser respeitados e o sócio que não o faz, deve ser excluído compulsoriamente pelos demais. Com efeito, “a exclusão do sócio divergente, a cujo favor não milita uma razão grave, têm chegado algumas modernas decisões de nossos Tribunais”, afirmou Requião.³³

É de se dar ênfase ao fato de que esses elementos --- de confiança mútua, boa-fé e lealdade --- ainda hoje são fundamentais não apenas na formação mas, sobretudo, para a continuidade das atividades sociais, em particular nas sociedades consideradas *intuitus personae*. Indague-se a qualquer operador do direito habituado à lida das sociedades familiares e todos, sem exceção, confirmarão a citação de **Troplong**, invocada por Requião³⁴: “A união traz a força, mas a discórdia arruína as melhores empresas.”

A razão para isso está no entendimento firme de que a desinteligência grave entre os sócios acaba por conduzir a sociedade à impossibilidade de atingir seu fim social, na medida em que, rompidos o liame de confiança e o vínculo de cooperação, os sócios acabam por desperdiçar, em contenda, energia valiosa que deveria ser direcionada para a condução dos negócios. Para evitar que se

³² REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959, p. 246.

³³ O autor refere-se a decisões mencionadas no item n. 114 de sua tese, às fls. 181-185.

³⁴ REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959, p.40.

chegue a esse ponto --- de impossibilidade de alcançar os fins sociais e, deixe-se bem vincado, *antes* que isso aconteça, --- o sócio causador da discórdia deve ser excluído porque “não deve ser levado ao sucesso de seus propósitos”.³⁵

Portanto, a ruptura da *affectio societatis* como fundamento para a exclusão do sócio que causa dissenso nas sociedades *intuitus personae* tem origem na jurisprudência original de *preservação da empresa*, desenvolvida e aprimorada nos *usos e costumes* empresariais que, repita-se, são fonte de direito comercial.

Desde logo parece importante destacar que a exclusão é uma *sanção* ao sócio faltoso³⁶. Mas isso evidentemente não significa aquiescer com o enriquecimento injustificado, de modo que o excluído deverá receber *integralmente* seus haveres, computados pelo *valor real* de mercado por sua participação na sociedade, não apenas com mera apuração do valor dos ativos, mas também dos intangíveis e *going concern value*. A esse ponto voltaremos, mais adiante.

A exclusão do sócio deve ser feita compulsoriamente porque é necessário sobrepor o *princípio da preservação da empresa* ao interesse individual do sócio que causa discórdia e desentende-se com os demais. Repita-se, com Forgioni: o direito comercial não tutela o agente econômico individualmente considerado, a torrente de suas relações. Não há que se dar ensejo ao sócio causador de discórdia, como disse Requião, em criar um ambiente de dificuldades que venha a desaguar na impossibilidade de atendimento dos fins sociais pela sociedade. O regular desenvolvimento das atividades da empresa deve ser preservado num ambiente de confiança mútua e colaboração ativa; e o sócio que causa sua ruptura deve ser excluído.

³⁵ REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959, p.262.

³⁶ Muito embora esse entendimento não seja pacificado, citando-se o exemplo de Avelã Nunes (*O direito de exclusão de sócio nas sociedades comerciais*, São Paulo, Cultural Paulista, 2011, p. 38).

Os liames de *lealdade e cooperação* --- ínsitos à formação e ao desenvolvimento das relações entre os sócios³⁷⁻³⁸ --- equivale, portanto, ao conceito de “*affectio societatis*” forjado pelos *usos e costumes* empresariais, no direito societário das sociedades *intuitus personae*. Trata-se de um *dever* (ou *obrigação*) a ser atendido pelo sócio, cujo inadimplemento fundamenta, *per se*, a ruptura do vínculo societário, mediante *exclusão compulsória do sócio faltoso*, pelos demais porque a prolongada permanência dessa situação resulta na impossibilidade de a empresa atingir seus fins.

Note-se, para Requião, o inadimplemento gerador da exclusão compulsória do sócio estava no rompimento do *dever ativo* de preservar a *affectio societatis*, na medida em que:

“A divergência entre os sócios por si não gera a dissolução; esta ocorrerá quando motivar a impossibilidade de a sociedade atingir o fim social.”³⁹

Portanto, sempre que a divergência entre os sócios puder vir a ensejar a impossibilidade de a sociedade atingir seus fins, deve o sócio faltoso --- que é o causador do desentendimento – ser excluído compulsoriamente, evitando-se que a sociedade venha a experimentar os deletérios efeitos da discórdia. Tanto isso é certo que o sócio majoritário faltoso pode igualmente ser excluído.⁴⁰

Com base nessas ideias erigiu-se sólido regramento, fundado **nos usos e costumes empresariais** e que vinha sendo confirmado pelo entendimento dos Tribunais (até a vigência do Código Civil de

³⁷ “Na verdade, o comportamento cooperativo e o cumprimento de regras éticas entre acionistas é algo absolutamente ínsito ao conceito de sociedade. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição, Malheiros, 2011, p. 55). No mesmo sentido, p. 46.

³⁸ FORGIONI, Paula. “Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da *affectio societatis* diante de previsão expressa no contrato social”, in *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, coord. Erasmo Valladolid Novaes e França e Marcelo Vieira von Adamek, Leães, Malheiros, 2014, pp. 73-87.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959, p. 260.

⁴⁰ TJSP, Apelação n. 0061151- 44.2012.8.26.0002, Relator Des. Ricardo Negrão, j. 17/02/2014.

2002), de que a exclusão compulsória de sócio dá-se pela ruptura da “*affectio societatis*” que seja grave a ponto de causar *dificuldade* ao desenvolvimento da atividade empresarial. E prevalecia o entendimento de que embora a desinteligência devesse ser relevante a ponto de poder vir, *no futuro*, a impossibilitar o fim social, não se exigia prova prévia de inviabilidade da empresa. Por isso, para formalizar a exclusão não era necessário demonstrar, desde logo, que o negócio estava inviabilizado; mas tão somente demonstrar que o conjunto de circunstâncias acabaria por desembocar nesse resultado. O que deveria existir era uma expectativa legítima de que a atividade empresarial não poderia subsistir aos atos do sócio faltoso, causador da discórdia.

Portanto, um dos grandes méritos da tese de Requião, que veio a ser desenvolvida e aprimorada pela jurisprudência e doutrina da época⁴¹ foi o reconhecimento de que a *desinteligência grave* entre os sócios de sociedade *intuitus personae* constitui *justa causa* suficiente para a exclusão, pois:

“O sócio que se desajustar *desmotivadamente* dos demais, comprometendo a realização dos fins sociais, não deve ser levado ao sucesso de seus propósitos com a extinção de toda a sociedade. A exclusão é a medida mais justa e eficaz.”⁴²

Esse conjunto de ideias pavimentou e serviu de arcabouço teórico para a jurisprudência que se desenvolveu e consolidou-se no sentido de que a *ruptura da affectio societatis* era causa eficiente (e suficiente) para a exclusão do sócio dissidente que causa cizânia e dissenso no seio da sociedade --- com risco de conduzir o negócio a situação *futura* de impossibilidade de cumprimento do fim social.

⁴¹ Confira-se: Egberto Lacerda Teixeira (*Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, Max Limonad, 1956, n. 119, o. 275); Fabio Konder Comparato (*Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 141; José Waldecy Lucena (*Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Rio de Janeiro, Renovar, 1956, pp. 567-568).

⁴² REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959, pp. 216-262.

Porém, repita-se: o sócio excluído deveria retirar-se a preço justo, correspondente ao efetivo valor de mercado de sua participação societária⁴³, até mesmo com inclusão do aviamento na avaliação⁴⁴. Qualquer que fosse o *critério* adotado para cálculo dos haveres do sócio excluído, em hipótese alguma deveria permitir-se enriquecimento injustificado: (i) nem ao sócio excluído (que deve receber pelo valor efetivo de sua participação social); (ii) nem à sociedade (que deve pagar os haveres correspondentes à participação do sócio que se retira); e, (iii) muito menos aos sócios remanescentes, aos quais caberá o dever de recapitalizar a sociedade, se necessário, para que o pagamento dos haveres do sócio excluído não seja feito em prejuízo da atividade empresarial.

A expulsão do sócio dissidente é uma sanção, uma resposta do direito fazendo prevalecer o interesse coletivo da sociedade em face do interesse individual do sócio dissidente, ante a impossibilidade de manter-se o vínculo associativo; por que a discórdia e a falta de confiança recíproca entre os sócios é causa, quase sempre, de derrocada dos negócios. Todavia, em hipótese alguma essa situação deve servir de fundamento para que o sócio excluído seja financeiramente lesado.

Como se vê, a exclusão compulsória do sócio dissidente que causa desavença no seio social por ruptura da *affectio societatis* --- causa suficiente para exclusão compulsória do sócio causador da discórdia --- foi cunhada pela praxe mercantil como resultado da prática reiterada dessa engenhosa solução como método de preservação da empresa:

“A desarmonia entre os sócios pode gerar a dissolução social ou a exclusão de um deles. E, neste último caso, a omissão do contrato não impede a despedida compulsória.” (1º TACivil, Ap. n. 233.864, 2ª Câmara, Rel. Juiz Felizardo Calil, j. 26/10/77, RT 451/151).

⁴³ STJ, REsp. n.º 4.068-0-PR, 4ª turma, Min. Antônio Torreão Braz, j. 10.04.1995.

⁴⁴ STF, REExt. n.º 104.389-0-SP; STF-REExt. n.º 89.464-SP; STF-REExt. n.º 48580-GB; STJ-REsp. n.º 52.0947-SP; STJ-REsp. n.º 43.395-SP; STJ-REsp. n.º 87.731-SP; STJ-REsp. n.º 77.122-PR.

“Se a divergência é restrita a um único sócio, deve ele ser excluído da sociedade não se decretando a sua dissolução. Somente em casos extremos, quando impossível ou inviável o prosseguimento da atividade comercial, é que se dissolve a sociedade mercantil, pois o que se recomenda é a retirada do sócio discordante, apurando-se seus haveres e permitindo-se, dessa forma, o prosseguimento da sociedade que está desenvolvendo suas finalidades e atingindo os fins previstos em seu contrato.” (TJRJ, Ap. n. 1988.001.06713, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Miguel Pacha, j. 02/05/1989).

A verdade é que a empresa começa a adoecer e enfrenta risco de morte sempre que os sócios passam a combater-se reciprocamente, ao invés de reunir esforços para a consecução do fim comum.

A empresa organizada sob a forma de sociedade deve encontrar seus desafios no *risco* que é próprio da atividade econômica; e não na disputa *interna corporis* entre os sócios, invariavelmente desgastante e prejudicial ao bom desenvolvimento dos negócios.

1.2.2. A quebra da *affectio societatis* como causa de exclusão nas sociedades anônimas fechadas

A exclusão do sócio desajustado à maioria consolidou-se na práxis societária brasileira, --- não apenas nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, mas também se estendeu às sociedades anônimas fechadas⁴⁵ de caráter *intuitus personae*. Trata-se, naturalmente, da compreensão da realidade e dinâmica empresarial ao reconhecer-se que, muito embora esse tipo societário tenha sido idealizado para abrigar a macro-empresa, também se presta a organizar empresas de menor porte, muitas vezes de caráter familiar.

⁴⁵ COMPARATO, Fabio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”, Revista de Direito Mercantil, vol. 36, 1979, pp. 65-76.

Como se sabe, o remédio para as minorias descontentes na Lei das Sociedades anônimas é o exercício do direito de recesso⁴⁶, previsto nos artigos 137; porém, autorizado apenas nas estritas hipóteses ali referidas.

A regra, entretanto, passou a ser flexibilizada pelo STJ, ao permitir-se que o *sócio dissidente* fosse autorizado a retirar-se, apenas manifestando essa vontade, nas sociedades de caráter *intuitus personae* ou familiares. Destaca-se, nesse ponto, o voto do Min. César Asfor Rocha no Recurso Especial n. 111.294-PR em que afirma que a regra do direito de recesso nas sociedades anônimas não prevê a quebra da *affectio societatis* com causa de seu exercício; mas em função das circunstâncias do caso concreto, reconheceu-se que “quem se atém à leitura dos atos constitutivos e demais documentos inerentes à formação da companhia convencê-se logo de que para sua formação foi imperante e decisivo o aspecto pessoal e familiar dos sócios. Ou seja, a confiança, então imperante. Este elemento não encontra outra designação a não ser *affectio societatis*.”

Assim, a princípio, nas sociedades anônimas fechadas de caráter *intuitus personae* a orientação do STJ passou a ser a de que a quebra da *affectio societatis* era suficiente para acolher pedido de retirada formulado pelo sócio, ao entendimento de que não poderia ser mantido contra sua vontade no quadro social.⁴⁷

Da possibilidade de retirada sem motivação a pedido do próprio sócio, caminhou-se para a exclusão compulsória, pela vontade da maioria:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. 1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar

⁴⁶ “Nas sociedades anônimas não se apresenta possível a aplicação do princípio da dissolução parcial, próprio das sociedades por quota de responsabilidade limitada.” (STJ, AGA 34.120-SP, Min. Dias Trindade, j. 14.06.1993.)

⁴⁷ EREsp 419.174-SP, Min. Aldir Passarinho, j. 04.08.2008.

quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes. 2. Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade – hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários – está admitida também a sua dissolução parcial. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social. 3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade intuito personae com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa. ⁴⁸

Nesse outro aresto⁴⁹, a leitura da parte inicial da ementa poderia conduzir o leitor desatento à conclusão de que somente a

⁴⁸ STJ, RESP 1.128.431/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25/10/11.

⁴⁹ STJ, REsp. n. 917.531/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/11/11: Direito Societário e Empresarial. Sociedade anônima de capital fechado em que prepondera a *affectio societatis*. Dissolução parcial. Exclusão de acionistas. Configuração de justa causa. Possibilidade. Aplicação do direito à espécie. Art. 257 do RISTJ e Súmula 456 do STF.

1. O instituto da dissolução parcial erigiu-se baseado nas sociedades contratuais e personalistas, como alternativa à dissolução total e, portanto, como medida mais consentânea ao princípio da preservação da sociedade e sua função social, contudo a complexa realidade das relações negociais hodiernas potencializa a extensão do referido instituto às sociedades "circunstancialmente" anônimas, ou seja, àquelas que, em virtude de cláusulas estatutárias restritivas à livre circulação das ações, ostentam caráter familiar ou fechado, onde as qualidades pessoais dos sócios adquirem relevância para o desenvolvimento das atividades sociais ("*affectio societatis*"). (Precedente: EREsp 111.294/PR, Segunda Seção, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10/09/2007).

2. É bem de ver que a dissolução parcial e a exclusão de sócio são fenômenos diversos, cabendo destacar, no caso vertente, o seguinte aspecto: na primeira, pretende o sócio dissidente a sua retirada da sociedade, bastando-lhe a comprovação da quebra da "*affectio societatis*"; na segunda, a pretensão é de excluir outros sócios, em decorrência de grave inadimplemento dos deveres essenciais, colocando em risco a continuidade da própria atividade social.

falta grave ensejaria a exclusão do sócio. Todavia, a leitura da íntegra do texto revela que o conceito de *justa causa* motivador da exclusão identifica-se e confunde-se com a própria ruptura da *affectio societatis*. Desse modo, o descumprimento dos deveres de *bona fides societatis* é suficiente e enseja a exclusão compulsória do sócio, nos termos exatos propostos por Rubens Requião na sua tese de cátedra, acima citada. Confira-se o trecho do aresto em questão:

3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo **ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa**, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo.

4. No caso em julgamento, a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignando a quebra da "*bona fides societatis*", salientou uma série de fatos tendentes a ensejar a exclusão dos ora recorridos da companhia, porquanto configuradores da justa causa, tais como: (i) o recorrente Leon, conquanto reeleito pela Assembleia Geral para o cargo de diretor, não pôde até agora nem exercê-lo nem conferir os livros e documentos sociais, em virtude de óbice imposto pelos recorridos; (ii) os recorridos, exercendo a diretoria de forma ilegítima, são os únicos a perceber rendimentos mensais, não distribuindo dividendos aos recorrentes.

3. Em outras palavras, a exclusão é medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial, para o que se torna necessário expurgar o sócio que gera prejuízo ou a possibilidade de prejuízo grave ao exercício da empresa, sendo imprescindível a comprovação do justo motivo.

4. No caso em julgamento, a sentença, com ampla cognição fático-probatória, consignando a quebra da "*bona fides societatis*", salientou uma série de fatos tendentes a ensejar a exclusão dos ora recorridos da companhia, porquanto configuradores da justa causa, tais como: (i) o recorrente Leon, conquanto reeleito pela Assembleia Geral para o cargo de diretor, não pôde até agora nem exercê-lo nem conferir os livros e documentos sociais, em virtude de óbice imposto pelos recorridos; (ii) os recorridos, exercendo a diretoria de forma ilegítima, são os únicos a perceber rendimentos mensais, não distribuindo dividendos aos recorrentes.

5. Caracterizada a sociedade anônima como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender também pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: "A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código."

5. Caracterizada a sociedade anônima como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender também pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: "A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código." (os destaques do texto são nossos).

A exclusão do sócio na S/A por ruptura da *affectio societatis* também foi admitida no Recurso Especial n. 1.128.431, por decisão monocrática de 05/10/2010, da Ministra Nancy Andrighi:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA. CUNHO FAMILIAR. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO POR ACIONISTAS MAJORITÁRIOS. POSSIBILIDADE.

1. Admite-se dissolução parcial de sociedade anônima fechada de cunho familiar quando houver a quebra da *affectio societatis*, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e do passivo. Precedentes.

2. Se o legislador autorizou os acionistas majoritários a pleitearem a dissolução total da sociedade – hipótese que leva à liquidação da empresa, com a saída de todos os sócios, inclusive os minoritários – está admitida também a sua dissolução parcial. Não há sentido em impedir que os acionistas majoritários busquem permanecer no controle da empresa, até porque representam a maioria do capital social e, a rigor, a vontade dominante no que se refere aos interesses convergentes que, desde o início, caracterizaram a *affectio societatis* e a forma de exploração do objeto social.

3. Nada impede os acionistas minoritários de apresentarem, em sede de defesa, reconvenção, caso concordem com a dissolução parcial mas entendam que os acionistas majoritários é que devem se afastar. Todavia, o que não se pode admitir é que, numa sociedade intuito personae com ruptura da *affectio societatis*, os sócios minoritários se postem contrários à dissolução parcial mas não demonstrem interesse em assumir o controle da empresa.

4. Recurso especial não provido.

Aliás, a decisão acima colacionada é particularmente interessante para a análise aqui realizada porque a Min. Nancy Andrighi, por decisão proferida em data contemporânea entendeu que, nas sociedades limitadas, a exclusão de sócio com fundamento unicamente na ruptura da *affectio societatis* não pode ocorrer.⁵⁰

A análise da jurisprudência acima realizada mostra, com clareza, que atualmente admite-se a *exclusão* de sócio de sociedade anônima fechada com fundamento tão somente na ruptura da *affectio societatis*, enquanto na sociedade limitada essa solução não tem sido possível. É um verdadeiro contrassenso.

Em homenagem ao salutar debate acadêmico, proponho estendermos ainda um pouco mais os horizontes de análise na controvérsia em torno da *dissolução parcial* das sociedades anônimas, sob a perspectiva do STJ. Voltemos aos casos em que o pedido deduzido por iniciativa do sócio que deseja *retirar-se voluntariamente* (pelo exercício do direito de recesso).

A principal questão posta à análise nesses julgados diz respeito à *possibilidade jurídica* de tal pedido⁵¹, levando-se em conta o já referido regime restritivo do direito de recesso na Lei de sociedade por ações. O ponto que se deseja aqui destacar é de que nas decisões supera-se o regime previsto na Lei das S/A para o recesso, ante o reconhecimento de que em certas sociedades anônimas fechadas prevalece o caráter *intuitus personae*, e isso justificaria a possibilidade de *dissolução parcial* com base tão somente na ruptura da *affectio societatis*:

COMERCIAL. AGRAVO REGIMENTAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FAMILIAR. DISSOLUÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE AFFECTIO SOCIETATIS. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DESTES REQUISITOS, ISOLADAMENTE. MATÉRIA PACIFICADA.

⁵⁰ REsp. n. 1129222-PR, julgado em 28/06/11: “Civil e Comercial. Recurso Especial. Dissolução parcial de Sociedade. Quebra de *affectio Societatis*. Insuficiência. [...] 5. Para a exclusão judicial de sócio, não basta a alegação de quebra da ‘*affectio societatis*’, mas a demonstração de justa causa, ou seja, dos motivos que ocasionaram essa quebra.”

⁵¹ STJ, Embargos de divergência no REsp. n. 1.079.763, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 25/04/12.

I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução parcial de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*.

II. Tal requisito não precisa estar necessariamente conjugado com a perda de lucratividade e com a ausência de distribuição de dividendos, conforme decidido pelo mesmo Colegiado no EREsp n. 419.174/SP (Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 04.08.2008).⁵²

O voto do Min. Castro Filho, no EREsp n. 111.294/PR, citado em quase todas as decisões do STJ sobre o tema --- por ser considerado o julgado que sedimentou, no STJ, o entendimento de que nas sociedades anônimas de caráter *intuitus personae* admite-se a *dissolução parcial* --- refere:

"Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuitus personae*. Nelas, **o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua**. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas.

Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não me parece possa essa circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em

⁵² STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.079.763, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25/08/2009.

consonância com o artigo 206, II, 'b', da Lei nº 6.404/76, **já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.**” (destaques nossos).

Na esteira dessas ideias, destacamos parte do acórdão do EREsp. n. 419.174, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior:

"Portanto, considerou-se preponderante para as sociedades anônimas familiares pequenas e médias a existência da *affectio societatis*, sem a qual presume-se que o clima beligerante entre os acionistas atua contra a preservação da empresa e torna-se obstáculo à consecução de seu objeto social, que não poderá ser cumprido."

Assim, muito embora esses julgados correspondam ao exercício do direito de recesso do acionista em companhia fechada, --- e não do tema da exclusão de sócio aqui enfrentado --- o fato é que o STJ reconhece, plenamente, a *affectio societatis* como *elemento essencial integrativo das sociedades* em que *prevalece o caráter pessoal* vinculativo entre os sócios.

Isso quer dizer que tanto a confiança recíproca, quanto a *bona fides societatis*, que é um dos elementos integrantes da *affectio societatis* constituem deveres de conduta exigíveis do sócio nas sociedades de natureza pessoal, tal como postulou Requião na sua tese de Cátedra e vinha sendo admitido pela jurisprudência brasileira, antes da vigência do Código Civil.

1.3 A ruptura da *affectio societatis* é causa de destruição de valor e, invariavelmente, desvia o risco de negócio

Nenhum negócio, empresarial ou não, sobrevive à intolerância entre os sócios.

A *prática* empresarial é reveladora dessa situação na medida em que forjou, com a reiterada exclusão, do quadro social, o sócio causador de cizânia ou dissidência grave. A ruptura da *affectio societatis*,

efetivamente, inviabiliza a continuidade dos negócios, porque, pouco a pouco, o impulso criativo dos sócios que deve ser empenhado na atividade passa a ser consumido na discórdia com seus pares.

Lembro-me de um caso que acompanhei como advogada no qual um dos sócios --- inconformado por não exercer a gestão da empresa, embora recebendo participação mensal compatível com as forças econômicas do negócio --- passou a fazer verdadeiro terrorismo contra os administradores, após o falecimento do fundador. O modo como o fundador havia preparado os negócios antes de sua morte de nada valeu para conter as inúmeras investidas do sócio que desejava exercer a gestão, por capricho. Depois de quase uma dezena de processos ajuizados contra os gestores, um a um julgados improcedentes, o Poder Judiciário ainda entendia que não havia “*justa causa*” para exclusão desse sócio que continuava a plantar discórdia --- já que, na visão atual da questão, a mera desinteligência, ainda que grave, não fundamenta a exclusão.

O resultado prático de situações como essa parece ser, invariavelmente, a destruição de valor: (i) a sociedade envolve-se em ações judiciais inúmeras, sendo necessários relatórios frequentes para bancos e fornecedores parceiros que, justificadamente, passam a “desconfiar” da saúde dos negócios; (ii) o dispêndio de energia dos sócios é desviado para o combate nos processos judiciais, ao invés de focar no crescimento dos negócios; (iii) o desgaste entre os sócios, ao invés de arrefecer, só aumenta.

Há uma decisão da Corte Paulista⁵³ que me parece emblemática para destacar o aspecto que desejo pontuar. Numa sociedade limitada com apenas dois sócios, tornaram-se eles ex-cônjuges... parece desnecessário encarecer o ambiente litigioso que deve ter se formado no âmbito empresarial. Mesmo diante da expressiva hostilidade entre o ex-casal --- ambos com iguais poderes de administração na sociedade --- foram julgadas improcedentes, tanto a ação de exclusão, quanto a respectiva reconvenção para

⁵³ TJSP, Apelação n. 9000025.65.2001.8.26.0100.

expulsão de algum deles. O resultado prático é que os dois sócios foram obrigados a permanecer sob “o mesmo teto empresarial”, embora a convivência pessoal lhes seja intolerável. Como um negócio nessa situação pode prosperar? Impossível, a nosso ver, e a decadência da empresa será mera questão de tempo.

A inquietação que me rodeia é a de que, já que as partes não conseguem uma solução e buscaram a intervenção do Judiciário, porque não excluir um ou outro sócio e, com essa resposta permitir-se preservar o negócio e o valor da participação individual de cada sócio?

A permanência, no quadro social, de um sócio descontente que cria discórdia e causa desavenças é de todo inconveniente. Mais do que isso, se o sócio passa a provocar enfrentamentos de qualquer natureza, o que ocorre é que toda a energia necessária para neutralizar suas investidas será, literalmente, vampirizada da atividade empresarial. Pouco a pouco, os negócios se ressentem da *falta de cooperação* entre os sócios; e o declínio, às vezes lento e imperceptível, no dia a dia, será inevitável.

O risco, que é inerente a qualquer atividade empresarial, deixa de ser precipuamente dos negócios e passa a ser o sócio belicoso. Trata-se de inversão inaceitável que fere o princípio da preservação da empresa --- há décadas impresso em nosso sistema jurídico.

Enfim, a solução de exclusão do sócio que rompe a *affectio societatis* permaneceu hígida por anos em nosso sistema societário --- que não tinha lei expressa sobre a matéria --- até a promulgação do Código Civil.

Atualmente, observa-se que a enviesada interpretação dada aos artigos 1030 e 1085 do Código Civil, rompeu o entendimento antes adotado.

A nossa perplexidade é a de que o Código Civil nenhuma novidade trouxe: limitou-se a consolidar, por uma regra do Estado, aquilo que os usos e costumes empresariais e a jurisprudência já haviam cuidado de construir. Em nosso sentir, os artigos 1030 e 1085 do CC apenas *resumem* --- em reflexo cristalino --- o

entendimento que jurisprudência já havia consolidado sobre a exclusão compulsória dos sócios nas sociedades *intuitus personae*.

Necessário destacar, ainda mais uma vez, a força dos usos e costumes em matéria comercial, e o movimento jurisprudencial que abraçou o entendimento de que é preciso excluir o sócio “faltoso” -- ou seja, aquele que descumpre os deveres de cooperação, lealdade e boa-fé --- e torna-se dissidente e causador de cizânia no seio social, pela ruptura da *affectio societatis*.

Surpreendentemente, contudo, com a vigência do Código Civil, de certa forma brusca e, inquestionavelmente contrariando a própria lógica do direito mercantil como categoria histórica, passou-se a adotar uma linha de entendimento totalmente diferente daquela até então traçada por nossas cortes de justiça.

Foi como se uma “nova regra” --- totalmente divorciada da realidade empresarial então forjada pelos usos e costumes --- tivesse sido imposta (“*top-down*”) ao mundo mercantil. Repita-se, por importante: desconsiderou-se toda uma prática laboriosamente construída pela jurisprudência e pelos usos e costumes mercantis; e o que deveria ter sido considerado apenas como uma expressão legal dos usos já consolidados transformou-se numa “novidade”, que impele sócios em grave desavença a conviverem, em prejuízo da atividade da empresa, que sofre as consequências dos mandos e desmandos entre os sócios... em franca destruição de valor, e contrariando o princípio da preservação da empresa.

2. A disciplina no código civil e a jurisprudência sobre a matéria

Algum tempo após o início da vigência do Código Civil, a redação dos artigos 1030 e 1085 reacendeu vivamente o debate em torno do tema da *exclusão de sócio* na sociedade limitada.

Em resumo, o art. 1030 disciplina a exclusão compulsória do sócio pela *via judicial* com fundamento em “falta grave no cumprimento de suas obrigações ou por incapacidade superveniente”. Assim, o referido dispositivo, em tese, prevê *duas*

modalidades de resolução da sociedade em relação ao sócio: (i) a falta grave; e (ii) a incapacidade superveniente.

A exclusão por incapacidade superveniente, entretanto, foi derogada pela Lei n. 13.146/15 que instituiu o Estatuto da pessoa com deficiência e excluiu do ordenamento jurídico a incapacidade absoluta. Com efeito, o art. 4º do Código Civil vigente disciplina a incapacidade “relativa a certos atos ou à maneira de os exercer” em relação às pessoas que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (inc. III). A propósito, Flavio Tartuce anota:

“Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.”⁵⁴

Portanto, a exclusão compulsória de sócio como efeito de incapacidade deixa de ser aplicável, porque essa modalidade de restrição à vida civil já não existe. O sócio nessa condição ficará impedido de exercer a administração⁵⁵, e o capital social deverá estar integralizado⁵⁶, a fim de impedir o risco da solidariedade por seu pagamento.⁵⁷

Desse modo, o art. 1030 do Código Civil disciplina, agora, a exclusão pela via judicial de sócio que incorre em “falta grave”. O Código, no entanto, não fornece qualquer indicativo dos requisitos do que seria a “falta grave”?

⁵⁴ <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>

⁵⁵ STJ, REsp. n. 62.347, Ministro Eduardo Ribeiro, j. 10/10/1996.

⁵⁶ Art. 974, § 30, incisos I a III do Código Civil.

⁵⁷ Art. 1052 do CC.

Em matéria de direito comercial não é possível desprezar o arcabouço histórico dos institutos, de modo que a primeira fonte de interpretação para o significado de “falta grave” está no art. art. 336 do Código Comercial, em que o suporte fático da *dissolução judicial* dava-se nas hipóteses de: “*inabilidade de algum dos sócios ou incapacidade moral ou civil, julgada por sentença*”; ou “*por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios*”.

Note-se, tanto o art. 1030 do CC quanto o art. 336, do CCo disciplinam a ruptura do vínculo social pela forma *judicial*; e, além disso, ambas as hipóteses trataram da incapacidade do sócio (enquanto vigente essa hipótese). Ora, os atos que genericamente são considerados como “falta” no adimplemento de obrigações sociais a justificar a exclusão do sócio são, evidentemente, o terceiro ponto de intersecção entre os dois dispositivos.

A referência que o art. 1030 do Código Civil faz de “falta grave” parece-nos, assim, diretamente inspirada nas premissas legais contidas no art. 336, incisos II e III do velho Código Comercial; porém, deve-se a esses “conceitos legais” ser acrescida a jurisprudência já consagrada sobre a matéria, sobretudo, de que o sócio que causa desarmonia deve ser excluído --- de modo que a Lei Civil vigente optou, segundo nos parece, pelo uso de expressão genérica: “falta grave”.

A ruptura do vínculo societário em relação a um sócio, mediante sua exclusão judicial, dirige-se àquele que causa cizânia injustificada no seio da sociedade, e com isso fere o dever de colaboração e fidelidade (boa-fé), rompendo o liame de confiança que deve permanecer entre os sócios --- ou seja, trata-se do sócio que rompe a *affectio societatis* --- e por isso deve ser compulsoriamente eliminado, antes que obtenha sucesso na empreitada de inviabilizar o fim social.

A “falta grave” de que trata o dispositivo em comento, consoante usos e costumes empresariais, corresponde aos deveres de lealdade e confiança, à luz do que a jurisprudência há havia sedimentado como sendo a ruptura da *affectio societatis*.

Entender de forma diversa, com o devido respeito, corresponde a desconsiderar décadas de experiência jurisprudencial consolidada e construída a partir da praxe empresarial --- nos usos e costumes comerciais, como fonte de Direito --- que o Código Civil limitou-se a espelhar, acolhendo como regra do Estado o que já era norma jurídica empresarial.

A segunda modalidade de exclusão de sócio prevista pelo Código Civil é a *extrajudicial*, expressa no art. 1085 e seu § único, a qual exige, concomitantemente, o atendimento dos seguintes requisitos: (i) prática de “ato de inegável gravidade que coloque em risco a continuidade da empresa”; (ii) previsão de exclusão pela via extrajudicial no contrato social; (iii) deliberação por, no mínimo, maioria absoluta do capital social (não computado no quórum deliberativo o sócio excluído, que está impedido de votar)⁵⁸; (iv) convocação de reunião ou assembleia específica para deliberar quanto a exclusão, cientificando-se previamente o sócio das imputações que lhe são feitas, em “tempo hábil” para possibilitar exercício de direito de defesa.

Priscila M.P.C. da Fonseca entende ser um retrocesso a exigência de que, para exclusão extrajudicial, deva existir previsão no contrato social, já que a jurisprudência do STJ e do STF já havia consolidado entendimento diverso.⁵⁹

⁵⁸ Art. 1074, §2o do Código Civil.

⁵⁹ *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de sócio*, Atlas, São Paulo, 2002, p.52, citando aresto do STJ: REsp n. 7.183-AM, 4a Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 13/08/91, RJSTJ 28/454. A ementa do acórdão tem o seguinte teor: “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Exclusão de sócio. A desarmonia entre os sócios é suscetível de acarretar a exclusão de um deles por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial. Inadmissível a pretensão do recorrente de rediscutir a matéria probatória no âmbito do apela excepcional (Súmula n. 07 do STJ). Recurso Especial não conhecido.

O STF, por sua vez, no REExt. 115.222-BA, Min. Djaci Falcão, j. 13/12/88, na RTJ 128/886, refere: “A desarmonia entre os sócios pode gerar a dissolução total ou a exclusão de um deles. E nesse último caso, a omissão do contrato não impede a despedida compulsória. [...] Entende, em consequência, diz o eminente advogado e professor, que o despedimento ou exclusão independe de pronunciamento judicial, tal é a orientação dominante entre nós.”

Muito embora nos pareça que o Código Civil tenha apenas retratado, nas regras do art. 1030 e 1085, as possibilidades de exclusão compulsória do sócio (judicial ou extrajudicialmente) antes já consolidadas pela prática mercantil e acolhidas pela jurisprudência, a crítica da professora é acertada, na medida em que a redação dos dispositivos conduziu a uma interpretação “original” --- no sentido de romper com aquela anteriormente pacificada pelo STJ e STF --- como se houvesse uma *nova* disciplina sobre a matéria no Código Civil, o que não nos parece correto.

A questão é a de que, em qualquer dos casos de exclusão --- judicial ou extrajudicial --- caberá ao Judiciário promover a *valoração jurídica* da efetiva existência de ruptura da *affectio societatis*, ou seja: aferir se o sócio a ser excluído causa discórdia *injustificada* no seio da sociedade.

Por outras palavras, ao incidir em conduta que dá azo ao desajuste no ambiente social, o sócio atua em descumprimento de seus deveres laterais de confiança, lealdade e cooperação (que devem pautar permanentemente o proceder de cada sócio), e deve ser considerado *inadimplente* quanto a tais *obrigações sociais* e por isso, justifica-se sua exclusão compulsória. Essa situação acarreta, como vimos acima, invariavelmente, o decesso dos negócios --- e sempre, a curto ou médio prazo, colocará em risco o desenvolvimento da atividade empresarial.

É claro que o contrato social poderá indicar, claramente, ou mesmo exemplificar condutas que constituam causas justificadoras da exclusão. É que nas sociedades limitadas prepondera a natureza contratual, de modo que cabe aos próprios sócios delimitarem o que entendem necessário e suficiente --- em termos de comportamento e comprometimento devido por cada sócio --- para que o negócio possa prosperar e atingir seus fins. Foi o que defendeu Paula Forgioni, ao tratar do tema.⁶⁰

⁶⁰ “Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da *affectio societatis* diante de previsão expressa no contrato social”, in *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Prof.*

Em que pesem a jurisprudência antes consolidada e, principalmente, os usos e costumes empresariais estabelecidos; com a vigência do Código Civil passou-se a defender entendimento de que o desaparecimento da *affectio societatis* --- fazendo-o sem considerar o conceito histórico e dogmático construído laboriosamente pela jurisprudência acima pontuados --- constituiria apenas *efeito* de ato *objetivo* (justa causa) praticado pelo sócio a ser excluído.

Fazendo-se um corte de pesquisa restrito ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, primeiro no período entre outubro do ano de 2012 até dezembro de 2016 e, depois, entre março e agosto de 2018; com buscas vinculadas a sociedade limitada e ao uso da expressão “*affectio societatis*” o resultado encontrado será referido a seguir.

Antes, uma ressalva se faz necessária: as decisões aqui colacionadas *não* abrangem os casos em que o sócio manifestou vontade para sua retirada voluntária. Com efeito, nessas situações é unânime o entendimento de que basta que o próprio sócio (que deseja retirar-se) alegue a ruptura da *affectio societatis*, --- seja nas sociedades limitadas ou nas companhias fechadas de caráter *intuitus personae*,--- para que possa deixar a organização, mediante recebimento de seus haveres. Nessas hipóteses, curiosamente, não se cogita de nenhum outro requisito: é suficiente a manifestação de vontade do próprio sócio retirante. Não se exige prova ou alegação de causas objetivas que teriam conduzido o sócio à decisão de retirar-se; e, nem mesmo indaga-se do princípio da preservação da empresa --- o que nos parece no mínimo surpreendente, na medida em que a sociedade pagará os haveres do retirante e, portanto, haverá impacto direto sobre seu patrimônio ativo, ou até mesmo prejuízo ao capital social da sociedade.

Nas seguintes decisões, todas do Tribunal de Justiça de São Paulo, colacionadas das mais antigas para a mais recente e, sem

distinguir se o fundamento da exclusão está no art. 1030 ou 1085 do Código Civil, prevaleceu o entendimento de que o desaparecimento da *affectio societatis* não mais constitui fundamento suficiente para promover a exclusão compulsória de sócio, uma vez que no “novo” regime do Código Civil exige-se prova de prática de “ato de inegável gravidade” ou “falta grave” pelo sócio a ser excluído, que possa “colocar em risco a continuidade dos negócios”:

- Embargos infringentes n. 0025880-63.2010.8.26.0577/50000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 25/10/2012;⁶¹⁻⁶²
- Apelação n. 9000025.65.2001.8.26.0100, Relator Des. Francisco Loureiro, j. 04/07/13;⁶³
- Apelação nº 0187345-23.2011.8.26.0100, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 22/07/2013;⁶⁴

⁶¹ “Exclusão de sócio de Sociedade Limitada. Regime jurídico. Artigo 1.085 do Código Civil. Exclusão de sócio, que exige a prática de ato de inegável gravidade, que coloque em risco a continuidade da empresa. Desaparecimento da *affectio societatis* que agora constitui apenas efeito de ato objetivo e sério praticado pelo sócio excluído. Autora que se descurou de demonstrar a efetiva prática de aludidos atos graves. Impossibilidade de invocar negócio jurídico com a natureza de contrato preliminar, ou promessa de distrato, mas pedir a continuidade da empresa, mediante dissolução parcial e exclusão da outra sócia. Embargos rejeitados”.

⁶² Nesse há votos dissidentes vencidos, declarado pelo Des. Percival Nogueira, acompanhado do Des. Vitor Guglielmi: “A *affectio societatis* deve subsistir ao longo de toda a existência da pessoa jurídica, como ânimo continuativo em relação ao acordo de vontades inicial que levou à criação da sociedade e como expressão de fidelidade e confiança entre as partes”.

⁶³ “Dissolução parcial de sociedade. Exclusão. Sociedade composta por dois sócios, autor e ré, cada qual titular de 50% das quotas sociais e com iguais poderes de administração. Autor que fundamenta seu pleito em quebra da “*affectio societatis*” e em cometimento de suposta falta grave por parte da ré. Inviável no atual regime jurídico elevar a simples desarmonia entre os sócios como elemento determinante para o afastamento de um deles da sociedade. Configuração da falta grave que depende de elementos objetivamente apuráveis, para além do mero desentendimento entre os sócios. Autor que exige da ré atendimento a suas “determinações” em franca descon sideração à idêntica participação e poder de administração dos sócios. Decisões desencontradas de autor e ré que denotam falta de harmonia, mas não configuram falta grave ensejadora de exclusão da sócia. Reconvenção igualmente improcedente. Suposta falta grave do autor que consistiria nas imputações desairosas feitas na inicial, que não se amolda à hipótese prevista no artigo 1.030 do Código Civil. [...]”

⁶⁴ “Sociedade Limitada. Exclusão de sócio por falta grave (CC, art. 1.030). Sociedade constituída por duas sócias com igual participação no capital social. Pedido formulado por uma delas. Possibilidade jurídica do pedido. Quórum do art. 1.030 do CC. interpretado conforme art. 1.010 do mesmo diploma. Apelação provida. Sociedade Limitada. Exclusão de sócio por falta grave (CC, art. 1.030). Reconhecimento judicial da quebra da *affectio societatis* e acolhimento do pedido de dissolução parcial da sociedade com exclusão da sócia-ré. Impropriedade. Hipótese em que pedido de dissolução parcial

- Apelação n. 0021879-56.2012.8.26.0224, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 01/08/2013;⁶⁵
- Agravo de Instrumento n° 0247191-43.2012.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 01/08/2013;⁶⁶
- Apelação n° 0001630-19.2011.8.26.0160, Rel. Des. Alexandre Marcondes j. 24/10/2013;⁶⁷
- Agravo de Instrumento n° 2035385-24.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 05/12/13;⁶⁸
- Apelação n° 0000972-06.2011.8.26.0318, Rel. Des. Guilherme Santini Theodoro j. 04/02/2014;⁶⁹

está fundamentado na prática de falta grave pela sócia-ré. Insuficiência da quebra da *affectio societatis*. Imprescindibilidade de prova dos atos graves contrários à sociedade. [...]”

⁶⁵ “Exclusão de sócio de sociedade limitada. Regime jurídico. Artigo 1.085 do Código Civil. Exclusão de sócio exige a prática de ato de inegável gravidade, que coloque em risco a continuidade da empresa. Desaparecimento da *affectio societatis* que agora constitui apenas efeito de ato objetivo e sério praticado pelo sócio excluído. Autores que não demonstraram a efetiva prática de aludidos atos graves. Ação corretamente julgada improcedente. Recurso improvido. [...] 3. Evidente que a norma cogente do art. 1.085 do Código Civil, acima transcrita, não mais admite a previsão estatutária de exclusão imotivada do sócio, e nem judicial, se amparada na expressão indeterminada da ausência de *affectio societatis*, tal como admitia a jurisprudência no regime do velho Código Civil. O desaparecimento da *affectio societatis* constitui agora o efeito de ato objetivo e sério praticado pelo sócio excluído, de gravidade tal que coloque em risco a própria atividade empresarial.”

⁶⁶ Sociedade Limitada. Exclusão de sócio. Sócia minoritária excluída da sociedade em reunião dos demais sócios quotistas. Medida cautelar inominada na qual foi concedida liminar suspendendo os efeitos da deliberação. Exclusão aparentemente motivada somente pela quebra da *affectio societatis*. Inadmissibilidade - Motivos invocados pela maioria dos sócios que em princípio não configuram justa causa para a exclusão do sócio, como exige o art. 1.085 do CC. Presença de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*. Liminar mantida. Recurso desprovido.

⁶⁷ Sociedade. Ação de exclusão de sócio. Pretensão fundada em obrigação inexistente no contrato social. Inadmissibilidade. Vinculação dos sócios ao contrato social. Quebra da *affectio societatis*. Insuficiência para a exclusão do sócio. Ação improcedente. Recurso Desprovido.

⁶⁸ Ação de exclusão de sócio com apuração de haveres. Sociedade limitada - Pedido de antecipação da tutela para a exclusão inaudita altera parte de sócio do quadro social. [...] - Prova documental insuficiente para que se tenha como caracterizada a ocorrência de falta grave (art. 1.030 do CC). Insuficiência da quebra da *affectio societatis* para o afastamento liminar ou definitivo do sócio Ausência dos requisitos do art. 273 caput e inciso I do CPC. Litigância de má-fé não caracterizada - Recurso Desprovido.

⁶⁹ Sociedade Limitada. Dissolução. Dois únicos sócios. *Affectio societatis*. Desaparecimento. Falta grave do réu não apurada. Ação improcedente. Recurso não provido. Na verdade, para que um sócio seja excluído da sociedade é preciso sempre que haja uma justa causa (...) O CC/2002 deu novo vigor à antiga regra nunca revogada, reafirmando a necessidade de haver uma causa justificada para a exclusão de qualquer sócio nas sociedades contratuais. Essa justa causa tanto pode decorrer de previsão legal, como a falência ou a incapacidade, quanto resultar de cláusula contratual, como a perda da habilitação profissional, do inadimplemento de obrigação de prestar contribuição ao patrimônio social, ou, ainda, de comportamento do sócio que caracterize falta grave no cumprimento de suas obrigações.

- Agravo de Instrumento nº 0166497-53.2013.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 20/02/2014;⁷⁰
- Agravo de Instrumento nº 2220164-80.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 03/02/2015;⁷¹
- Apelação nº 0004941-92.2012.8.26.0318, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 03/02/2015;⁷²
- Apelação nº 1005193-46.2014.8.26.0597, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 11/03/2015;⁷³
- Agravo de Instrumento nº 2027137-98.2015.8.26.0000, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 11/03/2015;⁷⁴

⁷⁰ Sociedade limitada. Deliberação assemblear. Ação anulatória. Tutela antecipada indeferida. Aprovação unânime da exclusão de sócio. Aplicação do art. 1085 do Código Civil. Presença de cláusula específica no contrato social. Instauração prévia de procedimento de apuração de faltas graves imputadas. Convocação de assembleia e reconhecimento individualizado de faltas de natureza grave. Indeferimento mantido. Recurso desprovido. [...] Numa sociedade limitada, para a exclusão de um sócio por via de deliberação tomada em assembleia ou reunião de sócios, é exigida uma causa justa, cheia e passível de controle judicial, não sendo suficiente ou satisfatória a genérica afirmação da quebra da “*affectio societatis*”. Nos termos do artigo 1.085 do Código Civil vigente, foi estabelecido um inovador regramento procedimental e material para a exclusão do sócio, focado na proteção de minorias e, nesse sentido, foram previstos um quórum especial (de maioria do capital social ou de maioria qualificada), a prática de atos ou omissões graves e em confronto com a própria continuidade da empresa e a imprescindibilidade da presença de cláusula contratual autorizativa no contrato social.

⁷¹ Agravo de Instrumento. Tutela antecipada. Dissolução de sociedade. Afastamento imediato da agravada constitui medida que se mostra excessiva e antecipatória da própria natureza da demanda. Não há como elevar a simples desarmonia entre os sócios, ou eventual quebra da *affectio societatis*, como elemento determinante para o afastamento de um deles. Razões e o procedimento a ser seguido para exclusão de sócio se encontram previstos nos artigos 1.085 e supletivamente no artigo 1.030 do Código Civil, que não aludem à singela falta de *affectio*, mas, ao contrário, exigem atos de inegável gravidade do sócio excluído. Recurso desprovido.

⁷² Sociedade. Ação de exclusão de sócio. Julgamento antecipado. Desnecessidade de produção de outras provas. [...] Quebra da *affectio societatis*. Insuficiência para a exclusão do sócio. Alegação de que os réus possuem pendências e restrições financeiras, ofenderam a dignidade e a honra dos outros sócios e promoveram diversas ações judiciais contra a sociedade. Pretensão não fundada em falta grave ou justa causa (arts. 1.030 e 1.085 do CC) - Ação improcedente. Recurso provido.

⁷³ Anulação de assembleia e dissolução parcial de sociedade. Réus que excluíram o sócio minoritário por suposta prática de atos graves que comprometem a atividade social, na forma do art. 1.030 do CC. Inexistência de previsão contratual a permitir a exclusão por mera decisão assemblear, o que leva à invalidade de deliberação. Necessidade de ação judicial. Réus que ajuizaram reconvenção, pleiteando a exclusão judicial. Sentença que julgou ação e reconvenção procedentes. Cerceamento de defesa no que se refere à reconvenção. Necessidade da produção de prova de ato grave do sócio autor, que coloque em risco a atividade social e provoque a ruptura da *affectio societatis*. Insuficiente a adoção na sentença de fórmula vazia de quebra da *affectio*, sem permitir a prova da ocorrência de ato grave praticado pelo sócio. [...].

⁷⁴ Dissolução de sociedade empresária. Antecipação de tutela, inaudita altera parte, para afastar sócia minoritária. Perda da *affectio societatis* que não basta, por si só, para o afastamento liminar de sócio.

- Apelação nº 0205771-49.2012.8.26.0100, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 06/05/2015;⁷⁵
- Agravo de Instrumento nº 2146131-85.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 31/08/2015;⁷⁶
- Agravo de Instrumento nº 2162663-37.2015.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 09/09/2015;⁷⁷
- Apelação nº 1095616-88.2014.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 19/10/16;⁷⁸
- Apelação nº 21595564.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 19/12/16;⁷⁹
- Apelação nº 1059104-75.2015.8.26.0002, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 27/03/2018;⁸⁰

Documentos juntados pelo agravante, ademais, que são unilaterais. Inconveniência do deferimento antes da citação e do contraditório pela ausência de prova suficiente da verossimilhança das alegações. Recurso improvido.

⁷⁵ Sociedade. Dissolução parcial. Quebra da "*affectio societatis*". Fato que não é suficiente para a dissolução parcial da sociedade. Alegação de ocorrência de bloqueio judicial de valores nas contas dos autores. Fato que não pode ser imputado à ré. Constatação de fraude. Ausência de falta grave. Sentença reformada. Recurso provido.

⁷⁶ Antecipação de tutela. Sociedade limitada. Exclusão da agravada do quadro social da empresa em comum. Alegação de fatos graves a ensejar a quebra da *affectio societatis*. [...] Ausência de prova inequívoca. Decisão Mantida. Sociedade limitada. Antecipação de tutela. Pedido de exclusão da agravada do quadro social. Alegação de fatos graves a ensejar a quebra da *affectio societatis*. Impugnação da agravada. Necessidade de comprovação das alegações nos autos. Ausência de prova inequívoca. Decisão mantida. Recurso não provido.

⁷⁷ Sociedades limitadas. Antecipação de tutela. Pedido de exclusão da agravada dos quadros sociais. Alegação de fatos graves a ensejar a quebra da *affectio societatis*. Ausência de prova inequívoca. Decisão mantida. Recurso não provido.

⁷⁸ Sociedade Limitada. Pedido de exclusão de sócia que não merece acolhida, à luz das circunstâncias do caso concreto. Discordância da requerida quanto à deliberação aprovada por todos os demais sócios, no sentido de que os dividendos seriam pagos proporcionalmente ao trabalho realizado na empresa, não configura falta grave, apta a ensejar sua exclusão da sociedade – Exclusão de sócio exige a prática de ato de inegável gravidade, que coloque em risco a continuidade da empresa – Inteligência do artigo 1.030 do Código Civil. Desaparecimento da *affectio societatis* que agora constitui apenas efeito de ato objetivo e sério praticado pelo sócio excluído. Autores que não demonstraram a efetiva prática de atos graves pela ré. Ação corretamente julgada improcedente. Recurso não provido.

⁷⁹ Ação de dissolução parcial de sociedade. Decisão que indeferiu pedido liminar dos autores, que buscavam a exclusão do réu dos quadros sociais. Agravo dos autores, aduzindo quebra do "*affectio societatis*" e desídia do réu no cumprimento das suas obrigações. Exclusão liminar de sócio que é medida excepcional, dependente de efetiva demonstração de falta grave, capaz de prejudicar diretamente as atividades sociais, nos termos do art. 1.030 do Código Civil. Insuficiência das provas acostadas aos autos para demonstrar a ocorrência de falta grave do réu. [...]. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido.

⁸⁰ Sociedade. Dissolução parcial. Pretensão do autor à exclusão de sócio. Medida excepcional. Ausência de prova, acima de qualquer dúvida razoável, dos requisitos dos arts. 1.030 e 1.085 do CC. Insuficiência

- Apelação nº 1010537-71.2014.8.26.0576, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 26/07/18;⁸¹
- Agravo de Instrumento nº 2151408-14.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 11/04/18;⁸²
- Agravo de Instrumento nº 2066807-75.2017.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 24/05/18;⁸³
- Agravo de Instrumento nº 2074611-60.2018.8.26.0000, Rel. Des. Fortes Barbosa, j. 04/07/18;⁸⁴

da quebra da *affectio societatis* para a exclusão do sócio. Saques realizados pelo réu das contas da sociedade que se deram no contexto de empresa familiar. Ajuste de contas entre os membros da família, que envolveu a sociedade. Sociedade que tinha dívida com o réu, que trabalhou por diversos anos, antes de se tornar sócio. Sentença de improcedência do pedido mantido. Recurso desprovido.

⁸¹ Sociedade. Dissolução parcial. Pretensão do autor à exclusão de sócia. Medida excepcional. O contrato social, na linha do que dispõe o art. 1085 do Código Civil, também exige a caracterização de falta grave para exclusão de sócio e, neste ponto, nada há nos autos a determinar esta providência. Insuficiência da quebra da *affectio societatis* para a exclusão. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso desprovido.

⁸² Direito societário. Medida cautelar ajuizada por quotista minoritário de sociedade limitada visando à suspensão dos efeitos de duas reuniões de sócios, nas quais se deliberou pela redução de sua participação no percentual de lucros da sociedade e, depois, por sua exclusão dos quadros sociais. Decisão que indeferiu tutela de urgência. Agravo de instrumento. Exclusão de quotista que, nos termos dos arts. 1.030 e 1.085 do Código Civil, depende da ocorrência de falta grave e capaz de prejudicar as atividades sociais. Reiteradas e sucessivas manifestações dos demais sócios, atestando a ausência de qualquer imputação grave ao autor, um dos sócios fundadores e atuantes há mais de 27 anos na empresa, que se portou de forma irreprochável ao longo da vida da sociedade, contribuindo para seu sucesso e crescimento. Existência de comunicação escrita dos demais quotistas, em que consignaram a "regularidade" da "situação societária" do autor, a "estima por sua pessoa" e, inclusive, sua contribuição "para o desenvolvimento da sociedade". Inexistência, desse modo, ao menos em análise inicial, de falta grave a ensejar sua expulsão. Simples alegação de quebra da "*affectio societatis*" que não é suficiente para o que pretendem os outros sócios. [...] numerosos precedentes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal, dando efetividade ao comando do art. 1.030 do Código Civil para proteção dos minoritários contra os desmandos dos demais sócios. Segundo concluiu em que, ademais, aparentemente, descumprida regra estatutária de convocação. Vício formal que, igualmente, demonstra a necessidade de suspensão dos efeitos das deliberações. [...] Reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.

⁸³ Agravo de instrumento. Ação de dissolução parcial de sociedade. Decisão que indeferiu imediato afastamento do réu, sócio minoritário. Excepcionalidade do afastamento de sócio em sede liminar. Precedentes. Sérias imputações, de parte a parte, de atos ruins à empresa, a justificar, por ora, se aguarde o avanço no processo de origem, inclusive mediante eventual instrução. Autor que, de todo modo, está atuando isoladamente na administração da empresa, negado pleito liminar, na origem, para que o réu tornasse à administração. Situação, portanto, por ora consolidada, não havendo urgência a justificar, de plano, a exclusão do réu. Decisão mantida. Recurso desprovido.

⁸⁴ Ação de dissolução parcial de sociedade. Exclusão de sócios minoritários. Indeferimento da tutela provisória. Alegação de quebra do "*affectio societatis*". Condutas narradas. Insuficiência para que se verifique o cometimento de faltas graves. Necessidade de instrução. Decisão mantida. Recurso desprovido.

- Agravo de Instrumento nº 2145741-13.2018.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, j. 13/08/18;⁸⁵

Por outro lado, nas decisões a seguir relacionadas (também do Tribunal de Justiça de São Paulo) a exclusão compulsória do sócio foi acolhida, sob o fundamento de haver sido atendido o requisito da *prova de justa causa* ou *falta grave*; considerando-se, portanto, igualmente insuficiente a alegação de ruptura da *affectio societatis* como fundamento para a exclusão:

- Apelação n. 0003012-92.2002.8.26.0441, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. 13/08/2013;⁸⁶
- Apelação n. 9124462-32.2007.8.26.0000, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 02/10/2013;⁸⁷

⁸⁵ Tutela de urgência. Pedido de exclusão de sócio. Impossibilidade de concessão da liminar. Alegações apresentadas pelos agravantes, malgrado amparadas por documentos, apenas sugerem indícios de inabilidade e, em alguns momentos, imprudência do agravado, mas circunscrevem-se a fatos que, necessariamente, devem ser objeto de prova. Questões controvertidas que impõem observância do contraditório. Recurso não provido.

⁸⁶ “Sociedade Comercial. Exclusão de sócia minoritária por sócia majoritária mediante alteração contratual. Possibilidade antes da vigência do atual CC de 2.002. Justa causa demonstrada. Quebra da *affectio societatis* decorrente da propositura de ação de reconhecimento de sociedade de fato contra o então marido da sócia majoritária. Previsão contratual de pagamento dos haveres. [...] Apelo provido.[...] Com efeito, o instituto exclusão de sócio não era, de forma ampla, contemplado no Decreto 3.708/1919, prevendo apenas a exclusão do sócio remisso. Em razão dessa omissão, a matéria, durante a vigência do referido Decreto, acabou sendo orientada pelo artigo 336 do Código Comercial, que exigia “justa causa” ou “causa justificada” para a exclusão do sócio. Inicialmente, 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, caso este fosse omissivo, a exclusão deveria ser precedida de processo judicial onde se apuraria a justa causa autorizadora da exclusão. Com o tempo, acabou-se reconhecendo a possibilidade da exclusão extrajudicial independentemente de previsão no contrato social, mas sempre exigindo a justa causa. Assim, o artigo 54 do Decreto 1.800, de 1996 (regulamentando a Lei 8.934/94), previu a possibilidade de arquivamento da deliberação majoritária de exclusão de sócio, desde que o contrato social não contivesse cláusula que a restringisse e que do instrumento constasse o motivo da exclusão e a destinação da participação do excluído no capital social. Em outras palavras, naquela época o que se entendia, segundo o ordenamento jurídico em vigor, era que os sócios que dispusessem da maioria do capital poderiam, de comum acordo, excluir o sócio dissidente, quando viesse a ocorrer a quebra da *affectio societatis*, mediante simples alteração contratual, assegurado o direito deste de receber seus haveres, segundo balanço patrimonial.”

⁸⁷ “Dissolução parcial de sociedade limitada com apuração de haveres. Exclusão de sócio majoritário. Possibilidade, necessariamente pela via judicial. Exegese do artigo 1.030, do CC. Maioria calculada em razão do número de sócios e não em função do capital social. Exclusão por justa causa mediante simples decisão assemblear exige expressa previsão no contrato social, que não se verifica “in casu”.

- Apelação nº 0003395-93.2012.8.26.0320, Rel. Des. Francisco Loureiro j. 05/12/13;⁸⁸
- Apelação nº 0011222-11.2013.8.26.0292, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 10/04/2015;⁸⁹
- Apelação nº 0063118-24.2012.8.26.0100, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 24/06/2015;⁹⁰
- Agravo de Instrumento nº 2049257-38.2015.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 29/07/2015;⁹¹
- Apelação nº 1037406-47.2014.8.26.0002, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 22/08/2018;⁹²

Interesse de agir evidenciado. Aplicação do art. 515, §3º, do CPC. Sócio que na qualidade de diretor administrativo e financeiro efetuou empréstimos à sociedade com juros extorsivos. Prática de usura. Ato de gestão ilícito. Caracterização de falta grave. Justa causa para a exclusão do sócio. Determinada apuração de haveres correspondentes às quotas do sócio excluído. Recurso provido.”

⁸⁸ Dissolução parcial de sociedade. Exclusão judicial de sócio minoritário por suposta prática de atos graves que comprometem a atividade social, na forma do art. 1.030 do CC. Réu que, a despeito de não possuir formação e autorização, ministrava aulas de musculação, o que acarretou atuações do Conselho Federal de Educação Física e fragilizou a relação entre franqueador e franqueado. Prova testemunhal uníssona. Existência de imagens gravadas que demonstram a efetiva prática de falta grave no cumprimento das obrigações pelo sócio. Sócio que contraiu empréstimo em nome da pessoa jurídica e se apropriou dos fundos. Exclusão de sócio exige a prática de ato de inegável gravidade. Desaparecimento da *affectio societatis*, que agora constitui apenas efeito de ato objetivo e sério praticado pelo sócio excluído. Ação procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido. [...] Sabido que o regime jurídico da exclusão de sócio minoritário de sociedade empresária sofreu séria alteração em virtude do que contém os arts. 1030 e 1085 do CC, que não mais de contentam com a fórmula indeterminada do desaparecimento da *affectio societatis*, mas, ao contrário, exigem a prática de ato do sócio de inegável gravidade, que coloque em risco a continuidade da empresa.

⁸⁹ Dissolução parcial de sociedade, cumulada com exclusão de sócia. Sociedade composta por duas sócias, cada qual titular de 50% das quotas sociais. Manifesta quebra de *affectio societatis*, importando no comprometimento das atividades sociais. Ré-reconvinte que, no curso da lide, afastou-se voluntariamente das atividades empresariais, ainda que tivesse, a seu prol, decisão liminar, garantindo o exercício da função de diretora pedagógica, além do recebimento de pro-labore. Comportamento contraditório que autoriza a conclusão no sentido de que sua exclusão, da empresa, é a melhor solução. Apelo desprovido.

⁹⁰ Sociedade limitada. Exclusão de sócios administradores. Fatos demonstrados que o justificam. Existência de mais que simples quebra da *affectio societatis*. Sentença mantida. Recurso desprovido.

⁹¹ Agravo de instrumento. Sociedade limitada. Exclusão de sócios que teriam constituído e exercido atividades em prol de sociedade empresária concorrente. Verossimilhança das alegações iniciais. Aparente incontrolável quanto à abertura de empreendimento concorrente e à quebra da *affectio societatis*. Risco à preservação da empresa na manutenção da administração social conjunta dos dois grupos de sócios, prestigiando-se, por ora, a situação dos sócios autores. Decisão reformada. Recurso provido.

⁹² Ação de exclusão de quotista de sociedade, ajuizada por sócia majoritária contra minoritário. Sentença de improcedência. Apelação das autoras. Conduta do réu apta a caracterizar "falta grave", necessária para a exclusão de sócio nos termos do art. 1.085 do Código Civil. Provas de utilização do

Na isolada decisão contida do aresto da Apelação nº 006099-44.2012.8.26.0073, julgado em 08/04/15, sob a Relatoria do Des. Maia da Cunha⁹³, resgata-se o entendimento da jurisprudência precedente do STJ e STF pelo qual a “perda da *affectio societatis* que, mesmo não sendo por si causa da dissolução parcial, pode justificá-la quando a continuidade da atividade empresaria se tornar impossível. Prevalência do princípio da preservação da empresa.”

A análise dos arestos acima colacionados possibilita-nos suscitar reflexão quanto a atual **realidade concreta** das sociedades limitadas de caráter *intuitus personae*, sob a perspectiva da relação entre os sócios e a (im)possibilidade, quase total, de exclusão de sócio em desentendimento grave com os demais:

(i) Mesmo caracterizada a existência de grave dissensão entre os sócios, causada por um deles, propugna-se mantê-los associados; sem que se leve em consideração que a perenidade de tal animosidade acaba por envenenar, de forma continuada e insidiosa, o desenvolvimento dos negócios que passarão, inequivocamente, a experimentar declínio constante, até sua inatividade ou extinção;

(ii) O modo como atualmente vem sendo interpretada a regra da exclusão compulsória de sócio não se dá apenas em ruptura ao entendimento anteriormente pacificado do STJ e do STF (de que a

patrimônio social para o pagamento de despesas pessoais. Conflitos entre as partes que, ademais, estão a inviabilizar a gestão e o dia-a-dia da empresa. Dissolução parcial que, desse modo, é impositiva, de modo a assegurar a continuidade da sociedade. Reforma da sentença recorrida, julgada procedente a ação. Apelação provida.

⁹³ “Dissolução parcial de sociedade. Exclusão de sócios minoritários. Autoras, sócias majoritárias e administradoras, que alegam prática de faltas graves por parte dos réus e quebra de *affectio societatis* que ensejam exclusão da sociedade. Perda da *affectio societatis* que, mesmo não sendo por si causa da dissolução parcial, pode justificá-la quando a continuidade da atividade empresaria se tornar impossível. Prevalência do princípio da preservação da empresa. Graves dissensões entre os sócios. Rés que são mãe e irmã do sócio excluído, que apoiaram os atos por ele praticado. Exclusão das rés que é de vigor. Apuração do haveres que deve ser feita nos moldes da r. sentença. Danos morais não configurados. Desnecessária liquidação por artigos para apuração de haveres, portanto não se pretende provar fato novo, mas apenas a realização de balanço de determinação. Liquidação por arbitramento que é adequada ao caso. Sucumbência recíproca que deve ser mantida. Recurso parcialmente provido para excluir as rés da sociedade.”

quebra da *affectio societatis* mostra-se suficiente para tanto); mas, principalmente, trata-se de um modelo jurídico divorciado da realidade empresarial nas sociedades limitadas *intuitus personae* -- -- como se o direito comercial não fosse uma categoria histórica (na lição de Ascarelli), fruto da construção da prática empresarial conforme exigência da dinâmica da vida mercantil.

A verdade é que desconsiderar a ruptura da *affectio societatis* -- -- obrigação do sócio em manter a confiança, a boa-fé e a fidelidade na sua atuação em relação aos demais --- como causa suficiente para a exclusão do sócio em sociedade limitada, causa insegurança jurídica ao privilegiar a dissensão como regra de convivência, em manifesto prejuízo dos negócios sociais e da preservação da empresa.

Impedir a exclusão do sócio que é causador de discórdia corresponde a dar-lhe salvo conduto para continuar a minar, passo a passo, as forças produtivas da empresa; ao mesmo tempo em que implica desconhecimento da realidade da vida empresarial, porque, em verdade, o dissenso colocará a continuidade da empresa em risco *pouco a pouco*, de maneira insidiosa e paulatina, mas letal, na totalidade dos casos.

Desse modo, não se deveria prestigiar a dissidência entre os sócios e, muito menos, aguardar que esta venha a arruinar os negócios. É fundamental reconhecer-se que o clima beligerante entre os sócios “atua contra a preservação da empresa” (STJ, EREsp. n. 419.174), e que “a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia [leia-se a sociedade] continue a realizar o seu fim” [...] “já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.” (voto do Min. Castro Filho, no EREsp n. 111.294/PR).

Desse modo, impedir a exclusão do sócio que causa cizânia no seio da empresa e promove a ruptura da *affectio societatis* é um retrocesso em matéria de direito societário, nas sociedades limitadas --- principalmente porque, como acima pontuamos, nas sociedades anônimas fechadas essa prática é plenamente acolhida.

A nosso ver não se está diante de um conceito jurídico superado⁹⁴; mas, ao contrário, a ruptura da *affectio societatis* como fundamento de exclusão do sócio constitui criação da jurisprudência com base na repetição reiterada e bem sucedida dos usos e costumes empresariais que consagraram esse sistema como método de preservação da empresa.

O Código Civil, tal como o interpretamos, nunca pretendeu mudar ou dar releitura ao regime de exclusão do sócio dissidente já consolidado como costume empresarial e acolhido pela jurisprudência como método de preservação da empresa, mas, simplesmente acolher na Lei o comportamento (eficiente) que o mercado empresarial vinha, há décadas, colocando em prática.

3. Conclusão

Parece-nos fundamental que o Poder Judiciário, ao ser provocado a dar solução para as situações de grave conflito entre os sócios --- e a prática mostra que a existência de múltiplos processos judiciais é sintoma de que a animosidade alcançou nível intolerável e irreversível --- seja rápido, impedindo que a empresa (atividade) experimente os nocivos efeitos da discórdia entre seus titulares.

Priscila M.P.C. da Fonseca defende, nesses casos, uma releitura do que dizia Requião e afirma parecer “mais razoável que o sócio que se desajustar desmotivadamente dos demais, comprometendo a realização do escopo social, seja expulso da sociedade.”⁹⁵

Sem querer esgotar o tema, parece-nos que a resposta adequada para o problema da exclusão do sócio que provoca

⁹⁴ Embora nesse artigo não se pretenda debater posições doutrinárias a respeito da matéria, mas sim colocar luz sobre o movimento da jurisprudência, em particular da Corte Estadual Paulista, deixa-se registrada a nossa posição contrária, ante os fundamentos expostos nesse estudo, ao entendimento adotado por Erasmo Valladão Azevedo Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek em “*Affectio Societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social”, *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁹⁵ *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de sócio*, Atlas, São Paulo, 2002, pp. 45-46.

dissenso e rompe a *affectio societatis* não está --- como vem ocorrendo --- no inibir de sua retirada compulsória pela vontade da maioria; mas em garantir que na apuração de haveres o valor de seu pagamento seja compatível com a monta real de sua participação. Nesse sentido:

SOCIEDADE COMERCIAL. Dissolução parcial de sociedade anônima c/c apuração de haveres. S/A de capital fechado. Cunho familiar. Quebra de *affectio societatis* possibilitando a dissolução parcial da sociedade. Mantido o afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido . Admissibilidade, também, da cumulação de pedidos feitos na inicial, com a apuração dos haveres e dos dividendos correspondentes às ações da autora por meio de perícia a ser realizada na fase de execução de sentença. [...] Modo de apuração de haveres e dos dividendos. Realização com base no valor real da sociedade (artigo 1031 do Código Civil, por analogia), mediante perícia. Precedentes citados. Valores que deverão ser apurados em liquidação de sentença de forma ampla e atualizada. Os haveres são apurados como se de dissolução total se tratasse. Afastada a valoração das ações em regime de leilão. Vedação do enriquecimento ilícito. [...].⁹⁶

Se o investimento do sócio corresponde a 100 --- apenas num exercício didático de reflexão --- na ocasião de sua exclusão deve ser-lhe assegurado sair do negócio com essa mesma importância no bolso.

É verdade que nem sempre será tarefa fácil apurar-se essa “justa medida” --- na acepção Aristotélica do termo⁹⁷ --- e encontrar-se o valor *real* devido ao sócio; mas também é certo que há mecanismos, previstos na Lei ou acolhidos pela jurisprudência, bastante eficazes para a busca desse resultado.

Apenas a guisa de ensaio, a metodologia de apuração de haveres deve corresponder ao modelo de atividade empresarial para que se possa apurar o valor real da participação do sócio; por exemplo, se a sociedade é prestadora de serviços, talvez o critério do

⁹⁶ TJSP, Apelação nº 4000745-38.2012, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 09/11/16.

⁹⁷ Ética a Nicômaco.

fluxo de caixa descontado seja mais eficaz, na medida em que interpretará a capacidade de geração de receita do negócio. Igualmente, não se pode descurar da aferição do valor de marcas e outros intangíveis⁹⁸, tais como: (i) fundo de comércio ou (ii) do *goodwill*. Ainda que não se trate, propriamente, de aferição de valor na apuração de haveres, é preciso que possam ser apreciadas pelo Judiciário as situações em que o controlador deva ser responsabilizado por atos abusivos que possam ter conduzido o negócio à ruína, sem que o minoritário excluído tenha podido tomar parte nas decisões ou possa ter obstado essa atuação; e assim por diante.

O ponto nodal da questão, ao nosso sentir, é de que o sócio causador de discórdia deve ser excluído, mas deve retirar-se com o valor correspondente à sua participação.

A solução jurídica adequada que mais se afina com o princípio da preservação da empresa não estará, em nossa opinião, em obstar a exclusão do sócio que rompe o dever de *bona fides societatis* e quebra a *affectio societatis*; mas em pagar a ele o valor correto e adequado de sua participação social, sem que possa haver enriquecimento injustificado para qualquer das partes interessadas, a saber: sociedade, sócios remanescentes e sócio excluído.

Bibliografia:

Aristóteles. *Ética a Nicômaco*.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*, 3a ed., Milano: Giuffrè, 1962.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*, ed. Saraiva, 1995.

⁹⁸ Citando-se aqui o exemplo da marca *Mappin* --- alienada no processo de falência decretada em 1999. Mesmo inativa, depois de anos do fechamento das lojas, a marca foi avaliada por R\$ 12 milhões e alcançou em leilão o valor de apreciável de R\$ 5 milhões em novembro de 2010.

COMPARATO, Fabio Konder. “Restrições à circulação de ações em companhia fechada”, *Revista de Direito Mercantil*, vol. 36, 1979.

_____. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

_____ e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, 6ª edição, Forense, 2014.

DI MICELI, Alexandre. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo*. Elsevier, Rio de Janeiro, 2010.

FERREIRA, Waldemar Ferreira. *Tratado de Direito Comercial*, III Volume, Ed. Saraiva, 1.961, n. 446.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de sócio*, Atlas, São Paulo, 2002.

FORGIONI, Paula. “Possibilidade de exclusão de sócio minoritário pelo fim da affectio societatis diante de previsão expressa no contrato social”, in *Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Prof. Luiz Gastão Paes de Barros Leães*, coord. Erasmo Valladão Novaes e França e Marcelo Vieira von Adamek, Leães, Malheiros, 2014.

_____. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Contratos Empresariais*, Revista dos Tribunais, 2015.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Rio de Janeiro, Renovar, 1956.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo; e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social”, *Direito Societário Contemporâneo I*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NUNES, Avelã. *O direito de exclusão de sócio nas sociedades comerciais*, São Paulo, Cultural Paulista, 2011.

PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*, 46a reimpressão, São Paulo: Brasiliense, atualizado em 1970, 2004.

REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, Curitiba, 1959 in Acervo Digital UFPR ([https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf;jsessionid=5964C9223B7FC3A492821C17947C7DED?sequence=1](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf;jsessionid=5964C9223B7FC3A492821C17947C7DED?sequence=1))

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4a edição, Malheiros, 2011.

TARTUCE, Flávio. “Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC”. Parte I, in Migalhas (<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI224217.21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>)

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, Max Limonad, 1956.

THALLER, Edmond-Eugène. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1910.

A natureza das sociedades limitadas: tratamento jurídico conferido às sociedades empresárias e às sociedades simples

*Aline França Campos*¹

1. Introdução

As sociedades limitadas caracterizam-se pela limitação, em relação às obrigações contraídas pela sociedade, da responsabilidade de seus sócios ao valor de suas quotas. Limitação essa que é a da essência desse tipo societário.

Assim, poder-se-ia afirmar que a constituição de uma sociedade sob a roupagem de uma sociedade limitada traz como consequência para os sócios, dentre inúmeras outras,¹ a limitação de responsabilidade em relação às obrigações societárias. Não se pode confundir, no entanto, a responsabilidade dos sócios e a responsabilidade da própria sociedade por suas dívidas. A responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de suas quotas integralizadas, mas a responsabilidade da sociedade que adota a modalidade limitada é ilimitada. A sociedade responde com todo o seu patrimônio, sem nenhuma limitação, pelas dívidas que contrair. Assim, a expressão “limitada”, que identifica esse tipo societário, refere-se à responsabilidade dos sócios e não da sociedade.

* Texto originalmente publicado na Revista dos Tribunais | vol. 940/2014 | p. 185 - 217 | Fev / 2014

¹ Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito - CAD. Professora universitária. Advogada.

Esta característica associada às menores formalidades para regular constituição de uma sociedade limitada, se comparadas àquelas necessárias à constituição de uma sociedade anônima, talvez possa justificar o número expressivo do tipo societário em questão no país.

As sociedades limitadas exercem enorme impacto econômico no Brasil, vez que representam mais de 90% das sociedades empresárias constituídas. De acordo com dados do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC –, no ano de 2005, foram criadas 246.722 sociedades limitadas, enquanto os demais tipos não passaram de 2.213 sociedades, sendo que desse último valor 1.800 eram sociedades anônimas.²

Logo, é possível afirmar que a atividade econômica no Brasil é explorada, sobretudo, sob a roupagem das sociedades limitadas.³ Eis a importância de constantes debates em torno desses centros de exploração da atividade econômica.

2. Sociedades limitadas: sociedade simples ou sociedade empresária?

Nos termos do novo Código Civil, as sociedades podem ser simples ou empresárias. Será empresária quando explorar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, ou seja, quando tiver como objeto o exercício de atividade própria de empresário (arts. 982 c/c 966 do CC/2002). Além do elemento organização e da finalidade da produção ou circulação de bens ou serviços, a atividade somente pode ser definida como empresária se for exercida profissionalmente, ou seja, com habitualidade e em nome próprio do empresário (aspecto da personalidade), e se restar verificada a intenção de percepção de lucros.

As sociedades simples são as demais, incluindo aquelas que realizam atividade de natureza científica, literária ou artística, salvo se existir elemento de empresa. No entanto, a caracterização da atividade empresária e desses elementos de empresa pode não ser fácil.

Citem-se alguns exemplos postos pela doutrina que ilustram de forma clara que a linha divisória entre sociedade empresária e sociedade simples pode não ser de fácil percepção. Daniel César Boaventura traz a seguinte situação. Se dois farmacêuticos constituem uma sociedade para pessoalmente pesquisarem drogas medicinais, e, posteriormente, comercializarem, em pequena escala, os resultados, poder-se-ia falar que se trata de uma sociedade não empresária. A dificuldade surge na hipótese desta sociedade começar a crescer, sendo preciso contratar outros farmacêuticos e adquirir equipamentos mais modernos. Os farmacêuticos originais nessa nova realidade afastam-se do processo produtivo e passam a somente administrar a atividade. É nesse contexto que o autor lança o seguinte questionamento: “esse tipo de sociedade, que tem atividade de natureza científica, poderia ainda ser qualificado como não empresária”?⁴

Para superar a dificuldade de identificação, em alguns casos, de uma sociedade empresária, Fábio Ulhoa Coelho se vale do critério do modo de exploração do objeto social, salvo quando se tratar de sociedade por ação, que são sempre empresárias, e das cooperativas, que são sociedades simples por definição legal. O exemplo dado pelo autor é o de um médico pediatra:

“Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais; não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie seu consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em razão da confiança que depositam no trabalho daquele médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia

e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce mais ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais de clínica, e sim *hospital pediátrico*. (...). Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. (...).”⁵

No entanto, a aplicação desse critério, no caso concreto, pode não ser fácil. No exemplo do pediatra, como seria possível identificar a partir de que momento ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza? Na prática, como se terá conhecimento se os pacientes procuram ou não o serviço pediátrico em razão da confiança que depositam naquele médico que iniciou sua carreira atendendo seus clientes no consultório? Assim, a dificuldade estaria em identificar o momento em que a atividade perdeu a prevalência do caráter personalíssimo e passou a integrar um complexo de serviços.

Para Teresa Cristina G. Pantoja, a distinção entre sociedade simples e sociedade empresária se daria pelos elementos de empresa, que seriam o capital, o trabalho, a inteligência aplicada ou tecnologia, a organização e os insumos. A sociedade só seria empresária se utilizasse propositalmente todos os elementos da teoria da empresa, não bastando o uso de um ou dois desses fatores econômicos. A única falha, para a autora, que essa solução traria seria a necessidade da manifestação volitiva do empresário. Ele teria que se autorreconhecer empresário.⁶

Se adotado o critério diferenciador proposto por Pantoja, deve-se, entretanto, considerar que o fator de produção “trabalho” pode ser próprio ou de terceiros.⁷ Caso se defendesse que só haveria a configuração de uma sociedade empresária se houvesse a organização de trabalho de terceiros, como defendem alguns,⁸ determinadas situações fáticas corriqueiras poderiam ficar à margem do ordenamento jurídico brasileiro.

Veja-se o seguinte exemplo. Dois amigos decidem constituir uma sociedade para explorar um pequeno bar. Durante a semana é um dos amigos que trabalha e aos finais de semana a tarefa compete ao outro, ou seja, não há a contratação de nenhum empregado. Nesta situação, muito comum em pequenas sociedades, não há, assim, a organização de trabalho de terceiros. Logo, se adotada a posição de que só há sociedade empresária se houver a utilização do trabalho de terceiros, a sociedade do exemplo não poderia assim ser classificada. Por outro lado, não há como afirmar que se trataria de uma sociedade simples, dadas as características desta. Como, então, deveria ser tratada essa sociedade na hipótese de insolvência, por exemplo? Resta claro que se adotado o critério da organização e utilização de todos os elementos de empresa para diferenciar uma sociedade empresária de uma simples, tem-se que considerar o fator trabalho de forma mais ampla, ou seja, pode ser próprio ou de terceiro.

Ainda sobre a distinção, proposta pelo Código Civil de 2002, entre sociedades simples e sociedades empresárias, vale ressaltar a posição de Rachel Sztajn. Para a jurista, tanto as sociedades simples como as cooperativas, como não seriam associações, seriam sociedades de fins econômicos. Desta forma, não haveria razões que pudessem justificar a separação entre sociedades empresárias e não empresárias, já que ambas se destinam ao exercício de alguma atividade econômica e à partilha dos resultados auferidos dessa exploração. A posição do legislador de disciplinar as sociedades não empresárias no Livro do Direito de Empresa, no novo Código, só teria lógica se elas fossem consideradas também empresárias, ainda que não comerciais/mercantis. Sztajn propõe a seguinte solução para a questão:

Mais simples seria excluir a aplicação de certas normas às empresas civis, como, por exemplo, a falência, e unificar, acolhendo todas as atividades econômicas organizadas sob a égide da empresa. Com isso, a distinção entre sociedades (de fins econômicos) e associações (de finalidades não econômicas) ficaria mais nítida.

Melhor do que impor à sociedade (pessoa jurídica) que vier a exercer a empresa a adoção de um dos tipos legais previstos no Código Civil.⁹

Ainda sobre a adoção de um critério diferenciador entre sociedade empresária e sociedade simples, Eduardo Goulart Pimenta,¹⁰ ao analisar o conceito de empresa no âmbito do Direito, aponta que determinadas atividades econômicas, ainda que organizadas para a produção ou circulação de bens e serviços e que tenham intuito lucrativo, não são abarcadas pela ideia de empresa consagrada pelo Código Civil de 2002. Se exploradas mediante a constituição de uma sociedade, estar-se-á diante de uma sociedade simples. Para Pimenta, tratam-se, em regra, de “atividades nas quais há um vínculo essencial entre o adquirente do serviço e os atributos profissionais e pessoais que acompanham a pessoa que irá prestá-lo”.¹¹ Assim, determinadas atividades de natureza intelectual – artística, científica ou literária –, ainda que exploradas com o intuito de lucro e de forma organizada, seriam afastadas do conceito de empresa em decorrência do caráter personalíssimo que costumam assumir. Caso percam essa característica, serão tidas como atividades empresárias, e, assim, se exploradas através de uma pessoa jurídica, estar-se-ia diante de uma sociedade empresária.

Conclui-se que o que não se pode fazer é utilizar a organização como traço distintivo das sociedades empresárias. É a natureza da atividade explorada pela sociedade empresária que a diferenciará da sociedade simples, e não a organização. Esta é somente um dos elementos caracterizadores da atividade empresária, mas que está presente também na exploração daquelas atividades tidas como não empresárias. Trata-se, logo, de característica das atividades econômicas, ou seja, não é privativa das sociedades empresárias. É fator comum a atividades empresárias e não empresárias.

O critério distintivo é a natureza da atividade explorada. Tanto que a sociedade que exerce atividade intelectual, ainda que de forma organizada, não passa por este motivo a ser classificada como uma sociedade empresária. Nos termos do parágrafo único do art.

966 do Código Civil, não podem ser considerados empresários aqueles que exercem “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística”. Apesar de se tratar de atividades econômicas com finalidade lucrativa e organização, o legislador excluiu expressamente o caráter empresarial.

A exploração de atividade simples, ou seja, não empresária, exige também “ordem no seu desenvolvimento, ou seja, os atos, os bens e as práticas devem ser arranjados e dispostos de forma determinada e adequada à finalidade a que se destinam, caso contrário, a prestação da atividade está fadada ao insucesso”.¹² A organização, assim, é essencial a toda e qualquer atividade econômica com finalidade lucrativa, seja ela de natureza empresária ou não, pois o lucro só é atingido com organização.

Ainda que, em determinadas situações, restem dúvidas sobre a distinção entre uma sociedade simples e uma sociedade empresária, dúvida nenhuma há sobre a possibilidade de sociedades simples ou de empresárias se constituírem sob a forma de uma sociedade limitada.

De acordo com o art. 983 do CC/2002 em vigor, as sociedades empresárias devem se constituir sob um dos tipos previstos nos arts. 1.039 a 1.092 do CC/2002, quais sejam: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade anônima e sociedade limitada. Na mesma linha, o dispositivo legal regula os tipos societários que podem ser adotados pelas sociedades simples, ao dispor que elas podem se constituir segundo um desses tipos societários mencionados. Mas, como as sociedades por ações – sociedade em comandita por ações e sociedade anônima – são, por expressa disposição legal (art. 982, parágrafo único, do CC/2002), consideradas sociedades empresárias, independentemente do objeto social explorado, pode-se afirmar que as sociedades simples somente podem se constituir sob a forma de uma sociedade em nome coletivo, de uma sociedade em comandita simples e de uma sociedade limitada. Pode ainda a

sociedade simples se constituir sob a forma de uma cooperativa, que, por sua vez, é sempre tida como sociedade simples.

Assim, tanto sociedades empresárias como sociedades simples podem se revestir sob a forma de uma sociedade limitada. Mas, se uma sociedade simples assim o fizer, não terá se tornado uma sociedade empresária. Será uma sociedade simples limitada, subordinada, no entanto, às normas aplicáveis às limitadas. Mas, apesar de se sujeitar ao regime jurídico deste tipo societário escolhido, à sociedade simples limitada continuam a ser aplicadas, no que diz respeito ao registro e à insolvência civil, as normas próprias das sociedades simples. Assim, a sociedade, ainda que adote o tipo de sociedade limitada, deverá ter seu ato constitutivo registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, e não na Junta Comercial da circunscrição da sede da sociedade. Não se sujeitará também ao regime falimentar da Lei 11.101/2005, que só se aplica às sociedades empresárias e aos empresários individuais. Subordina-se, assim, ao regime da insolvência civil previsto no Código de Processo Civil, numa clara demonstração de que não é porque a sociedade simples adota um dos tipos de sociedade empresária que perde sua qualidade de sociedade simples.

Somente se não adotar nenhum dos tipos societários mencionados é que se aplicarão às sociedades simples – nesta hipótese denominadas sociedades simples, sociedades simples puras ou sociedades simples propriamente ditas – as normas que lhe são próprias, previstas no Código Civil.

3. Sociedades limitadas empresárias: regência supletiva das normas das sociedades simples e regência supletiva das normas das sociedades anônimas

As sociedades empresárias¹³ limitadas podem ser regidas supletivamente ou pelas normas aplicáveis às sociedades simples ou pelas normas aplicáveis às sociedades anônimas.

O art. 1.053 do CC/2002 estabelece que nas omissões do Capítulo que trata das sociedades limitadas, aplicam-se as normas que integram o capítulo que regulamenta as sociedades simples. Mas, o parágrafo único do mencionado dispositivo prevê a possibilidade de, mediante previsão expressa no contrato social, ser aplicada a regência supletiva das normas da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976). Assim, pode-se afirmar que a disciplina supletiva das sociedades limitadas depende da vontade dos sócios, pois se houver previsão no ato constitutivo da sociedade de regência supletiva pelas normas das sociedades anônimas, aplica-se a Lei 6.404/1976 nas omissões do Capítulo do Código Civil que regulamenta as sociedades limitadas. Caso contrário, prevendo ou não o contrato social, aplica-se supletivamente as normas referentes às sociedades simples.

André Papini¹⁴ defende, no entanto, que não compete aos sócios estabelecer no ato constitutivo da sociedade a regência supletiva, como poderia indicar uma leitura apressada do art. 1.053 e seu parágrafo único. As sociedades limitadas, nas omissões do capítulo do Código Civil de 2002 que as regulamenta, seriam sempre regidas pelas regras destinadas às sociedades simples. Somente nas hipóteses não previstas no Código Civil de 2002, seja na parte destinada às sociedades limitadas, seja naquela destinada às sociedades simples, é que poderia o contrato social prever a regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades anônimas. A sistemática do Código Civil de 2002 impediria interpretação diversa:

“No sistema trazido pelo novo Código Civil de 2002, seria impossível a existência plena das sociedades limitadas sem o suporte das regras da sociedade simples. Isto porque encontramos na parte que regula a sociedade simples regras fundamentais para a sociedade limitada, que não foram tratadas no seu capítulo específico e também não estão previstas na Lei das Sociedades Anônimas. Exemplo são as regras que dispõem sobre dissolução parcial, dentre outras, encontradas apenas na parte do novo Código Civil de 2002 que cuida das sociedades simples.

Se coubesse aos sócios a escolha das normas da sociedade anônima em detrimento das regras da sociedade simples, estaríamos diante de uma sociedade limitada que não poderia, por exemplo, dissolver-se parcialmente, uma vez que, repita-se, a parte do novo Código Civil de 2002 que rege a sociedade limitada e a Lei das Sociedades Anônimas não cuidam de tal hipótese. Como poderíamos aceitar que uma sociedade limitada não poderia dissolver-se parcialmente?¹⁵

Em que pese a posição de André Papini, não restam dúvidas de que os sócios da sociedade limitada, através de manifestação expressa no contrato social, podem eleger a regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades anônimas. O Código Civil de 2002, em seu art. 1.053, prevê a regência supletiva das normas das sociedades simples, ressalvando, no entanto, a possibilidade de o ato constitutivo da sociedade limitada prever a regência supletiva das normas atinentes às sociedades anônimas. Assim, resta claro que a regência supletiva é definida pelos sócios, que podem estabelecer contratualmente a aplicação supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples ou das normas das sociedades anônimas. Na hipótese de omissão do contrato social, aplicar-se-iam, no entanto, supletivamente as normas referentes às sociedades simples.

Prevedo expressamente o contrato social a regência supletiva das normas das sociedades anônimas, na hipótese de omissão do capítulo legal que regulamenta as sociedades limitadas, não há que se falar em aplicação das normas das sociedades simples. Aplicam-se as normas atinentes às sociedades anônimas, ainda que o capítulo do Código Civil de 2002 que trata das sociedades simples não seja omissivo. A aplicação das normas das sociedades anônimas à sociedade limitada não poderia ficar restrita à hipótese de omissão tanto do capítulo do Código Civil que trata das sociedades limitadas como do capítulo das sociedades simples, como sustenta André Papini. Interpretação em sentido diverso tornaria o parágrafo único do art. 1.053 do CC/2002, que estabelece a possibilidade de o

contrato “prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”, letra morta.

Tal interpretação em nada prejudica eventual desligamento do sócio da sociedade. Quando os sócios elegem a aplicação supletiva das normas referentes às sociedades anônimas, aproximam a sociedade limitada a uma sociedade de capital. Assim, os sócios poderiam desligar-se da sociedade alienando suas quotas a outro sócio ou a terceiro. Ressalvada ainda as hipóteses de dissolução parcial, previstas no art. 1.077 do CC/2002, aplicado tanto às sociedades regidas supletivamente pelas normas das sociedades simples como por aquelas regidas pelas normas das sociedades anônimas. Quando o sócio dissentir de deliberação referente à modificação do contrato social, à fusão da sociedade ou à operação de incorporação, poderá exercer o direito de se retirar da sociedade, aplicando-se no silêncio do contrato o procedimento referente à resolução da sociedade em relação a um sócio, ou seja, o procedimento da dissolução parcial.

Sob a égide do Dec. 3.708/1919, às sociedades “por quotas de responsabilidade limitada” já se podia aplicar supletivamente as normas referentes às sociedades anônimas. O art. 18 do mencionado Decreto assim prescrevia: “Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não fôr regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas”. No entanto, a regência supletiva da lei de sociedades anônimas, vigente à época, não dizia respeito ao Decreto, mas ao contrato social da sociedade “por quotas de responsabilidade limitada” que fosse omissivo em relação à determinada questão. Nesse sentido, manifestou-se Waldemar Ferreira:

“(…) Ela é, e o texto é mui claro, subsidiária do contrato de sociedade por quotas: as disposições da lei de sociedade anônima se aplicam ‘no que não fôr regulado no estatuto social’; e, ainda assim, ‘na parte aplicável’. Não há, pois, lugar para dúvidas. A lei da sociedade anônima é subsidiária da vontade das partes contratantes da sociedade por quotas, quando puder ser aplicada ao caso. Não é,

de modo algum, subsidiária da vontade do legislador, que elaborou a lei de sociedade por quotas.

(...)

Assim, se o contrato houver dotado a sociedade de assembleia-geral e conselho fiscal, omitindo, no entanto, o modo de constituição e funcionamento destes órgãos, aplicam-se-lhes, sem dúvida, as disposições da lei das sociedades anônimas, relativas tanto à assembleia-geral, como ao conselho fiscal.”¹⁶

Pelo sistema do Código Civil de 2002, em vigor, a Lei que regulamenta as sociedades anônimas só se aplica supletivamente às sociedades limitadas quando o contrato social desta expressamente assim dispor, sendo “supletiva da disciplina jurídica das sociedades limitadas e não unicamente do contrato social”.¹⁷ Por outro lado, no regime do Decreto de 1919, a Lei aplicável às companhias regulamentava as omissões do contrato social da limitada, independentemente de expressa estipulação neste sentido, vez que a regência supletiva decorria de disposição legal.

Afirma-se que, com o advento do Código Civil de 2002, tem-se, logo, dois subtipos de sociedades limitadas: sociedade limitada sujeita a regência supletiva das normas das sociedades simples e sociedade limitada sujeita a regência supletiva das normas da Lei das sociedades anônimas.

Fábio Ulhoa¹⁸ destaca uma condição para a aplicação supletiva das normas referentes às sociedades anônimas: a contratualidade. Assim, ainda que o contrato social preveja a regência supletiva da Lei 6.404/1976, esta não poderá ser aplicada naqueles aspectos em que os sócios não podem contratar. Se a questão não é e nem pode ser tratada pelo contrato social da limitada, também não se pode aplicar a Lei das sociedades anônimas.¹⁹

Osmar Brina,²⁰ por sua vez, ressalta que, existindo previsão expressa no contrato social da aplicação supletiva das normas relativas às sociedades anônimas, somente se aplicará a esta sociedade limitada o que for aplicável às companhias fechadas, ou

seja, às anônimas cujos valores mobiliários por elas emitidos não sejam admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários.

A primeira característica distintiva entre esses subtipos a ser apontada diz respeito ao grau de facilidade com que o vínculo entre sócios e sociedade pode ser rompido. Nas sociedades limitadas sujeitas a regência supletiva das normas das sociedades simples, esse vínculo é considerado instável, ou seja, de fácil rompimento.

O art. 1.029, inserido no capítulo que regulamenta as sociedades simples, do Código Civil em vigor estabelece que qualquer sócio pode, a qualquer momento, retirar-se de sociedade por prazo indeterminado,²¹ desde que notifique os demais sócios com antecedência mínima de sessenta dias. Assim, o sócio pode, independentemente de justo motivo, pleitear perante a sociedade da qual faz parte do quadro societário a apuração de seus haveres, ou seja, a dissolução parcial da sociedade.

Neste subtipo de sociedade, ou seja, de regência supletiva das normas das sociedades simples, a morte de um dos sócios implica na liquidação de suas quotas. Hipótese em que também haverá a dissolução parcial da sociedade, salvo se houver estipulação no ato constitutivo (contrato social) em sentido diverso, se os demais sócios optarem pela dissolução total da sociedade ou se, através de acordo com os sucessores do sócio falecido, regular-se a sua substituição. (art. 1.028 do CC/2002).

Outra regra que demonstra a facilidade com que o vínculo entre sócios e sociedade pode se romper no subtipo societário em questão está prevista no parágrafo único do art. 1.026 do CC/2002. Nos termos do dispositivo mencionado, pode o credor do sócio requerer a liquidação²² da quota do devedor, tendo a sociedade que depositar o valor apurado em até noventa dias após o término do procedimento de liquidação.

O credor pode, na insuficiência de bens do devedor, requerer a penhora dos dividendos que o sócio devedor auferir ou da parte que lhe tocar em liquidação. Assim, caso, a sociedade não estiver

dissolvida, pode o credor dar ensejo à liquidação das quotas do sócio. O valor apurado será depositado no juízo da execução.

Como há omissão legal quanto à necessidade de um processo judicial para a apuração das quotas do sócio devedor, não haveria obstáculo, caso houvesse concordância da sociedade e do próprio devedor, para a utilização da via extrajudicial. Assim, a própria sociedade procederia à liquidação e depositaria o valor apurado.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto²³ ressalta que diversas situações, no entanto, podem surgir, afastando a via extrajudicial. Num primeiro exemplo, cita a situação em que a participação do sócio é inexpressiva, e, por isso, pode ser conveniente à sociedade a rápida solução extrajudicial da questão. Entretanto, o sócio devedor poderá discordar e impugnar o valor atribuído pela sociedade às quotas na apuração realizada por ela mesma. Hipótese em que a solução seria, então, judicial.

Num segundo exemplo, pontua a hipótese de a participação societária do devedor ser substancial. Nesta situação, a sociedade teria que se desfazer de grande parcela de seu patrimônio, o que poderia comprometer a continuidade da atividade econômica explorada por ela. Haveria, assim, interesse da sociedade em resistir a um procedimento extrajudicial de apuração dos haveres do sócio devedor.

Ressalta, ainda, a possibilidade de a sociedade em uma apuração extrajudicial, em decorrência de sua obrigação de pagamento, não ter o interesse em atribuir valores reais às quotas em liquidação e, “com muita probabilidade, resistirá à inclusão de seus bens incorpóreos, principalmente os direitos relativos à propriedade industrial (como nome, título de estabelecimento, marcas etc.)”.²⁴

Alfredo de Assis Gonçalves Neto,²⁵ por fim, cita a possibilidade de existirem, nos termos do art. 1.031 do CC/2002 restrições contratuais à determinação do valor da quota do devedor na hipótese de uma dissolução do vínculo social restrita a um sócio.²⁶

Em contrapartida, nas sociedades limitadas sujeitas a regência supletiva das normas das sociedades anônimas, o vínculo pode ser tido como estável, ou seja, não pode ser rompido facilmente.

No que diz respeito à retirada do sócio, a Lei que regulamenta as sociedades anônimas (Lei 6.404/1976), ao contrário do Código Civil, é omissa. Assim, o sócio de sociedade limitada sujeita supletivamente às normas que regulamentam as sociedades anônimas não pode injustificadamente, simplesmente por se tratar de sociedade por prazo indeterminado, pretender a liquidação de suas quotas a qualquer momento. Apesar de não poder requerer a apuração de seus haveres, poderá, no entanto, vender suas quotas, bem como deve proceder o titular de ações de uma companhia.

Ressalte-se que o sócio poderá exigir a apuração de seus haveres nas hipóteses previstas no art. 1.077 do CC/2002. Hipóteses essas previstas no Capítulo que regulamenta as sociedades limitadas e que, logo, aplicam-se aos dois subtipos de sociedades em questão. Assim, poderá haver retirada de sócio quando ocorrer modificação do contrato social, fusão da sociedade e incorporação de outra, ou dela por outra.

Outro fator caracterizador da natureza do vínculo estabelecido entre sociedade e sócios refere-se à hipótese da morte do sócio. A morte, nas sociedades limitadas sujeitas à regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples, dará ensejo, como já mencionado, à liquidação das quotas do sócio, salvo se houver disposição em contrário no contrato social, acordo entre os sócios para uma dissolução total ou acordo com os herdeiros regulando a substituição do sócio falecido. Em contrapartida, se a sociedade for regida supletivamente pelas normas que regulamentam as sociedades anônimas, as quotas do sócio falecido integrarão o patrimônio a ser repartido entre seus sucessores, vez que a Lei 6.404/1976 é omissa quanto à questão da morte de sócio.

Quanto ao destino das quotas sociais na hipótese de morte de sócio, vale ressaltar o posicionamento de Modesto Carvalhosa. Para

o autor, bem como sob a égide do Dec. 3.702/1.919, à luz do Código Civil de 2002, em vigor, as quotas do sócio falecido passam a ser de titularidade do espólio até a partilha final, a despeito da ausência de disposição expressa sobre a substituição do sócio falecido por seus herdeiros. Competiria ao inventariante comparecer nos atos societários, manifestando-se nas assembleias ou reuniões. Assim, salvo estipulação em contrário no contrato social ou opção dos próprios sucessores, não haveria que se falar em liquidação das quotas do sócio falecido e em dissolução parcial da sociedade:

“O Código Civil de 2002, apesar de não prever expressamente sobre a substituição do sócio pré-morto por seus herdeiros nas sociedades limitadas, possui um dispositivo (art. 1.056, § 1.º) cuja interpretação restaria prejudicada caso não houvesse a possibilidade de substituição acima mencionada. Veja-se:

‘Art. 1.056. A quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, caso em que se observará o disposto no artigo seguinte.

§ 1.º No caso de condomínio de quota, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio de sócio falecido. (...)’

Assim, conclui-se que em caso de morte de sócio, os direitos inerentes às quotas que lhe pertenciam são exercidos pelo inventariante, na qualidade de representante do espólio, até que a partilha seja concluída. Não haverá, assim, liquidação das quotas do sócio pré-morto. O espólio continua detendo os direitos sobre as quotas do sócio pré-morto, podendo exercer, se for o caso, o poder de controle da sociedade até que a partilha seja concluída e até que os novos sócios, individualmente, substituam o sócio falecido no âmbito social.”²⁷

O art. 1.056, § 1.º, do CC/2002 seguiria a orientação do art. 7.º do Dec. 3.708/1.919, que somente podia ser compreendido se fosse operada a transmissão *causa mortis* das quotas sociais do sócio falecido aos seus sucessores. O dispositivo estabelecia a possibilidade

de a sociedade cobrar o montante referente ao valor do capital social subscrito, mas ainda não totalmente integralizado do próprio sócio remisso, de seus herdeiros e de seus sucessores. Se era possível a cobrança dos herdeiros e sucessores, entendia-se que a sociedade não tinha se dissolvido parcialmente e que as quotas do sócio falecido pertenceriam àqueles.²⁸

Em que pesem os argumentos de Modesto Carvalhosa, parece que o § 1.º do art. 1.056 do Diploma Civil em vigor, utilizado para fundamentação do posicionamento, refere-se às ressalvas à indivisibilidade da quota em relação à sociedade. Como ressalva Alfredo de Assis Gonçalves Neto,²⁹ o termo “quota” é utilizado, neste contexto, como a participação de cada sócio, ou seja, como o conjunto de quotas, se eventualmente for titular de mais de uma. Assim, nas relações entre sócio e sociedade, não se pode cindir as quotas. Não seria, logo, possível que, por exemplo, um sócio, em deliberação societária, vote em sentidos diversos, utilizando uma parte de suas quotas para votar em uma direção e outra parcela das mesmas para votar contrariamente, bem como não seria possível votar com algumas quotas e manter outras em abstenção.

A divisibilidade poderá, no entanto, ocorrer, como prevê o § 1.º do art. 1.056 do CC/2002, nas relações jurídicas das quais a sociedade não participa, sejam elas relações de transferência de quotas *causa mortis* ou por atos *inter vivos*. Alfredo de Assis³⁰ indica, no entanto, que tal indivisibilidade dependerá de previsão contratual. O contrato poderá atribuir uma quota para a participação de cada sócio ou adotar o sistema das quotas múltiplas, em que o sócio poderia alienar separadamente suas quotas.

Assim, seria o contrato social que definiria se a quota é ou não divisível:

“Se a quota (designando a totalidade da participação do sócio) é indivisível em relação à sociedade, o mesmo pode não acontecer nas relações jurídicas de que ela não participa. Daí a ressalva para efeito de transferência, prevista na segunda parte do preceito sob exame que, entretanto, não está a impedir a indivisibilidade da

quota para fins de transmissão, assim por ato entre vivos (art. 1.057 do CC/2002), como na sucessão por morte (art. 1.028 do CC/2002). Tudo irá depender do que dispuser o contrato social.”³¹

Assim, se o contrato prever a divisibilidade e, ainda, dispor sobre a possibilidade de transmissão das quotas na hipótese de morte de um sócio, aplicar-se-ia o § 1.º do art. 1.056 do CC/2002, que trata da questão da divisibilidade de quotas e não da possibilidade de transferências de quotas *causa mortis*.

Presente a omissão do Capítulo IV do Código Civil de 2002, que regulamenta as sociedades limitadas, no tocante a transferência de quotas *causa mortis*, não haveria como se afastar a aplicação supletiva ou das normas referentes às sociedades simples ou das referentes às sociedades anônimas. Não se poderia, logo, falar em transmissão automática das quotas aos sucessores e ingresso dos mesmos no quadro societário, sem se analisar de qual subtipo de limitada se trata a sociedade em questão.

Por fim, pode-se apontar ainda como fator caracterizador da natureza do vínculo estabelecido entre sociedade e sócios a possibilidade do credor de um sócio de sociedade limitada sujeita às normas aplicáveis às sociedades simples, nos termos do parágrafo único do art. 1.026 do CC/2002, requerer a liquidação das quotas do sócio devedor, na hipótese de não existirem outros bens sobre os quais possa recair a execução. Saliente-se que não existe norma com preceito semelhante ao do dispositivo mencionado na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976). Ao credor restaria requerer que penhora, em execução proposta em desfavor do sócio devedor, recaísse sobre suas ações.

Aponta-se a destinação do resultado como segunda característica distintiva entre os subtipos de sociedades em questão. Nas limitadas sujeitas às normas aplicáveis às sociedades simples, os lucros são divididos, salvo estipulação em contrário no contrato social, na proporção das quotas de cada sócio (art. 1.007 do CC/2002). Podem, assim, os sócios, em maioria, deste subtipo de sociedade limitada decidir livremente sobre a destinação dos

resultados, deliberando até mesmo pelo reinvestimento ou pela distribuição de todo o resultado. Isto ocorre pelo fato de as normas referentes às sociedades simples não trazerem nenhuma obrigatoriedade de distribuição mínima de dividendos. Já a Lei 6.404/1976, incidente supletivamente sobre o outro tipo de sociedade limitada, prevê que os acionistas receberão como dividendo obrigatório³² a parcela do lucro estabelecido no estatuto social. Caso o ato constitutivo seja omissivo, esse dividendo corresponderá à metade do lucro líquido, calculado nos termos das alíneas a e b do inc. I do art. 202 da Lei 6.404/1976.³³

A solução que é dada à hipótese de empate nas deliberações na sociedade é outro fator que diferencia os subtipos de sociedades limitadas. Nas sociedades sujeitas à regência das normas das sociedades simples, as deliberações são tomadas por maioria dos votos, contados segundo o valor das quotas de cada sócio. Mas, se ocorrer empate, prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios, independentemente de suas participações societárias. Se este persistir, a questão será resolvida judicialmente (art. 1.010, § 2.º, do CC/2002). Nas sociedades sujeitas à regência das normas que regulamentam as sociedades anônimas, as deliberações também são tomadas por maioria dos votos, mas o empate é resolvido de forma diversa. Ocorrendo este, e se o estatuto não estabelecer a adoção de arbitragem e nem prever solução diversa, nova assembleia-geral será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a questão. Persistindo o empate, a solução se assemelha ao do outro subtipo de sociedade limitada: se os sócios não concordarem em destinarem a decisão a um terceiro, a questão também deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário (art. 129, § 2.º, da Lei 6.404/1976).³⁴

Para finalizar, pode-se, ainda, indicar a aplicação da teoria *ultra vires* às sociedades limitadas sujeitas à regência supletiva das normas das sociedades simples como o último critério distintivo a ser apontado neste trabalho. A *ultra vires doctrine* surgiu na Inglaterra, em meados do século XIX, através das cortes britânicas, que tinham por finalidade evitar desvios na administração das

sociedades por ações, preservando, assim, os interesses dos investidores. Pela teoria, os atos praticados pelos administradores em nome da sociedade, mas que extrapolassem o objeto social explorado pela mesma, seriam considerados nulos.³⁵

A partir de 1856, na Inglaterra, a aquisição de personalidade jurídica das sociedades por ações e a limitação da responsabilidade dos acionistas deixaram de estar relacionadas a um ato específico de outorga do poder real ou parlamentar, para se condicionarem ao registro do documento constitutivo perante a repartição pública competente. As Cortes, logo, voltaram-se para a extensão indevida dos efeitos do registro, ou seja, para os atos estranhos ao objeto social, e passaram a rechaçá-los.³⁶ É neste contexto que surge a teoria dos atos *ultra vires*.

A teoria trouxe diversos inconvenientes para as sociedades inglesas, vez que negócios jurídicos só eram firmados se houvesse certeza de que o objeto de tal negócio estaria abarcado pelo objeto social devidamente registrado. Em decorrência da insegurança causada naqueles que contratavam com a sociedade, a teoria foi perdendo seu rigor. O ato que extrapolasse o objeto social deixou ser nulo para ser considerado simplesmente inimputável à sociedade em nome da qual havia sido praticado. A sociedade não restaria obrigada perante o terceiro, que, no entanto, poderia demandar o cumprimento do pactuado do administrador que praticou o ato. Mas, se o contratante demonstrasse que era justificável seu desconhecimento sobre a real extensão do objeto social, poderia ainda, numa consagração do princípio da boa-fé, exigir a prestação também da sociedade.³⁷

Em 1989, com a entrada do Reino Unido na Comunidade Econômica Europeia, a teoria foi definitivamente abandonada.³⁸ Assim, a teoria, que nem mesmo em seu país de origem é mais adotada, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 2002. Até então, as questões atinentes ao excesso de poderes dos administradores eram resolvidas com base na teoria da aparência, prevalecendo, assim, a boa-fé dos que

contratavam. A adoção da *ultra vires doctrine* ficava restrita à possibilidade de a sociedade acionar em regresso aquele administrador que praticava atos que extrapolavam o objeto social.

Nos termos do parágrafo único do art. 1.015 do CC/2002, os atos praticados pelo administrador em excesso de poder podem ser opostos a terceiros em três situações previstas em seus incisos: quando a limitação de poderes estiver averbada na Junta Comercial, quando se provar que o terceiro tinha conhecimento de que o administrador estava praticando ato que exorbitava os poderes que lhe foram conferidos e quando se tratar de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. Essa terceira hipótese (inc. III do parágrafo único do art. 1.015 do CC/2002) tem clara inspiração na teoria *ultra vires*. Assim, os atos praticados com excesso de poder pelo administrador também não vincularão a sociedade.

Por fim, independentemente do subtipo de sociedade limitada, ou seja, da regência supletiva a que estão submetidas as sociedades, a questão da delimitação da responsabilidade dos sócios é de suma importância. Nesta tarefa, pode-se afirmar que o tratamento conferido a ambos os subtipos é o mesmo; vez que como o Capítulo do Código Civil em vigor que regulamenta as sociedades limitadas trata da questão da responsabilidade dos sócios de forma expressa, não há que se falar em regência supletiva. Logo, ainda que a sociedade limitada estiver sujeita à regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades simples não haverá responsabilidade subsidiária ou solidária dos sócios em relação às dívidas da sociedade, ou seja, não haverá a aplicação do art. 1.023³⁹ do CC/2002. O Código Civil de 2002, no art. 1.052 – integrante do Capítulo que trata das sociedades limitadas – estabelece de forma expressa, como já mencionado, que “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas”.

4. Responsabilização pessoal dos sócios: critério para distinguir as sociedades de pessoas das sociedades de capital?

Para João Eunápio Borges,⁴⁰ o elemento que distinguiria uma sociedade de pessoas de uma sociedade de capital seria a responsabilização pessoal ou não dos sócios pelas obrigações da sociedade, ou seja, “a garantia oferecida pela sociedade a seus credores”. Se o patrimônio individual de um ou mais sócios respondesse subsidiariamente pelas dívidas da sociedade, esta seria classificada como sociedade de pessoas. Caso contrário, ou seja, quando o patrimônio da sociedade fosse a única garantia dos credores, a sociedade deveria ser tida como uma sociedade de capital.

Assim, as sociedades, até então denominadas “por quotas de responsabilidade limitada”, seriam classificadas como de capital, apesar de ressaltar a inutilidade prática de tal classificação.⁴¹ Ainda que os sócios fossem responsáveis solidariamente pela total integralização do capital social, uma vez realizado todo o capital social, nada mais deveriam nem a sociedade nem a terceiros credores.

Entretanto, o que diferencia uma sociedade de pessoas de uma de capital, como defende Fábio Ulhoa Coelho,⁴² é o grau de dependência da sociedade em relação às qualidades pessoais dos sócios. Se a realização do objeto social depender dos atributos pessoais – qualidade técnica e intelectual, reputação no mercado, formação profissional etc. – dos sócios, estar-se-á diante de uma sociedade de pessoas. Assim, poder-se-ia afirmar que neste tipo de sociedade, as qualidades pessoais dos sócios são fatores decisivos para o exercício da atividade econômica explorada. Mas, se o fator preponderante para o desenvolvimento da atividade for o aporte de capital realizado pelo sócio, ou seja, a contribuição material, a sociedade é classificada como sociedade de capitais.

Assim, as sociedades de pessoas seriam aquelas “donde es más importante el elemento personal, prima la consideración de la

persona de los socios y las relaciones entre los mismos y con la sociedad”. Em contrapartida, nas sociedades de capital “no interesa quiénes son los socios ni cuál es su actividad en la sociedad. Prima la consideración del elemento capital, importa la reunión de capitales. No se tiene en cuenta las cualidades o características personales de los participantes”.⁴³⁻⁴⁴

Marlon Tomazette⁴⁵ assevera que da adoção deste critério distintivo podem ser traçadas outras características peculiares a cada tipo de sociedade. A primeira característica relaciona-se com a administração da sociedade. As sociedades de pessoas somente poderiam ser administradas por sócios, ao contrário das sociedades de capital, em que a gestão não se vincularia necessariamente à qualidade de sócio. A segunda característica diz respeito à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Nas sociedades de pessoas, no mínimo, uma das classes de sócios possuiria responsabilidade solidária e ilimitada, enquanto, nas sociedades de capital, todos os sócios possuem responsabilidade limitada ao valor de sua contribuição. O terceiro traço peculiar refere-se à entrada de novo sócio na sociedade. Nas sociedades de pessoas, não é livre o ingresso de terceiros na sociedade, sendo preciso o consentimento dos demais sócios para a alienação da participação societária. Em contrapartida, nas sociedades de capital, como as características pessoais dos sócios não são fatores decisivos no desenvolvimento da atividade explorada, o ingresso de novos sócios é livre.

A quarta característica está intimamente relacionada com a terceira. Ocorrendo, em uma sociedade de pessoas, a morte ou sobrevindo a incapacidade de um dos sócios, poderá ocorrer a sua dissolução parcial, vez que os atributos pessoais do sucessor do sócio falecido ou do representante do sócio incapaz podem não se coadunar com os interesses da sociedade. Mas, se se tratar de sociedade de capital, a morte ou incapacidade em nada influenciaria no exercício da atividade econômica. Outro elemento distintivo dos tipos de sociedade em questão seria a utilização do nome empresarial: as sociedades de pessoas utilizariam a razão ou firma

social, enquanto as sociedades de capital se valeriam da denominação. Por fim, a última característica apontada pelo autor decorre da quebra da *affectio societatis*, que, caso ocorra, poderia dar ensejo nas sociedades de pessoas à exclusão do sócio que causou o rompimento. Se a sociedade for de capital, não seria possível a exclusão simplesmente pela quebra da *affectio societatis*.⁴⁶

A dificuldade em classificar a sociedade limitada é antiga. A controvérsia já era acentuada sob a égide do Dec. 3.708/1.919. Waldemar Ferreira⁴⁷ afirmava que as sociedades limitadas eram sociedades de pessoas, por ser a responsabilidade dos sócios solidária e limitada ao montante do capital social. A solidariedade seria um atributo pessoal. Assim, a solidariedade dos sócios pelas obrigações sociais só revelaria o caráter personalíssimo das sociedades limitadas. Rubens Requião⁴⁸ também defendia que as sociedades limitadas eram sociedades de pessoas, ressalvando, no entanto, a possibilidade de os sócios, no contrato social, darem “cunho capitalístico” à sociedade, ao permitir a cessão de quotas a estranhos sem que se fizesse necessário o consentimento dos demais sócios.

Em já mencionada tese contrária, João Eunápio Borges, apesar de ressaltar a inutilidade da classificação, mas “por amor à tradição”,⁴⁹ qualificava as sociedades limitadas como sociedades de capital.

Marlon Tomazette, já sob a égide do Código Civil de 2002, após traçar as características distintivas entre sociedades de pessoas e sociedades de capital, conclui que são sociedades de pessoas as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comandita simples, as sociedades simples e as sociedades em conta de participação. Por outro lado, seriam sociedades de capital as sociedades por ações, ou seja, a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. As sociedades limitadas, por sua vez, seriam sociedades híbridas, ou seja, ora guardariam características de sociedades de pessoa, ora de sociedades de capital. Sua classificação, assim, dependeria do caso concreto.⁵⁰

A solução encontrada pelo autor não é, no entanto, nova. João Eunápio Borges,⁵¹ ainda à luz do Dec. 3.708/1919, já mencionava que alguns⁵² entendiam que a sociedade limitada era uma sociedade mista ou de transição.⁵³ A classificação em sociedade de pessoas ou de capital dependeria do número de sócios, do valor do capital social e da forma de organização ou funcionamento da sociedade.

Para Tomazette, se os sócios estabelecerem a regência supletiva das regras aplicáveis às sociedades simples, a sociedade será classificada como sociedade de pessoas. Caso a regência seja das regras que regulamentam as sociedades anônimas, a sociedade será de capital.⁵⁴ Assim, na hipótese de adoção da posição do mencionado autor, seria possível que uma sociedade empresária fosse classificada como sociedade de pessoas.

Para tanto, tem-se que levar em consideração a posição defendida neste trabalho de que somente as sociedades limitadas empresárias podem ser regidas supletivamente ou pelas normas incidentes sobre as sociedades simples ou pelas normas referentes às sociedades anônimas, dependendo da vontade dos sócios. Primeiro, porque as sociedades simples quando se revestem do tipo societário de sociedade limitada não perdem a condição de sociedades simples. Assim, nas omissões do Capítulo do Código Civil de 2002 referente às sociedades limitadas, aplicar-se-á o Capítulo que trata das sociedades simples. E, por fim, porque as sociedades simples não podem adotar o tipo societário das sociedades por ações, aí incluída as sociedades anônimas. Estas são, por expressa disposição do parágrafo único do art. 982 do CC/2002, sociedades empresárias, independentemente do objeto que exploram. Assim, se não podem as sociedades simples adotar a “roupagem” de sociedades anônimas, não sendo, logo, possível fazer incidir sobre elas as normas referentes a tal tipo societário, também não seria possível a aplicação de forma supletiva. Interpretação diversa seria uma forma de burlar a prescrição do parágrafo único art. 982 do CC/2002.

Por isso, pode-se afirmar que a questão da regência supletiva a ser aplicada às sociedades limitadas somente é discutida se a sociedade for classificada como empresária. Assim, se adotado o critério proposto por Marlon Tomazette, seria possível que uma sociedade limitada empresária fosse classificada como sociedade de pessoas, desde que adotasse a regência supletiva das normas incidentes sobre as sociedades simples.

Outra configuração possível, para Tomazette, diz respeito as cessão de quotas. Se não for estabelecido nenhum obstáculo à cessão a terceiros estranhos à sociedade, esta será classificada como sociedade de capital. Mas se, ao contrário, a cessão estiver condicionada ao consentimento dos outros sócios, a sociedade será de pessoas (art. 1.057 do CC/2002). É a vontade dos sócios que também definirá o administrador da sociedade. Se optarem, nos termos do art. 1.061 do CC/2002, por um administrador estranho ao quadro social, após aprovação por unanimidade dos sócios se o capital social ainda não estiver todo integralizado ou por maioria de 2/3 (dois terços) se já estiver completamente integralizado, a sociedade será tida como uma sociedade de capital. Por outro lado, se elegerem que a administração será exercida somente por sócio, a sociedade será classificada como de pessoas.⁵⁵

Assim, a classificação somente poderia ser definida no caso concreto, ou seja, após a análise do contrato social e da vontade dos sócios.

Entendimento semelhante é o de Fábio Ulhoa. Para o autor “a negociação, traduzida no contrato social, elucida se a limitada será de pessoa ou de capital”.⁵⁶ Ressalta ainda que a importância da classificação ora em análise se concentra em três aspectos: nas condições para cessão das quotas, na impenhorabilidade das mesmas e nas consequências da morte de um sócio. Questões estas que deveriam ser definidas pelos sócios no contrato social e, que definiriam da natureza da sociedade limitada.⁵⁷

Nas sociedades limitadas de pessoas, a cessão dependeria da anuência dos sócios, pois o ingresso de um novo sócio na sociedade

poderia atingir os interesses dos demais. Por outro lado, nas sociedades limitadas de capital, a cessão de quotas independeria da manifestação dos outros sócios.⁵⁸

Morrendo um dos sócios, suas quotas serão transferidas aos seus sucessores. Se a sociedade for de pessoas, o ingresso de estranhos no quadro social poderia atrapalhar o desenvolvimento da atividade econômica. Assim, neste tipo de sociedade, morte de um sócio poderia ensejar a dissolução parcial da sociedade. O que não ocorreria se se tratasse de sociedade de capital, pois os atributos pessoais dos sócios seriam irrelevantes para a sociedade.⁵⁹

Por fim, defende Ulhoa que as quotas da sociedade limitada de pessoas, ao contrário da de capital, seriam impenhoráveis no bojo de execuções contra o sócio devedor. A impenhorabilidade decorreria do fato de que com a alienação judicial das quotas, o arrematante passaria à condição de sócio em uma sociedade em que as características pessoais de seus membros são elementos relevantes.⁶⁰

A questão da penhorabilidade das quotas de sociedades limitadas sempre foi objeto de discussão. Waldemar Ferreira,⁶¹ sob a vigência do Dec. 3.708/1919, militou pela impenhorabilidade das quotas por dívidas particulares dos sócios, pois a partir do momento em que os sócios integralizam suas quotas, esta entrada se integraria ao capital social. Assim, não teriam “as quotas vida distinta da do patrimônio social”.⁶² Não pertenceriam ao patrimônio individual do sócio. O credor somente poderia executar os “fundos líquidos” que tocariam ao sócio na sociedade e, desde que não inexistissem outros bens desembaraçados ou se fossem insuficientes.

Também sob a égide do mencionado Decreto, Nelson Abrão defendia, por sua vez, que as quotas de sociedades limitadas poderiam ser penhoradas no bojo de execução contra seu titular, pois tais quotas não estariam compreendidas, “nem qualquer outra parte social das sociedades de pessoas, entre os bens absolutamente impenhoráveis arrolados pelo art. 649 do CPC”.⁶³ Assim, ainda que se tratasse a sociedade limitada de sociedade de pessoas, suas quotas

poderiam sofrer a constrição judicial da penhora em execuções contra seus sócios.

Ressaltava, no entanto, que eventual arrematação ou adjudicação das quotas não importaria em transmissão para o adquirente da condição de sócio. Haveria somente a transferência de direitos patrimoniais voltados à solução da dívida ora em execução, devendo, assim, o credor, liquidar as quotas arrematadas ou adjudicadas.⁶⁴

João Eunápio Borges, ainda à luz do antigo Código de Processo Civil de 1.939, em que predominava o entendimento⁶⁵ da impenhorabilidade, já afirmava também que, em tese, era possível a penhora de quotas, desde que elas fossem alienáveis e cessíveis.⁶⁶ Assim, se o contrato proibisse a cessão das quotas, tornando-as inalienáveis, não poderiam ser penhoradas, salvo com o consentimento dos sócios.⁶⁷

Waldo Fazzio Junior⁶⁸ manifesta-se pela penhorabilidade das quotas, também por não integrarem as mesmas as relações de bens impenhoráveis contidas nos arts. 649 e 655 do CPC em vigor. Como o patrimônio do devedor é a garantia de seus credores, somente a existência de regra expressa poderia afastar a possibilidade de penhora das quotas. Assim, na insuficiência de outros bens do devedor, poderia o credor, nos termos do art. 1.026 do CC/2002, fazer recair sua execução sobre o que couber nos lucros ao sócio devedor ou sobre o que lhe tocar na liquidação. Caso a sociedade não estivesse dissolvida, poderia ainda o credor requerer a liquidação das quotas do devedor, satisfazendo seu crédito com o produto de tal liquidação.

José Waldecy Lucena, na mesma esteira de Nelson Abrão e Waldo Fazzio Júnior, também defende que o devedor responde com todos os seus bens pelo cumprimento de suas obrigações, ressalvados os bens considerados impenhoráveis pela própria lei como, por exemplo, os previstos nos arts. 649 e 650 do CPC. A quota não estaria entre os bens ressalvados por lei.⁶⁹

Assim, fundamentando-se no Código de Processo Civil em vigor, apresenta posição favorável à penhora de quotas das sociedades limitadas. Caso se trate de sociedade formada *intuitu personae*, em que o contrato social imponha restrição à livre cessão das quotas, a penhora poderia ser efetuada, mas a execução somente alcançaria o direito patrimonial do sócio executado. Não poderia atingir o direito pessoal, que se consubstancia na condição, ou seja, no *status* de sócio. Desse modo, o credor executaria apenas os lucros líquidos que tocariam ao devedor. Se estes não forem suficientes para solver a dívida, as quotas poderiam ser liquidadas, através da dissolução parcial da sociedade, caso a dívida não tivesse sido remida antes pela própria sociedade ou pelos demais sócios.⁷⁰

Caso a sociedade não for constituída *intuitu personae*, a execução poderia recair tanto sobre o direito patrimonial como sobre o direito pessoal, podendo, assim, o credor ingressar na sociedade e substituir o sócio executado.⁷¹

Afirma ainda que o Código Civil de 2002 encerrou as controvérsias sobre a penhorabilidade de quotas. Nem mesmo o contrato social, ao regular a cessão das quotas, teria o condão de impedir a penhora, por ser esta “instituto de direito processual, portanto de direito público, e, destarte, dizendo respeito diretamente ao tema da efetividade do processo, desenvolvido recentemente por processualistas da melhor suposição”.⁷²

O autor ressalta que o art. 1.026 do CC/2002 – inserido no capítulo das sociedades simples, mas aplicável tanto às sociedades limitadas regidas supletivamente pelas normas das sociedades simples como às regidas supletivamente pelas normas das sociedades anônimas, por inexistir na legislação pertinente a estas últimas normas sobre a questão – admite expressamente a penhora. Mas a submete ao preenchimento de condições. A primeira condição seria que a penhora da quota somente ocorreria se os outros bens do sócio executado fossem insuficientes à satisfação do credor. A segunda seria que, antes de se liquidar as quotas do devedor, dever-se-ia dar preferência à execução dos lucros que competiriam a ele:

“Assim, somente se inexistirem outros bens do sócio devedor, se não houver lucros ou se forem insuficientes para suportar a execução, e finalmente, se a sociedade não estiver dissolvida, somente então dar-se-á a penhora das quotas sociais, as quais serão objeto de liquidação, cujo valor será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até 90 dias após a conclusão da liquidação (art. 1026 e parágrafo único, do CC/2002).”⁷³

Ocorre que o art. 1.026 do CC/2002 não estabelece a segunda condição elencada por Waldecy Lucena, ou seja, não impõe que “antes de se liquidar a quota do sócio devedor, primeiro se executem os lucros deste na sociedade”.⁷⁴ O *caput* do dispositivo fixa que a execução pode recair sobre os lucros ou sobre a parte que tocar em liquidação ao devedor. O parágrafo único, por sua vez, somente prevê a possibilidade de o credor, caso a sociedade não estiver dissolvida, requerer tal dissolução. Não há, assim, no dispositivo em análise uma ordem preferencial executiva a ser seguida pelo credor, que poderia, em uma análise literal da norma, requerer diretamente a dissolução parcial da sociedade.

Talvez, uma ordem preferencial possa existir em decorrência do princípio da economia da execução, previsto expressamente no art. 620 do CPC,⁷⁵ e não por previsão do art. 1.026 do CC/2002. Pelo princípio em questão, a execução, satisfazendo os créditos do credor, deve se fazer pelo meio menos prejudicial para o devedor. Não restam dúvidas que a execução contra o sócio será muito menos gravosa se recair sobre os lucros líquidos que lhe são devidos, ao invés de incidir sobre suas quotas. Nesta situação, sofreria uma diminuição patrimonial, mas não perderia, em decorrência da dissolução parcial da sociedade em relação a ele, sua condição de sócio, podendo, assim, continuar a perceber lucros futuros.

Por fim, Vinícius Gontijo⁷⁶ também firmou entendimento no sentido de que as sociedades limitadas são sociedades híbridas, por se permitir àqueles que subscreveram o capital social optarem por constituir uma sociedade de pessoas ou uma sociedade de capital. A classificação quanto à estrutura econômica decorreria do

instrumento constitutivo em si e, não, do efeito jurídico deste. Competiria, desse modo, ao contrato social fixar a natureza da sociedade.

Ressalta ainda que o tratamento conferido pelo Código Civil de 2002 às sociedades limitadas ora conduz à conclusão de que se tratam elas de sociedades de pessoas, ora de que se tratam de sociedades de capital:

“Com efeito, há dispositivos legais que nos conduzem à compreensão da sociedade limitada como sendo de capital (como, por exemplo: o *quorum* de deliberação de cessão de quotas pelo capital social: *caput* do art. 1.057 do CC/2002) e de pessoas (como, por exemplo: *quorum* unânime para a eleição de terceiro como administrador, enquanto as quotas não estiverem totalmente integralizadas: art. 1.061 do CC/2002).”⁷⁷

Conclui-se, assim, que a sociedade limitada tanto pode ser uma sociedade de pessoas como pode ser uma sociedade de capital. A classificação, no entanto, não pode ser feita *a priori*. Somente no caso concreto, após a análise de seu contrato social, é que se pode classificar a sociedade limitada como sociedade de pessoa ou como sociedade de capital. Tal situação decorre do fato de o tipo societário em questão possuir características típicas tanto das sociedades de pessoas como das sociedades de capital, dependendo da vontade dos sócios, expressa no ato constitutivo da sociedade.

A extensão da responsabilidade dos sócios em relação às obrigações da sociedade não é, no entanto, critério para classificar uma sociedade em sociedade de pessoas ou em sociedade de capital.

5. Bibliografia

Abrão, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

Boaventura, Daniel César. Fundações, associações e sociedades: visão geral comparativa da codificação civil de 1916 e 2002. In: Fiuza, César (coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. vol. 1.

Borges, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 2.

Bruscato, Wilges Ariana. O objeto do moderno direito de empresa. *Revista Index Jur.* n. 1. p. 155. São João da Boa Vista, SP: Index Jur, abr. 2012. Disponível em: [www.indexjur.com.br/um/numeroum.pdf]. Acesso em: 12.09.2012.

Carvalho, Modesto. Quotas do sócio falecido. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 11. p. 240. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2003.

Coelho, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.

_____. *Manual de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Corrêa-Lima, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Fazzio Jr, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Ferreira, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis: sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958. vol. 3.

Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Gontijo, Vinícius José Marques. A regulamentação das sociedades limitadas. In: Rodrigues, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Lucena, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Martins, Fran. *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. vol. 1.

- Merlinski, Ricardo. *Manual de sociedades comerciais*. 2. ed. Montevideo: Carlos Alvarez Ed., 2008.
- Pantoja, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: Tepedino, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Papini, André Lemos. A sociedade limitada e o novo Código Civil. In: Rodrigues, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- Pimenta, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. *Revista de Direito Público da Economi*. n. 14. p. 65. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.
- Requião, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1.
- Simionato, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1.
- Sztajn, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.
- Tomazette, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011. vol. 1.

Notas

1 Como, por exemplo, a participação, no limite de suas quotas, nos lucros auferidos pela sociedade e no acervo patrimonial na hipótese de liquidação da sociedade.

2 Dados disponíveis em: [www.dnrc.gov.br], acesso em: 16.11.2009.

3 Ressalte-se, no entanto, o volume de capital gerado e movimentado pelas sociedades anônimas.

4 Boaventura, Daniel César. Fundações, associações e sociedades: visão geral comparativa da codificação civil de 1916 e 2002. In: Fiuza, César (coord.). *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. vol. 1, p. 136.

5 Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-17.

6 Pantoja, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: Tepedino, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118-119.

7 Neste sentido, Rachel Sztajn esclarece: “Também é preciso ter presente a ideia de que a organização não se limita àquela externa, mas também se inclui no quadro geral a auto-organização, que compreende a coordenação dos fatores de produção realizada pelo pequeno empresário, abrangendo o que organiza o próprio trabalho, o que exerce a atividade empresarial sem recorrer ao trabalho e ao recurso de terceiros.” (Sztajn, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 127-128).

8 Neste sentido, Fábio Ulhoa defende: “O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços.” (Coelho, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11).

9 Sztajn, Rachel. Op. cit., p. 138.

10 Pimenta, Eduardo Goulart. Teoria da empresa em direito e economia. *Revista de Direito Público da Economia*. n. 14. p. 65. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.

11 Idem, p. 65-66.

12 Bruscato, Wilges Ariana. O objeto do moderno direito de empresa. *Revista Index Jur.* n. 1. p. 155. São João da Boa Vista, SP: Index Jur, abr. 2012. Disponível em: [www.indexjur.com.br/um/numeroum.pdf]. Acesso em: 12.09.2012.

13 Não estaria em consonância com o exposto neste trabalho, a possibilidade de sociedades simples limitadas serem regidas supletivamente pelas normas das sociedades anônimas. A um, porque se tratam de sociedades simples. Não é porque se revestem do tipo societário sociedade limitada que perdem a condição de sociedades simples. Assim, na omissão do capítulo do Código Civil que trata das sociedades limitadas, aplica-se o capítulo das sociedades simples, pois não perdem essa condição. A dois, porque as sociedades anônimas são, independentemente do objeto social que exploram, sociedades empresárias.

14 Papini, André Lemos. A sociedade limitada e o novo Código Civil. In: Rodrigues, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 209-210.

15 Idem, ibidem.

16 Ferreira, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis: sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1958. vol. 3, p. 656.

17 Simionato, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito societário*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1, p. 539.

18 Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2, p. 367-368.

19 Veja-se o exemplo dado pelo autor: “(...) imagine uma sociedade limitada que deseja emitir debêntures, para a obtenção de recursos destinados ao desenvolvimento da sua atividade econômica. Indago: pode fazê-lo? Se a Lei das Sociedades Anônimas fosse aplicável, em qualquer hipótese de omissão do capítulo próprio do Código Civil, desde que prevista a supletividade pelo contrato social, a

conclusão lógica seria a da possibilidade de se realizar a securitização. Mas a resposta correta é a oposta. A sociedade limitada não pode emitir debêntures. E a fundamentação jurídica para essa resposta se encontra no critério apontado: a Lei de Sociedades Anônimas somente é aplicável às limitadas nas matérias a respeito das quais podem os sócios contratar. Nos assuntos que escapam ao âmbito das negociações entre eles, não incide.” (Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* cit., p. 368).

20 Corrêa-Lima, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 413.

21 Se se tratar de sociedade por prazo determinado é preciso, se não houver previsão legal ou contratual, prova judicial de justa causa, nos termos do próprio art. 1.029 do CC/2002: “Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos 30 (trinta) dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.”

22 Sobre a liquidação das quotas do sócio devedor pelo credor: “Na liquidação da quota não há dissolução nem escopo de extinção da sociedade; esta deve permanecer existindo entre os demais sócios e exercendo a atividade que constitui seu objeto. A liquidação da quota, portanto, tem de ser feita por procedimento que vise, exclusivamente, à determinação do valor do patrimônio da sociedade, aí incluídos os bens que o integram e os resultados (positivos ou negativos) do levantamento contábil. Concluída essa operação, chega-se ao valor que é devido ao sócio e que corresponde ao de sua quota de participação no capital social. Para satisfazer o valor assim apurado, a sociedade tem de desembolsá-lo, depositando-o no juízo da execução. Se a sociedade possuir o numerário, basta separá-lo e efetuar o depósito. Mas, se ela não o possuir e não tiver como angariá-lo, terá de alienar bens de seu patrimônio para tanto (...)” (Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 240).

Assim, ao mencionar o parágrafo único do art. 1.026 do CC/2002 a possibilidade do credor requerer a liquidação das quotas do sócio devedor, a referência está sendo feita ao procedimento que visa determinar o valor da participação societária do devedor. Não há referência, assim, à liquidação entendida como fase do processo de dissolução – que objetiva à extinção da sociedade –, em que há a realização do ativo da sociedade (transformação do patrimônio em numerário) e o pagamento dos credores.

23 Idem, ibidem.

24 Idem, ibidem.

25 Idem, ibidem.

26 A questão mereceu a elaboração de Enunciado na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “386. Na apuração dos haveres do sócio, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade para pagamento ao seu credor (art. 1.026, parágrafo único, do CC/2002), não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor.” (Disponível em: [<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>]. Acesso em: 22.06.2010.

27 Carvalhosa, Modesto. Quotas do sócio falecido. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 11. p. 243-244. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2003.

28 Idem, p. 244.

29 Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 324.

30 Idem, p. 325.

31 Idem, ibidem.

32 No âmbito das sociedades anônimas há também uma possibilidade, prevista no § 3.º do art. 202 da Lei das S.A., de não ocorrer pagamento de dividendo obrigatório. Trata-se de hipótese só aplicável as companhias fechadas e ocorre quando for deliberada em assembleia-geral, desde que sem oposição de qualquer acionista presente, a retenção de todo o lucro: “Art. 202. (...)

(...).

§ 3.º A assembleia-geral pode, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, nos termos deste artigo, ou a retenção de todo o lucro líquido, nas seguintes sociedades:

I – companhias abertas exclusivamente para a captação de recursos por debêntures não conversíveis em ações;

II – companhias fechadas, exceto nas controladas por companhias abertas que não se enquadrem na condição prevista no inc. I.”

O dividendo, nos termos do mesmo art. 202 da Lei das S.A., também não será obrigatório se forem incompatíveis com a situação financeira da companhia:

“(…) § 4.º O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembleia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 (cinco) dias da realização da assembleia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembleia.”

33 “Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas: I – metade do lucro líquido do exercício diminuído ou acrescido dos seguintes valores:

a) importância destinada à constituição da reserva legal (art. 193); e

b) importância destinada à formação da reserva para contingências (art. 195) e reversão da mesma reserva formada em exercícios anteriores; (...).”

34 “(...) § 2.º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembleia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia.”

35 Coelho, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 67.

36 Idem, ibidem.

37 Idem, p. 68.

38 Idem, ibidem.

39 “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.”

40 Borges, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 2, p. 56.

41 Idem, p. 128.

42 Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* cit., p. 23.

43 Assim, as sociedades de pessoas seriam aquelas em que é mais importante o elemento pessoal, priorizando-se a pessoa dos sócios e as relações entre estes e a sociedade. Em contrapartida, nas sociedades de capital não interessa quem são os sócios ou qual atividade desenvolve na sociedade. Prioriza-se o elemento capital, ou seja, o que interessa é a reunião de capital. Não se leva em conta das qualidades ou características pessoais dos participantes. (tradução livre).

44 Merlinski, Ricardo. *Manual de sociedades comerciais*. 2. ed. Montevideo: Carlos Alvarez Ed., 2008. p. 18.

45 Tomazette, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. vol. 1, p. 281-283.

46 Idem, ibidem.

47 Ferreira, Waldemar. Op. cit., p. 651.

48 Requião, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 413.

49 Borges, João Eunápio. Op. cit., p. 56.

50 Tomazette, Marlon. Op. cit., p. 281-283.

51 Borges, João Eunápio. Op. cit., p. 56.

52 Fran Martins, por exemplo, defendia que as sociedades por quotas adotavam tanto princípios das sociedades de pessoas como das de capital: “Das sociedades de pessoas se utilizam dos princípios relativos à constituição, no caso um contrato como base de sua formação. Manda o Dec. 3.708 que se organizem segundo as regras dos arts. 300 a 302 do Código Comercial, ou seja, de acordo com as normas que concernem à constituição das sociedades de pessoas. Mas, enquanto assim o faz, o mesmo dispositivo acrescenta que deve ‘ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social’, princípio não admitido em uma sociedade de pessoas, em que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é subsidiariamente ilimitada.

Existem, desse modo, no mesmo diploma legal, normas pertencentes tanto às sociedades chamadas de pessoas como às de capitais. (...) A constituição, segundo as regras dos arts. 300 e 302 do Código Comercial, acrescida da solidariedade dos sócios até o total do capital, com suas principais consequências – a gerência da sociedade apenas por sócios e a modificação do contrato com a retirada de qualquer sócio – é tão característica de uma sociedade de pessoas como a limitação da responsabilidade dos sócios o é de uma sociedade de capitais. Fazer prevalecer apenas uma dessas normas nos parece injustificável.

Em tais condições, tendo-se em vista características próprias da sociedade, deve ser ela considerada como uma sociedade intermediária das de pessoas e das de capitais, possuindo, contudo, elementos

essenciais de ambas essas categorias (...).” (Martins, Fran. *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. vol. 1, p. 336-337).

53 Ricardo Merlinski, ao tratar da “sociedad de responsabilidad limitada” uruguaia, assevera que possui características tanto das sociedades de pessoas como das sociedades de capital: “No es una sociedad estrictamente personalista; tampoco es una sociedad de capitales. Tiene rasgos de ambas. Combina las ventajas de unas y otras.” (Não é uma sociedade estritamente de caráter personalíssimo, nem tampouco é uma sociedade de capitais. Possui características de ambas. Combina vantagens de uma e de outra – tradução livre) (MERLINSKI, Ricardo. Op. cit., p. 151).

54 No mesmo sentido Frederico Simionato: “Se determinada sociedade tem matiz pessoal, essa será a sua natureza, e nas omissões da lei terá aplicação a disciplina da sociedade simples; se ao reverso, determinada sociedade limitada tem matiz capitalista, essa será a sua natureza, e seria aconselhável que o contrato social estabelecesse a regência supletiva da lei das sociedades anônimas para dirimir conflitos e, principalmente, ao interpretar o contrato social.” (Simionato, Frederico Augusto Monte. Op. cit., p. 548-549).

55 Tomazette, Marlon. Op. cit., p. 338-339.

56 Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* cit., p. 370.

57 Para o autor, se os três critérios apresentados forem insuficientes para definir a natureza da sociedade limitada, dever-se-ia considerá-la sociedade de pessoas, pois: “(...) no Código Civil de 2002, a disciplina referente às consequências da morte de sócio e condições para a alienação das quotas sociais, aplicáveis se o contrato social não dispuser em sentido contrário, adota solução que aproxima as limitadas às sociedades de pessoas. De fato, ao dispor sobre as consequências da morte de sócio, o art. 1.028 do CC/2002 (sempre aplicável às sociedades limitadas, por dizer respeito à Constituição) prevê a liquidação das quotas do sócio falecido a menos que o contrato social disponha diferentemente. A seu turno, o art. 1.057 do CC/2002 estabelece que o sócio só pode alienar suas quotas a terceiros estranhos à sociedade se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social a menos que o contrato social disponha diferentemente.” (Idem, p. 376).

58 Idem, p. 373.

59 Idem, p. 374.

60 Idem, p. 373-374.

61 Ferreira, Waldemar. Op. cit., p. 771-775.

62 Idem, p. 772.

63 Abrão, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 89.

64 Idem, p. 90-91.

65 Nesse sentido leciona José Waldecy Lucena: “Sob a vigência do anterior Código de Processo Civil, prevaleceu a tese da impenhorabilidade das quotas das sociedades limitadas, ao amparo das seguintes normas: (...)” (Lucena, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 367).

66 Borges, João Eunápio. Op. cit., p. 160.

67 Idem, p. 162.

68 Fazzio Jr, Waldo. *Manual de direito comercial*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 161.

69 Lucena, José Waldecy. Op. cit., p. 367.

70 Idem, p. 378-379.

71 Idem, p. 380.

72 Idem, p. 383.

73 Idem, p. 386.

74 Idem, ibidem.

75 “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

76 Gontijo, Vinícius José Marques. *A regulamentação das sociedades limitadas*. In: Rodrigues, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 194-203.

77 Idem, p. 198.

A morte de sócio e o problema da sucessão das participações societárias

*Ana Frazão*¹

Introdução

A morte de sócio, longe de ser um acontecimento banal, é evento que costuma ser muito significativo na vida societária, já que normalmente deflagra delicado conflito entre três diferentes polos de interesses: a própria sociedade, os sócios remanescentes e os sucessores.

Não obstante a importância e a recorrência do tema, já que o único fato certo da vida é a morte, a doutrina e a prática jurídica nem sempre dão a devida atenção ao assunto. Do ponto de vista teórico, o tema da morte de sócio fica muitas vezes eclipsado por discussões mais abrangentes a respeito da resolução da sociedade em relação ao sócio, sem ter suas peculiaridades devidamente exploradas. Do ponto de vista da prática, é comum que os envolvidos

*Artigo publicado originalmente na **Revista Direito Empresarial** (CURITIBA), v. 1, p. 103-124, 2015.

¹ Professora Adjunta de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília - UnB, com atuação na Graduação e na Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Advogada. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. Relatora da Comissão de Juristas do Projeto de Código Comercial (instituída pela Câmara dos Deputados). Graduada em Direito pela UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela FGV, Mestre em Direito e Estado pela UnB e Doutora em Direito Comercial pela PUCSP. Autora de livros e artigos jurídicos sobre Direito Civil, Direito Comercial e Direito Econômico. Dentre os prêmios já recebidos, destaca-se o de Jovem Comercialista do Ano, concedido pelo IDSA - Instituto de Direito Societário Aplicado em 2015. Email: frazao@unb.br.

no conflito só percebam a extensão do problema depois do óbito, sem que tenham feito qualquer tipo de planejamento.

O resultado disso é a grande insegurança em relação ao assunto e a expressiva litigiosidade que dele decorre. Como exemplo, podem ser citados pedidos de pensão alimentícia que têm sido feitos a sociedades por viúvas e herdeiros², solução que é manifestamente incompatível com a dinâmica da sucessão societária e que apenas pode se justificar diante da ausência de planejamento sucessório e também do desconhecimento da matéria.

É diante do contexto ora descrito que o presente artigo buscará tratar das consequências da morte de sócio, procurando apontar as principais questões para a solução do problema de acordo com os distintos tipos societários.

1. A dupla dimensão do conflito que surge com a morte do sócio

A sucessão societária envolve aspectos distintos daqueles que estão presentes na sucessão tradicional, cujo objetivo é a repartição de um patrimônio estático em favor dos sucessores. Quando se trata de participações societárias, a sucessão tem como objeto um patrimônio dinâmico, já afetado à determinada finalidade econômica, tendo vinculações com a existência e a permanência da própria sociedade.

Por essa razão, a sucessão societária não diz respeito apenas à repartição do patrimônio do falecido entre seus sucessores, mas

² No julgamento da AC 9000094-05.2008.8.26.0100, o TJSP teve a oportunidade de acertadamente afirmar que "a sociedade ou sócio remanescente não devem alimentos aos dependentes do sócio falecido." (Relator Paulo Eduardo Razuk, julgamento em 27/08/2013). Todavia, o mesmo TJSP, no AG 041700-05.2013.8.26.0000 (Relator James Siano, julgamento em 08/05/2013), reformou a decisão que concedeu alimentos com base em outros fundamentos que não a impossibilidade jurídica do pedido, como se verifica da ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. Inconformismo contra decisão que nos autos de apuração de haveres deferiu pensionamento mensal da quantia de R\$ 4.000,00 em prol da viúva meeira do *de cuius* a ser suportado pela empresa da qual o falecido era sócio. Impossibilidade de se aferir a dimensão da sociedade empresária, a quota parte cabente ao falecido, bem como a existência de mais bens a fazerem frente a eventual e futura compensação de valores. Inexistência de notícia até mesmo quanto à origem da apuração de haveres. Pela ausência de tais elementos, de melhor prudência se mostra a reforma da decisão a fim de se resguardar os direitos dos demais herdeiros. Recurso provido."

envolve também outras questões significativas, como as relacionadas à manutenção da própria sociedade e à necessária compatibilização entre os interesses dos sucessores e os dos sócios remanescentes.

Daí o previsível conflito triangular que pode decorrer da morte do sócio, tendo em vista que os interesses de cada um dos três polos - a sociedade, os sócios remanescentes e os sucessores - podem ser muito divergentes. Acresce que o conflito ainda apresenta, no que diz respeito ao seu conteúdo, pelo menos duas importantes dimensões: a organizacional e a patrimonial³.

A dimensão organizacional diz respeito às consequências do ingresso dos sucessores na sociedade, o que é particularmente importante no contexto brasileiro, diante do número expressivo de empresas familiares⁴. Assim, envolve as questões sobre (i) em que medida os atos constitutivos podem ou devem permitir tal solução, (ii) em que situações, na omissão dos atos constitutivos, pode ocorrer a entrada dos herdeiros no quadro societário, (iii) se e em que medida os sócios remanescentes podem se opor a tal ingresso e (iv) como ocorrerá a recomposição societária, inclusive para efeitos de permitir que a sociedade prossiga com as suas atividades.

Já a perspectiva patrimonial diz respeito às consequências do não ingresso dos herdeiros no quadro societário, tendo em vista que, nesse caso, a eles deverá ser assegurado o recebimento do valor das participações societárias herdadas, especialmente nas hipóteses em que estejam impedidos de ser sócios. Como isso é normalmente assegurado às custas do patrimônio social, pela via da liquidação das

³ Não se quer, com tal classificação, afastar outras dimensões importantes do conflito, como a que o analisa sob a perspectiva da gestão, aspecto de fundamental importância em situações nas quais o sócio morto é o controlador, administrador ou principal gestor da sociedade ou tem papel considerado imprescindível para a manutenção dos negócios sociais. As dimensões organizacional e patrimonial recebem ênfase no presente artigo tão somente porque estão presentes em todas as sucessões, ao contrário da dimensão da gestão.

⁴ De acordo com Eduardo Goulart Pimenta e Maria Leitoguinhos de Lima Abreu ("A conceituação jurídica da empresa familiar." In: COELHO, Fabio; FERES, Marcelo. *Empresa Familiar*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50), há estatísticas que apontam que mais de 90% das sociedades brasileiras seriam familiares.

quotas do sócio falecido, tal solução suscita as discussões sobre (i) como se dará a apuração de haveres e o pagamento, (ii) qual será a repercussão para o patrimônio e o prosseguimento da sociedade, (iii) bem como se há outras alternativas mais adequadas para a composição do conflito em situações nas quais a perda patrimonial necessária para a liquidação das quotas dos herdeiros comprometa a própria existência da sociedade.

Em face da dupla dimensão material do conflito sucessório, os modelos societários tentam encontrar soluções que administrem as tensões respectivas de acordo com a natureza da sociedade. Conseqüentemente, é intuitivo que modelos de sociedades pessoas tendem a priorizar a proteção do aspecto organizacional, mesmo que em detrimento do patrimônio social, que deverá suportar o ônus do impedimento de os herdeiros tornarem-se sócios mediante a liquidação das quotas respectivas. Já os modelos de sociedades de capitais tendem a priorizar a proteção do aspecto patrimonial, mesmo que à custa de recomposições societárias que possam alterar substancialmente a organização da sociedade.

2. A dupla dimensão da participação societária para efeitos de sucessão

A plasticidade do direito societário para adotar soluções diversas para o problema da morte do sócio, conforme o tipo e a natureza de cada sociedade, só é possível em razão de uma característica fundamental das participações societárias: podem elas ser desmembradas, para efeitos da sucessão, em sua dimensão patrimonial e no *status socii* ou o estado de sócio.

É por essa razão que, conforme o modelo societário, a sucessão pode ser completa ou parcial. Na primeira hipótese, adequada para as sociedades de capitais, a sucessão envolverá tanto a dimensão patrimonial como o *status socii*. Já na segunda hipótese, mais conveniente para as sociedades de pessoas, a sucessão envolverá normalmente apenas a dimensão patrimonial, com a

consequente liquidação da participação societária, bem como o direito de obter os benefícios econômicos dela decorrentes até que isso ocorra⁵.

A questão da cindibilidade da participação societária diz respeito, pois, a saber o que é ou não transmissível ao herdeiro. Assim, não se trata propriamente de exceção ao princípio da *saisine*, até porque os efeitos patrimoniais da sucessão ocorrem sempre de forma imediata, assegurando, por exemplo, a percepção de dividendos pelo espólio até que haja a liquidação. Já em relação ao *status socii*, caso este possa ser transmitido, também poderá ser exercido pelo espólio, dentro do possível, até que haja a devida partilha das quotas sociais⁶.

A possibilidade de desmembramento da participação societária abre, portanto, diversas alternativas de soluções sucessórias conforme o tipo de sociedade, ainda mais porque se reconhece significativa margem de autonomia para que os atos constitutivos possam disciplinar a questão, além de ser possível a composição *ex post* do conflito, como se verá adiante.

3. O modelo de sucessão nas sociedades de capitais: o exemplo das companhias abertas

Já se viu anteriormente que o modelo de sucessão nas sociedades de capitais tende a preservar a dimensão patrimonial da sociedade, mesmo que às custas da dimensão organizacional. Assim,

⁵ Vale ressaltar que há controvérsias doutrinárias a esse respeito. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (*Curso de Direito Comercial*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 327-329) mostra que a doutrina portuguesa diverge sobre a possibilidade de transmissão das quotas para os sucessores quando o contrato social estabelece limites à referida transmissão. Por essa razão, há tanto a tese negatória, segundo a qual os herdeiros adquirem tão somente o valor patrimonial representativo da quota do falecido, como a tese afirmativa, ao qual o autor se filia, segundo a qual os sucessores adquirem a quota. Entretanto, entende-se que a primeira tese é mais compatível com a natureza de uma sociedade de pessoas.

⁶ Vale ressaltar que a questão de saber em que medida o espólio, por meio do inventariante, pode exercer o *status socii* está sujeita a várias nuances que não poderiam ser abordadas com a devida profundidade no presente artigo. Por ora, apenas se admite que há tal possibilidade como regra geral, sem entrar na questão de eventuais limitações, muitas das quais decorrem até mesmo dos procedimentos relacionados ao inventário.

a livre transmissibilidade das ações para os herdeiros é uma característica básica das companhias, como se observa pelo § 2º, do art. 31, da Lei 6.404/76.

Trata-se de solução coerente com a natureza das companhias, de forma que a participação societária é transferida para os herdeiros em sua plenitude, inclusive no que diz respeito ao *status socii*. Assim, os interesses da sociedade e dos sócios remanescentes ficam resguardados no plano patrimonial, tendo em vista que a sucessão não trará nenhum ônus financeiro para a sociedade, ao contrário do que ocorreria caso as ações tivessem que ser liquidadas em favor do herdeiro.

Por outro lado, a mudança subjetiva é considerada normal e previsível em sociedades de capitais, cuja estrutura é criada para possibilitar a continuidade da atividade empresarial e da gestão mesmo diante de constantes alterações do quadro societário.

É claro que tal premissa não é absoluta, especialmente quando se tratar da morte de acionista controlador ou de acionista cuja participação seja considerada imprescindível para a própria manutenção da sociedade. Entretanto, é certo que o arquétipo legal das companhias abertas lhes permite suportar alterações na dimensão organizacional sem percalços incontornáveis.

Por outro lado, a solução prevista pela Lei 6.404/76 é igualmente compatível com a preservação dos interesses dos herdeiros, que ingressam na companhia como acionistas e, caso não queiram manter tal condição, podem alienar livremente suas ações por sua conta e risco, já que, como se sabe, o direito de retirada mediante o reembolso é extremamente limitado nesse tipo societário.

Assim, tem-se que a solução ora em análise compõe o conflito sucessório de forma adequada à natureza das sociedades por ações, minimizando a litigiosidade e as possibilidades de problemas que possam decorrer da sucessão de acionista.

4. O modelo de sucessão nas sociedades de pessoas: o exemplo das sociedades simples

4.1. As alternativas de liquidação da quota do sócio falecido ou de aceitação dos herdeiros como sócios

Quando se trata de uma sociedade de pessoas, o raciocínio que deve orientar a sucessão é exatamente o contrário daquele empregado para as sociedades de capitais. Como a transferência automática da participação societária não seria desejável nem compatível com o perfil de tais sociedades, a solução mais adequada é a liquidação da quota para pagar os herdeiros, alternativa que se mostra bem mais vantajosa do que a dissolução total⁷. Nessa hipótese, os sucessores não herdam o status socii, tendo apenas um direito de crédito contra a sociedade⁸.

É claro que a liquidação da quota – ainda mais quando realizada em pouco tempo e para pagamento em dinheiro – pode impor grande ônus financeiro para a sociedade, inviabilizando até mesmo a continuidade das suas atividades. Assim, a sociedade e os sócios remanescentes podem encontrar-se em difícil dilema, já que, apesar da natureza pessoal do vínculo societário, a vedação ao ingresso dos herdeiros pode levar ao fim da sociedade.

É por essa razão que, não obstante a regra geral da liquidação da quota do sócio falecido em favor dos herdeiros, o regime de sucessão das sociedades simples precisa ter flexibilidade, além de conferir autonomia para que os contratos sociais possam disciplinar

⁷ Priscila Corrêa da Fonseca (*Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 64) mostra que a dissolução da sociedade era a consequência prevista pelo Código Comercial e pelo Código Civil de 1916 para as hipóteses de morte de sócio, salvo se o contrato admitisse a sua continuação com os herdeiros, os remanescentes ou mesmo terceiros. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência há bastante tempo já não admitiam a dissolução sempre que a empresa pudesse prosseguir sem a participação do sócio falecido.

⁸ Segundo Priscila Corrêa da Fonseca (*Op.cit.*, p. 67), a obrigatoriedade da liquidação da quota do sócio falecido, prevista no contrato social, deixa claro que aos herdeiros se nega a condição de sócio, de forma que a quota representa para os sucessores mero direito de crédito.

a matéria de outras maneiras, oferecendo alternativas que possam se mostrar necessárias ou mais convenientes. Afinal, por mais que a sucessão das sociedades de pessoas deva priorizar o elemento organizacional, não pode desconsiderar o elemento patrimonial, o que exige que as soluções sucessórias equilibrem, em certa medida, a dupla dimensão material do conflito sucessório.

Nesse sentido, é salutar a previsão do art. 1.028, do Código Civil, ao eleger a liquidação da quota do sócio falecido em favor do herdeiro como a regra geral da sucessão na sociedade simples quando o contrato social for omissivo⁹, ao mesmo tempo em que oferece duas outras alternativas: (i) a opção dos sócios remanescentes em dissolver a sociedade e (ii) o acordo entre os remanescentes e os herdeiros para regular a substituição do sócio falecido. Trata-se de dispositivo legal muito semelhante ao artigo 2.284, do Código Civil italiano.

Como se pode observar, a regra geral, na omissão do contrato social, é que sucessão do sócio falecido ocorrerá por meio da liquidação das quotas respectivas, entendimento que deve ser aplicado igualmente às sociedades limitadas de pessoas regidas pelas normas das sociedades simples. Assim, não se tem um caso de sucessão plena, já que o herdeiro não adquire o *status socii*¹⁰ e a sociedade tem o ônus de suportar os efeitos da liquidação da quota do sócio falecido¹¹. Nesse caso, não haveria que se cogitar de

⁹ Priscila Corrêa da Fonseca (Op.cit., p. 65) adverte que a referida solução segue a tendência tanto do direito estrangeiro como da própria jurisprudência brasileira.

¹⁰ Francesco Galgano (*Diritto Commerciale. Le società*. Bologna: Zanichelli, 2005, p. 83), diante do art. 2284, do Código Civil italiano, considera que, havendo previsão de liquidação da quota do sócio falecido, o ingresso do herdeiro não é suscetível de transmissão hereditária.

¹¹ Daí a lição de Roberta Prado e Renato Vilela ("Falecimento de cotista da sociedade limitada: dissolução parcial como regra geral e as alternativas via cláusulas contratuais de planejamento sucessório - boas práticas de governança corporativa." In: COELHO, Fabio; FERES, Marcelo. *Empresa Familiar*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 428), com base no artigo 1.028, do Código Civil: "Contudo, tal herança consubstanciada em cotas, em geral, não assegura aos herdeiros a sua admissão no quadro social, mas apenas o direito ao valor patrimonial ou econômico representado pela participação do de cujus na sociedade. Quer dizer, a propriedade societária adquirida por sucessão causa mortis não garante ao herdeiro ou sucessor a aquisição da qualidade de sócio, representando, em regra, apenas o direito deste em apurar os seus haveres relativos às cotas herdadas ou legadas."

qualquer participação dos herdeiros nos negócios sociais entre o falecimento e o recebimento dos haveres¹².

A lei considera tal hipótese uma das espécies de resolução da sociedade em relação a um só sócio, o que nos remete à teoria dos contratos plurilaterais, nos quais pode haver ingresso e saída de contratantes sem que o objeto do contrato seja alterado, a fim de que ele possa prosseguir com a nova composição contratual¹³.

Todavia, diante da delicadeza da sucessão em sociedades de pessoas, admite-se que o contrato social possa dispor de forma distinta. Assim, pode o contrato social, por exemplo, transferir o ônus financeiro da sucessão da sociedade para os sócios ou mesmo para terceiros, facultando a estes que adquiram as quotas do sócio falecido.

O Código Civil ainda abre a possibilidade da adoção da chamada “cláusula de continuação”, por meio da qual o contrato social admite o ingresso dos herdeiros no quadro societário. Tal solução, que previne o problema patrimonial que a sociedade teria que enfrentar ao liquidar a quota do sócio falecido, pode gerar, por outro lado, grandes problemas na dimensão organizacional.

¹² É o que ensina com precisão Alfredo de Assis Gonçalves Neto (*Direito de Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 254), ao tratar da sucessão que se restringe ao aspecto patrimonial das quotas: “Os direitos pessoais do sócio, por outro lado, não se transmitem aos sucessores do autor da herança e, por isso, no interregno entre o falecimento e o recebimento dos haveres, àqueles não é dado participar da sociedade, deliberando, impugnando ou fiscalizando os negócios sociais. Em situações especiais, provando que a sociedade está a atuar de modo a prejudicar os seus interesses, podem pleitear provimento judicial para acautelar seus direitos, contanto que daí não decorra interferência na marcha dos negócios. E nada além disso. Sucessores ou herdeiros não são sócios, mas credores de haveres.” Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Op.cit., pp. 325-326) lembra que, no direito português, há regra expressa segundo a qual, nas hipóteses em que o contrato social impede a transmissão das quotas aos herdeiros, os direitos e obrigações inerentes à quota ficam suspensos enquanto não se efetivar a sua liquidação, embora existam controvérsias em torno da regra que admite que, durante a suspensão, os sucessores podem exercer “todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica, nomeadamente votar em deliberações sobre a alteração do contrato social ou dissolução da sociedade.” É exatamente em razão da previsão legal de suspensão dos direitos que o autor se filia à tese afirmativa, no sentido de que há sucessão da participação societária mesmo nessa hipótese (ver nota de rodapé nº 5).

¹³ Nos termos da lição de Tulio Ascarelli (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 413), nos contratos plurilaterais, “a saída de um sujeito é compatível com a possibilidade de continuação do grupo.”

Em razão da natureza da sociedade de pessoas, indaga-se, primeiramente, se os sócios remanescentes poderiam se opor à cláusula de continuação previamente estabelecida em contrato social. Apesar de muitos doutrinadores sustentarem que a referida cláusula é obrigatória para os sócios remanescentes¹⁴, é preciso lembrar que dificilmente se poderá impor a estes a obrigação de permanecer em sociedade da qual não mais desejem participar.

Veja-se que o próprio inciso II, do art. 1.028, do Código Civil, admite que os sócios remanescentes optem pela dissolução total da sociedade¹⁵. Ainda que se entenda que tal alternativa não seria possível diante da cláusula de continuação, poderiam os sócios remanescentes simplesmente se retirar da sociedade, nos termos do art. 1.029, do Código Civil.

Tal possibilidade ressalta aspecto importante da sucessão de participações societárias: a necessária conexão entre as soluções sucessórias e o direito de retirada. Diante disso, a sucessão deve ser orientada por um princípio de racionalidade, a fim de não levar a resultados que sejam incompatíveis com a própria dinâmica da permanência na sociedade.

Logo, mesmo que se sustente a vinculação absoluta dos sócios remanescentes à cláusula de continuação, é certo que eles poderão se retirar imotivadamente da sociedade com a mera notificação aos demais sócios.

¹⁴ É o caso de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (Op.cit., p. 254) e Marco Antonio Karam Silveira (*A sucessão causa mortis na sociedade limitada. Tutela da empresa, dos sócios e de terceiros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77). Vale ressaltar o entendimento de Priscila Corrêa da Fonseca (Op.cit., p. 66): "A possibilidade de continuação da sociedade com os sucessores do de cujos é uma faculdade que se confere a estes últimos e, segundo alguns - em entendimento que parece altamente questionável -, não aos demais sócios. Enquanto os primeiros podem não aceitá-la, o mesmo direito não se deferiria aos sócios remanescentes, que já não poderiam, diante da reexpressa previsão contratual, impedir o ingresso daqueles."

¹⁵ Vale destacar a opinião de Arnaldo Rizzardo (*Direito de Empresa*. Rio, Forense: 2007, p. 149) sobre a cláusula de continuação: "Todavia, não são os demais sócios obrigados a manter a sociedade. Faculta-se a dissolução, como está assegurado, opção que se oferece se não manifestada a aceitação do ingresso dos sucessores."

Por outro lado, a cláusula continuação também gera problemas para os sucessores, já que a assunção da participação societária pode ensejar diversas responsabilidades pessoais. Não é sem razão que há sólida orientação doutrinária segundo a qual tal cláusula não vincula os herdeiros, mas tão somente os sócios remanescentes, podendo os primeiros sempre optar pela imediata liquidação da quota do sócio falecido¹⁶.

De toda sorte, diante da existência de direito de retirada imotivado, nos termos do art. 1.029, do Código Civil, ainda que se cogitasse de impor aos herdeiros a sua permanência na sociedade, poderiam eles dela se desligar pela via do direito de retirada, da mesma forma que os sócios remanescentes. Nesse caso, pela via do direito de retirada, os herdeiros teriam proveito praticamente idêntico àquele que seria obtido caso lhes fosse facultado o direito de exigir de imediato a liquidação da quota, salvo no que diz respeito ao prazo mínimo de notificação aos demais sócios, exigido para o exercício do direito de retirada.

Isso mostra claramente que, em sociedades de pessoas, a importância do elemento pessoal faz com que dificilmente a sucessão possa impor a obrigação de permanecer na sociedade, tanto aos sócios remanescentes como aos herdeiros, tendo em vista que ambos os segmentos poderão retirar-se imotivadamente do quadro social.

¹⁶ Nesse sentido, encontram-se as opiniões de Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de Direito Comercial*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 408), Alfredo de Assis Gonçalves Neto (op.cit., p. 254), Cassio Cavali (*Sociedades Limitadas. Regime de circulação das quotas*. São Paulo: Editora dos Tribunais, p. 153), Waldo Fazzio Júnior (*Sociedades Limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 275-276) e Marco Antonio Karam Silveira (Op.cit., p. 82). Já Frederico Simionato (*Tratado de Direito Societário*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 320) admite a possibilidade legal de que cláusula de continuação vincule tanto os herdeiros como os sócios remanescentes, embora considere que tal previsão do contrato social seja temerária, diante dos inúmeros problemas que podem daí resultar. Idêntica discussão existe na doutrina italiana, como se observa pelos comentários de Giuseppe Ferri (*Diritto Commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2011, pp. 293-294) ao salientar as dificuldades de se imaginar uma cláusula de continuação obrigatória. Francesco Ferrara Jr. e Francesco Corsi (*Gli imprenditori e le società*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 232) entendem que tal cláusula não pode ser imposta aos herdeiros, a quem cabe sempre a faculdade de escolher entre a assunção da posição de sócio ou a liquidação da quota. Já Francesco Galgano (Op.cit., p. 84) entende ser possível a cláusula de continuação obrigatória, que vincularia tanto os herdeiros como os sócios remanescentes.

Assim, observa-se que a previsão da cláusula de continuação nos contratos sociais de sociedades de pessoas não resolverá necessariamente o conflito inerente à sucessão, tendo em vista que pode desagradar aos sócios remanescentes, aos herdeiros ou a ambos os polos.

4.2. As alternativas da composição *ex post* e da liquidação total

Em razão das dificuldades relacionadas à solução do conflito sucessório em casos de sociedades de pessoas, é importante que seja reconhecida a possibilidade da sua composição *ex post*, ainda que de forma distinta daquela prevista no contrato social. Tal alternativa parte da premissa de que, diante da delicadeza do elemento pessoal nesse tipo societário, dificilmente podem ser antevistas todas as soluções para o problema sucessório.

Consequentemente, é pertinente a previsão do inciso III, do art. 1.028, do Código Civil, ao admitir a legitimidade de acordos com os herdeiros que possam regular a substituição do sócio falecido. Tal possibilidade funciona como verdadeira “válvula de escape” para os casos em que as normais legais supletivas ou as normas contratuais não se mostrem adequadas para compor adequadamente o equilíbrio entre as dimensões organizacional e patrimonial do conflito. Sob essa perspectiva, não é exagero sustentar que a disciplina sucessória prevista na lei ou nos atos constitutivos apenas será aplicável quando não for possível um acordo entre as partes¹⁷.

Outra solução que pode ser vista, de certa forma, como uma “válvula de escape” para os problemas organizacionais e patrimoniais decorrentes da sucessão é a possibilidade, prevista no inciso II, do art. 1.028, do Código Civil, de que os sócios remanescentes requeiram a dissolução total da sociedade, alternativa que pode se mostrar adequada para casos em que o sócio

¹⁷ Como bem observa Fábio Ulhoa Coelho (op.cit., p. 468), “a cláusula de disciplina das consequências da morte do sócio só tem serventia quando as partes – sucessor e sobreviventes – não se põem de acordo.”

morto tem um papel imprescindível para a sociedade ou para situações nas quais o montante a ser pago aos herdeiros inviabilizaria o prosseguimento das atividades sociais¹⁸.

Como já se adiantou, a possibilidade de dissolução total da sociedade em razão da sucessão é tema controverso, ainda mais diante da existência da cláusula de continuação. Não se discute, por igual, que se trata de solução extrema, que leva ao encerramento da sociedade. Entretanto, pode ser um instrumento para assegurar a autonomia dos remanescentes que, se não exercida nos termos do inciso II, do art. 1.028, poderia sê-lo nos termos do art. 1.033, III – desde que os remanescentes tenham a maioria absoluta – ou nos termos do art. 1.029, do Código Civil.

Acresce que a dissolução total pode ser necessária quando o não ingresso do herdeiro - por qualquer que seja o motivo - e a consequente liquidação das quotas do falecido possa levar à redução patrimonial que comprometa o prosseguimento da sociedade. Nesses casos, a dissolução total seria inclusive medida mais justa do que a chamada dissolução parcial, por assegurar a plena igualdade dos sócios no que diz respeito à distribuição do patrimônio social.

Por outro lado, não há dúvida de que a dissolução total pode ser inadequada na hipótese em que, não obstante a vontade dos sócios remanescentes nesse sentido, os herdeiros queiram continuar com o empreendimento. Há que se lembrar, sobre o assunto, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em casos de pedido de dissolução total de sociedade nos quais há determinados sócios que tenham interesse em prosseguir com as atividades sociais, deve o juiz optar pela dissolução parcial, em nome do princípio da manutenção da empresa¹⁹. Tal entendimento

¹⁸ Daí a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (op.cit., p. 255) de que “essa alternativa torna-se conveniente, senão necessária, quando, por exemplo, o montante dos haveres a serem pagos seja muito elevado para a sociedade e o respectivo pagamento coloque em risco sua estabilidade econômico-financeira, sem perspectiva de recuperação ou sem que os sócios vivos pretendam suprir tais valores com novas contribuições pessoais.”

¹⁹ De acordo com o STJ, “a dissolução parcial deve prevalecer, sempre que possível, frente à pretensão de dissolução total, em homenagem à adoção do princípio da preservação da empresa, corolário do

poderia ser aplicado, por analogia, à hipótese ora em comento, para o fim de, ao invés da dissolução total, se admitir a saída dos remanescentes e o ingresso dos herdeiros.

Consequentemente, eventual pedido de dissolução total deve ser analisado de acordo com as circunstâncias concretas, sendo inquestionavelmente legítimo quando a liquidação das quotas dos herdeiros impossibilitar o prosseguimento da sociedade. Nos demais casos, a alternativa deve ser sopesada com os demais interesses envolvidos, admitindo-se que o pedido seja deferido como dissolução parcial sempre que houver interesse dos herdeiros em prosseguir com a sociedade.

De toda sorte, elemento fundamental a ser considerado é a necessária conexão entre a solução sucessória e o direito de retirada. Dessa maneira, ainda que se possa restringir o direito dos remanescentes de requerer a dissolução total, nada se pode fazer em relação ao direito deles de, pela via do direito de retirada, requerer a dissolução parcial.

Tal aspecto mostra que a organização das sociedades de pessoas, inclusive no que diz respeito à composição subjetiva, apresenta um forte elemento de voluntariedade, o qual não pode ser desprezado nas soluções pensadas para compor o conflito sucessório.

5. O modelo de sucessão nas sociedades “híbridas”: o problema das sociedades limitadas e das companhias fechadas familiares ou com forte elemento pessoal

5.1. Aspectos introdutórios da sucessão em sociedades híbridas

Como se viu anteriormente, as sociedades de capitais e as sociedades de pessoas precisam ter modelos sucessórios distintos. Acresce que, em relação às últimas, a sucessão é normalmente mais

postulado de sua função social." (REsp 1303284/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 13/05/2013)

complexa, por envolver simultaneamente aspectos organizacionais e patrimoniais, o que exige um sistema flexível e com várias alternativas para compor o conflito.

Mais complexa ainda é a sucessão em modelos societários que, por combinarem elementos de sociedades de pessoas e de capitais, acabam exigindo soluções que compatibilizem os aspectos organizacionais e patrimoniais da sucessão em uma escala ainda maior. É o que ocorre com as chamadas sociedades "híbridas", como podem ser consideradas muitas sociedades limitadas - em relação às quais as normas das sociedades simples nem sempre serão adequadas - e as companhias fechadas familiares ou com forte elemento pessoal.

Para essas sociedades, as soluções já apontadas para as sociedades por ações ou para as sociedades simples não são necessariamente compatíveis²⁰, o que exige o esforço para se pensar em um sistema intermediário que melhor se encaixe aos seus perfis.

5.2. As principais controvérsias relacionadas à sucessão nas sociedades limitadas e nas companhias fechadas familiares ou com elemento pessoal

As sociedades limitadas podem apresentar perfis tão distintos e heterogêneos que o ideal seria que o contrato social de cada uma delas disciplinasse satisfatoriamente a questão da sucessão, com previsões que se ajustassem às peculiaridades da sociedade e que

²⁰ Basta lembrar que, no direito francês, de forma diferente às sociedades de pessoas, a sociedade limitada não é dissolvida pela morte de um dos sócios, salvo estipulação contrária dos atos constitutivos (Código Comercial, art. 223-41). A principal consequência de tal entendimento, segundo Ripert e Roblot (*Traité de Droit Commercial*. Paris: L.G.D.J, 2002, p. 196), é o fato de a participação societária do sócio morto ser transmitida de pleno direito aos seus herdeiros. Entretanto, esclarecem Cozian, Viandier e Deboissy (*Droit des Sociétés*, Paris: Litec, 2001, p. 434) que os atos constitutivos podem exigir a concordância dos remanescentes. Em sentido semelhante, Paul Le Cannu (*Droit des Sociétés*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003, p. 763) reitera que a Corte de Cassação francesa acolhe o entendimento de que a recusa dos remanescentes pode ser oposta aos herdeiros do sócio falecido em razão do *intuitus personae* que deve reinar na sociedade limitada, desde que atendidos determinados requisitos.

pudessem traduzir, naquela realidade concreta, o melhor equilíbrio para as dimensões organizacional e patrimonial do conflito societário que decorre da morte.

Tal preocupação ressalta a importância do planejamento sucessório, a fim de se evitar inúmeros problemas que poderiam ser facilmente contornáveis se tivessem sido pensados antecipadamente. Isso porque, na omissão do contrato social, as sociedades limitadas estão submetidas às normas das sociedades simples, nos termos do art. 1.053, do Código Civil. Em decorrência, aplicar-se-iam as regras sucessórias do art. 1.028, do mesmo Código, que não necessariamente comporão bem o conflito em uma sociedade limitada, ainda mais se esta tiver perfil híbrido ou mais afinado ao de uma sociedade de capitais.

Dentre as dúvidas que podem surgir da aplicação das regras das sociedades simples às sociedades limitadas, está a possibilidade de opção, pelos sócios remanescentes, pela dissolução total mesmo diante da cláusula de continuação. Afinal, tal alternativa pode fazer sentido em se tratando de sociedade de pessoas, mas pode ser totalmente desarrazoada em relação a modelos mais próximos de sociedades de capitais.

O conflito societário ainda se depara, no caso das sociedades limitadas, com um grave problema: as inúmeras controvérsias a respeito da extensão do direito de retirada, já que há orientação doutrinária segundo a qual, em que pese o art. 1.077, do Código Civil, o direito de retirada seria sempre ilimitado nas sociedades limitadas por prazo indeterminado, nos termos do art. 1.029²¹. Logo,

²¹ Fabio Ulhoa Coelho (Op.cit., pp. 377-378), que considera as sociedades limitadas regidas pela regra supletiva da Lei 6.404/76 como sociedades de vínculo societário estável, defende a não aplicação do art. 1.029 a tais sociedades, de forma que apenas poderiam ser parcialmente dissolvidas nas hipóteses de retirada motivada (art. 1.077) ou expulsão de sócio (art. 1.085). Em sentido contrário, Sérgio Campinho e Mariana Pinto ("O recesso na sociedade limitada", in: AZEVEDO, Luís André; CASTRO, Rodrigo Monteiro. *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo, Quartier Latin, 2013, pp. 115-153), depois de explorarem as diferentes orientações sobre o assunto, concluem que o art. 1.029 tem aplicação irrestrita às sociedades limitadas. Para se ter uma maior compreensão da polêmica, vale lembrar que a IV Jornada de Direito Civil havia aprovado o Enunciado 390, segundo o qual "em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e

considerando que a sucessão está conectada igualmente às discussões relacionadas ao direito de retirada, as divergências a respeito deste último podem comprometer razoavelmente a coerência das soluções sucessórias das sociedades limitadas.

É claro que as discussões a respeito do direito de retirada podem ser evitadas caso o contrato social da sociedade limitada não permita o ingresso dos herdeiros como sócios ou seja omissa a respeito do assunto, caso em que a sucessão deverá ocorrer por meio da liquidação das quotas dos herdeiros, salvo se houver acordo em outro sentido, nos termos do inciso III, do art. 1.028, do Código Civil. Todavia, mesmo nestas hipóteses, subsistiriam inúmeras controvérsias, especialmente se a liquidação das quotas dos herdeiros levasse à perda patrimonial que comprometesse o prosseguimento da sociedade, caso em que se poderia cogitar da possibilidade de os sócios remanescentes requererem a dissolução total.

Hipótese igualmente problemática é aquela na qual o contrato social da sociedade limitada admite o ingresso do herdeiro como sócio, mas ele assim não o deseje. Aí haveria a discussão sobre se o herdeiro poderia exigir, desde já, a liquidação das quotas do sócio falecido ou se deveria entrar necessariamente como sócio, especialmente em se tratando de sociedade limitada de capital. As consequências do ingresso no quadro societário também não são triviais, pois haveria que se estabelecer se o herdeiro teria o amplo direito de retirada ou se, assim como ocorre nas sociedades de capitais, sofreria o risco financeiro de ter que sair da sociedade mediante a alienação de suas participações societárias.

Tais questões mostram como a situação das sociedades limitadas de capitais, nas quais prevalece a livre alienação das participações societárias, é delicada. Afinal, na hipótese de cláusula de continuação que se entenda oponível inclusive aos herdeiros, a

1.029)." Na V Jornada, o enunciado foi cancelado, sem que tenha havido qualquer consenso em torno de alguma regra apriorística a respeito do direito de retirada nas sociedades limitadas e anônimas fechadas.

solução sucessória deveria se aproximar daquela prevista pela Lei 6.404/76 em relação às companhias: a sucessão ocorreria plenamente e para todos os efeitos, inclusive no que diz respeito ao *status socii*, cabendo aos sócios herdeiros o ônus de se retirar da sociedade por sua conta e risco, alienando suas participações societárias.

Todavia, tal entendimento não resolve o problema das sociedades limitadas que, embora admitam a livre transferência de participações societárias, apresentam vários elementos pessoais que dificultam ou comprometem esse tipo de solução. Também não resolve o problema das sociedades limitadas nas quais as quotas, embora possam ser alienadas, não têm liquidez.

Não se pode desconsiderar que a alienação de participações societárias, embora juridicamente possível em certos casos, pode mostrar-se economicamente inviável. Ora, se não se poderia exigir do sócio que contratou originariamente a sociedade a sua permanência *ad eternum* nos quadros sociais - ainda mais diante do restrito direito de retirada previsto no art. 1.077, do Código Civil -, com maior razão não se poderia exigir isso do herdeiro²².

Isso mostra claramente como o hibridismo das sociedades limitadas torna complexo o seu processo de sucessão, bem como o fato de que, também nesse tipo societário, a questão sucessória precisa ser pensada em conexão com a questão do direito de retirada, sob pena de não se chegar à solução adequada e coerente com o conflito que se pretende resolver.

Assim, tem-se que, no caso das sociedades limitadas que estejam sujeitas às normas das sociedades simples, subsiste grande instabilidade e controvérsia em relação à sucessão, até mesmo diante da grande divergência a respeito do direito de retirada.

E nem se entenda que a opção pela regência supletiva da Lei 6.404/76 resolveria a questão porque, ainda que isso aconteça, os

²² Menezes Cordeiro (*Direito das Sociedades. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 632-636) mostra a problemática da necessidade de se estabelecer alguma forma de denúncia em obrigações de longa duração, diante da proibição da perpetuidade.

elementos pessoais que podem existir na sociedade limitada ou mesmo a falta de liquidez das quotas podem levar aos mesmos problemas já existentes em relação às sociedades limitadas regidas pelas sociedades simples.

Tanto é assim que, mesmo com a opção pela regência supletiva da Lei 6.404/76, há autores que defendem a aplicação do art. 1.028, do Código Civil²³ às questões sucessórias, o que aumenta a confusão normativa, tendo em vista que a mesma sociedade estará regida por diplomas diametralmente opostos e que priorizam aspectos distintos na sucessão.

Iguais dificuldades são enfrentadas pelas companhias fechadas chamadas de familiares ou nas quais exista um forte elemento pessoal. Embora tais tipos societários tenham sido criados para funcionarem como sociedades de capitais, são muitas vezes utilizados por sociedades de pessoas, o que gera diversos problemas para a composição dos conflitos.

Com efeito, em muitos casos, as ações de tais companhias não têm liquidez, o que compromete a sua livre alienação. Dessa forma, sustentar que se aplicam a elas, de forma irrestrita, as regras de sucessão previstas na Lei 6.404/76 – total e plena transmissibilidade das ações aos herdeiros e transferência a estes do ônus de se retirarem da companhia, caso assim o queiram – pode gerar resultados complicados. Afinal, a ausência de liquidez e a inviabilidade econômica da transferência das participações societárias seriam fatores a considerar para o exercício do direito de retirada mesmo em relação ao acionista que subscreveu ou adquiriu diretamente as ações das referidas companhias. Com maior razão, tais aspectos deveriam ser considerados em relação ao herdeiro, o qual obviamente não pode ficar preso por tempo indeterminado na

²³ Fábio Ulhoa Coelho (op.cit., p. 468) acertadamente sustenta que o art. 1.028, do Código Civil, não se aplica às sociedades limitadas regidas supletivamente pela LSA, já que esta não prevê o reembolso das ações em favor dos sucessores do acionista falecido. Já Cassio Cavali (Op.cit., 2011, p. 149), após mostrar a divergência doutrinária a respeito do tema, entende assistir razão à posição segundo a qual se aplica o art. 1.028, do Código Civil, mesmo às sociedades limitadas regidas supletivamente pela Lei 6.404/76.

companhia sem qualquer alternativa factível e razoável, do ponto de vista econômico, para sair do investimento.

Dessa maneira, é fácil concluir que, assim como ocorre nas sociedades limitadas, pode haver grandes controvérsias na sucessão de companhias fechadas, em razão dos elementos pessoais que normalmente nelas existem, o que compromete a aplicação linear das regras sucessórias previstas na Lei 6.404/76 e deixa a questão sucessória sem uma norma legal adequada para regulá-la. Tal instabilidade aumenta com as controvérsias igualmente existentes a respeito do direito de retirada nessas sociedades.

Por todas essas razões, independentemente de reformas legislativas que possam sanar os problemas apontados, é inequívoco que duas alternativas podem ser pensadas desde já para que o conflito societário seja composto de forma mais adequada nos modelos híbridos: uma melhor conformação do direito de retirada em sociedades limitadas e companhias fechadas familiares ou de cunho pessoal, bem como a melhor regulamentação da questão sucessória por meio dos respectivos atos constitutivos, como se passará a demonstrar.

5.3. O conflito sucessório nas sociedades híbridas diante da problemática do direito de retirada

Como já se viu anteriormente, o conflito decorrente da morte do sócio dificilmente pode ser resolvido de forma satisfatória sem que haja a conexão entre a solução sucessória e a questão do direito de retirada. Tal problema é especialmente complicado em companhias fechadas e em sociedades limitadas cujos contratos contemplem a cláusula de continuação ou a regência supletiva da Lei 6.404/76, hipóteses em que se presume que o conflito sucessório seja resolvido por meio do ingresso do herdeiro no quadro societário.

Ocorre que, como já se viu, tal ingresso não resolve por si só a questão da sucessão, tendo em vista que restaria saber a quem cabe o risco de o herdeiro não querer permanecer na sociedade: se

à própria sociedade ou ao próprio herdeiro. Daí a necessária discussão sobre o alcance do direito de retirada.

A questão aqui, repete-se, não é apenas a de saber se o herdeiro pode ou não entrar como sócio, mas sim a de saber as consequências da recusa do herdeiro em ingressar ou permanecer na sociedade. Se o herdeiro entra na sociedade, mas pode dela sair quando quiser, é certo que se rompe a estruturação do risco que foi pensada na Lei 6.404/76.

No que diz respeito às sociedades limitadas, a questão do direito de retirada é extremamente controversa, havendo, como já se mencionou, forte orientação no sentido de que se aplicaria o art. 1.029, do Código Civil, para assegurar, como regra geral, o direito de retirada imotivada²⁴. Embora muitas vezes o argumento da livre associação seja invocado em discussões como essa, vale ressaltar que a verdadeira celeuma não diz respeito propriamente ao direito de sair, mas sim a como se dará a saída e quem terá o custo financeiro dessa saída.

Uma coisa é certa: se o contrato da sociedade limitada prevê a livre alienação das quotas, é no mínimo discutível que prevaleça sempre o direito de retirada absoluto. Aliás, entender que o direito de retirada tenha essa dimensão irrestrita em todas as situações implica compor o conflito triangular que se coloca igualmente nesses casos – entre a sociedade, o sócio retirante e os sócios remanescentes – com base exclusivamente nos interesses dos sócios retirantes, ignorando por completo os demais interesses, bem como aspectos da disciplina específica e do perfil de cada sociedade limitada, que exigem um exame mais detido.

Algo semelhante deve ser pensado em relação às companhias fechadas familiares ou de cunho pessoal, em relação às quais, ainda que não haja a liquidez das ações, a adoção de um direito de retirada imotivado, de forma ampla e apriorística, em qualquer situação, é também alternativa extremamente reducionista diante da magnitude do conflito normalmente existente em casos como esse. Afinal, há que

²⁴ Ver nota de rodapé nº 15.

se buscar solução que harmonize os interesses do acionista retirante, ainda que herdeiro, com os da sociedade e dos demais acionistas.

Não é sem razão que a jurisprudência do STJ, em um primeiro momento, chegou a considerar juridicamente impossível o pedido de dissolução parcial de sociedade por ações²⁵. Em um segundo momento, passou a admitir, mas apenas como alternativa à dissolução total. Ou seja, comprovado que a sociedade não poderia mais atingir o seu fim – como na hipótese de inexistência de lucros, impossibilidade de cumprimento do seu objeto social, etc -, o pedido de dissolução parcial seria cabível, ainda mais porque seria sempre mais adequado do que a dissolução total, para efeitos de manutenção da empresa²⁶.

O problema da evolução jurisprudencial a respeito do tema ocorreu quando o próprio STJ passou a entender que a mera ruptura da *affectio societatis* seria causa suficiente para a dissolução parcial da companhia. O raciocínio adotado foi o seguinte: sem a *affectio* a sociedade não poderia cumprir o seu fim, o que levaria à possibilidade de dissolução total e, com maior razão, de dissolução parcial²⁷.

Ocorre que há pelo menos três grandes equívocos nessa orientação: (i) adota parâmetro que, como é o caso da *affectio*, não tem

²⁵ Na verdade, tal entendimento foi mantido pela 3ª Turma mesmo após a década de 90, como se observa pela ementa do (REsp 419.174/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2002, DJ 28/10/2002): “Sociedade anônima. Dissolução parcial. Precedentes da Corte. 1. É incompatível com a natureza e o regime jurídico das sociedades anônimas o pedido de dissolução parcial, feito por acionistas minoritários, porque reguladas em lei especial que não contempla tal possibilidade. “

²⁶ No famoso leading case da 4ª Turma (REsp 111.294/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2000, DJ 28/05/2001, p. 161), julgado em 2000, foram dois os fundamentos utilizados para se admitir a dissolução parcial da companhia fechada: a quebra da *affectio* conjugada à inexistência de lucros.

²⁷ O voto do Relator Castro Meira no REsp 111.294/PR (Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 10/09/2007) demonstra o raciocínio: “A ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, “b”, da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.”

sentido unívoco e coerente para orientar as decisões societárias nem mesmo de sociedades típicas de pessoas²⁸, (ii) adota parâmetro que, sozinho, é insuficiente para explicar a dinâmica das sociedades por ações, ainda que fechadas, em relação às quais o elemento pessoal não pode ignorar os inúmeros elementos patrimoniais que são característicos do próprio tipo societário e (iii) ainda equipara a quebra da *affectio societatis* à impossibilidade de a companhia atingir o seu fim, quando se sabe que as companhias, qualquer que seja a sua configuração específica, apresentam estrutura organizacional mais robusta para suportar divergências entre os sócios.

Assim, tal orientação não apenas deturpa por completo toda a lógica das companhias, como ainda resolve o conflito de interesses privilegiando apenas um dos vértices da equação – o acionista retirante –, sem sopesar minimamente os demais aspectos que deveriam ser considerados em uma decisão tão importante para a vida societária: os interesses da sociedade e dos sócios remanescentes. Na verdade, tal entendimento resolve complexo conflito considerando unicamente a vontade dos sócios retirantes, o que é manifestamente inviável.

Não é sem razão que, recentemente, quando o tema foi novamente levado a julgamento pela 2ª Seção, três Ministros se recusaram a entender que a dissolução parcial seja um direito absoluto do acionista retirante²⁹. Merece destaque o voto-vencido da Ministra Isabel Gallotti, que expôs a questão com maestria, mostrando os inúmeros outros aspectos que precisariam ser considerados em pedidos desse tipo, tais como (i) o rompimento da igualdade entre os acionistas, (ii) eventuais distorções em relação a credores, e (iii) aumento dos custos de transação³⁰. Dessa maneira,

²⁸ O tema é muito bem abordado por Erasmo Valladão França e Marcelo Adamek no artigo “*Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social” (*Revista de Direito Mercantil* 149/150, pp. 108-130).

²⁹ Trata-se do EREsp 1079763/SP (Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 06/09/2012).

³⁰ No julgamento supramencionado, a Ministra Isabel Gallotti destaca, dentre outros aspectos, o seguinte: “O que faz os agentes econômicos cumprirem ou desertarem o contrato é a oportunidade

o reconhecimento do amplo direito de retirada em companhias fechadas tem consequências perniciosas sobre o comportamento estratégico dos acionistas, estimulando o oportunismo do acionista retirante em detrimento dos acionistas remanescentes e da própria companhia.

Não se quer, com isso, sustentar que, em casos de companhias fechadas nas quais as ações não têm liquidez, não se deva pensar em alternativas razoáveis para que o acionista descontente possa se retirar do empreendimento. O que se pretende defender é que não cabem, diante de um tema complexo como esse, soluções apriorísticas em favor da dissolução parcial, que privilegiem exclusivamente os interesses dos acionistas retirantes. O conflito precisa ser equilibrado em todas as suas dimensões, motivo pelo qual jamais a dissolução poderia ser vista como uma questão de mera vontade dos acionistas retirantes, a ser decidida em razão apenas dos interesses destes.

Todavia, não prevendo a Lei 6.404/76 uma solução que resolva o problema do direito de retirada em companhias fechadas de natureza familiar, a questão continua sendo extremamente polêmica, o que aumenta ainda mais a litigiosidade em torno do assunto, inclusive no que diz respeito às sociedades limitadas, em relação às quais se pode sustentar que prevalecem os mesmos critérios de dissolução parcial exigidos para as companhias fechadas familiares ou de natureza pessoal.

econômica. Os contratos serão descumpridos se a vantagem em mantê-los for menor do que a de desertar; ao revés, serão honrados se a vantagem em mantê-los for maior do que a de desertar. O pedido de retirada com a apuração de haveres acrescidos de juros, logo, é a deserção de um acionista que, num determinado momento, rompe o contrato para tomar proveito econômico em detrimento dos demais acionistas e de outros credores da Companhia. Em face do novel paradigma jurisprudencial, os agentes econômicos (acionistas) tenderão a desertar antes que os outros desertem, o que é explicado pela Teoria do jogos. Vale dizer, se os acionistas não desertarem já, correrão o risco de que os outros acionistas desertem antes, hipótese em que deixará de tomar o proveito da condição de acionista retirante para amargar a condição do acionista remanescente. A condição de acionista remanescente só será mais favorável do que a de retirante se a Companhia for rentável ao ponto de que a expectativa do lucro passível de distribuição seja maior do que os haveres acrescidos dos juros. Mas se isto ocorre é porque a Empresa é lucrativa e, conseqüentemente, não se amolda àquele paradigma no que a retirada mediante a dissolução parcial é possível.”

Dessa maneira, tem-se que, além da instabilidade do próprio regime sucessório inerente às sociedades limitadas e às companhias fechadas, há outra grande fonte de controvérsias que compromete a eficácia e a coerência das soluções sucessórias em ambas: as controvérsias a respeito da extensão do próprio direito de retirada.

Logo, fica claro que o atual arcabouço normativo não é suficiente para compor adequadamente o conflito sucessório nesses dois tipos societários, o que exige dos atos constitutivos maior cuidado no tratamento do tema.

5.4. O correto endereçamento do problema sucessório por meio de soluções contratuais *ex ante*

Como se viu anteriormente, a questão sucessória nas sociedades limitadas e nas companhias fechadas está sujeita a inúmeras controvérsias, o que gera grande instabilidade na composição do conflito, que é ainda potencializada pelas inúmeras discussões em torno do direito de retirada.

Daí por que, diante desse contexto, é fundamental que os atos constitutivos de tais sociedades possam compensar as falhas ou omissões da regulação legislativa a respeito do assunto, endereçando de forma adequada o problema da sucessão.

Nas sociedades limitadas que estejam sujeitas às normas das sociedades simples, é ampla a liberdade do contrato social para disciplinar o tema, já que o art. 1.028, do Código Civil, é regra supletiva, que apenas se aplica em caso de omissão do contrato social. O mesmo pode ser dito das sociedades limitadas que optem pela regência supletiva das sociedades por ações, mas que, mesmo assim, podem prever desde já o devido encaminhamento da sucessão com base em regras próprias que se ajustem ao seu perfil.

Mesmo em se tratando das companhias fechadas familiares ou de cunho pessoal, em relação às quais a jurisprudência vem flexibilizando o regime da Lei 6.404/76, parece haver também

grande margem de autonomia do estatuto para disciplinar aspectos sucessórios.

É importante se ter em mente que uma grande fonte de conflitos em matéria sucessória decorre de divergências em relação ao critério de apuração dos haveres, bem como ao modo e ao tempo necessário para a liquidação das quotas. Daí a importância de que os atos constitutivos tratem desses aspectos, adotando soluções compatíveis com a manutenção da empresa e regulando o conflito de forma mais equilibrada e harmônica com os interesses da sociedade e dos sócios remanescentes, com o que poderiam até mesmo desencorajar o excesso de oportunismo por parte de herdeiros ou retirantes.

Esse protagonismo dos atos constitutivos também é esperado quando a sociedade não admitir o ingresso dos herdeiros, caso em que a liquidação da quota deverá ocorrer mediante condições e prazos que sejam razoáveis e compatíveis com a manutenção da empresa³¹.

Considerações finais

O artigo procurou demonstrar que, com a exceção das companhias abertas, todos os demais principais tipos societários – sociedades simples, sociedades limitadas e companhias fechadas, especialmente as de cunho pessoal ou familiar – estão sujeitos a grandes controvérsias para a solução do problema sucessório.

No caso das sociedades simples, apesar da clareza do modelo legal, subsiste uma série de controvérsias caso o contrato social seja omisso. Por mais que o art. 1.028, do CC, tenha procurado dar grande flexibilidade e plasticidade ao problema, o fato é que a harmonização da dimensão organizacional do conflito não é trivial.

³¹ Como apontam com precisão Roberta Prado e Renato Vilela (Op.cit., p. 429), o pagamento dos haveres em dinheiro e em 90 dias a contar da liquidação "tem chances de comprometer a continuidade da sociedade, na medida em que pode levar a empresa a enfrentar dificuldades de caixa e até mesmo, em casos mais agudos, à insolvência.

No caso das sociedades limitadas e das companhias fechadas, o problema é ainda maior, porque começa com as dificuldades de se saber o próprio regime legal que deve ser aplicado. Com efeito, diante do elemento pessoal que pode prevalecer em tais sociedades, em muitos casos há a necessidade de se invocar regras das sociedades simples mesmo em relação a companhias fechadas e a sociedades limitadas que tenham optado pela regência supletiva da Lei 6.404/76. Acresce que, além das divergências existentes em torno do próprio modelo sucessório, há considerável polêmica em torno da temática do direito de retirada em tais tipos societários, o que potencializa a litigiosidade do tema.

Esse quadro de preocupações leva a pelo menos duas conclusões importantes. A primeira delas, diante da conexão entre a questão sucessória e a questão do direito de retirada, diz respeito à necessidade de se repensar este último em sociedades limitadas e companhias fechadas, a fim de encontrar soluções que possam compor o conflito de interesses de forma mais equilibrada, sem privilegiar, apriorística e necessariamente, o sócio retirante, mas também considerando os demais interesses envolvidos, inclusive o relacionado à manutenção da empresa.

A segunda delas diz respeito à necessidade de que, em face das deficiências das soluções apontadas pelas regras societárias supletivas, especialmente em relação às sociedades limitadas e

às companhias fechadas, os atos constitutivos possam regular a matéria de forma pormenorizada, ajustando-a ao perfil e às circunstâncias específicas de cada sociedade.

Nesse esforço de adaptação, merece especial atenção a questão do prazo e da forma de liquidação das participações societárias, a fim de compor adequadamente o conflito, de forma a se assegurar a manutenção da empresa e evitar comportamentos excessivamente oportunistas dos herdeiros ou dos sócios retirantes em desfavor da sociedade e dos sócios remanescentes.

Referências bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2015.

ASCARELLI, Tulio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMPINHO, Sérgio; PINTO, Mariana. "O recesso na sociedade limitada". In: AZEVEDO, Luís André; CASTRO, Rodrigo Monteiro. **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 115-153.

CAVALLI, Cassio. **Sociedades Limitadas. Regime de circulação das quotas**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Direito das Sociedades. Parte Geral**. Coimbra: Almedina, 2011.

COZIAN, M.; VIANDIER, A.; DEBOISSY, F. **Droit des Sociétés**, Paris: Litec, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRARA JR, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli imprenditori e le società**. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

FERRI, Giuseppe. **Diritto Commerciale**. Torino: UTET Giuridica, 2011.

FONSECA, Priscila Corrêa da. **Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Erasmo Valladão; ADAMEK, Marcelo. "Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social". **Revista de Direito Mercantil** 149/150, pp. 108-130.

GALGANO, Francesco. **Diritto Commerciale. Le società**. Bologna: Zanichelli, 2005.

Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LE CANNU, Paul. **Droit des Sociétés**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2003.

PIMENTA, Eduardo Goulart; ABREU, Maria Leitoguinhas de Lima Abreu. "A conceituação jurídica da empresa familiar." In: COELHO, Fabio; FERES, Marcelo. **Empresa Familiar**, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 49-64.

PRADO, Roberta Nioac; VILELA, Renato. "Falecimento de cotista da sociedade limitada: dissolução parcial como regra geral e as alternativas via cláusulas contratuais de planejamento sucessório - boas práticas de governança corporativa." In: COELHO, Fabio; FERES, Marcelo. **Empresa Familiar**, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 425-444.

RIPERT, G.; ROBLLOT, R. **Traité de Droit Commercial**. Atualizado por GERMAIN, Michel. Paris: L.G.D.J, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo Rizzardo. **Direito de Empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIMIONATO, Frederico A. Monte. **Tratado de Direito Societário**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. **A sucessão causa mortis na sociedade limitada. Tutela da empresa, dos sócios e de terceiros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Impactos positivos da simplificação do registro empresarial às sociedades limitadas

*Anne Caroline Nascimento da Silva*¹

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, no bojo do artigo 170, parágrafo único, consagra que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

No atual cenário econômico brasileiro é imperiosa a necessidade de facilitar a realização de negócios, para possibilitar o livre exercício das atividades econômicas que refletem na geração de emprego e renda e, por consequência, no crescimento econômico do País.

É cediço que a abertura de empresas, que perpassa por diversos órgãos municipais, estaduais e federais, carece de urgente desburocratização, incluindo a fase do Registro Público de Empresas, na qual evidencia-se a necessidade de ações voltadas à padronização e desburocratização.

Na percepção dos usuários dos serviços públicos, o processo de formalização de empresários e sociedades ainda é moroso e complexo, o que se evidencia pelo ranking *Doing Business* do Banco

¹ Coordenadora-Geral do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI). Diretora Substituta. Coordenou o processo de Revisão das Instruções Normativas do DREI de 2017. Gestora Nacional do Projeto da Rede Nacional de Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM). Membro Suplente no Comitê Gestor da REDESIM. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Advogada.

Mundial, no quesito Abertura de Empresas, no qual o Brasil amarga a 140^a posição de 190 economias avaliadas.

Não obstante, é válido ressaltar que há alguns anos, o Departamento Nacional de Registro de Empresarial e Integração (DREI), a fim de reverter esse quadro e possibilitar ao cidadão brasileiro um País mais favorável à realização de negócios, tem capitaneado importantes ações que refletiram na redução de processos, tempo e custos à sociedade.

Este artigo tem por objetivo apresentar contribuições relevantes do DREI alinhadas à desburocratização e simplificação do registro, destacando as que resultaram do processo de Revisão das Instruções Normativas publicadas em 2017.

Destacam-se, outrossim, os impactos positivos da simplificação do Registro de Empresas às sociedades limitadas que recentemente completaram um século de existência no Brasil, tendo sido inseridas no ordenamento jurídico pátrio em 1919.

O artigo convida o leitor a reflexões sobre a necessidade premente de desburocratização e de modernização do Estado, apresentando medidas atuais do DREI que representam avanços significativos à simplificação do Registro de Empresas no Brasil.

2 Evolução do órgão central do sistema de registro de empresas no Brasil

O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) foi instituído pela Lei nº 4.048, de 1961, para supervisionar, orientar e coordenar as Juntas Comerciais, almejando precipuamente uniformizar os procedimento de registro do comércio.

Em 1965, a Lei nº 4.726 dispôs sobre os serviços do Registro do Comércio e Atividades Afins, criando uma verdadeira estrutura hierárquica entre o DNRC e as Juntas Comerciais. O aludido diploma

normativo vinculou o DNRC à estrutura do Ministério da Indústria e do Comércio.²

Destarte, desde 1965 passou a ser incumbência de um órgão do Governo Federal supervisionar, orientar e coordenar as Juntas Comerciais: o DNRC.

Ademais, no bojo do próprio texto legal de 1965³ restou instituído que cada estado teria uma Junta Comercial, a fim de realizar a execução do registro de comércio, a matrícula e a fiscalização dos agentes auxiliares do comércio.

Em 1994 é promulgada a Lei nº 8.934, em vigor até os dias atuais, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e não apresenta avanços significativos se comparada a sua antecessora.

Como bem leciona Paola Domingues Jacob: “Diante de uma análise comparativa entre as duas normas, o que se percebe é que a Lei nº 8.934/94 pouco inovou, repetindo em diversos pontos o que já se encontrava disciplinado pela lei que a antecedeu.”⁴

Após dois anos de vigência, a Lei nº 8.934, de 1994, foi regulamentada pelo Decreto nº 1.800, de 1996, também atualmente em vigor⁵.

² As Juntas Comerciais são subordinadas administrativamente ao Governo do Estado ou Território respectivo, conforme o caso, e tecnicamente aos órgãos e autoridades do Ministério da Indústria e do Comércio nos termos da presente Lei.

³ Art. 8º. Haverá uma Junta Comercial no Distrito Federal e em cada Estado e ou Território, com sede na Capital e jurisdição na área da circunscrição respectiva.

⁴ DOMINGUES JACOB, Paola. Controle dos atos societários pelas juntas comerciais: Uma visão histórica, estrutural e procedimental. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019. p. 42.

⁵ Art. 4º O Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, criado pela Lei nº 4.048, de 29 de dezembro de 1961, órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, tem por finalidade:

I - supervisionar e coordenar, no plano técnico, os órgãos incumbidos da execução dos serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

II - estabelecer e consolidar, com exclusividade, as normas e diretrizes gerais do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

III - solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, baixando instruções para esse fim;

Não se pode olvidar que por força da Lei nº 8.934, de 1994, bem como do seu regulamento, o Departamento Nacional exerce atribuições normativas relevantes para o ambiente de negócios no Brasil, consistentes na expedição de instruções normativas para a fiel execução da legislação atinente ao Registro⁶, bem como à padronização dos procedimentos a serem executados pelas Juntas Comerciais⁷.

Outrossim, tem a atribuição de esclarecer dúvidas a respeito da interpretação e aplicação das normas de registro de empresas, de supervisionar e coordenar, no plano técnico, as Juntas Comerciais, e de analisar recursos.

Cumpre observar que em 2013, o DNRC é substituído pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), em virtude da publicação do Decreto nº 8.001. O DREI foi então

IV - prestar orientações às Juntas Comerciais, com vistas à solução de consultas e à observância das normas legais e regulamentares do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

V - exercer ampla fiscalização jurídica sobre os órgãos incumbidos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, representando para os devidos fins às autoridades administrativas contra abusos e infrações das respectivas normas e requerendo o que for necessário ao seu cumprimento;

VI - estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e de sociedades mercantis de qualquer natureza;

VII - promover ou providenciar, supletivamente, no plano administrativo, medidas tendentes a suprir ou corrigir ausências, falhas ou deficiências dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

VIII - prestar apoio técnico e financeiro às Juntas Comerciais para a melhoria dos serviços de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

IX - organizar e manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Mercantis - CNE, mediante colaboração mútua com as Juntas Comerciais;

X - instruir, examinar e encaminhar os processos e recursos a serem decididos pelo Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo, inclusive os pedidos de autorização para nacionalização ou instalação de filial, agência, sucursal ou estabelecimento no País, por sociedade mercantil estrangeira, sem prejuízo da competência de outros órgãos federais;

XI - promover e efetuar estudos, reuniões e publicações sobre assuntos pertinentes ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

⁶ Ressalte-se que a Carta Magna de 1988 dispõe no artigo 22, XXV, que compete privativamente à União legislar sobre registros públicos.

⁷ Convém ressaltar que a Lei nº 7.292, desde 1984 autoriza expressamente o DREI a estabelecer modelos e cláusulas padronizadas destinadas a simplificar a constituição de sociedades mercantis.

vinculado à estrutura da Secretaria da Micro e Pequena Empresa que tinha *status* de Ministério e a missão precípua de promover a simplificação do registro e legalização de empresas no Brasil.

É importante frisar que o Decreto nº 8.001, de 2013, inovou ao acrescentar às competências do antigo DNRC, substituído pelo DREI, atribuições relativas à promoção da integração eletrônica do registro com os órgãos de legalização.⁸ As aludidas atribuições permanecem até os dias atuais no âmbito do DREI e são relevantes para simplificação do processo de formalização de empresários e pessoas jurídicas no País.⁹

⁸ Art. 8º Ao Departamento de Registro Empresarial e Integração compete:

I - assessorar o Secretário na articulação e supervisão dos órgãos e entidades envolvidos na integração para o registro e legalização de empresas;

II - em relação à integração para o registro e legalização de empresas:

a) propor planos de ação, políticas, diretrizes e implementar as medidas decorrentes, em articulação com outros órgãos e entidades públicas, inclusive estaduais e municipais;

b) especificar os sistemas de informação, propondo as normas e executando os treinamentos decorrentes, em articulação e observadas as competências de outros órgãos, inclusive estaduais e municipais;

c) implementar e executar sistemática de coleta e tratamento de informações e estatísticas; e d) propor e implementar projetos, ações, convênios e programas de cooperação, em articulação com o setor privado, entidades e organismos, nacionais e internacionais;

III - propor os planos de ação, políticas, diretrizes, normas e implementar as medidas decorrentes, relativas ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

IV - coordenar a ação dos órgãos incumbidos da execução dos serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins;

V - coordenar a manutenção e a atualização do Cadastro Nacional de Empresas Mercantis;

VI - exercer as demais atribuições decorrentes do Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996; e

VII - desenvolver, implantar, manter e operar os sistemas de informação relativos aos assuntos previstos no inciso II, em articulação e observadas as competências de outros órgãos.

⁹ Com o intuito de simplificar a formalização de empresários e pessoas jurídicas no Brasil, a Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, criou a Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - REDESIM que possibilita que todos os processos necessários para conclusão do registro e legalização ocorram de forma eletrônica e integrada, como pesquisas prévias, o registro, as inscrições tributárias e o licenciamento das atividades. Destarte, o empresário ou sócio, sem qualquer deslocamento físico a nenhum órgão, pode solicitar, de forma eletrônica, o registro de um ato na Junta Comercial e, concomitantemente à conclusão do registro, receber seu CNPJ, licenças e alvarás necessários. Atualmente, o DREI é Gestor Nacional conjuntamente com a Receita Federal do Brasil do Projeto REDESIM.

Em 2015, o Decreto nº 8.001 foi revogado pelo Decreto nº 8.579, que transferiu a Secretaria da Micro e Pequena Empresa para Secretaria de Governo da Presidência da República. Posteriormente, foi editado o Decreto nº 8.917, de 2016, que vinculou o órgão à estrutura do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

Imperioso salientar que a Medida Provisória nº 861, de 4 de dezembro de 2018, que alterou a Lei 8.934, de 1994, para transferir a Junta Comercial do Distrito Federal da União ao Distrito Federal, incluiu o termo “Nacional” no nome do DREI que passou então a denominar-se Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração.¹⁰

Em janeiro de 2019, com o advento do Decreto nº 9.679 e com a reestruturação dos Ministérios, o DREI foi desvinculado da Secretaria Especial da Micro e Pequena Empresa e passou a integrar a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

Com a edição do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019, que revogou o Decreto nº 9.679, o DREI foi mantido no âmbito da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. Relevante destacar que o aludido Decreto inovou ao atribuir ao DREI o protagonismo nas ações de desburocratização do Registro Público de Empresas e nas medidas atinentes à melhoria do ambiente de negócios no País.¹¹

3 A MISSÃO DESBUROCRATIZANTE DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO

No âmbito das competências do DREI, como oportunamente ressaltado, foi devidamente incluída pelo Decreto nº 9.745, de 2019,

¹⁰ Lei 8.934, de 1994, art. 4º, I - o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, órgão central do Sinrem, com as seguintes funções (...) (Redação dada pela Medida Provisória nº 861, de 2018)

¹¹ Art. 134. Ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração compete:

VIII - propor, implementar e monitorar medidas relacionadas com a desburocratização do registro público de empresas e destinadas à melhoria do ambiente de negócios no País.

a atribuição de “propor, implementar e monitorar medidas relacionadas à desburocratização do Registro Público de Empresas e destinadas à melhoria do ambiente de negócios no País.”

A desburocratização do registro de empresas e a promoção da melhoria do ambiente de negócios no Brasil norteiam os trabalhos desenvolvidos pelo DREI, que faz jus a inclusão da aludida competência no rol das que já desempenha com maestria. Faz-se mister ressaltar que medidas voltadas à desburocratização impactam positivamente na economia brasileira, possibilitando ao Brasil ser considerado, internacionalmente¹², um País mais atrativo para investimentos e, internamente¹³, um País que propicia ao cidadão brasileiro empreender com facilidade, baixos custos e agilidade.

É cediço que os elevados custos da burocracia impactam negativamente na economia brasileira. Neste sentido, o advogado e ex-secretário nacional de racionalização e simplificação, José Constantino de Bastos Júnior, aduz que segundo o relatório de fiscalização do TCU relativo aos anos de 2017/18, a burocracia pode custar aos brasileiros algo em torno de R\$ 162 bilhões por ano.¹⁴

Nos últimos anos de sua atuação, o DREI demonstrou estar alinhado com a tão necessária desburocratização, e simplificação,

¹² O Banco Mundial publica anualmente o ranking *Doing Business* que classifica 190 economias em termos de facilidade para fazer negócios. No último relatório, o Brasil passou da 125^a para a 109^a posição. Considera-se que uma classificação mais perto de 1, reflete que as regulações do ambiente de negócios da economia são mais propícias à abertura e às atividades de uma empresa local. Dos 10 critérios considerados pelo relatório, o critério de Abertura de Empresas foi o que teve a pontuação com maior crescimento entre os estudos de 2018 e de 2019. O relatório de 2019 reflete os dados do ano de 2018. No ranking específico de Abertura de Empresas, o Brasil obteve um ganho de 36 posições, saindo da 176^a para a 140^a posição. As respostas ao Banco Mundial são concedidas por usuários dos serviços necessários para abertura de empresas e a medição é realizada considerando apenas os municípios de São Paulo e Rio de Janeiro. Em comparação com o último relatório, o tempo médio de abertura de empresas diminuiu de 79,5 dias para apenas 20,5 dias.

¹³ Vide nota 9 atinente à REDESIM, que desde 2007, envia esforços necessários para propiciar aos empreendedores brasileiros facilidades para realização de negócios.

¹⁴ CONSTANTINO BASTOS JÚNIOR, José. Escândalo burocrático. Publicado em julho de 2019. Disponível em: <https://dcomercio.com.br/categoria/opiniao/escandalo-burocratico>. Acesso em: julho de 2019.

bem como com a promoção da integração dos órgãos de registro e legalização, capitaneando medidas importantes para desburocratização e para impactar positivamente a classificação do Brasil no ranking *Doing Business* do Banco Mundial¹⁵.

Dentre as aludidas medidas, indubitavelmente, insere-se a Revisão das Instruções Normativas do DREI que repercutiu positivamente à sociedade brasileira, simplificando o registro de empresas e promovendo melhorias no ambiente de negócios.

O processo de Revisão das Instruções Normativas do DREI iniciou-se em dezembro de 2015, em virtude da constatação pelo órgão de excessiva burocracia em determinados procedimentos e da necessidade de agilizá-los e racionalizá-los.

A título exemplificativo, pelas normas do DREI (item 3.10, Anexo II, da IN 10, de 2013), somente era possível registrar uma transformação de Empresário Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI em sociedade limitada, se fossem apresentados à Junta Comercial o instrumento de alteração da EIRELI e a constituição da sociedade limitada. O procedimento acarretava uma cobrança por cada ato a ser arquivado, bem como retrabalho desnecessário aos usuários do Registro Público de Empresas Mercantis.

Outrossim, também motivou a revisão das Instruções Normativas do DREI, a constatação de que existiam normas que promoviam efeito indesejado ao ambiente de negócios, impossibilitando que a estruturação de determinados negócios ocorresse. Exemplo de norma neste sentido, o item 1.2.16.3, Anexo II, da IN 10, de 2013, que vedava expressamente a adoção de quotas preferenciais pela sociedade limitada, exorbitando manifestamente o poder regulamentar do DREI.

¹⁵ No quesito Abertura de Empresas do ranking *Doing Business* do Banco Mundial, verifica-se que a redução do número de dias para abertura de empresas de 79,5 para 20,5 dias deve-se, no Município do Rio de Janeiro, às melhorias implantadas no sistema de registro da Junta Comercial, com a redução no tempo de registro de 21 para 7 dias. Em São Paulo, deve-se à implantação de um sistema eletrônico idealizado e mantido pelo DREI e pela Receita Federal do Brasil na Capital que possibilitou uma redução de 90 para 2 dias, na obtenção do Alvará de Funcionamento.

Como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, com muita propriedade, “se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções.”¹⁶

Ademais, foram também identificadas outras normas ao alvedrio da legislação pátria em vigor, como a vedação de pessoa jurídica ser titular de EIRELI (item 1.2.11, do Anexo V, da IN 10, de 2013) e a obrigatoriedade da Sociedade de Propósito Específico (SPE) utilizar a sigla “SPE” no nome empresarial (item 1.2.33.1, do Anexo II, da IN 10, de 2013).

As constatações supracitadas fundamentaram a premente necessidade das normas do DREI serem revistas.

Destarte, a partir de dezembro de 2015, iniciou-se o processo necessário para o aprimoramento das normativas do DREI. A fim de atingir os resultados almejados com a revisão verificou-se que seria imprescindível a participação dos órgãos que executam o registro, que na prática aplicam o disposto nas normas, assim, de dezembro de 2015 a junho de 2016, ocorreram vinte e quatro encontros para propiciar discussões quanto às normas do DREI com representantes das Juntas Comerciais.

Ademais, foram realizados debates no âmbito de Congressos de Direito Comercial¹⁷ que foram decisivos para o resultado positivo do processo.

O resultado da revisão das normativas foi disponibilizado em agosto de 2016 em consulta pública, para obtenção das contribuições da sociedade civil, possibilitando a participação do cidadão

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 364.

¹⁷ A participação do DREI nas discussões realizadas na 6ª edição do Congresso Brasileiro de Direito Comercial, ocorrida em São Paulo, em abril de 2016, cujo tema era “o direito comercial brasileiro em perspectiva”, foi extremamente importante para os resultados obtidos no processo de Revisão das Normas. Faz-se mister aduzir que o DREI reviu alguns posicionamentos relevantes, após os debates promovidos no Congresso, como a possibilidade de adoção das quotas preferenciais pelas sociedades limitadas.

brasileiro, destinatário final da revisão, que na prática perceberia os benefícios do aprimoramento das normas.

Neste sentido, não se pode olvidar que o DREI assumiu um compromisso efetivo na elaboração de suas normas de dialogar com os órgãos executores do registro público de empresas, com os usuários dos serviços públicos de registro (advogados, contadores, empreendedores) e com juristas e doutrinadores que há muitos anos apontavam necessidades de aprimoramento das normas do DREI.

As Instruções Normativas revistas foram publicadas em março de 2017 e entraram em vigor em 2 de maio do mesmo ano.

4 Os impactos positivos da simplificação do registro de empresas às sociedades limitadas

O principal resultado da Revisão das Instruções Normativas do DREI foi consolidado na IN 38, de 2 de março de 2017, que aprova os Manuais referentes ao registro de Empresário Individual, da Empresário Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), das sociedades cooperativas, da sociedade limitada e da sociedade anônima.

Não se pode olvidar, contudo, que as maiores contribuições do aprimoramento das normas de registro impactaram direta e positivamente às sociedades limitadas.

A sociedade limitada foi introduzida no Brasil há um século pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Como leciona Modesto Carvalhosa:

A evolução trazida pelo legislador alemão, de limitação da responsabilidade do sócio a um valor pré-determinado no contrato social, adaptou-se de tal forma às necessidades da realidade negocial, que logo se espalhou pelas legislações europeias como alternativa da limitação de responsabilidade e expansão das possibilidades de negócio das empresas de pequeno capital e poucos sócios. Assim, com base na experiência alemã, Portugal

editou, em 1901, o seu diploma, criando e regulando o novo tipo societário, denominado sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o qual serviu, anos depois, ao Brasil como fonte inspiradora do projeto de Código Comercial elaborado por Inglês de Souza, em 1912, e, posteriormente, do projeto de lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada elaborado e apresentado em 20-9-1918, pelo Deputado Joaquim Luis Osório.¹⁸

O Decreto nº 3.708, de 1919, continha apenas dezoito artigos. Em que pese extremamente conciso, dispunha em seu artigo 18 sobre a aplicação subsidiária da lei de sociedades anônimas no que não fosse regulado no contrato social e na parte aplicável. Segundo ensinamento de Marlon Tomazette:

Dada a concisão de tal diploma normativo, os sócios possuíam uma ampla liberdade para disciplinar suas relações internas no contrato social, vale dizer, podiam disciplinar tudo que não fosse matéria de ordem pública e que não fosse disciplinado no decreto e em suas remissões”.¹⁹

Neste sentido, Modesto Carvalhosa ressalta que foi “justamente esta flexibilidade, aliada à limitação da responsabilidade dos sócios, que tornou as limitadas o tipo societário por excelência da pequena e média empresa brasileira e, a partir dos anos 80, também das grandes empresas, especialmente das multinacionais.”²⁰

Com efeito, após um século da introdução das sociedades limitadas no Brasil, atualmente representam 39,6% das constituições de todos os atos registradas nas Juntas Comerciais, 45,7% das alterações e 41,6% das extinções.

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito de Empresa. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 2-3. 13 v.

¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p. 42.

²⁰ CARVALHOSA. Op. cit., p. 4.

Importante destacar que considerando-se apenas as sociedades cooperativas, limitadas e anônimas registradas nas Juntas Comerciais, as limitadas representam 98,1% das constituições, 85,9% das alterações e 99,8% das extinções.²¹

Considerando-se somente as sociedades registradas na última década, o número de limitadas registradas representa 98,5% do total de sociedades constituídas, 89,7% das alterações e 98,7% das extinções.

Registre-se, ademais, que das sociedades limitadas registradas nas Juntas Comerciais, 90,7% declararam-se como microempresa ou empresa de pequeno porte no último ano.

Os dados supracitados demonstram a importância das sociedades limitadas - protagonistas da Revisão das Instruções Normativas do DREI - para realização de negócios no Brasil.

Da adoção das quotas preferenciais

É cediço que o artigo 18 do Decreto nº 3.708, de 1919, previu a regência supletiva da lei de sociedades anônimas naquilo que não fosse regulado no estatuto social e na parte aplicável.²²

Conforme leciona Carvalhosa, em virtude da redação do supracitado artigo, a doutrina brasileira não era uníssona quanto à aplicação supletiva da Lei de sociedades anônimas.

Isto posto, a corrente doutrinária dominante, calcada no entendimento pioneiramente defendido por Waldemar Ferreira, e posteriormente endossada pelo Supremo Tribunal Federal, sustentava que a Lei de Sociedades Anônimas não era, pela interpretação do art. 18, supletiva das omissões do Decreto n. 3.708/19, mas sim supletiva das omissões do contrato social. Nas omissões do Decreto n. 3.708/19, se aplicaria não a Lei de Sociedade Anônimas mas as disposições sobre sociedades de

²¹ Fonte: Relatórios estatísticos encaminhados pelas Juntas Comerciais ao DREI de 2009 a 2019.

²² Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.

pessoas do Código Comercial de 1850. Esse entendimento fundava-se na concepção da sociedade limitada como uma sociedade de pessoas.²³

Com o advento do Código Civil de 2002, o artigo 1.053²⁴ colocou fim a discussão, contemplando a autonomia privada, ao permitir que os sócios possam optar no contrato social pela regência supletiva da Lei de Sociedades Anônimas e, caso silentes, apliquem-se nas omissões do capítulo destinado às limitadas, as regras destinadas à sociedade simples.

O legislador pátrio ao dispor expressamente acerca da liberdade de escolha dos sócios pela regência supletiva da Lei de Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não delimitou quais institutos seriam aplicáveis às sociedades limitadas. Neste sentido, a doutrina passou a divergir sobre quais matérias das sociedades anônimas seriam compatíveis com a natureza contratual da sociedade limitada.

Neste sentido, André Santa Cruz destaca que “Há certas regras da Lei de S/A, todavia, que não podem ser aplicadas supletivamente às sociedades limitadas, porque se referem a matérias que são típicas das sociedades anônimas, sendo, pois, incompatíveis com o regime contratual das limitadas, como por exemplo, a abertura de capital.”²⁵

É válido ressaltar que, por outro lado, há matérias reguladas pela Lei de Sociedades Anônimas que além de serem tecnicamente aplicáveis às sociedades limitadas, favorecerem a estruturação de determinados negócios, como as polêmicas quotas preferenciais.

²³ CARVALHOSA. Op. cit., p. 38.

²⁴ Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

²⁵ SANTA CRUZ, André. Direito Empresarial. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2019. p. 348.

Em que pese inexistir vedação legal para adoção das quotas preferenciais, prática comum na vigência do Decreto nº 3.708, de 1919, o DREI vedava expressamente a aplicação da matéria às sociedades limitadas no bojo das Instruções Normativas nº 98, de 2003, (item 1.2.16.3) e, 10, de 2013, (item 1.2.16.3 do Anexo II). Na esfera recursal, o órgão também negava provimento aos recursos que pugnavam pela aplicação da matéria.²⁶

Neste sentido, afirma Andre Santa Cruz que:

Alguns doutrinadores passaram a entender que após o CC as quotas preferenciais não seriam mais possíveis, em razão de o texto legal, na parte da instalação e das deliberações em reuniões/assembleias, não mais falar em “capital votante”, mas apenas em “capital social”. Isso, para eles, tornaria impossível a previsão de quotas sem direito de voto. O DREI, que orienta a atuação das Juntas Comerciais, acabou por acolher essa tese e passou a não admitir a criação de quotas preferenciais.²⁷

Ademais, bem defende Maria Helena Diniz que não há qualquer impedimento para a adoção das quotas preferenciais, tendo em vista a previsão da regência supletiva da Lei de Sociedades Anônimas às sociedades limitadas. *In verbis*:

Como pelo art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, nada obsta a que a sociedade limitada, independentemente de seu tipo societário de pessoas ou de capital), adote, no ato constitutivo, quotas ordinárias e quotas preferenciais, estabelecendo os direitos de seus titulares,

²⁶ A título exemplificativo, é válido citar o Parecer nº 108/2014/NATN/DREI, de dezembro de 2014, que entendeu pelo não provimento de recurso apresentado por sócio de sociedade limitada em face da decisão do Plenário da Junta Comercial do Estado de São Paulo, pelo não cabimento para sociedade limitada da figura da quota preferencial. No caso concreto analisado pelo DREI, os sócios previam quotas do tipo A e do tipo B, sendo atribuído a cada quota do tipo A, voto nas deliberações sociais e os demais direitos conferidos por lei, e a cada quota do tipo B, ausência de participação nas deliberações sociais, mas participação nos lucros e prioridade no reembolso do capital, em caso de liquidação da sociedade.

²⁷ SANTA CRUZ. Ob. cit., p. 357.

a exclusão ao direito de voto e os privilégios na distribuição dos dividendos dos sócios com quotas preferenciais, possibilitando ao controlador a captação de recursos de terceiros que não estejam interessados na gestão da sociedade, mas apenas na especulação com o capital investido ou na distribuição dos resultados econômicos sem que a estrutura do controle social seja afetada.²⁸

Acrescenta Andre Santa Cruz que:

Tradicionalmente, a doutrina societarista sempre entendeu que o direito de voto não é um direito essencial do sócio, podendo ser retirado, ou ter seu exercício restringido em nome de uma contrapartida econômica ou política. Isso, aliás, pode ser interessante para sociedade atrair sócios investidores. Ademais, o Código Civil estabelece, no art. 1.007, que o contrato social pode estipular a distribuição desproporcional dos lucros entre os sócios, e a criação de quotas preferenciais pode ser a melhor forma de operacionalizar tal regra na prática.²⁹

Considerando a inexistência de vedação legal, bem como que as quotas preferenciais possibilitam à sociedade limitada valer-se de outras modalidades de investimento e financiamento, favorecendo a estruturação de negócios, o DREI passou a permitir a adoção (IN nº 38, de 2017, Anexo II, item 1.4).³⁰

²⁸ DINIZ. Maria Helena. Direito de Empresa. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 333.

²⁹ SANTA CRUZ. Op. cit., p. 357.

³⁰ 1.4. REGÊNCIA SUPLETIVA DA LEI Nº 6.404/76 (LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS)

O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1053, parágrafo único do Código Civil. Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:

I - poderá ser prevista de forma expressa; ou

II - presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais com:

- a) Quotas em tesouraria;
- b) Quotas preferenciais;
- c) Conselho de Administração; e
- d) Conselho Fiscal.

A inovação resultou do aprimoramento das normas que regulam o Registro de Empresas no Brasil e, atualmente, é muito utilizada, inclusive, por sócios fundadores de *startups*³¹ que almejam atrair investidores.

Com efeito, não era plausível que o DREI, por IN, impedisse que as sociedades limitadas adotassem as quotas preferenciais, uma vez que a legislação não o fez e que tal interpretação não beneficiava o empreendedorismo brasileiro.

Da adoção das quotas pela própria sociedade

A possibilidade de adoção das quotas pela própria sociedade foi expressamente prevista no Decreto nº 3.708, de 1919³². Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002, não foi inserido dispositivo similar regulando a matéria, o que acarretou divergências doutrinárias quanto à aplicabilidade do instituto. Neste sentido, vale transcrever o ensinamento de André Santa Cruz:

Havia quatro requisitos, pois, para que a aquisição de quotas pela própria sociedade limitada pudessem ocorrer: (i) as quotas deveriam estar devidamente integralizadas; (ii) a aquisição deveria ser feita com fundos disponíveis, ou seja, com o chamado fundo de reserva (saldo de lucros não distribuídos aos sócios em exercícios anteriores); (iii) não poderia resultar em diminuição do capital social; e (iv) a operação deveria ser aprovada em deliberação unânime. O Código Civil de 2002, no entanto, não tem regra no mesmo sentido, de modo que a partir da sua vigência passou-se a discutir se tal prática continuaria ou não sendo permitida.³³

³¹ Inexiste na legislação brasileira um conceito para definição de startup, muitos autores defendem que de fato não dever-se-ia ter um conceito para defini-las, sob pena de burocratizá-las. É válido, entretanto, ressaltar que há tentativas neste sentido, como o Projeto de Lei nº 9.590, de 2018, que em seu artigo 2º dispõe acerca dos requisitos para que a empresa ou sociedade seja considerada *startup*.

³² Art. 8º E' lícito às sociedades a que se refere esta lei adquirir quotas liberadas, desde que o façam com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado no contracto. A aquisição dar-se-ha por accôrdo dos socios, ou verificada a exclusão de algum socio remisso, mantendo-se intacto o capital durante o prazo da sociedade.

³³ Santa Cruz. Op. cit., p. 358.

A IN nº 98, de 2003, em seu item 3.2.10.1, consagrou o entendimento de que o novo Código Civil não autorizou a aquisição de quotas pela própria sociedade.³⁴ O entendimento sufragado fez com que as Juntas Comerciais obstassem o registro de instrumentos contendo cláusulas acerca da aquisição das quotas pela própria sociedade.

Em 2013, ao instituir um novo Manual de Sociedades Limitadas, o DREI teve a oportunidade de rever o entendimento, considerando que não se coadunava com a maioria do que prelecionava a doutrina e, sobretudo, que inexistia vedação expressa para aplicação da matéria. Entretanto, no item 3.2.10.2, Anexo II, da IN 10, de 2013, o DREI reiterou o entendimento de que a aquisição das quotas pela própria sociedade não estava autorizada.

Enfim, no âmbito da Revisão das Instruções Normativas do DREI, no item 1.4, II, b, da IN nº 38, de 2017, o entendimento foi revisto, sob a justificativa de que não seria plausível limitar a aplicação do instituto às sociedades limitadas, se a própria lei não o fez. Assim, a adoção das quotas preferenciais passou a ser admitida pelo DREI.³⁵

Com efeito, o instituto da aquisição das quotas pela própria sociedade é permitido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Sociedade Anônimas que aplica-se supletivamente às sociedades limitadas, não cabendo ao DREI realizar interpretações restritivas,

³⁴ A aquisição de quotas pela própria sociedade já não mais está autorizada pelo novo Código Civil.

³⁵ 1.4 REGENCIA SUPLETIVA DA LEI Nº 6.404/76 (LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS)

O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1053, parágrafo único do Código Civil.

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:

I - poderá ser prevista de forma expressa; ou

II - presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais como:

- a) Quotas em tesouraria;
- b) Quotas preferenciais;
- c) Conselho de Administração; e
- d) Conselho Fiscal.

que em nada privilegiam os princípios que regem o Direito Comercial, sobretudo a autonomia da vontade dos sócios.

Importante ressaltar que não verifica-se da leitura da supracitada IN do DREI a presença de requisitos para aplicação da matéria. Neste sentido, exsurge a indagação da razão pela qual o DREI silenciou-se quanto aos requisitos necessários para adoção das próprias quotas pela sociedade.

Neste sentido, cumpre aduzir que o silêncio do DREI quanto aos requisitos para aquisição das quotas pela própria sociedade, bem como quanto à adoção das quotas preferenciais, em um primeiro momento, foi proposital. Objetivou-se evitar limitações quanto à aplicabilidade dos institutos. A fixação de requisitos poderia ocasionar interpretações no âmbito das Juntas Comerciais, obstaculizando o registro dos atos.

Por fim, impende aduzir que no mesmo dispositivo que o DREI permite a adoção das quotas preferenciais e a aquisição das quotas pela própria sociedade, inova ao dispor sobre a presunção da adoção da regência supletiva da Lei de Sociedades Anônimas. *In verbis*:

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:

I – poderá ser prevista de forma expressa; ou

II – presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada (...).³⁶

Destarte, uma vez que a sociedade limitada adote qualquer um dos institutos previstos na Lei de Sociedades Anônimas, segundo o DREI, presumidamente, adota a regência supletiva. Neste sentido, a adoção pela regência supletiva não precisaria constar expressamente do ato constitutivo ou de alteração.

A inovação do DREI continua em vigor, em que pese ter acarretado discussões quanto à legalidade. Se por um lado a disposição desburocratiza as exigências atualmente existentes para

³⁶ Item 1.4, Anexo II, IN DREI nº 38, de 2017.

os sócios, por outro flexibiliza o disposto no parágrafo único do artigo 1.053 do Código Civil.

Das publicações determinadas em lei (art. 1.152 do Código Civil)

No âmbito da Revisão das Normas de Registro, a fim de simplificar a obrigatoriedade das publicações determinadas em lei e reduzir custos para os empreendedores brasileiros, o item 1.5, Anexo II, da IN DREI nº 38, de 2017, permitiu que:

Para a publicação no veículo oficial, a sociedade poderá, de forma discricionária, optar entre o Diário Oficial da União (DOU) e o Diário Oficial do Estado onde se localize sua sede.³⁷

Com efeito, o §1º do artigo 1.152 do Código Civil prescreve que:

“Salvo exceção expressa, as publicações obrigatórias serão realizadas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação.”.

Ressalte-se que o órgão regulamentador não deve realizar interpretações restritivas da Lei. Entretanto, até a edição da IN nº 38, de 2017, o entendimento concedido ao art. 1.152 era no sentido de que as sociedades obrigatoriamente deveriam realizar as publicações no diário estadual.

Em 2017, o DREI concedeu ao dispositivo a interpretação mais benéfica à sociedade, possibilitando que os sócios, de forma discricionária, optem pela publicação no Diário Oficial da União ou do Estado.

³⁷ 1,5 PUBLICAÇÕES DETERMINADAS EM LEI (art. 1.152 do Código Civil)

Cabe à Junta Comercial verificar a regularidade das publicações determinadas em lei. Salvo exceção expressa, as publicações serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação. Para a publicação no veículo oficial, a sociedade poderá, de forma discricionária, optar entre o Diário Oficial da União (DOU) e o Diário Oficial do Estado onde se localize sua sede. É dispensada a apresentação das folhas quando o instrumento a ser arquivado consignar os nomes, respectivas datas e folhas dos jornais em que foram efetuadas as publicações.

É plausível afirmar que o legislador pátrio, com a redação dada ao artigo 1.152 do Código Civil, objetivou impedir que uma sociedade sediada em determinado estado, realizasse publicações em outro. Isto porque, o objetivo precípuo do art. 1.152, dar publicidade aos atos, restaria comprometido. Cumpre, entretanto, observar que a publicação no Diário Oficial da União garante que a publicidade seja eficazmente atendida.

É evidente que para dar publicidade dos seus atos aos interessados, as sociedades podem utilizar tanto o órgão de imprensa oficial do estado onde estão sediadas, como também se valer do Diário Oficial da União, pois as informações serão disseminadas tanto no âmbito geográfico estadual, quanto no restante do País.

Outrossim, é razoável concluir que todas as sociedades estão sediadas ou no território de um Estado ou no Distrito Federal. Assim, nenhuma sociedade, na prática, poderia se utilizar do Diário Oficial da União, o que esvaziaria o disposto no art. 1.152 do Código Civil.

Além disso, é cediço que a limitação de publicações aos diários oficiais dos estados acarreta expressiva oneração às sociedades. Isto porque, na maioria dos casos, os veículos de comunicação estaduais fixam valores para publicação muito acima dos cobrados pela União.³⁸

Destarte, é possível concluir que o DREI agiu acertadamente, atuando no âmbito de sua competência de solucionar dúvidas na interpretação das leis atinentes ao registro, conforme fixado pelo inciso III, art. 4º, da Lei 8.934, de 1994³⁹, além de amparado na legislação vigente e alinhado com a política de desoneração, simplificação e desburocratização do ambiente de negócios no Brasil.

É importante considerar que há quem defenda que a publicação no Diário Oficial da União apenas limitar-se-ia às

³⁸ Pesquisa realizada em 2016 pelo DREI demonstrou que o valor cobrado por centímetro no diário oficial do estado (duzentos e dez reais) pode ser até seis vezes maior do que o cobrado pela União (trinta e três reais e quatro centavos).

³⁹ Art. 4º O Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração tem por finalidade: II - solucionar dúvidas ocorrentes na interpretação das leis, regulamentos e demais normas relacionadas com o registro de empresas mercantis, baixando instruções para esse fim;

sociedades sediadas na Junta Comercial do Distrito Federal ou ao caso excepcional de inexistência de órgão de imprensa oficial no âmbito dos estados.

Acrescente-se que no bojo do Agravo de Instrumento nº 5010914-23.2017.4.03.0000 (TRF 3), interposto pela Associação Brasileira de Imprensas Oficiais (ABIO), foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender o item 1.3, Anexo III, da IN nº 38 do DREI, de 2017 (Manual de Registro das Sociedades Anônimas). O aludido dispositivo também possibilitava que as sociedades anônimas, de forma discricionária, pudessem optar pela realização da publicação no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado onde se localize sua sede.⁴⁰

Da Sociedade de Propósito Específico

A Revisão das Instruções Normativas do DREI foi determinante para supressão das limitações que o próprio órgão havia fixado às Sociedades de Propósito Específico (SPE).

Considera-se SPE a sociedade com a finalidade de executar determinado empreendimento ou projeto específico, podendo adotar ou não prazo determinado à consecução da atividade, razão pela qual, constitui-se como um modelo organizacional muito utilizado para isolar o risco das atividades.

A SPE não é regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro como um tipo societário autônomo, dispondo o Código Civil no parágrafo único do art. 981, apenas que “a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”.⁴¹

⁴⁰ Em virtude da decisão, o DREI encaminhou o Ofício Circular nº 4/2017-SEI-DREI/SEMPE-MDIC às Juntas Comerciais, comunicando a suspensão do item 1.3, Anexo III, da IN nº 38, de 2017. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITARIO/SEMPE/DREI/OFICIOS_CIRCULARES/2017/of-circ-4-sei-cumprimento-decisao-judicial.pdf. Acesso em: julho de 2019.

⁴¹ 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.

Cumpra aduzir que pelo fato de não ser um tipo societário autônomo, a SPE pode constituir-se como um dos tipos societários existentes, como a sociedade limitada e a anônima. Destarte, o DREI no item 1.2.33, Anexo II, da IN nº 10, de 2013, dedicou um capítulo específico para regulamentar a SPE⁴².

Impende destacar que ao dispor sobre a SPE, o DREI criou limitações que não constam da legislação e que acarretaram obstáculos ao registro destas sociedades. Imperioso ressaltar: (i) a vedação da transformação, (ii) a obrigatoriedade da utilização da sigla SPE na formação do nome empresarial e (iii) o prazo ter que ser necessariamente determinado à consecução do objeto social.

Com efeito, não há que se falar em vedação da transformação da SPE em outro tipo jurídico. Não há óbice legal e na prática inexistente qualquer problema prático com a transformação de uma SPE. Há quem defenda que permitir a transformação facilitaria fraudes já que a sociedade em sua origem não era de propósito específico ou desviaria sua finalidade inicial.

⁴² 1.2.33 - SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO - SPE

A SPE é uma sociedade jurídica regulamentada pelo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02), criada com o propósito de um trabalho específico, que poderá compreender, inclusive, compra e venda de bens e serviços para o mercado nacional e internacional, sendo extinta ou renovada ao final da empreitada (na intenção de isolar os riscos). É vedada a transformação de qualquer tipo jurídico em SPE, ou vice-versa. A SPE é obrigada a se enquadrar em uma das formas de sociedade do Brasil: Limitada (Lei nº 10.406/02) ou Anônima (Lei nº 6.404/76).

1.2.33.1 - Utilização da sigla SPE na formação do nome empresarial) se adotar o tipo Sociedade Limitada, a sigla SPE, deverá vir antes da expressão LTDA.; b) se adotar o tipo Sociedade Anônima, a sigla SPE deverá vir antes da expressão S/A; e c) se adotar o tipo Empresa Individual de Responsabilidade Ltda. - EIRELI, a sigla SPE, deverá vir antes da expressão EIRELI.

1.2.33.2 - Do objeto social na SPE

Como a própria nomenclatura já indica o objeto social de uma SPE deve ser necessariamente específico e determinado. Não será aceita a participação em outras sociedades. A SPE não se destina a se desenvolver uma vida social própria, mas sim um projeto ou uma simples etapa de um projeto.

1.2.33.3 - Prazo de duração das SPE

Obrigatoriamente deve ser limitado ao término de objeto específico e determinado, ou seja, limitado à consecução do próprio objeto social da empresa. Mesmo que a lei não estabeleça que o prazo dessas sociedades deva ser representado por uma precisa delimitação temporal, sua estipulação deve estar sempre vinculada à consecução do objeto social. As Juntas Comerciais manterão em seus cadastros, a data de início e término quando do arquivamento das SPE.

Neste ponto, importante frisar que não incumbe aos órgãos que prestam o serviço público de registro qualquer prática atinente à fiscalização. O Registro deve restar circunscrito à análise das formalidades legais dos atos societários e, por sua vez, a regulamentação atinente à matéria não deve exorbitar à lei para privilegiar qualquer tipo de controle.

Outrossim, considerando que a lei não o fez, também não é razoável fixar por IN a obrigatoriedade da utilização da sigla SPE na formação do nome empresarial. No mesmo sentido, a prescrição no sentido de que o prazo da SPE deve ser limitado à consecução do objeto social, não guarda qualquer respaldo jurídico.

Ressalte-se que quanto à obrigatoriedade do prazo ser determinado, consta expressamente do texto da IN ao tentar justificar a criação da obrigação que: “Mesmo que a lei não estabeleça que o prazo dessas sociedades deva ser representado por uma precisa delimitação temporal, sua estipulação deve estar sempre vinculada à consecução do objeto social.”. Ou seja, a própria norma reconhece sua patente ilegalidade.⁴³

Em 2017, considerando que não eram devidas as limitações destinadas à SPE, o posicionamento do DREI foi revisto, tendo a IN n° 38, anexo II, item 1.3, previsto expressamente que:

O fato de tratar-se de constituição de Sociedade de Propósito Específico não impõe reflexo sobre a análise pela Junta Comercial para fins de registro. A análise deverá ficar adstrita aos aspectos formais aplicáveis ao tipo societário de que trata este Manual.⁴⁴

Destarte, o capítulo então destinado à SPE não foi reproduzido, tendo sido revogadas as obrigatoriedades e limitações até então existentes.

⁴³ Item 1.2.33.3, Anexo II, IN 10 de 2013.

⁴⁴1.3 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO – SPE

O fato de tratar-se de constituição de Sociedade de Propósito Específico não impõe reflexo sobre a análise pela Junta Comercial para fins de registro. A análise deverá ficar adstrita aos aspectos formais aplicáveis ao tipo societário de que trata este Manual.

Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

Além das importantes contribuições da Revisão das Instruções Normativas às sociedades limitadas, não se pode olvidar que foram significativos os impactos para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI).

A EIRELI foi introduzida no direito pátrio em 2011 e, como leciona Fábio Ulhoa, representou um grande avanço, haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro não era permitida a sociedade limitada unipessoal.

A sociedade limitada unipessoal foi chamada, na lei brasileira, de empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). A designação é infeliz, já que empresa é, tecnicamente, uma atividade, e não um sujeito de direito. Apesar disso, deve-se comemorar a introdução do instituto no nosso direito, em 2011, que representou um grande avanço. A maioria dos países já admite a sociedade limitada unipessoal há tempos, e a EIRELI tirou o nosso atraso na matéria.⁴⁵

Com efeito, ao alvedrio do Brasil não ter se equiparado há muito tempo com os países desenvolvidos que adotaram a sociedade limitada unipessoal⁴⁶, a EIRELI desde sua criação cumpriu essa função.

O Enunciado n° 3 da 1ª Jornada de Direito Comercial dispõe que: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI

⁴⁵ ULHOA COELHO. Fábio. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 202.

⁴⁶ Recentemente, a Medida Provisória n° 881, de abril de 2019, conhecida como MP da Liberdade Econômica, incluiu um parágrafo único ao artigo 1.052 do Código Civil, permitindo a constituição de sociedade limitada unipessoal: Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Parágrafo único. A sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas, hipótese em que se aplicará ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social. (Incluído pela Medida Provisória n° 881, de 2019)

não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.”

É imperioso afirmar que a EIRELI foi alternativa para muitos empreendedores, em razão da possibilidade da admissão de um único titular. Neste sentido, Saulo Bichara, referindo-se à EIRELI, dispõe que:

(...) deve-se registrar que sua existência tem permitido ao empresário individual delimitar sua responsabilidade patrimonial ante terceiros, credores de boa-fé, independente da natureza do crédito a satisfazer, ao limite de cem vezes o maior salário mínimo vigente no país.⁴⁷

Não se pode olvidar, contudo, que desde sua introdução direito pátrio pelo art. 980-A do Código Civil, a EIRELI apresentou uma série de limitações se comparada à sociedade limitada.⁴⁸ Neste sentido, deve ter capital de pelo menos 100 (cem) salários mínimos, o capital deve ser totalmente integralizado na constituição e se o titular for pessoa física não poderá constituir mais de uma EIRELI.⁴⁹

Não bastassem as limitações legais, o DREI vedava que pessoa jurídica pudesse ser titular de EIRELI, conforme se depreende da leitura do item 1.2.11, Anexo V da IN nº 10, de 2013: “Não pode ser

⁴⁷ BICHARA MENDONÇA. Saulo. Empresa: Atividade Econômica Organizada. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017. p. 91.

⁴⁸ Neste ponto, cumpre ressaltar que o PL nº 10.983, de 2018, em regime de tramitação especial no Congresso Nacional, almeja suprimir limitações impostas à EIRELI, dispondo que ela poderá ser constituída por pessoa natural ou jurídica, afastando a limitação de que a pessoa natural apenas poderá ser titular de uma EIRELI e suprimindo a obrigação de o capital ser de no mínimo 100 (cem salários mínimos) e totalmente integralizado no ato constitutivo.

⁴⁹ Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial.”

Cumpra consignar que o artigo 980-A, *caput*, do Código Civil, dispõe expressamente que a EIRELI “será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social”. Destarte, o dispositivo não prevê vedação para que a pessoa jurídica possa ser titular de EIRELI, ao contrário permite a titularidade por pessoa jurídica ao utilizar o termo “pessoa” sem qualquer restrição.

Acrescente-se que tal entendimento é ratificado pelo §6º do supracitado dispositivo que dispõe que se aplicam à EIRELI as normas da sociedade limitada que não restringem que pessoa jurídica integre o quadro societário.

Com efeito, na forma originária do Projeto de Lei nº 4.605, de 2009, que acarretou a publicação da Lei nº 12.441, de 2011, que acrescenta o artigo 980-A ao Código Civil, a EIRELI só poderia ser constituída por uma única pessoa física. *In verbis*:

985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.

Não obstante, durante a tramitação no âmbito do Congresso Nacional, o texto foi alterado, sendo a expressão “pessoa natural” suprimida e o artigo desmembrado.

Em que pese a tramitação no âmbito do Congresso ter iniciado com redação diversa da que foi incorporada ao Código Civil, a redação final do art. 980-A não limita a constituição de EIRELI por pessoa física, ao contrário, utiliza o termo “pessoa”. Neste sentido, não cabe ao DREI realizar interpretação restritiva do dispositivo, ao alvedrio da lei.

Considerando que a vedação da pessoa jurídica ser titular da EIRELI era manifestamente ilegal, na Revisão das Normas de Registro, o DREI alterou seu posicionamento, dispondo expressamente no item 1.2, Anexo V, da IN nº 38, de 2017, que “A

Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) poderá ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira.”⁵⁰

Outrossim, a norma supracitada também previu que “a constituição de EIRELI por pessoa jurídica impede a constituição de outra com os mesmos sujeitos naturais integrantes a titular, em respeito ao disposto no § 2º do art. 980-A do Código Civil.”

O entendimento de que a pessoa jurídica pode ser titular da EIRELI em consonância aos ditames legais foi extremamente importante à melhoria do ambiente de negócios no Brasil, possibilitando que as pessoas jurídicas possam utilizar a EIRELI para estruturação de suas atividades.

Não obstante, não restou clara a redação da nova IN no sentido de que a pessoa jurídica titular de EIRELI não pudesse constituir outra “com os mesmos sujeitos naturais integrantes a titular”, acarretando interpretações de que a pessoa jurídica titular de EIRELI, assim como a pessoa natural, não poderia ser titular de outra EIRELI.

Neste sentido, cumpre citar as sábias palavras de Fábio Ulhoa, em matéria publicada pelo DREI em 31 de março de 2017:

Sobre a alteração realizada, o advogado e professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Fábio Ulhoa Coelho, que participou da fase da Consulta Pública, também falou sobre a nova IN. "A nova instrução do DREI sobre a EIRELI corrige finalmente o vício de inconstitucionalidade da versão anterior, que, ao impedir sua constituição por pessoa jurídica, contrariava frontalmente o Código Civil. Agora, sim, a lei está sendo respeitada como deve, pela instrução normativa.", afirmou Fábio.

⁵⁰ A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI poderá ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira. Do ato constitutivo da EIRELI constituída por pessoa natural deverá constar cláusula com a declaração de que o seu titular não participa de nenhuma outra empresa dessa modalidade. A constituição de EIRELI por pessoa jurídica impede a constituição de outra com os mesmos sujeitos naturais integrantes a titular, em respeito ao disposto no § 2º do art. 980-A do Código Civil.

O advogado concluiu ainda que, ao remover o obstáculo da constituição de EIRELI por uma pessoa jurídica, a nova instrução do DREI possibilita a adequada aplicação da lei. “A interpretação correta do Código Civil é a de que a pessoa jurídica pode constituir uma ou mais EIRELIs”, disse.⁵¹

Após a Revisão das Instruções Normativas, o DREI continuou promovendo alterações necessárias para o aprimoramento do Manual de Registro de EIRELI.

Cumprido destacar que em agosto de 2018, o DREI alterou a redação que acarretava interpretações no sentido da vedação à pessoa jurídica titular de EIRELI constituir mais de uma empresa dessa modalidade, esclarecendo que a limitação da constituição de mais de uma EIRELI restringe-se apenas à pessoa natural.⁵²

Com efeito, a Lei não obsta que uma pessoa jurídica titular de EIRELI possa ser titular de outra. Ao contrário, imperioso destacar que o Código Civil quando tratou de limitar a titularidade da EIRELI, o fez expressamente apenas para a pessoa natural, como se depreende da leitura do § 2º do artigo 980A.

É válido salientar que em 2019, a III Jornada de Direito Comercial aprovou o Enunciado nº 92 que assevera que: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) poderá ser constituída por pessoa natural ou por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, sendo a limitação para figurar em uma única EIRELI apenas para pessoa natural.”.

Acrescente-se que em março de 2019, o DREI felizmente corrigiu distorção existente na IN nº 38, Anexo V, item 1.2.5, passando a permitir que o incapaz possa ser titular de EIRELI, o que

⁵¹ Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/drei-altera-regras-para-eireli/>. Acesso em: julho de 2019.

⁵² IN 38, Anexo V, item 1.2. A pessoa jurídica pode figurar em mais de uma EIRELI. (Redação dada pela Instrução Normativa DREI nº 47, de 3 de agosto de 2018)

coaduna com a disposição do Código Civil de que se aplicam à EIRELI as normas que regem a sociedade limitada.⁵³

Ademais, é válido asseverar que a Medida Provisória nº 881, de 2019, conhecida como Medida Provisória da Liberdade Econômica, em sua versão original, acrescentou o §7º ao artigo 980-A⁵⁴, resgatando o sentido da redação originária do Projeto de Lei nº 4.605, de 2009, que acarretou a publicação da Lei nº 12.441, de 2011, que incluiu o artigo 980-A ao Código Civil.

Neste contexto, apenas o patrimônio social da EIRELI responderia pelas dívidas contraídas pela empresa, hipótese em que não se confundiria, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constituiu, ressalvados os casos de fraude.

Faz-se mister ressaltar que a redação original da MP da Liberdade Econômica, ao mesmo tempo que reforçava a manutenção da EIRELI, instituiu a almejada Sociedade Limitada Unipessoal⁵⁵ no ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, o Projeto de Lei de Conversão nº 17, de 2019⁵⁶, proveniente da MP 881, de 2019, suprimiu as disposições acerca da EIRELI, incluindo o §7º que a redação original da MP havia acrescentado ao art. 980A.

O PLV dispôs, expressamente, em seu artigo 52, IV, alíneas a e b, acerca da revogação de todas as disposições do Código Civil acerca da EIRELI⁵⁷.

⁵³ §6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas

⁵⁴ §7º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constituiu, ressalvados os casos de fraude. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019).

⁵⁵ Projetos de Lei sobre a Reforma do Código Comercial incluíram a Sociedade Limitada Unipessoal no bojo de seus textos (PL nº 1.572, de 2011, arquivado na Câmara dos Deputados e PLS nº 487, de 2013, em tramitação).

⁵⁶ À MP 881, de 2019, foram oferecidas 301 (trezentos e uma) emendas, tendo a Comissão Mista emitido o Parecer nº 1, de 2019, que concluiu pelo PLV nº 17, de 2019, em 19 de julho de 2019.

⁵⁷ Segundo dados estatísticos do DREI de 2018, a EIRELI representa, em média, 25% do total de constituições registradas nas Juntas Comerciais.

Neste sentido, com a aprovação no Congresso Nacional do aludido PLV, a EIRELI será suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, sendo definitivamente substituída pela Sociedade Limitada Unipessoal.

Outras importantes alterações que resultaram do processo de Revisão das normas do DREI

A Revisão das Instruções Normativas do DREI amparada na competência prevista no art. 4º, VI, da Lei nº 8.934, de 1994, “de estabelecer normas procedimentais de arquivamento de atos de firmas mercantis individuais e sociedades mercantis de qualquer natureza”, simplificou e racionalizou os procedimentos até então existentes.

Neste sentido, o item 1.1, Anexo II, da IN nº 38, permitiu que o requerimento do registro pudesse ser efetivado, mediante a juntada de procuração em processo único, acabando com a obrigatoriedade do arquivamento da procuração em ato separado. A medida desburocratizou o processo e reduziu custos aos sócios que, atualmente, podem optar pela realização de apenas um serviço ao invés de necessariamente pagarem por dois arquivamentos.

Ademais, a IN nº 35, de 2017, no bojo do art. 1º, §5º, possibilitou a transformação de sociedades em um único ato, também diminuindo custos e simplificando o processo de registro.

Na mesma linha de simplificação, ratificou-se não ser impedimento ao arquivamento das constituições, alterações e extinções das sociedades, a ausência de assinaturas de testemunhas, como se depreende da leitura do item 1.2.6 (1), Anexo II, da IN nº 38, de 2017. É cediço que muitos instrumentos eram impedidos de registro, com fulcro na exigência de que faltava a assinatura das testemunhas.

Além disso, a IN nº 38, em seu anexo II, item 1.2.6 (3) previu expressamente a desnecessidade de comprovação do motivo da falta dos pais, na hipótese de ausência de um deles no exercício da

representação de que trata o art. 1.690 do Código Civil⁵⁸. Importante esclarecer que eram comuns os casos nos quais eram realizadas exigências que constrangiam um dos pais, para declarar o motivo da ausência do outro.

Por fim, a IN nº 38, Anexo II, item 1.2.6 (1), acertadamente, dispensou a necessidade de apresentação de qualquer outro documento, senão a averbação no registro civil, para atestar a efetiva emancipação do menor.

Relevantes contribuições do DREI no contexto pós Revisão

Após a Revisão das Instruções Normativas de 2017, que culminou no aprimoramento das normas do DREI, verificou-se a necessidade de tornar efetiva a aplicação destas no âmbito das Juntas Comerciais.

Com efeito, no exercício da atividade fiscalizatória do DREI, constante do art. 4º, V, da Lei nº 8.934, de 1994, não eram raros os casos de denúncias encaminhadas, pelo descumprimento das normas de registro por parte das Juntas Comerciais.⁵⁹

Neste sentido, a declaração da Professora Uinie Caminha, da Universidade Federal do Ceará, em audiência pública realizada em março de 2018 Senado, para debater a Reforma do Código Comercial⁶⁰:

⁵⁸ Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

⁵⁹ Como bem leciona Fábio Ulhoa, embora o DREI tenha sido investido nas funções de órgão central disciplinador, fiscalizador e supervisor do registro de empresas, não dispõe de instrumentos de intervenção nas Juntas Comerciais, caso não adotem suas diretrizes ou deixem de acatar recomendações. A lei estabelece, apenas, que o DREI pode representar às autoridades competentes. ULHOA COELHO. Fábio. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 83.

⁶⁰ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/28/especialistas-criticam-burocracia-para-o-funcionamento-das-empresas-no-brasil>. Acesso em: julho de 2019.

Em todos os estados as juntas comerciais fazem exigências não amparadas em lei. E, se o empresário for contestar cada uma delas na Justiça, é mais demorado do que tentar atendê-las, por mais que gere custos e atrasos.

Diante da necessidade do cumprimento das normas de registro, a IN DREI nº 48, de 2018, estabeleceu rol exaustivo de exigências, a ser observado na análise dos atos de Empresário Individual, da EIRELI e da Sociedade Limitada.⁶¹

Com efeito, a IN nº 48, de 2018, representou grande avanço para o Registro Público de Empresas, sobretudo às sociedades limitadas. As Juntas Comerciais não possuíam uma lista padrão de exigências, algumas elaboraram rol próprio contendo exigências extremamente genéricas, o que concedia ao responsável pela análise dos atos grande margem de subjetividade.

A IN nº 48, de 2018, propiciou que as Juntas Comerciais só possam exigir dos empresários e sócios documentos e formalidades legais com embasamento legal ou normativo do DREI, de modo a acabar com exigências diferentes, em Juntas Comerciais distintas, quando da análise de um mesmo instrumento levado a registro.

Importante considerar que o processo de atualização e aperfeiçoamento das normas do DREI é contínuo. Diuturnamente, o órgão envia esforços para simplificar, agilizar e reduzir custos do Registro.⁶² A missão precípua do DREI é eliminar a burocracia, sobretudo, confiando na boa-fé do empreendedor.⁶³

⁶¹ Segundo dados estatísticos do DREI e da Federação Nacional das Juntas Comerciais atos relativos a Empresário Individual, EIRELI e Sociedade Limitada representam mais de 96% de todos os atos registrados.

⁶² Registre-se que em março de 2019, ao verificar que o custo do certificado digital do tipo A3, emitido pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, era superior ao dobro do custo de outros certificados que também garantiam a autenticidade da assinatura digital, o DREI alterou a IN nº 52, de 2018, para permitir a utilização pelo empresário ou sócio de qualquer certificado digital emitido por entidade credenciada pela ICP-Brasil e não somente do tipo A3, como exigia.

⁶³ O princípio da boa-fé no cidadão consta expressamente de cartilha publicada pela CGU em 2019, a fim de nortear à Administração Pública. Outrossim, a MP 881, de 2019, consagra como princípio expresso a presunção de boa-fé do empreendedor.

Neste contexto, merece destaque a Medida Provisória nº 876, de 13 de março de 2019, proposta pelo DREI, a fim de incluir na legislação de Registro de Empresas, o registro automático da constituição de Empresário Individual, da EIRELI e da Sociedade Limitada, bem como a possibilidade de advogados e contadores declararem a autenticidade de documentos perante as Juntas Comerciais. A MP foi exaltada por resgatar a boa-fé no cidadão brasileiro.

O registro automático almeja promover melhorias significativas no ambiente de negócios, diminuindo o tempo do processo de formalização no Brasil⁶⁴, ao possibilitar que no momento da solicitação do registro, o empresário ou a sociedade que utilizar contrato padrão estabelecido pelo DREI⁶⁵ receba imediatamente o CNPJ.⁶⁶

A análise no âmbito da Junta Comercial é realizada após o registro. Caso sejam identificados vícios sanáveis, são formuladas as exigências pertinentes, na hipótese da identificação de vícios insanáveis⁶⁷, o registro deve ser cancelado, cabendo à Junta Comercial comunicar aos demais órgãos públicos para que tomem as providências cabíveis, como o cancelamento do CNPJ e da inscrição estadual.

Não se pode olvidar que as medidas propostas pelo DREI coadunam-se com a necessidade de desburocratizar e reduzir o número de dias para formalização de empresários e sociedades no

⁶⁴ No último relatório do Banco Mundial, no quesito Abertura de Empresas, a etapa do registro representou 7 (sete) dias, praticamente um terço do número de dias necessários para conclusão de todo processo de formalização (20,5 dias), considerando-se o tempo do processo desde a solicitação de viabilidade locacional nas Prefeituras até a emissão do Alvará de Funcionamento.

⁶⁵ Os Contratos padrão foram estabelecidos pelo DREI pela recente Instrução Normativa nº 62, de maio de 2019.

⁶⁶ A medida já foi implantada em algumas Juntas Comerciais que realizaram o registro em milésimos de segundos, como a Junta Comercial do Estado do Amazonas e a Junta Comercial do Estado de Minas Gerais.

⁶⁷ Segundo dados das Juntas Comerciais, os casos de indeferimento de registro por vício insanável não chegam a 1%.

País. Não obstante, a MP 876, infelizmente, caducou em virtude da sua não aprovação pelo Congresso Nacional no prazo de 120 (cento e vinte dias).⁶⁸ Entretanto, vislumbra-se que a matéria seja aprovada ainda no segundo semestre de 2019⁶⁹.

Importante, sobretudo, salientar que os esforços envidados pelo DREI ratificam seu compromisso com a missão desburocratizante para promoção de melhorias no ambiente de negócios brasileiro.

5. Reflexão final

Nos últimos anos de sua atuação, o DREI demonstrou estar alinhado com a necessidade de desburocratizar, simplificar e padronizar o registro de empresas no Brasil.

Com efeito, a Revisão das Instruções Normativas do DREI, iniciada em 2015, culminando com a publicação de alterações relevantes nas normas de registro em 2017, repercutiu positivamente à sociedade brasileira, promovendo um ambiente mais favorável à realização de negócios e a redução de tempo e custos aos empresários e sócios no Brasil.

Dentre as principais alterações promovidas pelo DREI que impactam direta e positivamente às sociedades limitadas,

⁶⁸ No âmbito da tramitação da MP 876 na Câmara dos Deputados foram apresentadas diversas emendas, acatadas pelo Relator, voltadas à desburocratização do registro de empresas, dentre as quais, destacam-se a possibilidade dos atos societários serem publicados em versão eletrônica do diário oficial, atos meramente cadastrais serem apenas informados aos órgãos de registro, proibição de exigências de autorizações governamentais prévias, gratuidade do registro dos atos de extinção e do preço pago pelo empreendedor a título de manutenção do Cadastro Nacional de Empresas. Estima-se que as duas últimas medidas representariam ao empreendedor brasileiro uma economia anual de R\$ 58.000.000,00 (cinquenta e oito milhões de reais) e de R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), respectivamente. Outrossim, foi acatada emenda que almejava a modernização da estrutura das Juntas Comerciais, com a exclusão do vocalato. Quanto a esta medida, estima-se que representaria uma economia de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) aos Estados. Ocorre que as discussões ocorridas na Casa Legislativa acerca das emendas, sobretudo a da extinção do vocalato, impactaram na aprovação da MP, que não logrou êxito de ser votada em tempo hábil.

⁶⁹ O texto da MP 876, de 2019, com exceção da exclusão do vocalato, foi incorporado ao PLV nº 17, de 2019, proveniente da Medida Provisória nº 881, de 2019 (MP da Liberdade Econômica). Almeja-se a aprovação da aludida MP em agosto de 2019, viabilizando, destarte, o Registro Automático no Brasil.

destacam-se: (i) a possibilidade de adoção das quotas preferencias, (ii) a aquisição das quotas pela própria sociedade, (iii) a publicação dos atos societários no Diário Oficial da União ou no do Estado, facultativamente, e (iv) a exclusão de regulamentações sem respaldo legal acerca das Sociedades de Propósito Específico.

Ademais, é imperioso ressaltar que a Revisão instituiu a possibilidade da pessoa jurídica ser titular de EIRELI, corrigindo vedação realizada no âmbito normativo ao alvedrio da legislação em vigor.

Outrossim, o DREI também apresentou modificações importantes quanto aos procedimentos a serem observados no registro, racionalizando-os e reduzindo custos e retrabalho aos empresários e sócios.

No contexto pós Revisão das Normas, o DREI atuou para garantir o cumprimento efetivo do arcabouço normativo pelas Juntas Comerciais, publicando, em 2018, a Lista de Padronização Nacional de Exigências, possibilitando aos empresários e sócios que somente recebam exigências que constem do rol fixado pelo DREI.

Em 2019, o DREI apresentou medidas relevantes voltadas à modernização do Registro, como a proposta de Registro Automático e a possibilidade de contadores e advogados declararem a autenticidade dos documentos apresentados às Juntas Comerciais.

O aperfeiçoamento das Normas de Registro é contínuo, bem como o compromisso do DREI de orientar suas ações pelas reais necessidades dos usuários dos serviços, o que somente será possível com a manutenção do diálogo constante com a sociedade civil, universidades, juristas e profissionais que atuam com Registro de Empresas.

Ademais, a fim de cumprir sua missão desburocratizante, o DREI deve continuar defendendo o princípio da boa-fé do cidadão, a fim de eliminar procedimentos e a necessidade de apresentação de documentos. Com efeito, não há que se falar em desburocratização sem que o Estado confie no cidadão.

Em apertada síntese, as alterações promovidas pelo DREI ratificam que é possível desburocratizar se houver vontade, diálogo e confiança no cidadão. Neste sentido, é forçoso reconhecer que a desburocratização impescinde de uma mudança cultural por parte do Estado.

A missão desburocratizante do DREI é atualmente seu maior desafio. Impende considerar que há dificuldades, pois a burocracia ainda privilegia grupos que almejam a concentração do poder. Não obstante, por ser manifestamente nefasta ao povo brasileiro, deve ser eliminada, e o DREI continuará envidando esforços para que isso aconteça.

Permanecem as indagações realizadas por Hélio Beltrão em 1980, afinal o discurso é antigo, mas a reflexão atual:

“Acredito que, essencialmente, todos estejamos procurando a mesma coisa. Apenas não confiamos uns nos outros, prisioneiros como estamos de antagonismos passados. Chegou a hora de somar, buscando-se a concordância no essencial, a despeito da divergência no acessório. A todos que estão sinceramente preocupados em assegurar, ainda que por caminhos diversos, o encaminhamento construtivo da paz social e a superação dos demais problemas nacionais, não resisto em formular, como brasileiro, este apelo final:

Vamos somar? Vamos confiar?

Vamos virar a página do passado?

Tentemos, pelo menos.

Antes que seja muito tarde.”⁷⁰

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

⁷⁰ BELTRÃO, Hélio. Desburocratização, descentralização e liberdade: a aterrissagem no Brasil real. revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 491-501, set./dez. 2016. Discurso proferido em 8-12-80 pelo ministro, ao receber o título de Homem de Visão do Ano, instituído pela revista Visão, de São Paulo.

- BELTRÃO, Hélio. Desburocratização, descentralização e liberdade: a aterrissagem no Brasil real. revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 491-501, set./dez, 2016.
- BICHARA MENDONÇA, Saulo. Empresa: Atividade Econômica Organizada. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito de Empresa. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CONSTANTINO BASTOS JÚNIOR, José. Escândalo burocrático. Julho de 2019. Disponível em: <https://dcomercio.com.br/categoria/opiniaio/escandalo-burocratico>. Acesso em: julho de 2019.
- DINIZ, Maria Helena. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DOMINGUES JACOB, Paola. Controle dos atos societários pelas juntas comerciais: Uma visão histórica, estrutural e procedimental. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2019.
- SANTA CRUZ, André. Direito Empresarial. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2019.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.
- ULHOA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- ULHOA COELHO, Fábio. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Das inovações contidas no projeto do novo código comercial e a importância dos princípios para a sociedade limitada no cenário empresarial

*Armando Luiz Rovai*¹

*Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior*²

I- Introdução

Como ponto de partida ao presente estudo, faz-se necessário observar que a aprovação de um novo código comercial se faz muito importante no cenário econômico brasileiro, tendo em vista três pontos basilares.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Mackenzie (1993), mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2002) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Foi Secretário Nacional do Consumidor - SENACON. Foi Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo - por 04 mandatos. Foi Presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo. Foi Chefe de Gabinete da Secretariada Justiça e da Defesa da Cidadania e Superintendente da Casa do Empreendedor. Autor de diversas obras jurídicas, escreve em alguns Jornais de grande circulação - Valor Econômico, Tribuna do Direito, e Empresas e Negócios, Folha de São Paulo, Estado de São Paulo, entre outros - (escrevia no extinto Jornal da Tarde). Membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos CONJUR, da FIESP/IRS. Árbitro em arbitragens na Amcham - Câmara de Comércio Americana, na CCBC - Câmara de Comércio Brasil-Canadá e FIESP. Professor Convidado da Universidade de Valladolid - Espanha; Universidade do Porto; London University, Universidade de Santiago de Compostela, Faculdade de Lisboa, Universidade de Coimbra e Universidade da Reggio Calabria - Itália. Professor Convidado da GvLaw e do Insuper (D. Societário), Palestrante em todo o Brasil e no exterior. Atualmente é Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (desde 2003) e Professor de Direito Comercial da Puc/SP (desde 2010). É Coordenador da Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais - RDB (RT) e Advogado na área empresarial em São Paulo.

² Advogado, bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestrando em Direito pela pontifícia Universidade Católica de São Paulo, assistente do professor Armando Luiz Rovai na cadeira de direito comercial da PUC-SP.

O primeiro aspecto de suma importância se atém à questão de que as normas, assim como as práticas jurídicas nacionais, estejam voltadas para o setor comercial, observando que este é um dos principais vetores econômicos para o crescimento e desenvolvimento do país.

Não obstante, deve ser visto, ainda nesta vertente, que um novo enfoque do código comercial acaba por gerar inúmeros benefícios, como a geração de renda, emprego e crescimento econômico, auxiliando o país a se manter competitivo e atraente para a captação de recursos estrangeiros no seu sistema empresarial.

Já, no que toca ao segundo ponto, como ponto de partida, fica evidente que o Código Comercial, ainda vigente no Brasil, é muito antigo, assim, não tendo uma aplicação prática coerente.

Neste diapasão, tal diploma legal já sofreu inúmeras alterações, tendo sido, até mesmo, revogado em sua maioria, observando que o mesmo data de 1850. Sua maior revogação ocorreu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual revogou expressamente a primeira parte do Código Comercial de 1850.

Nota-se que o Código Civil de 2002, traz em seu escopo todas as disposições inerentes ao direito comercial, direito de empresa e também direito societário. Não obstante, observa-se que conjuntamente com o Código Civil de 2002, deve-se analisar a lei 6.404/1976, lei das sociedades por ações, onde se encontra todo o regramento das sociedades por ações e sociedade anônima.

Nesta seara, ressaltamos a importância dessas mudanças quando analisamos a sociedade de responsabilidade limitada, tipo societário de maior relevância no cenário econômico nacional, merecendo assim um enfoque diferenciado no estudo em tela.

Como terceiro ponto deste introito e de maior relevância, é a questão de que o projeto do novo código comercial que foi aprovado está muito mais relacionado aos problemas atuais, bem como a uma questão importante que já vinha sendo aplicada pela doutrina

majoritária, que é o uso dos princípios na aplicação do direito comercial, ponto que será mais aprofundado no decorrer do artigo.

II- Do uso de princípios no projeto do novo código comercial

Quando analisado o projeto aprovado do novo Código Comercial Brasileiro, observa-se que os princípios são os pontos basilares da construção deste diploma legal.

O direito comercial brasileiro começou a caminhar lado a lado com os princípios trazidos pela doutrina, fundamentados na posição de diversos autores nas últimas décadas, passando a fazer parte dos manuais de direito comercial, citando o Professor Fábio Ulhôa Coelho, que discorreu sobre os princípios no direito comercial na obra Reflexões sobre o Projeto do Código Comercial, 2013.

A importância no uso dos princípios na aplicação do direito comercial se baseia no fato de poder embasar respostas ao caso concreto, se valendo de uma análise hermenêutica do texto legal e também das características principiológicas do direito interno, assim pautando-se na melhor aplicação da norma para a sociedade.

Seguindo a principiológica, ressalva-se quanto à percepção dos princípios, podendo ser eles implícitos ou explícitos, como o do princípio da Liberdade de associação, previsto na Carta Magna Pátria. De outro lado, existem princípios implícitos de extrema importância, é o da função social da empresa, o qual é um desdobramento do princípio da função social da propriedade.

À luz destas regras de conduta, percebe-se que o Novo Código Comercial pauta-se pela aplicação principiológica do direito, conforme pode ser extraído da redação do Livro I - Capítulo II do Projeto do Novo Código Comercial, colacionado abaixo:

“ Capítulo II - Dos princípios do direito comercial

Seção I - Dos princípios comuns

Art. 5º. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões:

I - Liberdade de iniciativa empresarial;

- II – Liberdade de competição;
 - III – Função econômica e social da empresa; e
 - IV – Ética e boa-fé.
- (...)

Seção II – Dos princípios aplicáveis às sociedades

Art. 10. São princípios gerais aplicáveis às sociedades:

- I – Autonomia patrimonial;
 - II – Tipicidade;
 - III – Preservação da empresa economicamente viável;
 - IV – Proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica;
 - V – Formação da vontade social por deliberação dos sócios; e
 - VI – Proteção dos sócios não controladores.
- (...)

Seção III – Dos princípios aplicáveis aos contratos empresariais

Art. 17. São princípios aplicáveis aos contratos empresariais:

- I – autonomia da vontade;
 - II – plena vinculação dos contratantes ao contrato;
 - III – proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas; e
 - IV – reconhecimento dos usos e costumes do comércio.
- (...)

Seção IV – Dos princípios aplicáveis aos títulos de crédito

Art. 22. São princípios do direito cambial:

- I – literalidade;
 - II – autonomia das obrigações cambiais; e
 - III – inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.
- (...)

Seção V – Dos princípios aplicáveis ao agronegócio

Art. 26. São princípios aplicáveis ao agronegócio e sistemas agroindustriais:

- I – sustentabilidade das atividades do agronegócio;
 - II – integração e proteção das atividades da cadeia agroindustrial;
 - III – intervenção mínima nas relações do agronegócio; e
 - IV – parassuficiência dos que inserem sua atividade no agronegócio.
- (...)

Seção VI – Dos princípios aplicáveis à falência e recuperação das empresas

Art. 32. São princípios aplicáveis à falência e recuperação das empresas:

- I – inerência do risco a qualquer atividade empresarial;
- II – impacto social da crise da empresa;
- III – transparência nas medidas de prevenção e solução da crise; e
- IV – cooperação judiciária internacional;

(...)

Seção VII – Dos princípios aplicáveis ao comércio marítimo

Art. 37. São princípios do direito comercial marítimo:

- I – princípio do risco marítimo;
- II – princípio da garantia patrimonial;
- III – princípio da limitação de responsabilidade;
- IV – princípio da origem costumeira;
- V – princípio da informalidade.

(...)

Seção VIII – Dos princípios aplicáveis ao processo empresarial

Art. 44. São princípios aplicáveis ao processo empresarial:

- I – Autonomia procedimental das partes;
- II – Presunção de igualdade real das partes;
- III – Intervenção mínima; e
- IV – Atenção às externalidades.”

Desta forma, quando analisado o Projeto aprovado do Novo Código Comercial, observando o forte enfoque na utilização e aplicação dos princípios inerentes ao direito comercial, vislumbra-se uma melhor interpretação da legislação e jurisprudência brasileira.

Impende trazer à baila que os princípios trazidos no Projeto do Novo Código Comercial são os já estudados pela doutrina, porém, neste momento, abarcando todas as searas do direito comercial.

III) Das sociedades limitadas à luz das normas vigentes no ordenamento jurídico interno

Entendemos que as sociedades limitadas tem o seu regramento e conceito da forma transcrita abaixo:

“O Código Civil tem em seu escopo regras específicas e complexas para as sociedades do tipo limitada. Não é de se admirar que algumas disposições do Código Civil atual contrariam entendimentos da doutrina e da jurisprudência existentes sobre a matéria, impedindo a aplicação de regras já consagradas.

Inicialmente, cabe trazer à baila a questão da responsabilidade dos sócios, que é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. Todavia, seu entendimento não é tão óbvio como parece, pois, diferentemente das demais espécies de sociedades já mencionadas, a sociedade limitada contempla a limitação da responsabilidade, estabelecendo total separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios, desde que devidamente subscrito e integralizado o capital social.

A responsabilidade de cada sócio, na sociedade limitada, é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela obrigação de integralizar o capital social – conceito equivalente ao do Decreto n. 3.708/19, com a única diferença de que o Código Civil não exige a menção, no contrato social, da limitação de responsabilidade, como estabelecia o art. 2º “in fine”, do referido decreto.

Isso quer dizer que o patrimônio pessoal dos sócios não pode ser alcançado em função de dívidas contraídas no desencadear das atividades negociais da sociedade. Existe uma verdadeira e evidente limitação da responsabilidade dos sócios, respondendo cada um pela parcela do capital que integralizar. Tal expediente se assemelha à responsabilidade dos acionistas na Sociedade Anônima.

As Sociedades Limitadas são regidas pelas normas da Sociedade Simples, nas situações em que for omissa o capítulo

destinado às Sociedades Limitadas, mas o contrato social da empresa pode prever a regência supletiva da Sociedade Limitada pelas normas das Sociedades Anônimas.

Aliás, na comunidade jurídica, este é um ponto de muitas controvérsias.

A antiga legislação contemplava a possibilidade de utilização subsidiária das normas da Sociedade Anônima, toda vez que houvesse dúvidas, laconismo ou omissão para aplicação das normas das Sociedades Limitadas.

Agora, com a redação trazida pelo Código Civil, as normas da Sociedade Anônima só podem ser aplicadas à Sociedade Limitada na ausência de normas específicas nas disposições existentes sobre estas, e depois de destrinchadas todas as formas de aplicação das normas da Sociedade Simples, que funcionam como regra geral para os assuntos societários.

Tem sido objeto de análise a composição do caput e do parágrafo único do artigo 1.053, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que o primeiro dá conta da aplicação da regra geral, o segundo indica a utilização suplética das normas da Sociedade Anônima.

Desta forma, se a aplicação das normas da Sociedade Anônima é prevista supletivamente, restringe-se sua aplicação quando não houver norma específica no próprio Capítulo destinado à Sociedade Limitada ou no Capítulo destinado à Sociedade Simples, que como se viu, é a regra geral do Direito de Empresa.

As normas dispostas sobre Sociedade Anônima continuam sendo preferidas pela comunidade advocatícia por causa da segurança jurídica que suas operacionalizações ocasionam. É certo que na aplicação das referidas regras da Sociedade Anônima, em virtude do tempo de sua vigência, se encontram uma vasta doutrina e jurisprudência, ambas abalizadas e garantidoras de uma relação societária estável.

Contudo, entendemos que as normas da Sociedade Anônima somente poderiam ser utilizadas na Sociedade Limitada da seguinte maneira: i) fosse exaurida a aplicação das normas destinadas ao

próprio Capítulo de Sociedade Limitada; ii) fosse exaurida a possibilidade de aplicação das normas da Sociedade Simples; iii) se houver previsão contratual e, após verificada a impossibilidade de aplicação das normas da Sociedade Limitada e da Sociedade Simples, aí sim, utilizar-se-iam as normas próprias da Sociedade Anônima.”³

IV) Da importância da utilização dos princípios no caso das sociedades limitadas

Diante do cenário empresarial, cada vez mais, a questão principiológica se mostra mais importante e atual, tendo como enfoque algumas questões intrínsecas às sociedades limitadas, tais como a questão da limitação da responsabilidade e também da manutenção da personalidade jurídica, explorando todos os seus reflexos.

Ponto importante, quando analisamos o projeto do novo código comercial, é que nos deparamos com os princípios elencados, sendo que todos já são estudados pela doutrina pátria. Enfocaremos, neste tópico, as regras de conduta inerentes à função social da empresa, inerência do risco, autonomia patrimonial da sociedade e do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

IV.a) Da Função Social da Empresa

O Princípio da Função Social da Empresa decorre da norma de conduta constitucional da função social da propriedade, sendo que o excelso texto constitucional reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam os bens de produção.

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico,

³ ROVAI, Armando Luiz. *Atualidades do Direito Empresarial Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2019. pgs. 23 - 25.

social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores.

Se sua atuação é consentânea com estes e objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Carta Magna.

Em virtude da atuação e exercício da função social da empresa, deve-se observar que qualquer tipo de atividade empresarial ou negocial, tem intrinsecamente a este exercício a inerência do risco, o que também é tratado pela doutrina pátria.

IV.b) Da Autonomia Patrimonial da Sociedade

A autonomia patrimonial da sociedade empresária é uma técnica de segregação de riscos. Em razão da autonomia patrimonial, os bens, direitos e obrigações da sociedade, como pessoa jurídica, não se confundem com os dos seus sócios.

Se autonomia da sociedade empresária está sendo relativizada (no direito brasileiro desde meados do século passado), no sentido de a lei e a jurisprudência passarem a considerar os sócios responsáveis por determinados passivos da pessoa jurídica, nota-se, que esta tendência não alcança (e não deve alcançar) as relações pelo direito comercial.

Concluindo, se o direito brasileiro não prestigiar o princípio da autonomia patrimonial das sociedades empresárias, de um lado, os investidores tradicionais não se sentirão suficientemente atraídos pelo ambiente negocial em nosso país e, de outro, os produtos ou serviços fornecidos por risk makers acabarão contribuindo para a inflação.

IV.c) Do Incidente Da Desconsideração Da Personalidade Jurídica.

Embora já contemplada em outros textos legais, o artigo 50 do Código Civil acolheu a denominada teoria da “*disregard of legal*

entity”, pela qual, em última análise, a execução pode ser redirecionada ao sócio que desviou bens da sociedade visando deliberadamente a fraudar o credor.

Nesta esteira, para desde já ilustrar e esclarecer a situação em tela, é salutar verificarmos que a desconsideração da personalidade jurídica, com a conseqüente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional.

Sabe-se que para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros.

Ora, é a intenção ilícita e fraudulenta, portanto, que autoriza, nos termos da teoria adotada pelo Código Civil, a aplicação do instituto em comento. Assim, a ausência de intuito fraudulento ou confusão patrimonial afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação do “*disregard doctrine*”.

Em síntese, a criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para lesar credores.

Tratando-se, assim, a desconsideração, de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o artigo 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a

idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnaram seus sócios ou administradores.

Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica.

Conforme assevera Fábio Ulhôa Coelho,

*“O objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine ou piercing the veil) é exatamente possibilitar a coibição da fraude, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude”.*⁴

Assim, expressamente, verificam-se as únicas hipóteses legais, consolidadas doutrinariamente, que dão ensejo à desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam: o abuso da personalidade jurídica, através da confusão patrimonial e/ou do desvio de finalidade.

V) Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que o Projeto do Novo Código Comercial Brasileiro, apresenta inúmeras inovações na prática empresarial do país.

Ademais, evidencia-se que o mesmo traz em seu bojo um enfoque voltado para uma análise principiológica, o que permite que a lei seja melhor aplicada ao caso concreto nas sociedades, promovendo uma melhor aplicação do diploma legal nas relações comerciais.

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. De acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34 - 35.

Assim sendo, verifica-se que o projeto do novo Código Comercial aprovado no Senado Federal, traz inúmeras inovações, como atualizações ao sistema comercial pátrio, permitindo a aplicação de princípios no direito comercial.

Neste sentido, têm-se como ponto de sublime relevância, se dá acerca da aplicação de princípios nas sociedades limitadas, o que é necessário para a boa operacionalidade das empresas, corroborando para a autonomia patrimonial, permitindo que investidores tenham segurança de aportar recursos em nosso país.

Tal assunto se mostra pertinente, uma vez que todas as atividades negociais estão expostas ao risco, daí existe o princípio doutrinário da inerência do risco.

Por fim, cumpre trazer a conclusão a função social da empresa, na qual a manutenção da atividade empresarial se mostra fundamental para o desenvolvimento econômico e social local, com geração de empregos, movimentação do comércio local e pagamento de impostos, deixando como exceção a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nunca podendo sobrepor esta aos princípios, mas tendo tal incidente como uma proteção dos credores, estritamente, nos casos contidos no artigo 50 do Código Civil.

VI) Referências

Coelho, Fábio Ulhoa; Lima, Tiago Asfor Rocha; Guedes Nunes, Marcelo, Reflexões Sobre o Projeto de Código Comercial, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013;

COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 27. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. Tratado de Direito Comercial. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015;

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2015;

ROVAI, Armando Luiz. *Atualidades do Direito Empresarial Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Ed. D'Plácido, 2019.

Do dever de não competir dos sócios de uma sociedade limitada

*Bruno Maglione Nascimento*¹

*Caio Vasconcelos Araújo*²

*Cristiana Idehara*³

*Daniel Pinheiro Longa*⁴

I. Introdução

O objetivo deste artigo é identificar, inicialmente, se o sócio de uma sociedade limitada tem deveres fiduciários de não competir para com os demais sócios ou mesmo com relação à sociedade, em especial, o dever de não competição.

O dever fiduciário consiste em um conjunto de obrigações que devem ser tomadas pelo agente para garantir o melhor interesse da sociedade e dos demais sócios. Fidúcia nada mais é do que confiança e, com ela, caminha junto a lealdade. A temática envolvendo os deveres fiduciários dos sócios e, em especial, o dever de não

* Artigo originalmente publicado na Revista de Direito Privado | vol. 98/2019 | p. 109 - 125 | Mar - Abr / 2019.

¹ Mestrando em Direito dos Negócios pela FGV. Especialista em Contratos pela PUC-SP. Membro da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP. Advogado. bruno.maglione@hotmail.com

² Mestrando em Direito dos Negócios pela FGV. Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Graduado pela PUC-SP. Advogado. caio_vasconcelos4@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito dos Negócios pela FGV. Graduada em Direito pela PUC-SP e em Economia pela Unicamp. Advogada. cristianaidehara@gmail.com

⁴ Mestrando em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas. LL.M. em Direito Societário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – Insper. Formado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado. daniel.longa@cesconbarriau.com.br

competir é obscura e ainda pouco explorada pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Muito do que se discute sobre o tema remete aos deveres fiduciários do administrador da sociedade anônima, o qual, em razão sua posição de gestão e controle, deve agir de modo a maximizar resultados, atender aos interesses da companhia e dos acionistas, além de fornecer as informações que lhes são requisitadas pelos interessados.

E, no que tange às sociedades limitadas? Haveria no direito brasileiro regras pré-estipuladas de condutas que devem ser respeitadas pelos sócios seus sócios? Poderia um sócio desta sociedade limitada exercer competição para com os demais ou para com a própria empresa de que faz parte?

A fim de responder a estes questionamentos, este artigo irá, inicialmente, demonstrar as principais características da sociedade limitada no Brasil, bem como a legislação aplicável ao caso. Tendo em vista o tema pouco discutido no país, irá cotejar o dever de lealdade com as normas e jurisprudência do direito americano para, ao final, propor uma forma de estes deveres fiduciários serem estipulados entre as partes.

II. Das características das sociedades limitadas – Sociedades de pessoa e sociedades de capital

As sociedades limitadas têm como característica a limitação da responsabilidade dos seus sócios diante das obrigações contraídas pela sociedade.

Assim, em uma sociedade limitada, não é possível confundir as obrigações contraídas pela sociedade com aquelas dos sócios. Nas sociedades limitadas, a responsabilidade dos sócios é adstrita ao montante do valor que integralizou na sociedade. Por outro lado, a responsabilidade da própria sociedade por suas dívidas permanece ilimitada; nesse caso, a pessoa jurídica responde com todo o seu patrimônio, sem nenhuma limitação, pelas dívidas que contrair¹.

Desde a sua criação, com o advento do Decreto 3.708/1919 (LGL\1919\1), o legislador nacional regulamentou as sociedades limitadas de maneira mais flexível, adotando normas de natureza dispositiva, que podem ser mitigadas ou alteradas pelas partes do contrato de sociedade no caso concreto. Assim, à época da sua criação, o legislador deixou como norma cogente e de interesse público somente alguns pontos específicos da regulamentação dessas sociedades, por exemplo, a responsabilidade que é distribuída aos sócios e administradores das limitadas².

O Decreto 3.708/1919 (LGL\1919\1) atendia a um ideal liberal, oferecendo um formato diferenciado para comportar as sociedades de pessoas, com a concessão de grande liberdade aos sócios e, como visto antes, consignação de escassos preceitos cogentes. Com o advento do Código Civil de 2002, o ideário liberal foi parcialmente abolido. Embora ainda mantenha uma boa dose de liberdade e autonomia aos sócios da sociedade limitada, ampliou-se de maneira relevante o conjunto de regras estruturais rígidas estabelecidas por normas cogentes³.

De todo modo, esta característica das sociedades limitadas, junto ao menor custo de manutenção com publicações de natureza societária e auditoria de demonstrações financeiras quando comparado com as sociedades anônimas, é uma das principais justificativas para a expressiva adoção desse tipo societário no Brasil. Assim, as sociedades limitadas representam hoje cerca de 90% das empresas registradas no Brasil em números absolutos⁴.

De acordo com o regime imposto no Código Civil (LGL\2002\400), assim como ocorria sob a regência do Decreto 3.708/1919 (LGL\1919\1), a constituição da sociedade limitada pressupõe a elaboração e registro do contrato social por seus sócios.

Conforme bem definido por Ascarelli⁵, o contrato social é um contrato plurilateral – que afeta diversas partes, com efeitos que não se restringem às pessoas dos seus sócios – e aberto – pois nem todas as disposições que irão reger aquela sociedade deverão necessariamente estar previstas no contrato social. Assim, conforme

determina o Código Civil (LGL\2002\400), o regime jurídico da sociedade limitada deverá primeiro ser observado por meio das normas cogentes previstas no Código, depois pelas suas normas dispositivas, sendo complementado pelas disposições do contrato social, nos aspectos em que se permita aos sócios a liberdade de regulação e, subsidiariamente, pelas normas das sociedades simples⁶ ou, supletivamente, das sociedades anônimas⁷.

Os múltiplos interesses arrançados no âmbito da implementação de uma sociedade são harmonizados pelo escopo comum, artifício unificador de novas aderências ao contrato social, e meio pela qual são definidos as múltiplas obrigações, os deveres e os direitos de cada um dos sócios, bem como sua interação com administradores e a própria sociedade em que se insere⁸.

É a partir da organização dessa sociedade que se poderá observar também a sua natureza e, a partir daí, inferir o que os sócios dessa sociedade almejavam com a sua constituição.

Assim, pode-se afirmar que as sociedades limitadas têm uma característica híbrida, podendo ser caracterizada como uma sociedade de capital ou de pessoas, a depender das disposições previstas no âmbito do seu contrato social, bem como da maneira como seus sócios se comportam ao longo da relação societária.

Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto⁹, em lição fundamental acerca da diferenciação existente entre as sociedades de pessoas e as sociedades de capital, ensina que:

o que caracteriza a sociedade de pessoas é a predominância do *intuitu personae* no seu funcionamento. Nessa sociedade, as pessoas, ao se associarem, levam em conta os companheiros e sua capacidade para o bom êxito da empresa, sendo o capital, na hipótese, secundário. Nas sociedades de capitais, ao contrário, é possível levar-se em conta os que a fundaram ou estão à sua frente, mas o que preponderará é o capital, até porque facilmente modificada com a transferência das ações a que os sócios não se podem opor. De forma que, nas primeiras, as pessoas têm importância decisiva, pois ninguém se associa a quem não tem

requisitos necessários ao bom êxito do empreendimento; ao passo que, com referência à sociedade de capitais, é indiferente que as ações sejam trazidos por pessoas amigas, sem conhecimento do negócio, ou mesmo inimigas.

Nesse sentido, também vaticina José Waldecy Lucena¹⁰:

Nas sociedades de pessoas, “sua criação e funcionamento decorrem do *intuitus personae*, isto é, os sócios criam e dirigem a empresa, em razão do recíproco conhecimento e da mútua confiança. Por isso mesmo há restrições quanto à cessibilidade das quotas a estranhos, enquanto a morte, interdição ou falência de um dos sócios podem acarretar sua dissolução. Nas segundas (de capital) importa a contribuição pecuniária, o *intuitus pecuniae*, sem qualquer consideração de ordem pessoal em relação ao sócio. Daí a livre cessibilidade das ações e a total desconsideração da morte, interdição ou falência do sócio. [...] O *intuitus personae* prepondera nas sociedades em que os sócios, ao se associarem, escolhem-se mutuamente, justamente por já se conhecerem. Eles mesmos dirigem a sociedade, em cujo capital detêm uma parcela, em princípio incessível, [...]. O *intuitus pecuniae*, ao contrário, aparece em destaque nas sociedades de capital. Este é representado por ações, livremente subscritas, quando da criação das sociedades, e, após, cessíveis sem restrições. Não são os sócios que obrigatoriamente dirigem a sociedade. [...] Assim, ao ser constituída, pode a sociedade estruturar-se a certos respeito (v. g., unanimidade nas deliberações sociais; incessibilidade das quotas sócias a estranhos, dissolução por morte ou vicissitudes pessoais dos sócios; etc.), nos moldes de uma sociedade de pessoas, em que aflora sua índole pessoalista, e então a nominamos de sociedade por quotas fechada. Como pode também aproximar-se de uma sociedade anônima fechada (v. g., princípio majoritário nas deliberações sociais; livre cessibilidade, ou com restrições mitigadas, das quotas sociais; adoção de assembléia geral e de conselho fiscal; etc.) ou seja, nos moldes de uma sociedade de capitais, com predominância de

sua índole capitalística, a qual então chamamos de sociedade por quotas aberta.

Verifica-se que a doutrina fez as seguintes diferenciações entre as sociedades de capital e as sociedades de pessoas:

- Sociedades de pessoas
- Sociedades de capital
- Levam-se em conta as características pessoais dos sócios para o ingresso na sociedade
- O único fator a determinar o ingresso de pessoa à sociedade é o capital
- Administração normalmente feita pelos próprios sócios
- Sócios não participam necessariamente da administração. Administração normalmente realizada por terceiros
- Restrições quanto à cessibilidade das quotas a estranhos
- Quotas livremente subscritas e cessíveis sem restrições

Assim, a nosso ver, essa destinação será fundamental para se entender se há ou não ou um dever geral de não competição entre os sócios.

A priori, é importante frisar que há entendimento doutrinário de que nas sociedades limitadas o dever de lealdade dos sócios veda que essas passem a fazer concorrência à sociedade, constituindo falta grave¹¹:

Imagine-se o sócio que, faltando com os deveres inerentes à condição que ostenta, passe a fazer concorrência à sociedade, desempenhando, paralelamente, a mesma atividade por aquela desenvolvida. É evidente que esse comportamento dá ensejo a que a maioria dos demais requeira, perante o Poder Judiciário, a exclusão do referido sócio, tendo em vista a manifesta ‘falta grave no cumprimento de suas obrigações’. É irretorquível, por outro lado, que tal conduta pode configurar ‘risco à continuidade da empresa’, cuidando-se, de “ato de inegável gravidade”, o que permitirá à maioria dos sócios, diante de previsão expressa de exclusão por justa causa, no contrato social, e mediante simples alteração contratual, excluí-lo da sociedade.

Todavia, entendemos que essa é uma questão delicada. As sociedades no Brasil costumam estar intimamente ligadas à pessoa dos sócios, sobretudo em se tratando de sociedades limitadas. Acontece que, para se afirmar com todas letras que esse dever de competição seria ou não inerente à sociedade, devemos partir do pressuposto de que essa é uma sociedade de pessoas, e não de capital.

Isso porque a teoria clássica da personalidade jurídica determina a dissociação da pessoa do sócio da pessoa jurídica que é constituída. Ademais, em um mundo ideal, o sócio não participa da gestão de uma empresa, sendo somente um investidor capitalista que transfere o controle da empresa para uma administração profissional.

Nesse caso, não haveria problemas de um sócio de uma empresa optar por investir em outras empresas no mesmo ramo de negócios.

Portanto, acreditamos que o ideal seria uma modificação legislativa para deixar mais clara a questão da competição entre sócios e sociedades, evitando maiores conflitos nessa seara, sobretudo porque não há qualquer previsão expressa acerca do dever de não competir entre os sócios.

Por outro lado, entendemos que, enquanto essa regra não é estabelecida, caberá ao juiz interpretar as características dessas sociedades, sobretudo no que tange à sua definição como uma sociedade de pessoas ou de capital, para verificar se há ou não uma legítima expectativa dos sócios acerca da não concorrência entre eles.

Com o objetivo de traçar possíveis alternativas às sociedades limitadas brasileiras, passa-se à análise do direito americano, no qual os deveres fiduciários estabelecidos entre os sócios – fundamentalmente o da lealdade no âmbito da não competição – já foram apreciados pela jurisprudência.

III. Direito comparado – Visão jurisprudencial e doutrinária no direito norte-americano

Limitando o escopo de análise comparativa do dever de não competição dos sócios às sociedades limitadas, inicialmente, é importante ratificar que o Código Civil (LGL\2002\400) invoca o dever de lealdade para com a sociedade e os demais sócios, que é inerente à *affectio societatis*, e, evidentemente, se insere como condição básica para a realização do objeto social.

Infinitas podem ser as motivações que conduzem pessoas à constituição de uma sociedade, mas, da leitura do art. 981 do Código Civil (LGL\2002\400), explicita-se que a sociedade será composta por pessoas que “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Marcelo Vieira von Adamek, na linha do quanto previsto no Código Civil (LGL\2002\400), aprofunda sua análise sobre o dever de lealdade¹²:

O dever de lealdade aplica-se a todos os sujeitos da relação societária, na sua interação com a sociedade e com os sócios entre si. O controlador, pelo poder que tem de definir os rumos da sociedade, de decidir vinculantemente também para a minoria e, com isso, indiretamente dispor de patrimônio alheio, responde por deveres mais intensos de lealdade. No entanto, também a minoria pode, no exercício das suas posições jurídicas subjetivas, influir na esfera alheia, sobretudo quando dispõe do poder de bloquear determinadas deliberações societárias, e, por isso, também responde por deveres de lealdade. Em cada caso, porém a intensidade desses deveres depende da concreta situação jurídica do sócio e, para isso, têm influência a participação detida, os poderes de que é titular (se tem ou não certos direitos de minoria, de administração ou direitos especiais) e a estrutura real da sociedade – embora, em qualquer caso, até mesmo em autênticas sociedades de capitais haja deveres de lealdade entre os sócios. Tais deveres impregnam, outrossim,

toda a relação societária e perduram não só durante o ciclo normal de execução do contrato, mas antes e depois dele, nas fases pré e pós contratual. Tal qual a boa-fé objetiva, da qual se despreçou, o dever societário de lealdade é uma cláusula geral e, portanto, carece de mediação concretizadora; além disso, exerce a tríplice função de atuar como cânone hermenêutico e integrativo, limite ao exercício de posições jurídicas subjetivas e fontes de deveres anexos de conduta.

Trazendo, portanto, a análise para a realidade da *common law* americana, o ordenamento jurídico aplicado a uma sociedade limitada se equivale ao de uma LLC (*Limited Liability Company*).

A *Limited Liability Company* é a estrutura societária em que os sócios não respondem individualmente pelas dívidas contraídas pela companhia. Os administradores e diretores, no entanto, ainda têm responsabilidade pessoal por atos praticados no âmbito da companhia. A LCC assemelha-se à *Limited Partnership* na medida em que ambas não exigem a existência da figura de um *General Partner* em seu corpo societário. Diferentemente da *Partnership*, as LLC podem ter um único sócio e, para formação de uma LLC, faz-se necessário seu registro em órgão competente e dois são os documentos para sua constituição: *certificate of formation e operating agreement*.

Assim como em uma *partnership*, é recomendável que os sócios da LLC preparem um *Operating Agreement* (algo similar a um contrato social) especificando poderes, deveres e divisões entre os donos da LLC para evitar problemas e desentendimentos. Caso nenhum *Operating Agreement* seja escrito, então ficará valendo a regulação estadual para *LLC's*.

Como regra, assim como no direito brasileiro, a exigência é de que os sócios devem agir com lealdade, boa-fé e sem, evidentemente, procurar prejudicar a sociedade. Contudo, os deveres fiduciários podem ser flexibilizados e o sócio, por exemplo, poderá até mesmo exercer atividade que represente concorrência direta à empresa.

Nesse sentido, excetuados os estados em que há vedação expressa¹³, o *Operating Agreement* poderá regular as situações e os limites que os sócios poderão atuar em concorrência à própria sociedade.

De qualquer maneira, a despeito do que o *Operating Agreement* dispuser, deverá o sócio seguir agindo de boa-fé e seguir os demais princípios básicos esperados dos demais sócios sob pena de responsabilidade por descumprimento de seu dever fiduciário, destacando, oportunamente, a importância de que os instrumentos societários sejam redigidos de maneira clara e completa para que os interesses dos sócios estejam tutelados da melhor maneira possível.

A discussão sobre o dever ou não de não competição dos sócios com a sociedade possui um caso emblemático que destaca a importância do *Operating Agreement* na jurisprudência americana.

Em *McConnell v. Hunt*¹⁴, a NHL (*National Hockey League*) notificou líderes de várias cidades americanas sobre a abertura de novas franquias, e, em abril de 1996, o prefeito da cidade de Columbus (Gregory Lashutka) foi contatado pela NHL e procurou alguns líderes importantes da cidade que estavam envolvidos na exploração de esportes profissionais. Entre esses líderes estavam McConnell e Ronald Pizzuti. Ronald, por sua vez, incluiu investidores como Lamar Hunt.

Interessados na chance de trazer uma franquia da NHL para a cidade de Columbus estes líderes formaram uma LLC em 31.10.1996 chamada *Columbus Hockey Limited* (CHL) com objetivo exclusivo de obterem a franquia da NHL

Sem incentivos fiscais, o grupo precisou buscar investimento privado, principalmente em virtude dos prazos que foram sendo dados pela NHL para construção do ginásio que atendessem aos padrões da liga.

Em 07.05.1997, a *Nationwide Insurance Enterprise* (“NI”), por intermédio de seu presidente (Dimon McPherson), procurou o Sr. Hunt para propor um financiamento, mas ele rejeitou de

imediatamente por entender que os valores da locação (provavelmente resultado de um *built to suit*) seriam absurdos.

Depois de diversas negativas do Sr. Hunt às propostas da NI, em 30.05.1997, a NI abortou então o Sr. McConnell (outro sócio) sobre a proposta e, logo na sequência, o Sr. McPherson, em reunião do comitê da NI, informou que o Sr. McConnell aceitaria assumir a locação e seguir com o projeto.

Com a aprovação do projeto pela prefeitura, o Sr. McConnell se comprometeu verbalmente com a NHL em assumir o projeto e tocar a franquia e, em 04.06.1997, a NHL concedeu à cidade de Columbus o direito de ter a franquia.

No dia 09.06.1997, foi realizada uma reunião no escritório do Sr. Pizzuti com todos os membros da CHL. Na reunião, o Sr. Hunt e seu grupo (Ameritech e Buckey Hockey) mantiveram a posição de rejeitar a proposta da NI e, por outro lado, o Sr. McConnell e seu grupo (Pizzuti e Wolfe) concordaram em seguir com a proposta da NI.

O comitê de expansão da NHL votou em 17.06.1997 pela concessão da franquia à cidade de Columbus em nome do grupo do Sr. McConnell e na mesma data o grupo de Sr. McConnell ajuizou ação declaratória invocando a cláusula 3.3 do contrato da CHL que autorizava os membros da empresa a competir com a própria empresa.

De um lado, o grupo de McConnell requereu a declaração de que a cláusula 3.3 do contrato da CHL autorizaria sua conduta e, por outro lado, o grupo de Hunt ajuizou diversos pedidos contrapostos (reconvenção), principalmente para questionar o descumprimento dos deveres fiduciários do grupo de McConnell quando competiram com a própria CHL para assumir a franquia da NHL.

No julgamento final, a *Court of Appeals of Ohio* manteve praticamente todos os pontos da decisão de primeiro grau, com exceção dos honorários que foram rejeitados (único ponto reformado), decidindo, portanto, que McConnell e seu grupo agiram dentro dos limites autorizados pela cláusula 3.3 do contrato da CHL

e, por conseguinte, não havia que se falar em descumprimento do dever fiduciário dos sócios em virtude da competição.

Importante destacar que o item 3.3 do *operatingagreement* autorizava os sócios a competirem com a empresa. Adicionalmente, o grupo de McConnell em momento algum agiu de má-fé ou tinha em vista o prejuízo da empresa. Pelo contrário, foi o Sr. Hunt que durante um período omitiu de seus sócios a proposta de locação feita pela NI. O Sr. Hunt agiu em nome da CHL sem a autorização dos demais sócios e quase pôs o negócio a perder. Assim, considerando a autorização expressa dada pelo *operatingagreement*, a ausência de má-fé de McConnell e, ainda, a omissão de informação do Sr. Hunt, o grupo de McConnell concorreu com a CHL dentro dos limites legais impostos pela legislação americana.

Com a autorização expressa dada pelo *operatingagreement* (contrato social), o sócio poderá concorrer livremente com a sociedade na maior parte dos estados americanos, com exceção da Califórnia, Montana, Dakota do Norte e Oklahoma¹⁵.

De acordo com as regras estabelecidas pelo direito americano, seria possível associá-lo ao direito brasileiro e aplicá-lo de modo a estabelecer as diretrizes para não competição entre sócios? A nosso ver, sim.

IV. Da inserção das cláusulas de não competição nos documentos societários das sociedades limitadas

Pressupondo que, no Brasil, a grande maioria das sociedades limitadas são compostas de sociedades de pessoas, o ideal seria o Código Civil (LGL\2002\400) estabelecer uma regra geral, pela não concorrência de sócios de limitadas com a própria sociedade (de forma a melhor comportar a atual formação dessas sociedades na prática), permitindo, todavia, que previsão no contrato social da empresa autorizasse que os seus sócios também fossem sócios de empresas concorrentes.

Acontece, como vimos anteriormente, que essa norma cogente não existe, mesmo porque a liberdade é uma característica inata das sociedades limitadas, desde a sua criação no direito brasileiro.

Assim, em relação à disposição desses direitos de não competição, é possível afirmar que os sócios podem dispor, abrandar ou mesmo alargar os deveres fiduciários e de lealdade existentes entre eles e para com a sociedade.

Como bem diz a nomenclatura em questão, a fidúcia pressupõe confiança, e essa confiança pode ser mutualmente restringida ou alargada, a depender do acordo das partes envolvidas.

No direito norte-americano, como visto, isso é muito mais evidente, uma vez que os tipos societários costumam estabelecer de forma mais ampla quais os direitos fiduciários que podem ou não ser abdicados, bem como o efeito para a sociedade por causa desse silêncio. Não somente, a jurisprudência também já tratou de se posicionar sobre o assunto, admitindo que a convenção entre as partes prevalece sobre os princípios gerais de lealdade e confiança que devem nortear as relações entre sócios.

O direito brasileiro, por sua vez, costuma trazer conceitos mais abertos, formulados pela doutrina e jurisprudência, sendo raro a previsão em estatutos ou contratos sociais de hipóteses em que esses direitos são alargados ou diminuídos. Todavia, não seria impossível a previsão contratual desses direitos – entendendo que, no que tange às sociedades limitadas, esse tipo de previsão pode ser inserida tanto no contrato social – caso se opte por dar maior abrangência e publicidade a esses deveres – como no acordo de quotistas – de forma a limitar esse dever a alguns dos sócios ou mesmo mantê-lo privado entre as partes do acordo.

É importante ressaltar, todavia, que as cláusulas de não competição, por se tratar de obrigação de não fazer de uma parte, são consideradas disposições restritivas de direitos, uma vez que afetam, de forma temporária, o direito de livre-iniciativa de um empresário, conforme ensina Eros Roberto Grau e Paula Forgioni¹⁶:

Uma vez mais, da análise de nossa doutrina e jurisprudência resulta pacífica a conclusão de que regra bem definida orienta a hermenêutica das cláusulas de não-concorrência: sua interpretação há de ser restritiva. É princípio básico de interpretação/aplicação do direito que toda exceção deve ser interpretada/aplicada de forma estreita. Essa regra, longe de consubstanciar dogma estéril, informa decisivamente o funcionamento do sistema jurídico na medida em que represa os efeitos da exceção, de modo que ela incida unicamente nos casos em que é realmente necessário o afastamento da regra geral. Tratando-se de uma restrição aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, a cláusula de não-restabelecimento inadmite interpretação extensiva.

Ao interpretar restritivamente um contrato ou cláusula referente à obrigação de não competição, cabe àquele que interpreta uma leitura limitada, de modo que apenas o teor do que estiver efetivamente disposto e escrito poderá gerar efeitos jurídicos. Nesse sentido, é importante que o redator da cláusula deixe bem claro quais são os deveres de não competição aos quais os sócios da sociedade estão limitados a observar. É esse, inclusive, o entendimento jurisprudencial que vem sendo construído acerca da matéria¹⁷.

Portanto, entendendo ser possível, e mesmo preferível, que os sócios de uma sociedade limitada façam constar nos seus documentos societários a posição da sociedade quanto ao dever de não concorrência entre os sócios, também reforçamos a necessidade de que essa obrigação seja escrita de maneira detalhada, deixando claro exatamente quais são as obrigações dos sócios perante a sociedade.

Conclusão

Conforme exposto neste artigo, o direito brasileiro não tem uma disposição expressa sobre os direitos e deveres relativos à

obrigação de não competir dos sócios no âmbito da sociedade limitada.

Ante esta lacuna, observa-se que essas obrigações devem sempre ser analisadas ou à luz do contrato social ou de outros documentos societários, que podem prever expressamente a obrigação ou permissão do dever de não competir. Em outras palavras, uma vez que os sócios formalizam que estão de comum acordo de que um – ou outro – sócio poderá concorrer com o objeto social da empresa que fazem parte, não se estará violando o princípio da boa-fé objetiva que norteia as relações contratuais – inclusive societárias – no Brasil.

Partindo-se dessa premissa – e tomando como base a experiência do direito norte-americano – para que esta harmonia entre sócios não seja estremecida, é importante que estes definam quais são os direitos e deveres que devem compartilhar entre si, sob pena de desconstituir a *affectio societatis* e a sobrevivência de empresa.

Por um lado, silentes os contratos sociais, o aplicador do direito deverá se debruçar nas características específicas da sociedade sob estudo. No caso dessa sociedade limitada constituir uma sociedade de pessoas – com características pessoais –, entendemos que o dever de não competir seria implícito a essa sociedade, somente podendo ser violado mediante autorização expressa dos demais sócios. Por outro, tratando-se de uma sociedade eminentemente de capital, tal obrigação não poderia ser presumida, devendo constar no contrato social e nos documentos societários a expressa vedação ao dever de não competir. Assim, inverte-se a presunção aos olhos da lei.

Notas

1 CAMPOS, Aline França. A Natureza das Sociedades Limitadas: Tratamento Jurídico Conferido às Sociedades Empresárias e às Sociedades Simples. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 940, p. 185-217, fev. 2014.

2 SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 62.

3 MATIAS, João Luis Nogueira. A Natureza Híbrida da Sociedade Limitada como Elemento Definidor de sua Regência Subsidiária e Supletiva. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, p. 185-205, out.-dez. 2016.

4 CAMPOS, Aline França. A Natureza das Sociedades Limitadas: Tratamento Jurídico Conferido às Sociedades Empresárias e às Sociedades Simples. Revista dos Tribunais, São Pulo, v. 940, p 185-217, fev. 2014.

5 ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. Campinas: Bookseller, 2001.

6 Artigos 997 ao 1.038 do Código Civil.

7 Lei 6.404/1976.

8 MATIAS, João Luis Nogueira. A Natureza Híbrida da Sociedade Limitada como Elemento Definidor de sua Regência Subsidiária e Supletiva. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 9, p. 185-205, out.-dez. 2016.

9 CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada. v. I, n. 59, p. 53. Rio de Janeiro: Forense.

10 LUCENA, José Waldecy. Das Sociedades Limitadas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52 - 62.

11 PIMENTA, Eduardo Goulart. Exclusão e Retirada de Sócios: conflitos societários e apuração de haveres no Código Civil na Lei das Sociedades Anônimas, p. 46.

12 ADAMEK, Marcelo Vieira von. Abuso de minoria em direito societário. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 63-64.

13 Lembre-se de que, no direito americano, a competência para legislar acerca de questões societárias é de cada um dos estados federados.

14 Disponível em: [<https://caselaw.findlaw.com/oh-court-of-appeals/1358367.html>]. Acesso em: 19.10.2018.

15 Visto em Larson, Aaron. "How do Non-Compete Agreements Work". ExpertLaw.com. Retrieved 11 jun. 2017 (acesso em: 19.10.2018).

16 GRAU, Roberto Eros; FORGIONI, Paula Andrea. O estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 291-292.

17 "Anoto, ademais, que a cláusula 6.2, que prevê o dever de não concorrência, estabelece expressamente que a vedação se restringe a "projetos ou atividades que sejam iguais às desenvolvidas pela Pierserv". E parece elementar que qualquer cláusula que restrinja direitos deve ser interpretada de maneira literal e restritiva, sem qualquer espaço para interpretação analógica." (TJ/SP, Ap. 1102700-77.2013.8.26.0100, rel. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 09.12.2014.) "No presente caso, o instrumento do contrato de franquia não está assinado e a minuta de contrato (esta sim assinada) não prevê, de forma expressa, cláusula de não concorrência. Nesse sentido, como cláusulas extintivas de direitos devem ser claras e expressas, devendo ser feita uma interpretação literal dos termos nelas contidos, não há como impor a abstenção proposta." (TJ/SP,

EDcl 2059608-70.2015.8.26.0000/50000, rel. Fortes Barbosa, j. 05.08.2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.) .

“Embargos à execução. Instrumento particular de cessão de cotas sociais com dação em pagamento de bens imóveis e outras avenças. Ficou acordado que os adquirentes das cotas (embargantes) pagariam R\$ 5.950.000,00, dos quais apenas as três últimas parcelas ficaram em aberto (R\$ 317.789,29), o que deu ensejo à ação de execução. Cláusula de não concorrência prevista no aludido instrumento que se estenderia aos herdeiros e sucessores. A interpretação de cláusulas contratuais deve ser feita restritivamente e, no caso, deve ser entendida que a concorrência não poderia ser feita após a morte dos cedentes tanto que constou “herdeiros ou sucessores”. A cláusula não dispõe sobre “filhos”. Prova nos autos demonstrando que os filhos dos embargados constituíram sociedade empresária (Razemfix Comércio Ltda.) no mesmo município da empresa Fixopar com o mesmo objeto social desde abril de 2013. Cláusula de não concorrência que não abrange os “filhos”. As provas acostadas e a tese dos embargantes de que a empresa Razemfix foi constituída pelos filhos dos Apelados para que esses pudessem explorar o mesmo ramo de atividade, em nome dos filhos não é despida de fundamento, mas tal deveria ter sido discutida em ação própria com provas robustas e contundentes. A ação de execução não é adequada para esse tipo de discussão em que deve haver instrução probatória a fim de que se prove o conluio dos filhos dos apelados juntamente com seus pais para o exercício da empresa. A única prova acostada aos autos é a certidão da Jucesp, que demonstra um indício de fraude, mas não é suficiente para declarar a existência dela.” (TJ/SP, Ap. 1003823-94.2015.8.26.0565, rel. Enio Zuliani, j. 22.06.2016, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.)

“Como bem anotado nas manifestações da ré, o seu silêncio, mesmo que por meses, não conduz ao reconhecimento de que tais cláusulas tenham validade, vez que não se presume a sua aceitação ante o disposto no art. 428, II, do CC, porquanto realizada sem prazo a pessoa ausente, aliado ao fato de que nos negócios jurídicos benéficos e na renúncia, a interpretação de seus termos deve ser restritiva, como estipula o art. 114 do CC. Assim, por restringir o direito da ré em promover eventos similares ao de propriedade da autora, que tinha em seu histórico a realização de eventos semelhantes, era necessário que houvesse a sua expressa concordância na cláusula de não concorrência, o que inexistiu, tanto assim que foi ela riscada da minuta que lhe foi enviada pela autora. Portanto, inexistia consenso quanto a este aspecto, como também quanto à cláusula penal e, em especial seu valor. Contudo, quanto a este último aspecto, torna-se irrelevante a sua análise, uma vez que, pelo anteriormente exposto, inexistiu violação de qualquer cláusula contratual que desse ensejo à sua aplicação, mormente a alegada ofensa à impossibilidade de patrocínio de evento semelhante.” (TJ/SP, EDcl 0141577-40.2012.8.26.0100/50000, relator Paulo Celso Ayrosa M. Andrade, j. 30.06.2015, 31ª Câmara de Direito Privado.)

“Apelação cível. Ação cominatória de obrigação de não fazer c/c indenização. Agravo retido. Não provimento. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Produção de provas documental e testemunhal suficientes. Violação da cláusula de não-concorrência. Não verificação. Impedimento de não concorrência somente na indústria de corrugados. Interpretação restritiva. 1. O indeferimento da produção de prova pericial mostra-se correto quando seu acolhimento acarretaria em declaração da violação contratual, o que não ocorreu, devendo ser desprovido o Agravo Retido. 2. Não acarreta cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova pericial, quando os Recorrentes exerceram seu direito de contraditório e ampla defesa com documentos e testemunhas. 3. A cláusula de não-concorrência contida no contrato entabulado entre as partes restringe apenas a indústria de corrugado, não havendo impedimento de comércio de amido de mandioca com as demais ramificações industriais. Agravo retido e apelação desprovidos. “Com a simples leitura, constata-se que restou determinada a não-concorrência “em nenhuma das hipóteses no mercado de produtos para indústrias de corrugados (papel ondulado)”. Como bem fundamentado na sentença, essa cláusula deve ser interpretada de maneira restritiva, respeitando a previsão dos arts. 112 e 114 do Código Civil. Portanto, não há que se estender a interpretação desta cláusula para os demais mercados industriais, como pretendem as Apelantes.” (TJ-PR, 8358841 PR 835884-1” (Acórdão), rel. Vilma Régia Ramos de Rezende, j. 15.02.2012, 11ª Câm. Cív.)

“Direito empresarial. Fixação de cláusula de não concorrência. Quando a relação estabelecida entre as partes for eminentemente comercial, a cláusula que estabeleça dever de abstenção de contratação com sociedade

empresária concorrente pode irradiar efeitos após a extinção do contrato, desde que limitada espacial e temporalmente. Inicialmente, deve-se buscar, na hipótese em análise, a finalidade pretendida pelas partes ao firmarem a cláusula de não concorrência para, então, compreender-se sua adequação, ou não, à autonomia privada conformada pela funcionalização do direito privado, nos termos do art. 421 do CC. Com efeito, a restrição à concorrência no ambiente jurídico nacional, em que vige a livre iniciativa privada, é excepcional e decorre da convivência constitucionalmente imposta entre as liberdades de iniciativa e de concorrência. Saliente-se que essa mesma preocupação com os efeitos concorrenciais potencialmente negativos forneceu substrato doutrinário e ideológico a suportar a vedação de restabelecimento em casos de trespasse de estabelecimento. A referida vedação passou a integrar o ordenamento jurídico nacional por meio do art. 1.147 do CC, segundo o qual, “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. Diferentemente da hipótese em análise, a vedação ao restabelecimento nos casos de trespasse decorre de lei, o que afasta discussões acerca da proporcionalidade da medida. A par disso, tratando-se a concorrência de valor institucional a ser protegido por imposição constitucional, extrai-se a função social de cláusulas autorregulatórias privadas que se adequem a esta finalidade. Por óbvio, essa admissão deverá atender a certos limites, sob pena de se desviarem de sua função, passando a representar conduta abusiva de alguma das partes. Nesse contexto, deve também ser afastada a conclusão no sentido de que, resolvido o vínculo contratual, não teria qualquer eficácia a cláusula de não concorrência. Primeiramente, esse entendimento retira da cláusula toda sua funcionalidade, existente, como demonstrado, na medida em que protege o ambiente concorrencial de distorções indesejadas. Ademais, a exigência de conduta proba das partes, nos termos do art. 422 do CC, não está limitada ao lapso temporal de vigência do contrato principal em que inserida. Nesse diapasão, o enunciado 25 da I Jornada de Direito Civil do CJF, esclarece: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”. E, de fato, insere-se na conduta conformada pela boa-fé objetiva a vedação ao estabelecimento de concorrência entre empresas que voluntariamente se associam para ambas auferirem ganhos, bem como o prolongamento dessa exigência por prazo razoável, a fim de propiciar a desvinculação da clientela da representada do empreendimento do representante. Assim, devem ser consideradas válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela – valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente.” (REsp 1.203.109-MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06.05.2015, DJe 11.05.2015.) (sic)

Notas Sobre a Intervenção Judicial na Administração de Sociedades

*Carlos Klein Zanini*¹

*Rodrigo Salton Rotunno Saydelles*²

Considerações Iniciais

Há uns bons anos, quando recém havia ingressado no corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, deparei-me com uma situação um tanto quanto inusitada. Uma conscienciosa juíza, lotada em comarca de entrância intermediária, assistia, com a preocupação própria dos bons magistrados, ao desenrolar de um acalorado litígio envolvendo uma importante empresa gaúcha. As acusações e retruques sucediam de parte a parte, em um ritmo que não respeitava nem mesmo o escoamento dos prazos processuais. Vista sob a perspectiva de um dos lados, a empresa constituía exemplo de boa gestão; aos olhos do outro, oferecia o triste retrato de uma sociedade periclitante, manejada astuciosamente pelos administradores com o condenável propósito de dela extrair benefícios privados em detrimento dos demais sócios.

¹ Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2002). Professor Associado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRGS. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS no período de 2006-10. Chefe do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS no período de 2010-14. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS no período de 2012-16. Advogado em Porto Alegre e São Paulo.

² Aluno da Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS.

Afligida pela diversidade de versões, dando conta de cenários que não poderiam ser mais díspares e antagônicos, a zelosa magistrada da causa convidou-me para conversar sobre o caso. Cogitava-se, naquele momento, acerca da eventual intervenção judicial na sociedade, mediante a remoção de seus administradores e o apontamento de profissionais indicados pelo Juízo. De pronto, convenci-me que uma intervenção judicial radical dificilmente renderia bons frutos. A empresa em questão tinha uma complexidade operacional importante, que simplesmente faria temerária uma remoção abrupta de administradores de longa data versados nas especificidades de seu manejo.

Mais por intuição do que por conhecimento ocorreu-me então que o caso poderia merecer uma solução diferenciada. Não uma intervenção judicial ampla e radical, que removesse os administradores correntes da empresa para nomear outros, mas sim uma intervenção judicial limitada e precisa, que, embora mantendo a gestão em curso, assegurasse seu acompanhamento e fiscalização.

Lembrei-me, então, do mandamento de Hipócrates aos médicos, que ouvira pela primeira vez de meu pai, cirurgião craniofacial: *primum non nocere*. Na sonora tradução inglesa: *first, do no harm*. Ou, em português, *primeiro, não faça mal!* Pois era exatamente o que me ocorrera, intuitivamente, na conversa inaugural travada com a juíza. Em primeiro lugar, era preciso não fazer mal à empresa.

Movido pela intuição, e animado pelo mandamento de Hipócrates, fui aos livros. A doutrina pátria era, para dizer pouco, escassa. Na jurisprudência nacional, por sua vez, predominava um tratamento binário: ora se deferia a remoção dos administradores e sua substituição por outros, judicialmente nomeados; ora se denegava a medida, mantendo intocada a administração. Raras eram as soluções intermediárias.

Se no direito pátrio a perspectiva não era animadora, algum alento me foi trazido pelo estudo da experiência estrangeira. É que as cortes francesas, percebendo as agruras que inevitavelmente atingiam

as sociedades em casos mais radicais de intervenção, passaram a moderar e modular seus efeitos, na medida apenas necessária para evitar a prática de ilegalidades e assegurar o bom funcionamento da companhia. Evitava-se, *tout court*, a simples remoção dos administradores, para dar preferência à designação de uma espécie de *controlador*, denominado *contrôleur du gestion*, cuja atuação se desenvolvia em paralelo à dos administradores societariamente eleitos.

As vantagens vislumbradas pelos tribunais franceses nessa modalidade mais branda de intervenção alinhavam-se perfeitamente com aquela minha primeira intuição sentida na conversa com a juíza da causa. Se a intervenção radical pedida por uma das partes, mediante a remoção dos administradores, muito provavelmente resultaria em desastre, era possível, porém, deferi-la em menor extensão, apenas para nomear um controlador judicial com atribuições bastante específicas.

Para minha satisfação, a tese mereceu acolhida e resultou estampada em decisão judicial de primeiro grau que veio a ser posteriormente confirmada pelo Tribunal. O escopo dos poderes e atribuições assinados ao controlador judicial no caso em questão evidenciam a importante diferença existente nesta modalidade mais branda de intervenção judicial. Com efeito, incumbia ao controlador judicial: condicionar a alienação de qualquer bem integrante do ativo permanente à sua prévia aprovação; a prerrogativa de selecionar e contratar empresa de auditoria independente para efeito de auditar e analisar a conformidade da prática contábil adotada pela sociedade aos princípios gerais de contabilidade, reportando-se a referida auditoria diretamente ao controlador judicial; com respaldo na opinião técnica da auditoria externa, determinar os critérios contábeis a serem utilizados pela sociedade, especialmente no tocante aos critérios de depreciação; autorizar a assinatura ou renovação de quaisquer contratos que importassem na assunção de obrigações pela sociedade; autorizar pagamentos de quaisquer valores que não os de simples rotina; vedar, salvo motivo justificado, a prática de quaisquer atos com empresas nas quais quaisquer das partes e/ou administradores

possuam interesses, diretos ou indiretos; determinar a demissão de funcionários que resistissem ao cumprimento da ordem judicial, em toda a sua extensão, bem como autorizar o controlador judicial a exigir dos funcionários o integral atendimento às suas determinações, contanto que compatíveis com os propósitos definidos na ordem judicial; e adotar todas as medidas necessárias a fim de assegurar a integridade do patrimônio da sociedade.

Voltei a ocupar-me do tema em palestra proferida para magistrados gaúchos, organizada pela Ajuris no âmbito do programa de formação continuada, sobre hipóteses de intervenção judicial em sociedades. Mais uma vez, insisti na plena aplicabilidade do mandamento de Hipócrates a nós, operadores do direito: em primeiro lugar, não faça mal. E quanto mal pode causar à empresa uma decisão judicial que interfira indevidamente em sua administração!

A comparação entre o corpo humano, objeto central das preocupações de Hipócrates, e a empresa, da qual ora nos ocupamos, está longe de ser imprópria. Basta recordar, por exemplo, não ser estranha ao mundo jurídico a referência recorrente à existência de um *corpus iuris*.

Assim como o bom cirurgião deve cuidadosamente sopesar os efeitos colaterais adversos resultantes de sua intervenção sobre o corpo humano, também o bom magistrado deve fazê-lo ao decidir acerca da intervenção sobre a sociedade. Guardadas as devidas proporções, os danos advenientes de uma má intervenção na sociedade podem ser diferentes, mas não menores, especialmente quando se tem presente que a empresa constitui organismo vivo, gerador de trabalho e riqueza, representando relevante agente propulsor do desenvolvimento econômico-social.

Passadas duas décadas, estou convencido de que a importância do tema se mantém mais viva do que nunca. Eis então que, instigado pelo gentil convite do Prof. Ricardo Lupion, busquei, com a decisiva colaboração do monitor da disciplina que ministro na UFRGS, atualizar aquelas minhas primeiras impressões.

Introdução

A necessidade de se intervir judicialmente na administração de uma sociedade representa, em certa medida, evidência da falibilidade do direito societário. Não por outra razão durante muito tempo as Cortes norte-americanas foram refratárias quanto à possibilidade de uma tal intervenção, resultando na construção da consagrada *business judgment rule*.

A *business judgment rule* estabelece como pressuposto a liberdade por parte dos administradores de agir em nome da sociedade na persecução do objeto social³. À luz do direito norte-americano, ALLEN, KRAAKMAN, SUBRAMANIAN afirmam que uma conduta que (i) não tem interesses financeiros pessoais subjacentes, que (ii) é tomada após o administrador se informar a respeito, e que (iii) é exercida de boa-fé, estará abarcada pela *business judgment rule*:

A decision constitutes a valid business judgment (and gives rise to no liability for ensuring loss) when it (1) is made by financially disinterested directors or officers (2) who have become duly informed before exercising judgment and (3) who exercise judgment in a good-faith effort to advance corporate interests. Since the law cannot order directors to make correct decisions by fiat, it follows, in our view, that disinterested directors who act deliberately and in good faith should never be liable for resulting loss, no matter how stupid their decisions may seem ex post.⁴

No âmbito do direito brasileiro a *business judgment rule* pode ser invocada como forma de preservação da discricionariedade dos administradores a respeito da tomada de decisões negociais⁵. Em

³ RAGAZZO, Robert A.; FENDLER, Frances S. *Closely Held Business Organizations: cases, materials, and problems*. St. Paul, MN: West, 2012, p. 465

⁴ ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier; SUBRAMANIAN, Guhan. *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*. 4^a ed. New York: Wolters Kluwer Law&Business, 2012, p.231

⁵ PARENTE, Norma Jonssen. Mercado de Capitais. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 626

outras palavras, o mérito da decisão negocial não deve ser analisado pelos tribunais, devendo-se apenas atentar para as circunstâncias da tomada da decisão⁶. A regra geral deve ser a ausência de interferência externa no âmbito da sociedade⁷.

De certa forma, a intervenção judicial no âmbito da administração das sociedades pode ser considerada como a verdadeira antítese da ideia de *business judgment rule*. Mais: nomear um administrador a título de “interventor” significa, na prática, inserir um ente estranho ao corpo societário – contrariando o pressuposto de que os sócios e os administradores seriam os mais qualificados para deliberar acerca dos melhores rumos a serem trilhados pela sociedade.

Para melhor abordar o tema, as notas seguintes estarão organizadas em duas partes.

Na primeira, será feito um comparativo de como a intervenção judicial na administração das sociedades se dá no direito brasileiro e no direito estrangeiro. Em primeiro lugar, será abordado o processo de mitigação da ideia da *business judgment rule* enquanto excludente da possibilidade de intervenção judicial nas sociedades para, em seguida, analisar-se o pressuposto teórico para que ocorra tal intervenção, a saber, a falha dos mecanismos societários de absorção de conflitos. Em segundo lugar, será apresentado qual o tratamento dado ao tema em algumas legislações alienígenas.

Na segunda, serão abordados alguns aspectos práticos, analisando-se julgados recentes nos quais se decretou a intervenção judicial na administração de sociedades.

Esclarece-se, por pertinente, que não será tratada nem a situação do liquidante nem a do administrador judicial previsto pela Lei de Recuperação e Falências. A intervenção que aqui interessa é a

⁶ CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. Deveres e Responsabilidades. In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 871

⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. Grupo de Sociedades. In: *Revista dos Tribunais*, v. 647, 1989, pp. 7-22

que se produz sobre sociedade colhida no curso ordinário de seus negócios.

1. A intervenção judicial no direito brasileiro e no direito comparado

1.1. Aspectos teóricos da intervenção judicial

A *business judgment rule* tem por *ratio* subjacente o pressuposto de que os tribunais não devem dar uma segunda opinião sobre decisões de boa-fé feitas por administradores independentes e desinteressados. Nesse sentido, sustentam ALLEN, KRAAKMAN, SUBRAMANIAN que “*the business judgment rule means that courts will not decide (or allow a jury to decide) whether the decisions of corporate boards are either substantively reasonable by the “reasonable prudent person” test or sufficiently well informed by the same test*”⁸.

Entretanto, a consagração da *business judgment rule* não impediu o desenvolvimento da disciplina da intervenção judicial. Se no princípio o entendimento era o de que em hipótese alguma seria admissível a intervenção externa no âmbito da administração da sociedade, constatou-se, a *posteriori*, a existência de conflitos que não podem ser debelados sem a atuação de um terceiro.

Assim, passa-se a analisar o processo de modificação da ideia de total abstenção por parte dos tribunais em relação à administração da sociedade para a admissibilidade em casos pontuais dessa intervenção. Em seguida, se analisará o pressuposto teórico para a ocorrência dessa intervenção, qual seja, a falha dos mecanismos societários de resolução de conflitos existentes entre os sócios.

⁸ ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier; SUBRAMANIAN, Guhan. *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*. 4^a ed. New York: Wolters Kluwer Law&Business, 2012, p.228

1.1.1. Da não intervenção à possibilidade de intervenção: mitigação da *business judgment rule*

Na origem, a doutrina da *business judgment rule* foi especialmente aplicada aos casos de responsabilização ou afastamento de administradores, sendo posteriormente aplicada na generalidade das ações judiciais envolvendo questões societárias⁹. Contudo, por duas razões em especial essa doutrina foi sofrendo mitigações.

A primeira razão foi a constatação de que a *business judgment rule*, em uma aplicação extremada, poderia dar azo à uma indevida supressão de competência. Nesse sentido importa destacar a posição de EASTERBROOK&FISCHEL, autor partidário da análise econômica do direito, reconhecidamente mais propensos como defensores de uma aplicação ampla da *business judgment rule*, sobre a indevida invocação dessa doutrina como forma de suprimir a competência dos Tribunais de apreciar, decidir e intervir em litígios societários:

The standard justifications are that judges lack competence in making business decisions and that the fear of personal liability will cause corporate managers to be more cautious and also result in fewer talented people being willing to serve as directors. These are helpful but not sufficient. They do not explain why the same judges who decide whether engineers have designed the compressors on jet engines properly, whether the farmer delivered pomegranates conforming to the industry's specifications, and whether the prison system adversely affects the mental states of prisoners cannot decide whether a manager negligently failed to sack a subordinate who made improvident loans.¹⁰

A segunda razão que levou à mitigação da *business judgment rule* foi a constatação de que a completa recusa de intervir no âmbito societário poderia dar chancela ao exercício abusivo do poder de

⁹ JOHNSON, Henry F. *Strict fiduciary duty in close corporations: a concept in search of adoption*. In: *California Western Law Review*, v. 18, n^o 1, pp. 1-27, 1981

¹⁰ EASTERBROOK, Frank; FISCHEL, Daniel R. *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991

controle em detrimento dos sócios minoritários. Essa situação se mostrou especialmente preocupante nos Estados Unidos, onde a elevada dispersão acionária permite a concentração do poder de controle nas mãos da administração¹¹.

A percepção de que a deliberação da maioria dos sócios no melhor interesse da sociedade nem sempre estava presente, aliada à utilização do voto por parte de administradores ou dos controladores em defesa dos seus próprios interesses – ainda que em detrimento dos interesses da própria sociedade ou em completa desatenção aos dos sócios minoritários – deu surgimento à interpretação de que a interferência do Poder Judiciário poderia ser necessária em certos casos, atendidos certos pressupostos.

Nesse sentido, Terry O'Neill sustenta que em princípio as Cortes não devem interferir na administração da sociedade: “*as to transactions that do not involve a direct conflict of interest, however, courts generally defer to managerial decisions. This ‘hands-off’ stance is dictated by the business judgment rule*”. Com o passar do tempo, nota-se um arrefecimento dessa “deferência à administração”, sendo possível a intervenção quando os administradores ou controladores agem em desconformidade com a boa-fé ou em conflito de interesses:

The starting point is judicial deference, as expressed by the business judgement rule. Courts presume that board actions are appropriate and unless the court is moved from that position, it will defer to those actions and decline to intervene. The factors that will move a court off of its initial position have been stated in different ways in different times and they vary depending on the particular judicial context in which the question arises, but they revolve around four core issues: (1) good faith; (2) reasonable investigation; (3) conflict of interest; and (4) the substance or fairness of the transaction¹².

¹¹ BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation & private property*. New York: The Macmillan Company, 1933, p. 84

¹² THOMPSON, Robert. Toward a new theory of the shareholder role: “sacred space” in corporate takeovers. *Texas Law Review*, v. 80, dez. 2001.

Importa notar que essa mudança de concepção não se deu apenas no âmbito do direito societário. É possível perceber uma mudança de paradigmas no direito privado em geral, sendo possível de se observar uma transição de postura em relação a ideia de liberdade e da interferência estatal no âmbito da esfera privada nos últimos dois séculos de evolução do pensamento jurídico¹³. O século XIX foi marcado por um intenso liberalismo jurídico, prestigiando-se ao máximo a figura do sujeito de direito como alguém dotado de liberdade de atuação praticamente ilimitada dentro da esfera privada¹⁴.

Contudo, não é mais esse o pressuposto do direito privado. A eleição da eticidade como um dos princípios fundamentais do Código Civil demonstra a superação do formalismo jurídico típico século XIX e a abertura do sistema para valores éticos – o que se deu, por exemplo, pela inserção de cláusulas gerais¹⁵. Por sua vez, a inclusão do princípio da socialidade teve por objetivo, conforme Miguel Reale, “*superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita por um País eminentemente agrícola*”¹⁶.

Há, em verdade, uma mudança estrutural do direito privado. Uma maior permissão e aceitabilidade da intervenção judicial na administração das sociedades não constitui fato isolado, mas parte de uma tendência mais ampla – em que é admitida a interferência exógena na esfera privada do indivíduo a fim de assegurar valores caros ao ordenamento jurídico. Inclusive, pode ser apontado como uma tendência do direito societário contemporâneo a preocupação com interesses não apenas dos controladores, passando-se a atentar e a tutelar os demais *stakeholders*¹⁷ e outros interesses¹⁸.

¹³ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 295

¹⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 35

¹⁵ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 37

¹⁶ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.38

¹⁷ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 113

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 26

Entender a existência desse fenômeno de modificação da ideia de autonomia privada não pode, de forma alguma, ser compreendido como uma autorização para o juiz interferir indiscriminadamente na vida societária. Tal interferência somente se mostra legítima quando atendido um pressuposto teórico fundamental, a saber, a falha dos mecanismos *interna corporis* de absorção de conflitos.

1.1.2. Pressuposto teórico para a intervenção judicial: a falha no mecanismo de absorção de conflitos

Clóvis do Couto e Silva, ao analisar a disciplina da responsabilidade dos administradores de sociedade, sustentou que a crença em uma “técnica de absorção de conflitos” típica do direito societário, lastreada na assembleia de acionistas, tornava a intervenção judicial secundária e admissível somente em casos excepcionais¹⁹. Nesse sentido, foi justamente a partir do pressuposto da soberania da assembleia geral que se pensou a estrutura jurídica das modernas sociedades anônimas²⁰.

Essa concepção se origina após a Revolução Francesa, quando a constituição de uma sociedade anônima deixa de consistir em privilégio, passando-se ao regime de livre constituição²¹. Assim, buscou-se espelhar a estrutura jurídica das companhias no nascente Estado liberal, dando surgimento à “Teoria Democrática e da Divisão de Poderes na Sociedade Anônima”²².

O Poder Legislativo estaria representado na assembleia geral, enquanto o Poder Executivo caberia à administração. Assim, a

¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. Grupo de Sociedades. In: *Revista dos Tribunais*, v. 647, 1989, p. 15

²⁰ GARRIGUES, Joaquin. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982, p. 22

²¹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A era das sociedades anônimas. In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7

²² CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 54

administração deveria responder à assembleia, o poder legislativo, responsável por elegê-la. Essa concepção dá prevalência à assembleia em relação à administração²³: a assembleia geral é vista como o grande palco da vida societária, na qual os acionistas deveriam se reunir e deliberar sobre os melhores rumos para a sociedade.

A visão contemporânea, contudo, desmistifica a teoria democrática da assembleia – que na maioria das vezes não é mais do que um grande teatro, muito bem ensaiado, em que todos os atores sabem de antemão as suas falas, e qual deve ser o final da peça. Isso porque a adoção de novas estruturas de comando deslocou o protagonismo que a “teoria democrática” conferia às assembleias para outros agentes da realidade societária. Três fenômenos podem ser apontados como originadores deste distanciamento entre a prática societária e a teoria democrática.

O primeiro reside na figura do controlador. O controlador pode ser entendido como um órgão independente, com poderes e deveres próprios²⁴. Nesse sentido, para CARVALHOSA e KUYVEN, em havendo um grupo de controle bem definido, a assembleia geral “*passa a ser um órgão homologatório da vontade dos controladores, já previamente estabelecida*”²⁵. Por essa razão, sustentam ter sido estabelecido pela lei societária brasileira um verdadeiro “governo dos controladores”²⁶.

O segundo consiste na adoção dos acordos de acionistas como instrumento de organização do poder de controle²⁷. Esse mecanismo, quando implementado por meio de reuniões preliminares, definitivamente esvazia a assembleia geral,

²³ GARRIGUES, Joaquin. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982, p. 22

²⁴ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Sociedades Anônimas*. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 705

²⁵ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Sociedades Anônimas*. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 119

²⁶ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. *Sociedades Anônimas*. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 117

²⁷ Analisado em maiores detalhes em: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, pp. 184–195

transformando-a em instância meramente homologatória²⁸, ante à pré-determinação do conteúdo das deliberações. Neste sentido, Calixto Salomão Filho trabalha com a possibilidade de se considerar o acordo de acionistas como uma nova instância da estrutura societária, e alerta para o risco de uma perigosa mitificação de instância privada de exercício e regulação do poder societário²⁹.

O terceiro reside na ampliação do controle gerencial. O desenvolvimento de grandes companhias, com a pulverização do capital social em um grande número de acionistas, materializa a dissociação entre propriedade e controle³⁰. É justamente essa dispersão acionária que dá azo ao desenvolvimento do controle gerencial, no qual os administradores assumem de fato o controle da empresa, *“transformando-se num órgão social que se autoperpetua por cooptação”*³¹.

Como resultado, a assembleia pode deixar de representar um mecanismo eficiente para bem informar os acionistas minoritários, não servindo adequadamente à sua função de formação da vontade social e palco de discussões sobre o melhor rumo para a sociedade. LE CANNU e DONDERO chegam a mesma conclusão ao analisar a situação no direito francês: *“en réalité, les associés minoritaires sont souvent mal informés, car les mécanismes d’assemblée ne sont pas respectés, ou donnent lieu à des communications em “langue de bois” qui n’éclairent pas la réalité des choses”*³².

²⁸ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 119

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 140

³⁰ *“The fifth type of control is that in which ownership is so widely distributed that no individual or small group has even a minority interest large enough to dominate the affairs of the company. When the largest single interest amounts to but a fraction of one per cent – the case in several of the largest American corporations – no stockholder is in the position through his holdings alone to place important pressure upon the management or to use his holdings as a considerable nucleus for the accumulation of the majority of votes necessary to control”*. BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation & private property*. New York: The Macmillan Company, 1933, p. 84

³¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 60

³² LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4ª ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 835

Apesar de o empate em deliberações societárias ser a previsão legal da intervenção do judiciário no âmbito das sociedades (artigo 1.010, §2º do Código Civil³³ e artigo 129 da Lei das Sociedades Anônimas³⁴), não se desconhece a existência de outras hipóteses nas quais teoricamente é possível a ocorrência de intervenção na administração.

A ausência de regra expressa não representa uma vedação à intervenção judicial na administração das sociedades. A ineficiência dos mecanismos tipicamente societários para a solução de um determinado conflito, aliado ao risco de sacrifício de um interesse juridicamente relevante, abriu espaço para a jurisprudência desenvolver empiricamente esse mecanismo, conforme será abordado na segunda parte destas notas. Para essa construção, dois aspectos processuais merecem ser destacados: (i) a preocupação do processo civil brasileiro em tutelar o direito material e (ii) a vedação ao *non liquet*.

Em relação ao primeiro aspecto, importa destacar que o Código de Processo Civil de 2015 abriu margem para os magistrados adequarem a técnica processual como forma de melhor tutelar o direito material subjacente. Nesse sentido, o artigo 297 autoriza o juiz a adotar as medidas adequadas à efetivação da tutela de urgência³⁵. A preocupação com a efetividade da decisão judicial também foi materializada no CPC/15, no artigo 139, IV³⁶.

³³ 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.

§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz. (grifou-se)

³⁴ Art. 129. As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco.

§ 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia. (grifou-se)

³⁵ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

³⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

Ou seja, no CPC/15 o legislador se preocupou em garantir a tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. O Código de Processo Civil apresenta orientação a tutelar o direito material subjacente, se preocupando em inserir no sistema técnicas processuais aderentes ao direito material em tela.

Em relação ao segundo aspecto, a vedação ao *non liquet* significa que o juiz deve efetivamente resolver a controvérsia a ele levada – ou seja, ao juiz é vedada a possibilidade de se abster de decidir em caso de lacunas ou de obscuridade da lei. Essa regra foi incorporada no CPC/15 no artigo 140³⁷.

A vedação ao *non liquet* materializa o dogma da completude do ordenamento jurídico, que “*implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso*”³⁸.

Dessa forma, a vedação ao *non liquet*, aliada à busca de efetividade da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, aderente ao direito material subjacente à lide por parte do direito processual civil brasileiro, justificam porque é possível a intervenção judicial na administração de uma sociedade mesmo sem autorização expressa do ordenamento jurídico.

Assim, mesmo que a regra geral do direito societário seja a da não intervenção de terceiros estranhos no corpo societário, devendo-se dar preferência às técnicas *interna corporis* de resolução de conflitos, não se pode negar que, diante da ineficiência desses mecanismos, está o juiz autorizado a intervir na administração.

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

³⁷ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74

Contudo, o tema é sensível. Como a administração é responsável pela exteriorização da vontade da sociedade, deve-se atentar para a adequação da medida. A intervenção não viola *per se* o mandamento de Hipócrates: o princípio é, primeiro, não fazer mal – e esse “não fazer mal” pode ser traduzido pela máxima da intervenção mínima – entretanto, ao se constatar uma situação demasiadamente gravosa, na qual as “técnicas de absorção de conflitos” se demonstraram ineficientes, a intervenção pode ser imprescindível para que justamente o mal não seja feito. Afinal, como reza o brocardo latino, *jus est ars boni et aequi*.

1.2. A intervenção judicial nas experiências estrangeiras

A ausência de previsão legislativa expressa no Brasil sobre a intervenção judicial na administração das sociedades acentua a necessidade de se recorrer ao direito comparado como forma de propor o aperfeiçoamento do direito nacional. René David aponta que “*o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para o seu aperfeiçoamento*”³⁹. Os problemas conducentes à intervenção judicial não são exclusividades brasileiras. Ergo, a análise das experiências estrangeiras se mostra útil e pertinente, afinal, “*a ciência do direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional*”⁴⁰.

1.2.1. Direito Espanhol

O Direito Espanhol prevê na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no artigo 727, §2º, a possibilidade de se declarar a intervenção judicial

³⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 7

⁴⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 8

enquanto medida cautelar específica⁴¹. Ainda, os artigos 630 a 633 disciplinam as hipóteses de cabimento da medida, a constituição da administração, a nomeação do administrador judicial, seus poderes e responsabilidades, dentre outros aspectos.

O artigo 630 prevê o cabimento da administração judicial quando “*se embargue alguna empresa o grupo de empresas*”, quando “*se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación*” ou para “*la garantía del embargo de frutos y rentas*”.

Em relação às hipóteses de constituição, o artigo 631 prevê que para a constituição da administração judicial serão chamados a se manifestar as partes do processo que procura declarar a intervenção, os administradores da sociedade – quando essas não sejam a parte executada – e os sócios cujas ações não sejam objeto de execução para que esses cheguem a um acordo acerca dos termos da intervenção judicial.

Esse é o momento em que os interessados deverão de manifestar sobre a intervenção. Há previsão expressa no sentido de que aqueles que possuem interesse relacionado à intervenção, mas que injustificadamente não compareçam, se presumirão de acordo com os termos ajustados. Nessa ocasião, se as partes chegarem a um acordo sobre os termos, será expedido o decreto de intervenção.

Diversamente, se não houver acordo ou se uma das partes se opuser aos termos propostos, será oportunizada a produção probatória, que poderá ser exercida ou não, e o Tribunal decidirá a questão. Se se acorda sobre a intervenção judicial em uma empresa ou em um grupo de empresas, deverá ser nomeado um interventor designado pelo titular da empresa ou grupo de empresas. Diferentemente, se o fato que deu azo à intervenção foi a “penhora”

⁴¹ 2.ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

de ações correspondentes à maioria do capital social, ou da maioria dos bens pertencentes a uma empresa, deverão ser nomeados dois interventores, um indicado pelos sócios majoritários e outro pelos minoritários.

O artigo 632 dispõe sobre as responsabilidades decorrentes do cargo de administrador. Quando o administrador judicial substitui os administradores da sociedade, salvo disposição contrária, os direitos, deveres e responsabilidades do administrador judicial serão equivalentes aos do administrador de sociedade. Contudo, haverá restrições de poderes, necessitando de autorização expressa para a prática de certos atos, como a alienação de bens imóveis ou para realizar outros atos gravosos à empresa.

Por fim, o artigo 633 define que, acordada a administração judicial, será dada posse imediata ao administrador, devendo haver averbação perante o Registro Mercantil. Em havendo divergências sobre os atos praticados pelo interventor, essas deverão ser dirimidas pelo responsável por sua indicação. No final da administração judicial, deverá o interventor prestar contas às partes interessadas, que poderão impugnar no prazo de cinco dias.

1.2.2. Direito Argentino

No ordenamento argentino, a intervenção judicial se encontra regulada nos artigos 113 a 117 da Lei 19.550 – a Lei de Sociedades Comerciais. O artigo 113 define o pressuposto para a intervenção judicial: quando os administradores da sociedade realizam atos ou incorram em omissões que coloquem a sociedade em perigo grave.

Conforme o disposto no artigo 114, o proponente da ação que solicita a intervenção, além de provar sua condição de sócio, deverá demonstrar a existência do perigo e a sua gravidade.

O artigo 115 informa as espécies de intervenção: *“la intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores”*. Ou seja, há uma graduação dos tipos de intervenção, que pode ser

desde um mero fiscal, passando pela designação de coadministradores ou de administradores propriamente.

Caberá ao juiz designar a missão que deverão cumprir os administradores, e quais serão as suas atribuições. Os poderes dos interventores terão limite no contrato social e na lei. A lei outorga flexibilidade para o juiz adequar as atribuições do interventor às necessidades concretas.

O artigo 116 dispõe que o peticionante deverá prestar contracautela, conforme as circunstâncias do caso. E o artigo 117 determina que a apelação que contestar a intervenção será analisada apenas com efeito devolutivo. Essa disposição se coaduna com o pressuposto para a intervenção – o perigo à sociedade. Assim, a ausência de efeito suspensivo é medida que visa assegurar a efetividade da decisão que determina a intervenção.

No âmbito processual, o “*Código Processual Civil y Comercial de la Nacion*” regulamenta a intervenção judicial nos artigos 222 a 227. O artigo 223 apresenta a figura do “*interventor recaudador*”, que poderá ser designado a pedido de credor. A ideia subjacente é a de um “interventor arrecadador”, que não terá poderes de ingerência sobre a administração da sociedade, e tem por função precípua garantir a arrecadação do montante determinado pelo juiz.

O interventor informante é figura diversa, prevista no artigo 224. O interventor informante poderá ser designado de ofício ou a pedido de parte. Esse interventor tem por objetivo informar ao judiciário o estado dos bens da sociedade e da operação da empresa, em periodicidade a ser designada pelo juiz. Percebe-se que esse é um tipo brando de intervenção, de atribuições meramente fiscalizatórias.

O artigo 225 estabelece regras gerais aplicáveis a todos os tipos de intervenção. Primeiramente, destaca-se que há previsão de que o interventor deverá ser pessoa com os conhecimentos necessários para desempenhar as atividades decorrentes da intervenção. É critério subjetivo, referente à pessoa do interventor.

Em segundo lugar, deverá ser indicado no ato designatório do interventor a missão a ser por ele cumprida e o prazo de duração da

intervenção. Ou seja, deverá o magistrado, em decisão fundamentada, esclarecer quais objetivos devem ser alcançados através da medida.

O artigo 226 estabelece os deveres do interventor. O primeiro deles é o de exercer pessoalmente e dentro dos limites impostos pelo juiz a intervenção. O segundo é o de apresentar informações periodicamente, na frequência a ser determinada pelo juiz. O terceiro é o dever de não tomar medidas que não sejam estritamente necessárias para o cumprimento de sua função, ou que comprometa a imparcialidade do interventor perante as partes interessadas.

Em suma, a lei argentina impõe três deveres ao interventor: (i) dever de exercer pessoalmente o cargo; (ii) dever de informar; e (iii) dever de abstenção. O interventor que descumpre com os seus deveres poderá ser removido a qualquer tempo de ofício pelo juiz.

Por fim, o artigo 227 dispõe sobre a remuneração do interventor. Em regra, o interventor apenas receberá os honorários a que tem direito após ser aprovado o seu relatório final a respeito da intervenção. Caso a atuação tenha prazo de duração elevado, o juiz poderá determinar o pagamento antecipado de parte do montante devido. O interventor que for removido do cargo por exercício abusivo do seu cargo não terá direito a recebimento dos honorários previstos.

1.2.3. Direito Uruguaio

O direito uruguaio disciplina a intervenção judicial entre os artigos 184 e 188 da Lei 16.060 – “*Ley de Sociedades Comerciales*”. O pressuposto para a intervenção, trazido pelo artigo 184, se assemelha ao da Lei Argentina. É cabível a intervenção judicial quando os administradores da sociedade realizam atos ou incorram em omissões que a ponham em perigo grave, ou quando negam aos sócios o exercício de direito essencial.

A intervenção também será admitida quando os órgãos não atuarem, ou quando atuantes, não consigam tomar decisões, afetando o desenrolar da vida social. Assim, por exemplo, em uma

sociedade em que as deliberações correntemente empatem (por exemplo, dois sócios, cada um titular de 50% das participações societárias), o poder judiciário poderá ser chamado a intervir, assegurando o desenvolvimento das atividades sociais.

O artigo 186 dispõe sobre as modalidades de intervenção: (i) interventor mero fiscalizador; (ii) interventor executor de medidas específicas; (iii) interventor co-administrador e (iv) interventor administrador. O juiz deverá fixar os poderes do interventor, que não poderão extrapolar os limites impostos pelo contrato social ou pela lei. Ainda, dependerá de autorização específica a alienação de bens que componham o ativo permanente da sociedade, bem como para transigir sobre direitos, conciliar ou firmar compromissos arbitrais.

O juiz deverá fixar o prazo de duração da intervenção. Há possibilidade de prorrogação mediante decisão justificada. Ademais, o interventor poderá ser removido a qualquer tempo pelo juiz, havendo ou não justa causa para tanto.

O artigo 187 dispõe que deverão ser aplicadas aos interventores as disposições referentes aos administradores de sociedade, que servirão de regência supletiva. Por fim, o artigo 188 estabelece diálogo com o diploma processual, afirmando que as normas inseridas na Lei de Sociedades Comerciais deverão ser aplicadas sem prejuízo às disposições sobre o processo cautelar.

1.2.4. Direito Italiano

O Código Civil Italiano traz previsão sobre a intervenção judicial no artigo 2.409. O pressuposto para a intervenção consiste no fundado receio de que os administradores, em violação às suas atribuições e poderes, tenham cometido graves irregularidades na administração que possam causar danos à empresa ou à sociedade controlada.

Nesse cenário, acionistas que representem 10% do capital social, ou 5% nas sociedades que negociam ações no mercado de capitais, poderão denunciar os fatos que levaram a essa suspeita, pleiteando a intervenção judicial. Importante destacar que o direito

italiano tem previsão expressa no sentido de que o estatuto social poderá fixar percentuais inferiores aos previstos em lei para o exercício dessa prerrogativa.

Assim, o Tribunal deverá ouvir os administradores, bem como os órgãos fiscalizatórios, para poder decidir sobre a intervenção. O acionista que realizou o pedido de intervenção poderá ser chamado a prestar caução. O processo será suspenso se a assembleia vier a substituir os administradores, devendo os novos responsáveis averiguar se as impropriedades apontadas são realmente existentes.

Se forem constatadas irregularidades praticadas pela administração anterior, essas deverão ser sanadas pela nova administração, que terá a incumbência de informar o Tribunal sobre o que foi constatado e as medidas realizadas a fim de superar a situação. Se as adotadas forem insuficientes, o Tribunal poderá ordenar outras providências provisórias.

Nos casos mais graves estará o Tribunal autorizado a remover os administradores e indicar um administrador judicial, por prazo determinado, que terá os poderes e as incumbências a serem definidas no momento da sua indicação. Poderá o administrador judicial propor ação de responsabilidade contra os antigos administradores.

Antes de encerrado o mandato do administrador judicial, esse deverá reportar as suas atividades para o Tribunal que o nomeou. Ainda, deverá convocar e presidir assembleia para a nomeação de uma nova administração, podendo propor, em sendo o caso, a liquidação da companhia ou a instauração de um procedimento concursal.

1.2.5. Direito Português

O Código de Processo Civil Português disciplina a nomeação de titulares de órgãos sociais nos artigos 1.484 e 1.485. O artigo 1.484 dispõe que, diante de caso em que a lei prevê a intervenção judicial, deverá o requerente justificar o seu pedido, bem como indicar uma pessoa que considera idônea para o exercício do cargo. O Tribunal deve necessariamente ouvir o órgão de administração da

sociedade contra a qual se pleiteia a intervenção antes de nomear um interventor.

O artigo 1.484-B prevê que o interessado na destituição judicial de um administrador deverá indicar quais fatos o levaram à formulação do pedido. O requerimento de suspensão do cargo deverá ser analisado tão logo realizadas as diligências necessárias para tanto.

O administrador cujo mandato se pretende suspender deverá ser citado para contestar. Há disposição expressa no sentido de que o juiz, sempre que possível, deverá ouvir os demais sócios da sociedade e os demais administradores.

Adicionalmente, o artigo 253 do Código das Sociedades Comerciais tem previsão acerca do direito de ressarcimento do administrador judicial. A regra é a de que os administradores judiciais terão direito à indenização pelas despesas efetuadas durante o exercício da sua incumbência, bem como terão direito à remuneração pela sua atividade. Caso não haja consenso referente ao *quantum* devido, o tribunal deverá arbitrar tanto as verbas indenizatórias quanto a remuneração.

O artigo 394, por sua vez, dispõe sobre a nomeação judicial de administrador. Quando passados 60 dias sem que seja possível reunir o conselho de administração – por não haver o número de administradores efetivos e o preenchimento das vacâncias não tenha ocorrido, ou ainda quando decorrerem 180 dias do término da gestão anterior sem nova eleição, qualquer acionista poderá requerer a nomeação de um administrador judicial. O nomeado nos termos desse artigo é equiparado a figura do administrador único.

O artigo 418 do mesmo diploma regula a nomeação judicial a requerimento das minorias. A regra é a de que acionistas titulares de 10% do capital social poderão, nos 30 dias seguintes à realização da assembleia geral que elegeu os integrantes do conselho de administração e o conselho fiscal, solicitar ao Tribunal a nomeação de mais um membro efetivo e seu respectivo suplente para o conselho fiscal.

Em havendo mais de um acionista que preencha esse requisito, o Tribunal poderá nomear dois membros e dois suplentes para o conselho fiscal. Os conselheiros nomeados judicialmente exercerão as suas funções até o fim do mandato dos demais membros, podendo ser encerrado anteriormente por ordem do Tribunal que os nomeou. Há ainda a prerrogativa do conselho fiscal, mediante pedido fundado em justa causa, pleitear a substituição do membro judicialmente nomeado.

1.2.6. Direito Francês

O direito francês, desde 1966, prevê a figura do *expert de gestion* como ferramenta que permite a requisição de informações sobre determinadas operações suspeitas. A filosofia dessa técnica é compensar a assimetria informacional existente entre os diversos agentes de uma sociedade⁴².

Assim, o acionista estará autorizado a solicitar perante o poder judiciário a nomeação de um profissional para analisar o ocorrido: “*il est vrai que certains dirigeants se montrent rétifs à la transparence, pour des raisons d’inégale valeur. Dans ces conditions lorsque des opérations suspectes sont réalisées, une expertise par un professionnel peut être ordonnée en justice à la suite d’une procédure contradictoire*”⁴³. Ou seja, o *expert de gestion* tem por função precípua assegurar a transparência dos atos de gestão.

A atuação do *expert de gestion* resultará em um relatório, que estará à disposição do acionista que requisitou a nomeação desse profissional, bem como aos demais legitimados. Nesse sentido, explica LE CANNU e DONDERO: “*lorsqu’elle aboutit, elle se traduit par un rapport qui éclaire le demandeur ainsi que tous ceux qui ont qualité pour demander une telle expertise*”⁴⁴.

⁴² LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 835

⁴³ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 614

⁴⁴ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 614

Essa figura se encontra tanto no artigo 223-37, aplicável às SARL (*société à responsabilité limitée*), que apresenta semelhanças com a sociedade de responsabilidade limitada brasileira, quanto no artigo 225-231, aplicável às SA (*société anonyme*).

Analisa-se, primeiramente, o regramento referente à nomeação do *expert de gestion* no âmbito das SARL, tal qual previsto no artigo 223-37. Em relação à legitimidade ativa, a lei explicita que três são os agentes que podem pleitear a sua nomeação: (i) um ou mais sócios que em conjunto representem ao menos 10% do capital social, (ii) o Ministério Público (*Ministère Public*) ou (iii) o conselho dos trabalhadores (*comité d'entreprise*).

Em relação aos critérios para designação do *expert de gestion*, nem o artigo 223-37 e nem o artigo 225-231 dispõe especificamente. É suficiente que para a sua nomeação haja a realização de uma operação suspeita e que as informações referentes a essa operação não estejam acessíveis: “*mais il est nécessaire que certaines données relatives à ces opérations ne soient pas encore établies: si l'on sait tout, l'expertise est inutile; si l'on ne sait rien, la demande n'est pas justifiée*”⁴⁵.

Assim, o que se deve demonstrar para viabilizar a nomeação do *expert* é a existência de “presunções de irregularidade” (“*présomptions d'irrégularité*”), ou seja, a demanda deve repousar sob motivos sérios (*motif sérieux*)⁴⁶. LE CANNU e DONDERO afirmam ainda ser desnecessário esgotar outras medidas de fiscalização antes de se requisitar a instalação do *expert*⁴⁷. Preenchidos os requisitos de legitimidade ativa e demonstrados os indícios de irregularidade, será possível pleitear a nomeação do *expert de gestion*, independentemente da adoção de outras providências.

Essa noção se relaciona com a incumbência precípua do *expert de gestion*, que deve agir dentro dos poderes conferidos pelo

⁴⁵ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 835

⁴⁶ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 835

⁴⁷ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 835

juiz que o nomeou, empregando-os para cumprir a missão que foi incumbido. Não se deve pensar no *expert de gestion* como um substituto dos auditores ou como alguém que deve controlar toda e qualquer operação da sociedade; ao contrário, sua missão é a de examinar uma ou mais operações de gestão. Nesse sentido:

L'expert de gestion n'a pas à contrôler l'ensemble des opérations de la société, ni à se substituer aux commissaires aux comptes, sa mission se borne à examiner «une ou plusieurs opérations de gestion ». Les opérations visées peuvent être accomplies ou seulement en projet – du moins un projet ferme. L'expert doit seulement s'informer, et ne peut s'immiscer dans la gestion ou dans le fonctionnement des organes sociaux. C'est le juge qui détermine la mission, les pouvoirs et les honoraires de l'expert.⁴⁸

O *expert de gestion* não deve interferir no normal funcionamento da sociedade, na gestão ou nos demais órgãos sociais. É um agente que apenas deve examinar as operações de gestão que o juiz lhe incumbiu, respeitando sempre os limites impostos quando da sua nomeação.

O resultado do trabalho do *expert* será um relatório, que deverá ser encaminhado para o demandante (sócio, ministério público ou conselho dos trabalhadores), aos auditores da sociedade e à diretoria. O relatório poderá ser examinado na assembleia geral seguinte à conclusão dos trabalhos, podendo também ser utilizado em eventuais demandas judiciais.

O procedimento referente à nomeação do *expert de gestion* no âmbito das SA é semelhante ao aplicável às SARL. O artigo 225-231 contém a regulamentação específica. Inicialmente, deve o acionista elaborar os questionamentos sobre uma operação específica ao presidente do conselho de administração ou ao presidente da diretoria⁴⁹. A legitimação no âmbito das SA é diferenciada,

⁴⁸ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 836

⁴⁹ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 615

porquanto requer titularidade mínima de 5% do capital social da companhia.

Caso esses questionamentos não sejam respondidos em um mês, ou a resposta seja insatisfatória, esses acionistas poderão solicitar a nomeação do “*expert de gestion*” para elaborar um relatório sobre as operações questionadas⁵⁰. O direito à nomeação de um *expert* tende a ser visto de modo restritivo, justamente para evitar que esse instrumento seja utilizado imprudentemente, causando perturbações à rotina da sociedade.

É por essa razão que se entende que o conceito de “*opération de gestion*” sujeito à fiscalização por meio do *expert* sofre restrições, não abarcando, por exemplo, o conjunto da gestão ou a contabilidade da sociedade, que deve ser analisada pelos auditores⁵¹, ou os atos que não são “de gestão” propriamente ditos, afastando os atos autorizados pela assembleia⁵².

Caso o pedido de nomeação de *expert de gestion* seja elaborado pelo ministério público, pelas autoridades do mercado de capitais – em se tratando de companhia aberta – ou pelo comitê dos trabalhadores, entende-se desnecessária a fase prévia de solicitação de informações aos membros da diretoria⁵³. Ou seja, para os agentes legitimados não-acionistas, a fase preliminar é dispensada, contudo, deve-se igualmente apontar o ato de gestão sob suspeita.

Com exceção dessas diferenças, o regramento relativo ao *expert de gestion* é o mesmo para as SA e para as SARL. Assim, tal qual nas sociedades de responsabilidade limitada, deve o juiz fixar os poderes e atribuições do *expert*, a remuneração a que faz jus e a missão que deve ser cumprida. Igualmente, o trabalho do *expert* resultará em um relatório, que poderá ser utilizado para as mais variadas medidas: deliberação na assembleia geral seguinte para

⁵⁰ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 616

⁵¹ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 616-617

⁵² LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 835

⁵³ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 618

fins de responsabilidade civil, eventual responsabilidade penal ou administrativa, declaração de invalidade de certos atos, dentre outros⁵⁴.

Ainda, há a figura do “*contrôleur de gestion*”, que se distingue do “*expert de gestion*”. O “*contrôleur de gestion*” é criação jurisprudencial, e visa atuar nos casos em que é necessária uma intervenção mais drástica do que a lei prevê para o “*expert de gestion*”, conforme se depreende da seguinte decisão:

“SOCIÉTÉS EM GÉNÉRAL. Administrateur provisoire. Achèvement de la mission. Contrôleur de gestion. Lorsqu’une société traverse une crise, les tribunaux ont de plus en plus tendance à réserver la désignation d’un véritable administrateur provisoire, se substituant totalement aux dirigeants, aux cas les plus graves. Au contraire, chaque fois que cette mesure leur paraît suffisante, ils préfèrent ne nommer qu’un administrateur ad hoc, investi d’une attribution déterminée, voire un mandataire chargé de simples mesures d’assistance, de surveillance ou de conciliation. Conformément à cette tendance, la Cour de Paris, après avoir constaté qu’une dissension entre actionnaires était en voie d’apaisement, met fin aux fonctions d’un administrateur provisoire et confie à celui-ci ‘une mission spéciale d’assistance et de contrôle qui garantie les acquis sociaux sans compromettre l’exercice des pouvoirs de décision et de gestion dévolus aux organes qui en ont été régulièrement investis’.⁵⁵⁵⁶

⁵⁴ LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés*. 4^a ed. Paris: Montchrestien, 2012, p. 618

⁵⁵ Comentários ao acórdão da Corte de Apelação de Paris, 1^{re} câm., 7 juin 1990, publicado na Revue des Sociétés, n. 3, jul-set, 1990, p. 478.

⁵⁶ Tradução livre: “SOCIEDADES EM GERAL. Administrador provisório. Cumprimento de sua função. **Controlador da gestão. Quando uma sociedade atravessa uma crise os tribunais têm manifestado uma tendência cada vez mais freqüente a reservar a designação de um verdadeiro administrador provisório, em substituição total aos dirigentes, aos casos mais graves.** De outra parte, cada vez que essa medida lhes parece suficiente, eles [os tribunais] preferem nomear um administrador ad hoc, investido de atribuições determinadas, seja um mandatário encarregado de simples medidas de assistência, de supervisão ou de conciliação. Em conformidade com essa tendência, a Corte de Paris, após ter constatado que uma divergência entre acionistas encontrava-se em vias de ser apaziguada, coloca fim às funções de um administrador provisório e lhe confia ‘uma missão especial de assistência e de controle que garante as aquisições sociais sem comprometer o exercício dos poderes de decisão e de gestão restituídos aos órgãos que neles foram regularmente investidos’”. (grifou-se)

O *contrôleur de gestion* mostra-se como modalidade interventiva mais aguda do que a nomeação de um *expert de gestion*.

2. Aspectos práticos da intervenção judicial

Analisado o processo de mitigação da ideia de *business judgment rule* como vedação absoluta à intervenção de entes estranhos à empresa na vida social, e constatada a falibilidade dos mecanismos tipicamente societários de resolução de controvérsias, pode-se perceber que a intervenção judicial é o amargo remédio para se assegurar interesses juridicamente relevantes em determinadas circunstâncias. Remédio esse que deve ser ministrado apenas na dosagem necessária, atentando-se sempre para o mandamento de Hipócrates, não se devendo jamais esquecer que a intervenção judicial na administração de sociedade deve ser sempre a exceção.

Percebeu-se que o instituto é consagrado em diversas legislações estrangeiras. Cada país adota pressupostos e modalidades próprias, não havendo de se falar em um modelo único. Assim, importa analisar a situação perante os tribunais brasileiros, para se verificar, a partir da casuística, como ocorre a modulação dos poderes dos interventores e quais são as situações que autorizam a atuação por parte dos tribunais.

2.1. A intervenção judicial na visão dos tribunais

A despeito da ausência de previsão legal expressa, a nomeação de interventores judiciais no âmbito da administração das sociedades constitui fenômeno presente na realidade dos Tribunais, como se verá da compilação de casos arrolados na sequência.

A seguir, serão analisados julgados em que os Tribunais declararam a intervenção judicial na sociedade. Esses casos estão agrupados a partir do grau de intensidade da intervenção na administração, adotando-se tipologia inspirada na legislação uruguaia.

O artigo 186 da *Ley de Sociedades Comerciales* uruguaia traz as seguintes modalidades de intervenção: “*la intervención podrá consistir en la designación de un mero veedor, de un ejecutor de medidas concretas o de uno o varios coadministradores. También podrá designarse uno o varios administradores que desplazarán provisoriamente a quienes desempeñen tales funciones*”. Assim, a tipologia a partir da qual se classificarão as decisões será: (i) interventor “observador de gestão”; (ii) interventor “cogestor”; (iii) interventor “gestor” e (iv) interventor “executor de medidas específicas”.

De toda sorte, destaca-se, preliminarmente, que a intervenção judicial no âmbito da administração de sociedades deve sempre buscar ser a menos invasiva possível, sendo admissível somente no que for necessário para assegurar a tutela dos bens jurídicos em risco. Essa posição já foi reconhecida pelo STJ, quando do julgamento da Medida Cautelar 14.561-BA, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi⁵⁷.

⁵⁷ MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AFASTAMENTO DE SÓCIO MAJORITÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE.

- Enquanto pende de decisão, na Corte Especial do STJ, a pacificação quanto ao cabimento de mandado de segurança para impugnar a decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo formulado em agravo de instrumento (decisão essa reputada irrecurável pela nova redação do art. 527 do CPC), convém, nos pedidos de medida liminar, manter o posicionamento anterior da Terceira Turma, no sentido do cabimento da medida.

- **As discussões judiciais acerca da administração de sociedades limitadas deve caminhar, via de regra, não para a intervenção judicial na empresa, que só ocorrerá em hipóteses excepcionais, mas para a responsabilização do administrador improbo, para a anulação de negócios específicos que prejudiquem a sociedade ou, em última análise, para a retirada do sócio dissidente ou dissolução parcial da empresa.**

- A atuação do Poder Judiciário em causas que versem sobre a administração das sociedades deve pautar-se sempre por um critério de intervenção mínima. A Lei permite o afastamento de sócio majoritário da administração da sociedade, mas isso não implica que ele perca os poderes inerentes à sua condição de sócio, entre os quais está o poder de nomear administrador. Todavia, na hipótese em que o sócio separou-se de sua ex-esposa, sem elementos que dêem conta da realização de partilha, todo o patrimônio do casal permanece em condomínio pródiguo, de modo que é razoável a interpretação de que a ex-esposa é detentora de direitos sobre metade das quotas detidas pelo marido. Isso, em princípio, retira do sócio afastado a maioria que lhe permitiria a nomeação de novo administrador.

- Com isso, a melhor solução para a hipótese dos autos é a manutenção da decisão recorrida. (grifou-se)

2.1.1. O interventor “observador de gestão”

O interventor judicial “observador de gestão” representa a modalidade mais branda de intervenção. Nela, não há atribuição de poderes de ingerência na vida da sociedade ao interventor. Igualmente, não há remoção de administradores, sendo antes de mais nada uma forma de assegurar a idoneidade dos atos de gestão a serem praticados.

O “Caso Fábrica de Troncos Romancini”⁵⁸, julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, exemplifica a ideia do interventor “observador de gestão”. Trata-se de ação de dissolução de sociedade limitada, com pedido de afastamento de sócio da administração da sociedade, em que ambos os sócios teriam praticado atos contrários ao contrato social.

No caso, entendeu-se como desnecessário afastar o sócio da administração como forma de assegurar a adequada administração da sociedade. A partir dos princípios da intervenção mínima e preservação da empresa, o Tribunal entendeu que a nomeação de um interventor era medida suficiente para atender a tutela pretendida, qual seja, assegurar a integridade da sociedade. Nesse sentido:

Com base nos princípios da intervenção mínima e da preservação da empresa, bem como na possibilidade de o magistrado determinar medidas que visem assegurar a tutela provisória e especialmente porque tal medida é menos drástica do que suspender os poderes de administração de ambos os sócios, o que, diga-se de passagem, seria plenamente possível, se mostra adequado a nomeação de um interventor judicial para acompanhar os atos de administração desempenhados pelos sócios.

Teve-se por pressuposto que, no caso concreto, o afastamento de qualquer um dos sócios da administração da sociedade seria temerário, pois ambos possuíam quantidade idêntica de quotas, e havia suspeitas de que ambos teriam extrapolado seus poderes de

⁵⁸ TJPR. Agravo de Instrumento 0046491-20.2018.8.16.0000. Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea, 18ª Câmara Cível. J. em: 05.06.2019

gestão⁵⁹. O Tribunal afirmou que, no caso, os sócios não pareciam possuir as mínimas condições de por si só atuarem conjuntamente na administração, sendo essa a premissa que levou à conclusão de que a nomeação de um interventor judicial com atribuições essencialmente fiscalizatórias seria a melhor medida a ser tomada.

O Tribunal oportunizou às partes prazo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir da publicação da decisão, para nomearem de forma conjunta um interventor judicial. Caso as partes não chegassem a um consenso, foi previsto que o Tribunal nomearia um interventor judicial da sua confiança.

Em relação aos poderes, o Tribunal determinou a natureza fiscalizatória da intervenção, sem, contudo, explicitar quais seriam os poderes e as prerrogativas que teria o interventor. Ainda, estipulou a possibilidade de o magistrado condutor dos autos aumentar os poderes conferidos a qualquer tempo.

O TJPR, no “Caso Cruzado Forte Comércio e Indústria LTDA”⁶⁰, também nomeou administrador judicial com atribuições meramente fiscalizatórias. *In casu*, a sociedade era composta por dois sócios, cada um detentor de 50% do capital social. Diante do estado de animosidade, um dos sócios pediu o afastamento do outro da administração, sob o argumento de quebra da *affectio societatis* e impossibilidade de continuidade da administração conjunta.

⁵⁹ Trecho do inteiro teor: “Desta forma, ainda que não haja pedido explícito na petição inicial sobre a possibilidade de nomeação de um interventor judicial (que não se confunde com a figura do administrador judicial), não se pode ignorar que há demanda proposta por ambos os sócios, a fim de que o sócio adverso seja excluído da sociedade, sendo ambos pedidos baseados em situação semelhante: outorga de poderes de administração para terceiros, o que viola frontalmente o contrato social, sendo tal afastamento imprescindível para manutenção da empresa e para que não haja novas ilicitudes cometidas. Entretanto, o pedido de afastamento de qualquer sócio da administração da sociedade se mostra temerário, pois além de os sócios possuírem quantidade idêntica de cotas sociais e serem igualmente responsáveis pela administração da sociedade, aparentemente ambos cometeram faltas que violaram o contrato social. Sendo assim, em casos como dos autos, deve-se observar o princípio da intervenção mínima, preservando a autonomia da empresa agravante, o bom funcionamento e a independência empresarial. Aliás, esclarece que o afastamento de ambos os sócios acarretaria na necessidade tácita de nomeação de um administrador judicial, a fim de preservar a empresa.”

⁶⁰ TJPR. Agravo de Instrumento 1.415.805-7. Des. Luis Espindola. 18ª Câmara Civil. J. em: 16.03.2016

Diante da situação concreta, com fundamento no seu poder geral de cautela, e tendo em vista a preservação da atividade empresarial e da lisura da administração, entendeu o Tribunal que a melhor medida a ser tomada era a nomeação de um interventor. Destacou-se que, naquele momento, o interventor deveria se restringir à fiscalização da administração da sociedade, devendo o sócio administrador cujo afastamento era pretendido prestar contas de todos os atos praticados.

Por fim, destacou-se que a nomeação de um interventor, aos moldes de um “observador de gestão”, asseguraria a lisura na administração da sociedade. A preferência pela nomeação de um interventor fiscalizador foi considerada medida menos drástica do que a remoção do outro sócio da administração da sociedade.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no “Caso Pedro Maffini e Filhos”⁶¹, a figura do interventor fiscalizador também foi empregada. O contexto era de extrema animosidade entre os sócios. Por essa razão, a fim de preservar o empreendimento, o Tribunal entendeu por bem nomear terceira pessoa imparcial para fiscalizar a administração da sociedade até a solução definitiva do conflito.

Assim, o “observador de gestão” representa a mais branda modalidade de intervenção judicial na administração da sociedade. O interventor deve apenas fiscalizar a gestão dos administradores, evitando a ocorrência de fraudes ou desvios. Nessa situação, o nomeado atuará como os olhos do juiz, devendo a ele reportar eventuais indícios de irregularidades.

2.1.2. O interventor cogestor

A nomeação de um cogestor é medida interventiva mais aguda do que a nomeação de um “observador de gestão”. Se naquela modalidade o interventor deve atuar como mero fiscal, observando

⁶¹ TJRS. AI 70012576989. Des. Cacildo de Andrade Xavier. 6ª Câmara Civil. J. em: 28.09.2005

a gestão da sociedade, prezando pela lisura na administração, a nomeação de um cogestor confere poderes de administração à pessoa estranha ao corpo societário.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no “Caso Concredez Concreto LTDA”⁶² se valeu dessa modalidade interventiva. O Tribunal reconheceu se tratar de medida extrema, mas ponderou ser necessária em casos em que uma resposta rápida é necessária para garantir a preservação do patrimônio da empresa.

Essa foi a ponderação do Tribunal para nomear um interventor judicial para agir de forma compartilhada com outro sócio administrador. Argumentou-se ainda que a medida era necessária haja vista eventuais fraudes praticadas em abuso de personalidade jurídica e desvio de finalidade.

Em relação aos poderes, definiu-se que o interventor indicado pelo tribunal realizasse apenas a administração judicial financeira, sem ingerência na parte administrativa e operacional. Autorizou-se que o administrador judicial acompanhasse à distância via on-line as movimentações financeiras, além de conferir a prerrogativa de assumir obrigações em conjunto com o sócio administrador.

No Caso Concredez Concreto LTDA é possível perceber que os poderes conferidos ao interventor judicial não se restringiram à mera fiscalização e acompanhamento, como ocorre nos casos em que se nomeia um interventor “observador de gestão”. Embora o cunho fiscalizatório também estivesse presente, nesse caso de nomeação de cogestor foram conferidos poderes mais amplos, de efetiva administração financeira da sociedade.

No “Caso Cauzzo Serviços Assistenciais LTDA”⁶³ também é possível observar a instauração de um sistema de cogestão. Nessa situação, o sócio majoritário e também administrador foi afastado por medida liminar. Inconformado, apresentou recurso de apelação,

⁶² TJRS. Agravo de Instrumento 70073131286. Des. Luís Augusto Coelho Braga. 6ª Câmara Civil. J. em: 11.05.2017

⁶³ TJRS. Apelação Civil 70056058050. Des. Luís Augusto Coelho Braga. 6ª Câmara Civil. J. em: 18.09.2014

alegando que os demais sócios que pleitearam o seu afastamento, após assumirem a administração da sociedade por força da medida liminar que o afastou, iniciaram uma demissão em massa de funcionários, acarretando despesas com as rescisões, além de estarem praticando atos contrários ao interesse da sociedade.

A Corte gaúcha, reconhecendo a situação conflituosa, além das dificuldades econômicas que a empresa vinha enfrentando, bem como sopesando a gravidade dos fatos apontados, decretou a nomeação de um interventor judicial para coadministrar a sociedade. Definiu-se o prazo de um ano, sendo esse prorrogável, para que o interventor judicial administrasse a sociedade em conjunto com os demais administradores.

Ainda, assegurou-se o acesso do interventor cogestor aos livros contábeis e fiscais da sociedade, devendo esse exercer a administração financeira, sem interferir na parte administrativa e operacional. Ademais, foi incumbido de realizar o acompanhamento diário de todas as movimentações financeiras, faturamentos e estoques, bem como averiguar as dívidas bancárias e fiscais, a capacidade de pagamento da empresa e retratar a evolução econômica da empresa.

Em relação ao apelante, sócio majoritário e ex-administrador, judicialmente afastado, assegurou-se o direito de acompanhar e de exercer de forma compartilhada as prerrogativas do interventor judicial. Assim, nesse caso, houve a inserção de um terceiro estranho à sociedade para exercer, em conjunto com os demais administradores, a gestão da empresa no que se refere aos aspectos financeiros.

No caso “Transportadora Cadomar LTDA”⁶⁴ também é possível observar decisão semelhante. Constatou-se desvio de finalidade por parte de um dos sócios administradores, que constituiu outra sociedade empresária para exercer a mesma atividade da sociedade da qual era administrador.

Diante dessa situação, o Tribunal entendeu ser pertinente a nomeação de um interventor judicial cogestor, a fim de coibir eventuais

⁶⁴ TJRS. Agravo de Instrumento. 70058700337. Des. Giovanni Conti. 6ª Câmara Cível. J. em: 29.05.2014

fraudes praticadas em abuso de personalidade jurídica, evitar o desvio de finalidade e assegurar que não haveria confusão patrimonial. Assim, nomeou-se interventor para realizar a administração financeira, não podendo interferir na parte operacional.

No “Caso Ecotires Soluções Ambientais”⁶⁵ uma das sócias requisitou ao Tribunal a sua nomeação como administradora da sociedade, em substituição aos demais administradores, que, alegadamente, estariam agravando a situação econômica da empresa. Para tanto, sustentou desídia dos administradores à época, por deixarem vencer as licenças ambientais necessárias, além de estarem propositadamente dilapidando o patrimônio social, a fim de não restar nada para a divisão entre os sócios em sede de dissolução de sociedade.

Destaca-se que o voto vencedor elencou situações em que caberia a nomeação de um interventor judicial nos moldes de cogestão. A quebra de *affectio societatis* e risco de desvio patrimonial por parte dos administradores foram tidos como situações que autorizariam a intervenção na sociedade por meio da nomeação de um gestor. Ademais, interessa destacar o recurso ao direito comparado, utilizando expressamente a Lei Argentina como inspiração.

Assim, nomeou-se interventor gestor, autorizado a praticar atos referentes à administração financeira da sociedade, como forma de coibir abusos e fraudes, sendo-lhe vedado intervir na administração da operação. Por fim, assegurou-se à sócia que ingressou com o recurso a prerrogativa de exercer conjuntamente com o interventor gestor os poderes a ele atribuídos.

2.1.3. O interventor gestor

A nomeação de um gestor, aliada à destituição dos administradores de uma sociedade, constitui a medida mais drástica passível de determinação judicial.

⁶⁵ TJRS. Agravo de Instrumento. 70070095690. Des. Luís Augusto Coelho Braga. 6ª Câmara Civil. J. em: 30.03.2017

A título exemplificativo, no “Caso da Transportadora e Empreiteira Cezarin”⁶⁶, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a impossibilidade de convivência entre os sócios pode recomendar o afastamento de um deles da administração, com a respectiva concessão de poderes exclusivos aos demais sócios. A ideia subjacente é a de que a nomeação de terceira pessoa, estranha ao negócio, para administrar a sociedade, configuraria medida extremamente gravosa, devendo apenas ser cogitada quando nenhum dos sócios teria condições de prosseguir na administração.

Ainda, o entendimento do TJSP foi o de que a intervenção judicial mediante a nomeação de gestor é ato que necessariamente deve ter tempo de duração determinado. No “Caso Diana Paolucci SA”⁶⁷, o Desembargador Ricardo Negrão entendeu que o pedido de intervenção judicial por prazo indeterminado, e não a intervenção em um ou outro ato de gestão da sociedade, é juridicamente impossível.

Diferentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já reconheceu a possibilidade de nomear terceiro para administrar a sociedade enquanto perdurar ação de dissolução parcial de sociedade. No “Caso FMF Fruticultura”⁶⁸ o Tribunal entendeu que em dissolução e liquidação de sociedade, marcada por reconhecida animosidade entre os sócios, a presença de versões antagônicas e acusações recíprocas configura prática recorrente.

À luz do caso concreto, em que havia sérias acusações trazidas por um dos sócios, reconheceu-se a necessidade de nomear terceiro para administrar a sociedade até que os fatos fossem apurados. Destaca-se que os administradores afastados não eram sócios da sociedade.

Assim, o entendimento foi no sentido de que o melhor seria a nomeação de terceiro imparcial para administrar a sociedade, sob a

⁶⁶ TJSP. Agravo de Instrumento 2251278-66.2016.8.26.0000. Des. Ênio Zuliani. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. J. em: 21.08.2017

⁶⁷ TJSP. Agravo de Instrumento 0240465-87.2011.8.26.0000. Des. Ricardo Negrão. Câmara Reservada de Direito Empresarial. J. em: 15.05.2012.

⁶⁸ TJRS. Agravo de Instrumento 70009719071. Des. Artur Arnildo Ludwig. 6ª Câmara Cível. J. em: 10.11.2004

devida fiscalização do juízo, até que se decidisse sobre a dissolução e liquidação da sociedade. O Tribunal preferiu nomear terceiro não-sócio como administrador, com o receio de que, se nomeasse algum dos sócios, a animosidade existente poderia ser agravada, em detrimento do bom desenrolar do processo.

Solução semelhante foi adotada no “Caso Braspel”⁶⁹. Tratava-se de sociedade empresária cujos únicos sócios eram um casal. Contudo, havia acusações recíprocas de má administração da empresa e de desvio de recursos. Diante de grande animosidade, o Tribunal constatou não ser mais viável a administração conjunta da sociedade.

Assim, com o intuito de preservar a empresa, e assegurar que o patrimônio não fosse dilacerado até que os sócios o partilhassem, entendeu por bem o Tribunal que a administração deixasse de ser exercida por qualquer um deles, devendo ser nomeado interventor judicial gestor de sociedade. Dessa forma, removeu-se da administração os sócios em litígio, conferindo-se a um terceiro a administração da sociedade.

Igualmente, no “Caso Comércio Maria e Maurício”⁷⁰, havia situação em que o casal explorava conjuntamente a atividade econômica. Contudo, a separação tornou a situação litigiosa, inviabilizando a atuação conjunta em prol do exercício da atividade. O Tribunal entendeu ser imprescindível a intervenção de terceiro alheio ao litígio para exercer a administração até o final da partilha.

O “Caso Feline Comercial de Alimentos LTDA.”⁷¹ empregou a nomeação de um interventor gestor como medida alternativa à suspensão das atividades, tal qual pleiteado pelo Ministério Público. A sociedade empresária, que mantinha contratos com a administração pública, estava sendo investigada por crimes contra

⁶⁹ TJRS. Agravo de Instrumento 70019122480. Des. Rui Portanova. 8ª Câmara Cível. J. em: 10.05.2007

⁷⁰ TJRS. Agravo de Instrumento 70053629440. 7ª Câmara Cível. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. J. em: 08.05.2013

⁷¹ TJRS. Mandado de Segurança 70070398540. Des. Newton Brasil de Leão. 4ª Quarta Câmara Criminal. J. em: 20.10.2016

relações de consumo, organização e associação criminosa, supostamente praticados por seus representantes.

A acusação era a de que o administrador da Feline Comercial de Alimentos LTDA fornecia alimentos impróprios para o consumo, descumprindo os termos do contrato celebrado com o poder público. Constatou-se que o sócio administrador se valia das empresas para a prática das atividades sob investigação, razão pela qual se pleiteou a decretação de suspensão do exercício da atividade econômica tanto pela pessoa física do investigado quanto pelas pessoas jurídicas de quem o investigado era sócio.

O Tribunal, ao analisar a questão, entendeu que a medida de paralisar o prosseguimento da atividade era demasiadamente drástica para ser tomada naquele momento do processo. Como as práticas delitivas estavam associadas à figura do sócio, preferiu-se permitir o prosseguimento das atividades através da nomeação de interventor judicial para assumir a gestão.

2.1.4. O interventor executor

Outra modalidade de interventor é a do “interventor executor”. Nessa situação, não se busca nem a fiscalização nem a gestão/cogestão da atividade. A função do “interventor executor” residiria em assegurar o cumprimento de certas decisões, garantindo a sua efetividade.

Diferentemente dos demais casos de intervenção, em que se confere ao interventor poderes para cumprir uma certa função, nesse caso de intervenção o que há é a designação de um ato em específico que deve ser cumprido. Em outras palavras, não se trata de conferir poderes genéricos de fiscalização ou de administração, mas de nomear um interventor para dar efetividade a uma decisão determinada, realizando ato específico.

No “Caso Lojão da Praça Comércio e Móveis Eletrodomésticos LTDA”⁷² as quotas de um dos sócios haviam sido penhoradas. Como forma de garantir a preservação do valor das quotas para futura conversão em dinheiro, foi nomeado interventor judicial, estranho ao quadro societário.

Especificou-se que esse interventor não teria poderes de gestão sobre a sociedade. O Tribunal explicitou que não havia necessidade de se conferir poderes de intervenção, pois o objetivo era apenas assegurar a efetividade da execução.

No “Caso da Zappellini Veículos LTDA”⁷³ utilizou-se a figura do interventor executor como meio para dar efetividade à condenação a uma obrigação de fazer. Trata-se de caso que foi julgado no contexto de uma ação civil pública, que pleiteou o afastamento dos sócios da administração da sociedade e a nomeação de interventor judicial. O interventor nomeado foi incumbido de proceder à retirada de pinheiros plantados pelos réus da ação civil pública de forma irregular, para fins de exploração comercial. Ainda, incumbiu-se o interventor da missão de recompor a área degradada através do plantio de espécies nativas⁷⁴.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se valeu da nomeação de interventor executor como forma de assegurar a execução de dívida. No “Caso Cláudio Vogel Filho&Cia LTDA” nomeou-se interventor judicial para assegurar a efetividade das medidas executivas, bem como para garantir o cumprimento da prestação devida ao credor. Do acórdão, merece destaque o seguinte trecho:

⁷² TJSC. Agravo de Instrumento 2005.024142-9. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. 2ª Câmara de Direito Comercial. J. em: 24.08.2006

⁷³ TJSC. Agravo de Instrumento 2012.072051-8. Des. Luiz César Medeiros. 3ª Câmara de Direito Público. J. em: 23-04-2013

⁷⁴ Trecho do inteiro teor: “Com fundamento nos arts. 644 e 461, § 5º, do Código de Processo Civil, a medida ora questionada foi tomada com a finalidade de dar cumprimento à tutela específica definida em sentença que não teve sua exequibilidade suspensa. Assim, considerando que a intervenção do administrador judicial na propriedade dos recorrentes confere eficácia imediata à obrigação de fazer e não fazer determinada judicialmente no intuito de preservar o meio ambiente ameaçado de degradação”

A decisão é justificada, e se trata de nomeação de administrador apenas para a efetivação das medidas executivas impostas, que demandem da cooperação da gestão interna e financeira da empresa, e não para a administração geral da atividade empresarial visando a reabilitação da saúde financeira da mesma, sendo o pedido, na verdade, um pleito pela instauração de plano de recuperação judicial de empresa, não sendo cabível por esta via recursal, devendo o agravante ajuizar a demanda específica para tal fim (se for o caso).

2.1.5. Outras modalidades de intervenção: o “administrador-depositário” e a intervenção judicial no âmbito da Lei Federal 12.529/2011

O Código de Processo Civil traz a figura do “administrador depositário”, que se enquadra no escopo proposto de um “interventor executor”, haja vista conferir poderes específicos para a realização de uma determinada e específica missão. Há três situações em que o CPC/15 prevê essa figura: (i) no caso de haver penhora sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou sobre semoventes, plantações ou em edifícios em construção (artigo 862)⁷⁵; (ii) no caso de penhora de percentual de faturamento de

⁷⁵ Art. 862. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifícios em construção, o juiz nomeará administrador-depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias o plano de administração.

§ 1º Ouvidas as partes, o juiz decidirá.

§ 2º É lícito às partes ajustar a forma de administração e escolher o depositário, hipótese em que o juiz homologará por despacho a indicação.

§ 3º Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador.

§ 4º Sendo necessário afastar o incorporador da administração da incorporação, será ela exercida pela comissão de representantes dos adquirentes ou, se se tratar de construção financiada, por empresa ou profissional indicado pela instituição fornecedora dos recursos para a obra, devendo ser ouvida, neste último caso, a comissão de representantes dos adquirentes. (grifou-se)

empresa, (artigo 866, §2º)⁷⁶; e (iii) no caso de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel (artigo 868)⁷⁷.

Por sua vez, a Lei 12.529/2011 (“Lei do CADE”), no artigo 102, traz previsão expressa de intervenção judicial. A modalidade de intervenção prevista nesse dispositivo se assemelha à do “interventor executor”⁷⁸. A mesma lei, no artigo 107, §2º, contém previsão passível de enquadramento na modalidade do “interventor gestor”⁷⁹, por conferir-lhe plenos poderes de administração.

⁷⁶ Art. 866. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

§ 1º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

§ 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 3º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel. (grifou-se)

⁷⁷ Art. 868. Ordenada a penhora de frutos e rendimentos, o juiz nomeará administrador-depositário, que será investido de todos os poderes que concernem à administração do bem e à fruição de seus frutos e utilidades, perdendo o executado o direito de gozo do bem, até que o exequente seja pago do principal, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

§ 1º A medida terá eficácia em relação a terceiros a partir da publicação da decisão que a conceda ou de sua averbação no ofício imobiliário, em caso de imóveis.

§ 2º O exequente providenciará a averbação no ofício imobiliário mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial. (grifou-se)

⁷⁸ Art. 102. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado. (grifou-se)

⁷⁹ Art. 107. O juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor, devendo eventual substituição dar-se na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1º Se, apesar das providências previstas no caput deste artigo, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o juiz procederá na forma do disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o juiz determinará que este assumirá a administração total da empresa. (grifou-se)

Considerações Finais

O apelo contido no mandamento de Hipócrates – primeiro, não faça mal – comporta aplicação mais ampla do que a circunscrita aos profissionais da Medicina.

O bom juiz, confrontado com requerimento de intervenção judicial em determinada sociedade, há de sobre ele debruçar-se com redobrada cautela. Deve perscrutar os fatos e avaliar a prova. Deve auscultar a empresa. Deve, com serenidade e temperamento, desnudar as versões das partes dos seus naturais exageros.

O bom juiz, tendo concluído que a intervenção judicial efetivamente se impõe, deve cuidadosamente modular sua extensão. Deve buscar antecipar seus efeitos. Deve estar atento aos riscos e complicações inerentes à sua execução. Acima de tudo, deve ter a humildade de reconhecer que a melhor solução, nesta seara, haverá de ser necessariamente temporária, sujeita à permanente revisão.

Como escreveu René Leriche⁸⁰, em seu Tratado da Cirurgia: “Todo cirurgião carrega dentro de si um pequeno cemitério, ao qual de tempos em tempos se dirige para rezar, um cemitério de amargura e arrependimento, onde ele vai buscar a razão de suas falhas”.⁸¹

Nós, juristas, também carregamos o nosso pequeno cemitério.

Se estas breves notas houverem servido ao menos para instigar a reflexão dos mais jovens acerca da redobrada cautela que deve pautar a intervenção judicial na sociedades terão então cumprido o seu propósito.

Referências

ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier; SUBRAMANIAN, Guhan. *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*. 4^aed. New York: Wolters Kluwer Law&Business, 2012.

⁸⁰ LERICHE, René. *La philosophie de la chirurgie*. Paris: Flammarion, 1951

⁸¹ *Tout chirurgien porte en lui un petit cimetière dans lequel il va de temps en temps faire oraison. Cimetière d'amertume et d'hypose, auquel il demande la raison de certains de ses succès*” – tradução livre

- BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation & private property. New York: The Macmillan Company, 1933.*
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone, 2006.
- CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. Deveres e Responsabilidades. In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). *Direito das Companhias.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 871
- CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial.* Vol. 3. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- COUTO E SILVA, Clóvis. Grupo de Sociedades. In: *Revista dos Tribunais*, v. 647, 1989.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel R. *The economic structure of corporate law.* Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- GARRIGUES, Joaquin. *Problemas atuais das sociedades anônimas.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fábris Editor, 1982.
- JOHNSON, Henry F. *Strict fiduciary duty in close corporations: a concept in search of adoption.* In: *California Western Law Review*, v. 18, nº 1, pp. 1-27, 1981.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A era das sociedades anônimas. In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). *Direito das Companhias.* Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- LE CANNU, Paul; DONDERO, Bruno. *Droit des sociétés.* 4ª ed. Paris: Montchrestien, 2012.
- LERICHE, René. *La philosophie de la chirurgie.* Paris: Flammarion, 1951.

PARENTE, Norma Jonssen. Mercado de Capitais. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. Vol. 6. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 626

RAGAZZO, Robert A.; FENDLER, Frances S. *Colseely Held Business Organizations: cases, materials, and problems*. St. Paul, MN: West, 2012

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

THOMPSON, Robert. Toward a new theory of the shareholder role: “sacred space” in corporate takeovers. *Texas Law Review*, v. 80, dez. 2001.

Inovação em pequenas e médias empresas e seu contexto espacial

Carlos Alberto Molinaro *
Regina Linden Ruaro **

*A national system of innovation is the system of interacting private and public firms (either large or small), universities and government agencies, aiming at the production of science and technology within national borders. Interaction between those units may be technical, commercial, legal, social and financial, inasmuch as the goal of the interaction is the development, protection, financing or regulation of new science and technology.****

Propósitos

Na atual economia do conhecimento, a inovação é, sem dúvida, um dos fatores mais importantes do crescimento e um elemento fundamental do empreendedorismo. Nos últimos anos,

* Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado – em Direito da Escola de Direito da PUCRS.

** Doutora em Direito. Professora do PPGD e Decana Associada da Escola de Direito da PUCRS

*** Niosi, J., Saviotti, P., Bellon, B., & Crow, M. (1993). *National systems of innovation: in search of a workable concept*. *Technology in Society*, 15(2), 207-227. (Um sistema nacional de inovação é o sistema de interação entre empresas privadas e públicas (grandes ou pequenas), universidades e agências governamentais, visando a produção de ciência e tecnologia dentro das fronteiras nacionais. A interação entre essas unidades pode ser técnica, comercial, legal, social e financeira, na medida em que o objetivo da interação é o desenvolvimento, proteção, financiamento ou regulação de novas ciências e tecnologias. – Trad. Livre). O texto pode ser obtido em: <https://bit.ly/2XLaHMG> - link permanente.

tem havido um interesse particular no conceito de inovação aberta, tanto pela comunidade acadêmica quanto pelos círculos de negócios.

Este ensaio trata de questões relacionadas ao impacto da *inovação aberta*¹ no Sistema Nacional de Inovação. Por essa razão, as mudanças exigidas pelos principais atores (negócios, pesquisa e educação, instituições financeiras, e empresas) são analisadas para facilitar sua presença e consolidar-se como estratégia. Nessa direção, estuda-se a questão crítica do tamanho do negócio e o potencial de melhoria do setor de pesquisa e desenvolvimento. Em particular, as pequenas e médias empresas, carentes de recursos para a investigação aplicada, uma rede eficaz continua a ser a única solução para facilitar a inovação aberta.

Também será objeto da presente interrogação a questão de melhorar o ambiente de negócios que molda o quadro institucional necessário e as condições imprescindíveis para o financiamento. Esta suposição inicial sobre a necessidade de um sistema nacional de inovação competente irá apoiar a inovação aberta resultante das pressões da economia e da própria sociedade ao mesmo tempo mostrando a contribuição de inovação aberta no ambiente de negócios em constante mudança. Também assumimos que as mudanças no Sistema Nacional de Inovação deverão trazer impactos espaciais e um possível aumento no tamanho dos centros urbanos. Como a inovação é a força motriz por trás do desenvolvimento local e regional, sua organização espacial só pode ser o catalisador para a atividade de inovação.

Ademais, resume as questões acima com o objetivo de uma abordagem teórica para os impactos espaciais da inovação aberta. No entanto, em um ambiente competitivo internacionalizado

¹ Aqui tomamos o significado de inovação aberta na sua origem como um modelo que pressupõe que as empresas podem e devem usar ideias externas, bem como ideias internas e caminhos internos e externos para o mercado, à medida que as empresas buscam o avanço de sua tecnologia, ela combina ideias internas e externas em arquiteturas e sistemas cujos requisitos são definidos por um modelo de negócios. Para aprofundamento, notadamente em modelos de negócios, cf., Chesbrough, Henry. *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*. Harvard WayBoston, MA: Harvard Business Review Press, 2006, p. 63 e ss.

incerto, a dimensão espacial da inovação aberta pode ser ampliada nacional e globalmente. Levando em conta pesquisas que foram feitas para países centrais e periféricos chegamos à conclusão de que a cadeia de valor da inovação é aquela que traz impactos espaciais. Também apresenta as possíveis mudanças que sua implementação trará para os emergentes. Finalmente, o *tamanho das empresas*, a intensidade do papel do *Ombudsman*, o papel das *universidades* e do *governo* parecem determinar o impacto da inovação aberta no espaço.

1. Introdução

No mundo de hoje, a globalização e o rápido desenvolvimento tecnológico exigem novas formas de gerenciar o empreendedorismo e redefinir como as empresas operam. Ninguém pode negar que a inovação é a resposta ao ritmo estonteante desses desenvolvimentos, para que a empresa possa sobreviver em um ambiente tão competitivo e apertado. Além disso, há poucos exemplos no mundo em que ações empreendedoras inovadoras e repensadas ideias tiraram muitos negócios do pântano ou criaram novos e levaram à produção de produtos capazes de lidar com as fortes demandas da sociedade atual.

Mas, à medida que a cena muda na economia, mais intensa é a necessidade de mudança e gestão da inovação, o que exige uma maneira renovada de pensar, e impende as empresas a abrir processos de inovação. É por isso que Chesbrough cunhou o termo *inovação aberta*, uma mudança do modelo de negócio tradicional fechado, onde o nascimento da ideia e a comercialização desta feita internamente, usando recursos internos, para outro aberto um modelo que combina fontes internas e externas ao longo de todo o processo de inovação².

² Cf., Chesbrough, Henry. *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*. Harvard WayBoston, MA: Harvard Business Review Press, 2006, p. XXIV - "Open Innovation combines internal and external ideas into architectures and systems whose requirements

A tendência para estratégias de inovação aberta é um fenômeno genuíno e está se tornando cada vez mais predominante no mundo dos negócios. Isso tem consequências para o ecossistema e os atores envolvidos. Essas consequências ainda não estão claras. Provavelmente, algumas empresas tomam isso como uma oportunidade para entrar em novas cadeias de valor, enquanto outras são forçadas a mudar sua cadeia de valor atuando como concorrentes em negócios existentes. O certo é que o ambiente de negócios está mudando e a mudança trazida por essa nova tendência criam diálogos abertos que indicam que algo interessante está lá. Os temas que nos interessam aqui são os relacionados com a redefinição do papel das universidades e indústria, afetando o sistema de inovação, a necessidade de um novo ambiente institucional que emoldura com sucesso as mudanças, o papel das PMEs e melhora o ambiente de negócios, a fim de consolidar a inovação aberta. Por fim, examinaremos os impactos espaciais que essa mudança pode ter sobre o ambiente de negócios e o impacto que isso terá no espaço socioeconômico

2. Clarificar o conceito de inovação aberta e o importante papel do conhecimento como ingrediente-chave

Em um modelo tradicional de inovação fechada, a captura e o desenvolvimento de produtos ou serviços são feitos inteiramente pela própria empresa. O conhecimento, neste caso, não ultrapassa os limites da empresa. Pelo contrário, o caso do modelo de negócios aberto é baseado na transmissão e uso do conhecimento além dos limites do negócio. Nesse caso, o negócio pode explorar o conhecimento de seu ambiente externo ou procurar vender seu

are defined by a business model. The business model utilizes both external and internal ideas to create value, while defining internal mechanisms to claim some portion of that value” (A Inovação Aberta combina ideias internas e externas em arquiteturas e sistemas cujos requisitos são definidos por um modelo de negócios. O modelo de negócios utiliza ideias externas e internas para criar valor, enquanto define mecanismos internos para reivindicar uma parte desse valor. - Trad. Livre).

próprio conhecimento quando não corresponde ao seu núcleo, criando, assim, novos negócios.

A fim de entender melhor o conceito de inovação aberta, vale a pena mencionar que as empresas e organizações devem estar abertas ao conhecimento além de suas fronteiras, estejam elas disponíveis ou devam ser compradas. Não há muitos casos em que os donos de uma ideia não consigam usá-la e, portanto, não criem valor; portanto, a economia e a sociedade perdem algum benefício da perda desse valor. Além disso, é fundamental cultivar a disposição de uma empresa de liberar o conhecimento por uma taxa, desenvolvendo novos mercados e criando uma nova estratégia de negócios que tenha como princípio o de que uma ideia fechada não seja benéfica, mas, ainda assim, vendê-la a um rival, não é necessariamente ruim. A disseminação de ideias e conhecimento levará ao empoderamento do mercado. Casos como os da Amazon, por exemplo, objetivam gerenciar melhor a cadeia de suprimentos, absorvendo inovações do ambiente externo e buscando um lucro comercial indireto com maior eficiência³.

Neste ponto, é necessário esclarecer que o conhecimento externo não tem nada a ver com a chamada caixa de sugestões, que é essencialmente a visão dos clientes. Essa abordagem subestima o conceito de inovação aberta e é mais uma prática comercial do que uma estratégia de inovação aberta. Também confunde sobre qualquer conhecimento que possa ser transferido. Para evitar essa confusão, a inovação aberta deve ser estudada de acordo com alguma forma de cooperação. Isto é, como um fluxo genuinamente planejado de conhecimento além dos limites do empreendimento ou mesmo um fluxo de conhecimento de que o desenvolvimento não poderia funcionar sem alguma forma de cooperação para fins de

³ Cf., Isckia, Thierry; Lescop, Denis. Open Innovation within Business Ecosystems: Lessons from Amazon.com. Disponível em: https://portail.telecom-bretagne.eu/public/public/fic_download.jsp?id=5211, acesso em 20/04/2019.

atividade inovadora⁴. Igualmente importante é o esclarecimento sobre a diferença entre fontes abertas, por exemplo, Adroid, Linux etc., e inovação aberta. O desenvolvimento de tal tecnologia não significa que não foi através de inovação aberta, não é uma inovação aberta em si. Excelente interesse no confronto de inovação fechada e aberta têm os exemplos da Apple e do Google. A Apple tem o controle absoluto dos produtos e não permite modificações. Ao contrário, a estratégia do Google é aberta ao sistema operacional, permitindo que o usuário final tenha excelente acesso, enquanto retém o controle de outros elementos da cadeia, como algoritmos de busca e dados de publicidade. Na verdade, o Google escolhe em que ponto a cadeia será aberta⁵.

3. A aptidão das pequenas e médias empresas de participarem no novo ambiente de negócios

A inovação aberta pode influenciar as Pequenas e Médias Empresas - PME, cujo número é grande em todas as economias e o seu papel é extremamente crítico para o funcionamento do sistema.

Com a introdução da nova estratégia, há uma necessidade crescente de redefinir seu papel no ambiente de negócios. Eventualmente, podemos pensar que as PME têm menos capacidade de acessar recursos externos, utilizando conhecimentos e tecnologias que já existem entre as grandes empresas e acabam interessadas principalmente na fase final que é o marketing, ao contrário das grandes empresas com intensa preocupação com temas dizem respeito aos estágios iniciais (tecnologia, redes, etc.). Estas deficiências são motivos para excluir as PMEs do processo de inovação aberta? Não, claro que não (!).

⁴ Cf., Užienė, Lina. Open Innovation, Knowledge Flows and Intellectual Capital. *Procedia - Social and Behavioral Sciences* - Volume 213, 1 December 2015, pages 1057-1062, disponível online em: <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2015.11.525>, acesso em 10/03/2018.

⁵ Cf., Dolata, Ulrich. Apple, Amazon, Google, Facebook, Microsoft: Market concentration - competition - innovation strategies. *Stuttgarter Beiträge zur Organisations- und Innovationsforschung*, SOI Discussion Paper, No. 2017-01, Institut für Sozialwissenschaften, Universität Stuttgart, Stuttgart. Disponível online em: <http://hdl.handle.net/10419/152249>, acesso em 29/04/20xf.19.

Por outro lado, existem estudos que identificam fragilidades e tentam melhorar as capacidades das PMEs em participar do processo, sem negligenciar as significativas desvantagens existentes. O tamanho desses negócios oferece flexibilidade e capacidade de criar novas ideias. No entanto, a falta de recursos e capacidades continua a dificultar sua participação na inovação aberta. O estabelecimento de uma rede de mediação possibilitará a cooperação e a especialização, criando um modelo para as PMEs mais efetivo. Além disso, há poucos casos em que as PME têm visão, mas carecem de habilidades gerenciais, o que é proibitivo para melhorar ainda mais sua presença no novo ambiente de negócios⁶.

Para uma participação bem-sucedida das PMEs no processo de inovação aberta, do qual surgem benefícios significativos, são necessárias mudanças em questões relativas à cultura dentro e fora da empresa. O cultivo da inovação aberta como um componente-chave do sucesso de uma PME nas escolas de gestão resultará em sua forte ativação e eficácia. O impacto da inovação aberta nas PMEs é igualmente importante à medida que aumentam sua atividade de pesquisa e desenvolvimento. Além disso, muitas das principais multinacionais, em sua tentativa de coletar inovações do exterior, recorrem a elas para a compra de direitos autorais. Prevê-se também a possível quebra da inovação das grandes empresas em pequenas partes gerenciáveis, cuja adesão será feita pelas PMEs. Portanto, seu papel na economia é particularmente importante e sua presença torna-se intensa e extremamente crítica para o crescimento. A obtenção de acesso a oportunidades como fornecedores ou clientes de grandes corporações, o trabalho em rede

⁶ Cf., para aprofundamento, West J, Vanhaverbeke W, Chesbrough H. Open Innovation: A Research Agenda. In: Chesbrough H, Vanhaverbeke W, West J, editors. Open Innovation: Researching a New Paradigm. Oxford: Oxford Press, 2006. Seja observado que as PMEs são de importância crescente para a capacidade inovadora de uma economia. As PMEs veem aumentando o seu orçamento de P & D mais rapidamente do que as maiores empresas e agora desempenham um papel cada vez mais importante nos sistemas nacionais de inovação, cf., Chesbrough, Henry. How Smaller Companies Can Benefit from Open Innovation. JAPAN SPOTLIGHT • January / February 2010, disponível online em: https://www.jef.or.jp/journal/pdf/169th_cover03.pdf, acesso em 24/04/2019.

com outras empresas do mesmo tamanho, a obtenção de incentivos para a inovação empresarial e o compartilhamento mais amplo e eficiente de recursos são alguns dos benefícios para as próprias empresas⁷. Mudanças no ambiente de negócios são antecipadas e o papel das PME que são igualmente capazes de participar do processo de inovação aberta é redefinido. Em conclusão, com relação à análise acima, parece que a introdução de PME em uma cadeia de valor mais ampla só pode ser um grande desafio⁸.

4. A contribuição crucial das universidades e a necessidade de fortalecê-las

Sem dúvida, o protagonismo das universidades é caracterizado como mais profundo e complexo do que no passado, no que diz respeito ao seu envolvimento em inovação aberta⁹.

A publicação acadêmica e o trabalho de graduados fora da comunidade acadêmica revelam a difusão e a transferência de conhecimento. Assim, a educação de alunos e pesquisadores é clara e é, principalmente, uma questão de importância na promoção do papel das instituições educacionais em um assunto tão importante.

⁷ Na atualidade é muito consistente que as Pequenas e Médias Empresas (PMEs) participem de atividades de inovação aberta para combater as dificuldades internas e externas que estão enfrentando, por exemplo, menos recursos para P & D, recursos financeiros limitados e habilidades especializadas, menos instalações de produção e canais de distribuição e assim por diante. Estudos demonstram que a inovação aberta encontrou um rápido aumento nos últimos anos, cf., Qureshi, Nouman Ahmed. *How Entrepreneurs are Managing Open Innovation in SMEs*. Master (MSc.) of Strategic Entrepreneurship - Halmstad University, disponível em: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1215830/FULLTEXT02.pdf>, acesso em 12/03/2019.

⁸ Cf., Leea, Sungjoo; Park, Gwangman; Yoong, Byungun; Park, Jinwoo. *Open innovation in SMEs—An intermediated network model*. Elsevier: Research Policy 39, 2010, pp. 290–300, disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.respol.2009.12.009>

⁹ Sobre o tema, cf., o bem lançado trabalho: Reichert, Sybille. *EUA STUDY The Role of Universities in Regional Innovation Ecosystems*. Brussels: European University Association 2019. Acessível online em: https://eua.eu/downloads/publications/eua%20innovation%20ecosystem%20report%202019v1.1_final_digital.pdf, acesso em 30/04/2019.

Portanto, a universidade só pode ser um campo de práticas, notadamente de práticas de inovação aberta¹⁰.

Com base nessa percepção, é crucial identificá-los dentro do sistema¹¹. No entanto, mudanças na cadeia de valor da inovação são desafiadoras e criam os problemas mais importantes na posição das universidades dentro do ecossistema. O governo tem a responsabilidade de lidar com eles de forma diferente, a fim de diversificar as fontes de financiamento e fazer da universidade um parceiro direto e um forte participante no negócio. Para o sucesso do projeto, mudanças legislativas são necessárias para facilitar a pesquisa e a gestão de direitos autorais. Desta forma, as universidades podem, como as empresas de alta tecnologia, alienar direitos autorais com segurança e proveito. Espera-se que este desenvolvimento crie mercados secundários e uma indústria inteira em torno dos direitos autorais alterando significativamente o ambiente de negócios que leva ao uso sistemático da universidade. Exemplos típicos são empresas como SAP e Microsoft que estão em processo de criação de laboratórios de pesquisa descentralizados

¹⁰ Cf., Oganisjana, Karine. Promotion of university students' collaborative skills in open innovation environment. *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*. Springer, Heidelberg, Vol. 1, Iss. 18, 2015, pp. 1-17.

¹¹ Cf., ainda o estudo de Markus Perkmann e Kathryn Walsh, onde os autores enfatizam que as organizações dependem cada vez mais de fontes externas de inovação por meio de relacionamentos de rede interorganizacionais. Os autores exploram a difusão e as características das relações colaborativas entre universidades e indústria e desenvolvem uma agenda de pesquisa informada por uma perspectiva de “inovação aberta”. Para tanto, um estrutura é proposta, distinguindo as relações universidade-indústria de outros mecanismos, como transferência de tecnologia ou mobilidade humana, assim entendem que com base no corpo de pesquisa existente, o papel de práticas como pesquisa colaborativa, centros de pesquisa de universidades e indústrias, pesquisa contratual e consultoria acadêmica como vetores de desenvolvimento aplicado ao ecossistema de inovação. Deste modo afirmam que: “as evidências sugerem que tais relações universidade-indústria são amplamente praticadas, existindo diferenças entre indústrias e disciplinas científicas. Embora a maioria das pesquisas existentes se concentre nos efeitos dos vínculos universidade-empresa em variáveis específicas da inovação, como patentes ou inovações firmes, a dinâmica organizacional dessas relações permanece sub-pesquisada. Uma agenda de pesquisa detalhada aborda as necessidades de pesquisa em duas áreas principais: busca e correspondência de processos entre universidades e empresas, e a organização e gestão de relacionamentos colaborativos” (Perkmann, Markus; Walsh, Kathryn. *University-industry relationships and open innovation: Towards a research agenda*. *International Journal of Management Reviews* 9(4), 2007, pp. 259-280. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2370.2007.00225.x>, acesso em 23/10/2017 (link permanente).

dentro das universidades para aumentar sua capacidade de absorção e uso de conhecimento externo¹².

Nos EUA, há 25 anos, os laboratórios de pesquisa em larga escala eram melhores que os das universidades. No entanto, eles foram desmontados porque não ofereciam lucros a longo prazo. Ao mesmo tempo, porém, o governo (na década de 1990) investiu em laboratórios e universidades nacionais, enfraquecendo grandes empresas, que agora eram chamadas a colaborar com essas fontes externas de conhecimento¹³. O sucesso do caso DARPA¹⁴ demonstra resultados de pesquisa cumulativos devido ao financiamento do governo direcionado a instituições de pesquisa descentralizadas¹⁵.

Em um esforço para avaliar a situação na Europa em comparação com aquela existente nos EUA, parece claro que os americanos têm melhor pesquisa acadêmica, ao contrário da Europa, que centros de pesquisa e universidades não podem

¹² Gassmann, Oliver; Widenmayer, Bastian; Friesike, Sascha. *Opening up Science: Towards an Agenda of Open Science in Industry and Academia*. Institut für Internet und Gesellschaft, Humboldt-Universität zu Berlin: Paper prepared for the 1st Berlin Symposium on Internet and Society, Oct. 25–27, 2011. Disponível em: <https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2012/04/Open-Science-Paper.pdf>, acesso em 21/04/2019.

¹³ Cf., para aprofundamento, Link, Albert N.; Tasse, Gregory (Editors) *Cooperative Research and Development: The Industry–University–Government Relationship*. Dordrecht/ Netherlands: Kluwer Academic Publishers Group (Springer), 2011. Notadamente o capítulo I de David Coursey e Barry L. Bozeman. *A Typology of Industry–Government Laboratory Cooperative Research: Implications for Government Laboratory Policies and Competitiveness* (p. 3 e ss.).

¹⁴ O sucesso da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada em Defesa (DARPA) no financiamento de pesquisa básica nos EUA em tecnologias da informação é uma demonstração de como o financiamento governamental, direcionado a instituições de pesquisa descentralizadas, pode produzir resultados de pesquisa cumulativamente importantes. Cf., Chesbrough, Henry; Vanhaverbeke, Wim; Bakici, Tuba; Lopez-Veja, Henry. *Open innovation and public policy in Europe*. ESADE Business School & the Science I Business Innovation Board AISBL: Science Business Publishing Ltd., 2011.

¹⁵ Por todos, Cf., em: <http://www.sciencebusiness.net/sites/default/files/archive/Assets/27do282a-3275-4f02-8a3c-b93c2815208c.pdf>, o trabalho supra citado (nota 14), onde os autores asseveram que As políticas anteriores de inovação dependiam de grandes empresas para atuar como motores de inovação na UE. Lembram que embora as grandes empresas continuem bastante relevantes para a inovação dentro da UE, elas próprias relatam que os seus processos envolvem muito mais PME e outros colaboradores fora dos seus próprios muros. Portanto, a política de inovação também deve sair dos limites dessas grandes empresas e considerar os papéis do capital humano, política de concorrência, financiamento, propriedade intelectual e dados públicos na promoção de um ambiente de inovação aberta.

competir com aqueles no exterior por causa dos fluxos de pesquisa baixos. Além disso a Europa carece de um sistema eficiente de ranking universitário para permitir a comparação entre eles e para facilitar a introdução dos estudantes universitários adequado¹⁶. Este é obviamente um sério obstáculo para a indústria, que não tem uma imagem clara da escolha da universidade com a qual trabalhar.

Após a comparação entre a Europa e os Estados Unidos na América, as políticas de mobilidade de recursos humanos são mais maduras do que na Europa. A fim de melhorar a difusão do conhecimento, combater a falta de mobilidade do capital humano e facilitar o fluxo de ideias, seria sensato que os acadêmicos trabalhassem simultaneamente no setor privado e vice-versa¹⁷. Além de criar melhores condições de pesquisa para os pesquisadores europeus que escolheram emigrar, eles podem retornar, transferindo seus conhecimentos, experiências e conhecimentos para o espaço europeu.

À medida que a concorrência se intensifica, o custo do processo de inovação aumenta, e o setor industrial exige soluções e internacionalização de P & D para poder enfrentar e sobreviver nessas condições. A inovação aberta e a participação de universidades e instituições de pesquisa têm consequências positivas para o mundo dos negócios e para a criação de uma via de desenvolvimento de negócios e, por extensão, dos países que participarão. Os governos são, portanto, chamados a facilitar o papel das instituições acadêmicas, formulando políticas apropriadas para fortalecer sua presença no processo de P & D^{18/19}.

¹⁶ Cf., Chesbrough e outros, retro, nota 14.

¹⁷ Cf., Chesbrough e outros, retro, nota 14.

¹⁸ Cf., Kabir, Mitt Nowshade. Knowledge-based Social Entrepreneurship: Understanding Knowledge Economy, Innovation, and the Future of Social Entrepreneurship. New York: Springer, 2019, p. 215 e ss.

¹⁹ Cf., para o ambiente brasileiro, Pereira, J. M., & Kruglianskas, I. (2006). Lei de inovação tecnológica: instrumento efetivo de incentivo a inovação e a pesquisa no Brasil? Revista Gestão Industrial, 2(2), 98-114. Também, Plonski, G. A. (1999). Cooperação universidade-empresa: um desafio gerencial complexo. Revista de Administração, 34(4), 5-12. Ainda, ABDALLA, Marcio Moutinho et al. Hélice

5. Criar um ambiente amigável para financiar investimentos para inovação aberta

Para criar um clima de aceitação e apoio à inovação aberta, fica claro que é necessário um sistema financeiro amigável e inovador. Para criar um ambiente de negócios apropriado para a inovação aberta, é necessário abordar duas questões relevantes.

A primeira é a incapacidade de gestão da propriedade intelectual, a fim de garantir alguns dos lucros que a empresa trará para a pesquisa e o desenvolvimento, e para que outros assegurem seu financiamento da terceirização da pesquisa.

A segunda diz respeito ao estabelecimento de uma rede apropriada entre as partes interessadas para manter a confiança e a cooperação contínua, a fim de fortalecer o sistema. É claro que a presença do estado de negócios é particularmente importante neste caso.

Igualmente importante, no entanto, é a criação de uma rede autônoma que garanta o fluxo de conhecimento e informação. Melhorar essa rede e fortalecer sua comunicação com as partes poderia ser a solução para a direção adequada dos recursos existentes da economia²⁰.

tríplice no Brasil: um ensaio teórico acerca dos benefícios da entrada da universidade nas parcerias estatais. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.fsma.edu.br/cadernos/Artigos/Cadernos_3_artigo_3.pdf (link permanente); Castro, Bianca Scarpeline de; Souza, Gustavo Costa de. O papel dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITS) nas universidades brasileiras. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.8, n.1, p 125-140, mar. 2012.

²⁰ Um crescente corpo de evidências sugere uma forte relação entre empreendedorismo, inovação e crescimento econômico, portanto, são necessárias ações para estimular mais e melhores investimentos em pesquisa e inovação. A inovação depende de um grande número de fatores sistêmicos, incluindo os incentivos e obstáculos estabelecidos pelo marco regulatório existente, nesse cenário, Cf., Better regulations for innovation-driven investment at EU. In: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/404b82db-do8b-11e5-a4b5-01aa75ed71a1/language-en> (link permanente). Cf., Huggins, R., Prokop, D. e Thompson, P. J, Technol Transf (2019). Universities and open innovation: the determinants of network centrality. In: <https://doi.org/10.1007/s10961-019-09720-5> (link permanente). Especialmente, Cf., Radziwon, Agnieszka & Bogers, Marcel. (2017). Open innovation in SMEs: Exploring inter-organizational relationships in an ecosystem. Technological Forecasting and Social Change. 16692. In: https://www.sdu.dk//media/files/om_sdu/sektioner/innovationandentrepr/den+smarte+fabrik/pu

5.1 propriedade intelectual como ponto de cooperação

Sem dúvida, a inovação aberta não tem futuro sem uma forte proteção da propriedade intelectual, dos direitos autorais. Por esse motivo, é necessário um robusto sistema de proteção e garantias. Infelizmente, o alto custo de tal exercício é um freio ao desenvolvimento da inovação aberta. Em relação à Europa, o sistema é muito complexo e caro, ao contrário do que os EUA, resultando em um impacto negativo²¹. No Brasil ainda não contabilizamos os custos²².

Desde que a questão dos direitos autorais esteja cada vez mais incorporada na estratégia comercial, assegurar-la é vital para a transferência de tecnologia e para o desenvolvimento de pesquisas. As dificuldades em gerenciar e proteger direitos autorais geralmente resultam em grandes corporações mantendo portfólios com direitos autorais não utilizados. Assim, a inovação aberta pode ser a ocasião para abrir estas carteiras que são importantes fontes de conhecimento, a fim de criar novos negócios e, assim, contribuir para o desenvolvimento econômico. Neste caso, o papel dos intermediários e intermediários ainda está ganhando uma atividade que deve ser incluída em seus ativos para facilitar a difusão de conhecimento e ideias.

5.2 o papel dos governos e políticas públicas

blikationer/m4_2_2014_open+innovation+in+smes+exploring+the+ecosystem.pdf?la=da&hash=B062DDA491EA8EEDE2E5D938DFD8E53AEB645F9B, (link permanente).

²¹ Cf., van Pottelsberghe de la Potterie, B.; Mejer, M. The London Agreement and the cost of patenting in Europe. *Eur J Law Econ* (2010) 29: 211. <https://doi.org/10.1007/s10657-009-9118-6e> (link permanente).

²² Para um panorama, Cf., o WIPO (2018). *World Intellectual Property Indicators 2018*. Geneva: World Intellectual Property Organization. In: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2018.pdf (link permanente).

Considerando que a política deve seguir os desenvolvimentos, fica imediatamente claro que é imperativo não apenas tomar medidas dos formuladores de políticas para facilitar a inovação aberta, mas também envolver ativamente o Estado na nova estratégia, uma vez que os governos eles são os mesmos proprietários de um grande banco de dados de informações e conhecimento. Espera-se que os benefícios sociais desta participação sejam enormes, principalmente aumentando a transparência e melhorando a comunicação. Portanto, estruturas mais abertas e acessíveis, bem como serviços públicos mais cooperativos são necessários.

Agora, é um desafio político de longa data criar, apoiar e fortalecer um novo modelo de negócios. Os requisitos deste modelo exigem claramente legislação fiscal que atenda às necessidades das empresas, como uma taxa de imposto competitiva. Além disso, há uma prioridade urgente para criar estruturas e redes que melhorem significativamente o novo ambiente de negócios e sejam capazes de superar as deficiências sistêmicas que possam surgir durante sua operação.

No campo da educação, os governos precisam garantir uma estrutura institucional apropriada e eficaz que permita a mobilidade dos trabalhadores, fortalecendo a pesquisa e o desenvolvimento nas universidades e promovendo o conhecimento como um fator-chave de crescimento. Criar incentivos para o investimento em uma força de trabalho altamente qualificada resultará em maiores benefícios para a sociedade e a economia.

Um primeiro passo nessa direção é claramente fazer com que os Estados façam um esforço sério para financiar investimentos e criar mercados no espírito da inovação aberta. Embora esse esforço pareça ter ocorrido em grande escala (ao menos naqueles países mais industrializados) e sua gravidade tenha sido totalmente compreendida (por todos, ao menos no mundo ocidental), o papel do governo ainda é oneroso e responsável por moldar políticas capazes de apoiar tal mudança. Infelizmente, existem muitas

lacunas no quadro institucional e na legislação que, se os esforços não forem cumpridos, serão infrutíferas.

No que diz respeito aos países menos desenvolvidos e às economias em desenvolvimento, os formuladores de políticas devem estar cientes de que não pode haver transição de um sistema para outro com as estruturas socioeconômicas existentes. O sucesso de algumas empresas nesses países é um caso raro e só pode ser a exceção. Além disso, tais casos individuais não significam que trarão benefícios para a sociedade e economia do país. De maneira mais geral, no entanto, é importante mencionar que a política para esses países carece das ferramentas necessárias, e a nova tendência para a inovação aberta torna as condições para políticas públicas cada vez mais complexas²³.

Não podemos ignorar que, nas economias emergentes, a globalização tem implicações diferentes que exigem políticas desiguais. Portanto, as diferentes necessidades e comportamentos dos países também diferenciam as políticas. Finalmente, para a formulação de políticas, é preciso levar a sério que os países em desenvolvimento são melhores em imitação do que em inovação e, geralmente, adotam tecnologia de países desenvolvidos. Por conseguinte, é necessário que estes países criem um quadro institucional diferente.

É certamente importante a inovação aberta para expandir em áreas onde o governo é um monopólio (aeronáutica, rodoviário, ferroviário etc.) e passar para incentivar a comercialização de ideias onde o governo é o único cliente. Os governos são obrigados a encontrar práticas apropriadas para facilitar a inovação aberta, acelerando a pesquisa sobre a comercialização de tecnologia e incentivando a criação de um clima em que o conhecimento e a

²³ Cf., sobre esse aspecto, Karo, Erkki; Kattel, Rainer. (2011). Should “open innovation” change innovation policy thinking in catching-up economies? Considerations for policy analyses. *Innovation – The European Journal of Social Science Research*. 24. 173-198. In: <https://doi.org/10.1080/13511610.2011.586496> (link permanente).

informação possam ser difundidos e explorados na direção do crescimento e benefício. da sociedade²⁴.

6. As implicações espaciais da inovação aberta

Tendo em conta que a inovação é organizada espacialmente, espera-se que a nova estratégia de inovação aberta tenha “implicações espaciais” para a organização espacial da rede de inovação²⁵. Conhecimento externo e fontes de informação não estão em toda parte, e isso reforça a previsão acima. Portanto, uma organização espacial adequada pode atuar como um catalisador para atividades empresariais inovadoras. Além disso, a organização sistemática desse pressuposto poderia direcionar a inovação aberta para áreas específicas.

A existência de universidades, centros de pesquisa e setor de serviços em centros urbanos melhora o fluxo de informações²⁶. Além disso, a tendência para a inovação aberta é fortemente reforçada nessas áreas intensivas em conhecimento e os centros

²⁴ Cf., Horn, Carlos Henrique, & Feil, Fernanda. (2019). Instituições financeiras de desenvolvimento regional e os desafios do Sistema Nacional de Fomento. *Economia e Sociedade*, 28(1), 227-254. Epub April 29, 2019. <https://dx.doi.org/10.1590/1982-3533.2019v28n1art11> (link permanente). Cf., Camara, Dennys Eduardo Gonsales; Gherini, Pamela Michelena De Marchi. Atuação do Governo Federal em Ciência, Tecnologia e Inovação durante o Período Temer. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2018/10/artigo-baptista-luz-pt-Período-Temer.pdf> (link permanente). Importante consultar a obra organizada por Fabiana de Menezes Soares e Esther Kùlkamp Eyng Prete, Marco regulatório em ciência, tecnologia e inovação Texto e contexto da Lei nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. Cf., Pedersen, Keld. (2018). The purpose of public sector open innovation. In: https://www.researchgate.net/profile/Keld_Pedersen/publication/325335578_The_purpose_of_public_sector_open_innovation/links/5bd96ba6a6fdcc3a8db2fd4d/The-purpose-of-public-sector-open-innovation (link permanente). Cf., OECD 2019 - Fostering Science and Innovation in the Digital Age. In: <http://www.oecd.org/science/inno/fostering-science-and-innovation.pdf> (link permanente).

²⁵ Cf., Coke, P. Regional Knowledge capabilities and open innovation: regional innovation systems and clusters in the asymmetric knowledge economy. In: S. Breschi & F. Malerba, eds. *Clusters, networks and innovation*. Oxford: Oxford University Press, pp. 80-107

²⁶ Cf., Feldman, M., 1994. *The geography of innovation*, Boston: Kluwer Academic.

urbanos tornam-se centros de inovação, produção de conhecimento e comercialização²⁷.

Em teoria, muitas das especialidades nas áreas urbanas criam vantagens como o fácil acesso ao conhecimento, facilitando a aprendizagem, a mobilidade da mão-de-obra e a absorção do conhecimento devido ao contato intenso com uma força de trabalho qualificada, isso demonstra que existe um aumento no tamanho, na dimensão das cidades devido à adoção de estratégias de inovação aberta²⁸.

No entanto, pesquisas empíricas mostraram que as áreas urbanas não são tão abertas quanto pensamos teoricamente. Universidades e centros de pesquisa nas cidades estão sendo solicitados a cooperar. No entanto, este não é o caso de fornecedores, clientes e concorrentes. Em contraste com as áreas não urbanas, as empresas procuram cooperação com terceiros. Além disso, há o desenvolvimento de atividades econômicas de larga escala que requerem espaço. Os estudos sugerem para facilitar o processo de inovação aberta, os decisores políticos têm em conta os fatores sociais, econômicos e culturais que moldam cada vez que a estrutura urbana²⁹.

Portanto, vemos a presença de economias de escala, cujo papel parece ser particularmente importante. Poderíamos prever

²⁷ Feldman, M. P. & Audretsch, D. B., 1999. Innovation in cities: science-based diversity, specialization, and localized competition. *European Economic Review*, 43(2), pp. 409-429. Disponível online, em: [https://doi.org/10.1016/S0014-2921\(98\)00047-6](https://doi.org/10.1016/S0014-2921(98)00047-6) (link permanente). Cf., especialmente, Fabian, Mark; Breunig, Robert. *Hybrid Public Policy Innovations: Contemporary Policy Beyond Ideology*. New York: Routledge, 2018. Cf., Vanhaverbeke Wim, Roijakkers Nadine, Usman Muhammad. *Researching Open Innovation In Smes*. New Jersey: World Scientific, 2018.

²⁸ Cf. Glaser E., 1999. Learning in cities. *Journal of Urban Economics*, 46(2), pp. 254-277. Disponível em: <https://doi.org/10.1006/juec.1998.2121> (link permanente). Cf., Karima Kourtiti & Peter Nijkamp (2012) Smart cities in the innovation age, *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, 25:2, 93-95, DOI: <https://doi.org/10.1080/13511610.2012.660331> (link permanente). Cf., Ferrari, Alberto; Santora, Gabriele; Papa, Armando. The cities of the future: Hybrid alliances for open innovation projects. In: <https://doi.org/10.1016/j.futures.2018.03.012> (link permanente).

²⁹ Cf., Teirlinck, P. & Spithoven, A., 2008. The Spatial Organization of Innovation: Open Innovation, External Knowledge Relations and Urban Structure. *Regional Studies*, 42(5), pp. 689-704. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/00343400701543694> (link permanente).

um possível aumento no tamanho das áreas não-urbanas se a inovação aberta for estabelecida como uma estratégia, uma vez que as escolhas de negócios podem envolver a abertura da cadeia de valor em fases posteriores, cuja localização depende em grande parte ou do acesso à matéria-prima. A esse respeito, é muito provável que a inovação aberta crie economias de própria urbanização, aumentando o tamanho das pequenas cidades.

As empresas que reconhecem inovações revolucionárias em produtos precisam cooperar com organizações, universidades, centros de pesquisa, fornecedores e clientes, especialmente na primeira fase. Para essas empresas, as áreas urbanas são o lugar certo para o seu desenvolvimento³⁰. Em fases posteriores do processo, no entanto, eles podem ser transferidos para áreas não urbanas, onde os preços são mais baixos³¹. Mas essa possibilidade não significa que isso vai acontecer. A inovação aberta é clara, pois pode causar mudanças espaciais que valem a pena explorar no futuro.

A redefinição da cadeia de valor está definida para criar desafios espaciais. Por exemplo, nas economias emergentes, há mercados emergentes que, além de dinâmicos, também criam fortes oportunidades de comercialização. Pelo contrário, áreas mais bem desenvolvidas dificilmente se beneficiarão de pesquisa e desenvolvimento, como tem sido há tantos anos. Isso ocorre porque sua posição de liderança no campo da propaganda mudará para as economias emergentes para alcançar a cultura e as demandas dos consumidores dos países emergentes³².

³⁰ Brouwer, E., Budil-Nadvornikova, H. & Kleinknecht, A., 1999. Are Urban Agglomerations a Better Breeding Place for Product Innovation? An Analysis of New Product Announcements. *Regional Studies*, 33(6), pp. 541-549. In: <https://doi.org/10.1080/00343409950078233> (link permanente).

³¹ Markusen, A., 1985. *Profit Cycles, Oligopoly, and Regional Development*. Cambridge Mass: MIT Press.

³² Cf., Levy, C. & Reid, B., 2011. *Missing an open goal? UK public policy and open innovation*, London: Big Innovation Centre. Cf.,

7. Considerações finais

Apesar de a ideia de inovação aberta ser nova, a comunidade acadêmica recorreu a ela, demonstrando grande interesse e estudando diversos aspectos, explorando as condições em que é possível, bem como as mudanças a serem feitas no ambiente interno e externo para sua introdução e, finalmente, o impacto que se espera que tenha no ambiente de negócios que pode ter. No entanto, a infância das investigações e o tempo mínimo que o fenômeno está sendo monitorado não permitem que os pesquisadores produzam resultados válidos e avaliem o estado do curso dos negócios.

O ambiente de negócios nesse clima muda e pode mudar mais com a adoção de nova estratégia de Inovação Aberta. Isso redefine o papel das pequenas e médias empresas, universidades e centros de pesquisa que estão emergindo como atores-chave do sistema. Qualquer comunicação da indústria e de outras operadoras é aprimorada pela melhoria simultânea das redes através dos intermediários responsáveis por esse encargo, criando um novo mercado em torno deles. Além disso, a salvaguarda dos direitos autorais certamente criará mercados secundários. Liderança política e governos, que através do seu trabalho legislativo, facilitarão qualquer atividade na estratégia de inovação aberta,

Algumas áreas podem estar em posição de permitir a inovação e sua contribuição para a criação de uma valiosa cadeia de valor de inovação e outras não. A questão de saber se uma localização geográfica pode ser um centro global de pesquisa, não há uma resposta clara. Se nesse mercado o preço é mais forte por meio de atividades de comercialização fora do ponto de pesquisa, então as empresas estão lutando sem uma estratégia clara para capturar o valor da cadeia de inovação.

O futuro da inovação aberta parece brilhante devido ao intenso debate e ao interesse particular que ela traz para os pesquisadores. Essa medida pode ser objeto de pesquisas futuras, pois já está causando interesse e tem um impacto significativo no

pensamento empresarial. Finalmente, sua contribuição para a sociedade e as economias é de suma importância, uma vez que é uma maneira de liberar o conhecimento previamente fechado e aprisionado que não estava sendo usado por causa de sua incapacidade de gerenciar.

Referências

- Barney, J. & Clark, D., 2007. Resource-based theory: creating and sustaining competitive advantage. NY: Oxford University Press.
- Bougrain, F. & Haudeville, B., 2002. Innovation, collaboration and SMEs internal research capacities. *Research Policy*, 31(5), pp. 735-747.
- Brouwer, E., Budil-Nadvornikova, H. & Kleinknecht, A., 1999. Are Urban Agglomerations a Better Breeding Place for Product Innovation? An Analysis of New Product Announcements. *Regional Studies*, 33(6), pp. 541-549.
- Chesbrough, H., 2003. Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology, Boston: Harvard Business School Press.
- Chesbrough, H., Vanhaverbeke, W., Bakici, T. & Lopez, H., 2011. Open innovation and public policy in Europe, Brussels: Science|Business Publishing Ltd.
- Cooke, P., 2005a. Regional Knowledge capabilities and open innovation: regional innovation systems and clusters in the asymmetric knowledge economy. In: S. Breschi & F. Malerba, eds. *Clusters, networks and innovation*. Oxford: Oxford University Press, pp. 80-107.
- Fabian, Mark; Breunig, Robert. *Hybrid Public Policy Innovations: Contemporary Policy Beyond Ideology*. New York: Routledge, 2018
- Feldman, M., 1994. *The geography of innovation*, Boston: Kluwer Academic.
- Feldman, M. P. & Audretsch, D. B., 1999. Innovation in cities: science-based diversity, specialization, and localized competition. *European Economic Review*, 43(2), pp. 409-429.

- Ferrari, Alberto; Santora, Gabriele; Papa, Armando. The cities of the future: Hybrid alliances for open innovation projects. In: <https://doi.org/10.1016/j.futures.2018.03.012>
- Gassmann, O., Enkel, E. & Chesbrough, H., 2010. The future of open innovation. *R&D Management*, 40(3), pp. 213-221.
- Glaeser, E., 1999. Learning in cities. *Journal of Urban Economics*, 46(2), pp. 254-277.
- Horn, Carlos Henrique, & Feil, Fernanda. (2019). Instituições financeiras de desenvolvimento regional e os desafios do Sistema Nacional de Fomento. *Economia e Sociedade*, 28(1), 227-254. Epub April 29, 2019. <https://dx.doi.org/10.1590/1982-3533.2019v28n1art11>
- Karo, E. & Kattel, R., 2011. Should "open innovation" change innovation policy thinking in catching-up economies? Considerations for policy analyses. *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, 24(1-2), pp. 173-198.
- Lee, S., Park, G., Yoon, B. & Park, J., 2010. Open innovation in SMEs—An intermediated network model. *Research Policy*, 39(2), pp. 290-300.
- Levy, C. & Reid, B., 2011. *Missing an open goal? UK public policy and open innovation*, London: Big Innovation Centre.
- Luukkonen, T., 2005. Variability in organisational forms of biotechnology firms. *Research Policy*, 34(4), pp. 555-570.
- Makadok, R. & Barney, J. B., 2001. Strategic Factor Market Intelligence: An Application of Information Economics to Strategy Formulation and Competitor Intelligence. *Management Science*, 47(12), pp. 1621-1638.
- Markusen, A., 1985. *Profit Cycles, Oligopoly, and Regional Development*. Cambridge Mass: MIT Press.
- OECD, 2009. *The OECD innovation strategy: draft interim report*, Paris: OECD.
- Rosenfeld, S. A., 1996. Does co-operation enhance competitiveness? Assessing the impacts of inter-firm collaboration. *Research Policy*, 25(2), pp. 247-263.

- Simard, C., 2006. Knowledge networks and the geographic locus of innovation. In: *Open Innovation: Researching a*. NY: Oxford University Press.
- Teirlinck, P.; Spithoven, A., 2008. The Spatial Organization of Innovation: Open Innovation, External Knowledge Relations and Urban Structure. *Regional Studies*, 42(5), pp. 689-704.
- Tidd, J., Bessant, J. & Pavitt, K., 2005. *Managing Innovation: Integrating Technological, Market and Organizational Change*. 3rd ed. London: Wiley.
- Vanhaverbeke Wim, Roijackers Nadine, Usman Muhammad. *Researching Open Innovation In Smes*. New Jersey: World Scientific, 2018.
- Van Pottelsberghe de la Potterie, B. & Mejer, M., 2010. The London Agreement and the cost of patenting in Europe. *European Journal of Law and Economics*, 29(2), pp. 211-237.
- West, J. & Lakhani, K., 2008. Getting clear about communities in Open Innovation. *Industry & Innovation*, 15(2), pp. 223-231.
- Wu, T., 2010. *The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires*. London: Atlantic Books.

O sócio incapaz nas sociedades limitadas

*Cássio Cavalli*¹

1. Introdução

É comum na experiência societária que se depare com situações nas quais um sócio é incapaz. Isto pode ocorrer em casos (a) de alguém que já é sócio e que, supervenientemente, venha a se tornar incapaz; (b) de falecimento de sócio, que deixa herança a seus herdeiros incapazes; e (c) de algum incapaz que queira constituir sociedade. Em todas estas situações pode-se questionar: é possível que incapaz figure no quadro social de uma sociedade limitada? Há várias razões para responder-se positivamente a questão. Perpassam elas pela necessidade de se preservar a empresa, de modo a evitar-se a liquidação da quota do incapaz, assegurando-se

* Texto originalmente publicado na Revista de Direito Privado | vol. 54/2013 | p. 183 - 196 | Abr - Jun / 2013.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Permanente do Mestrado em Direito e ainda docente da graduação da FGV Direito Rio - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Integrante do Grupo de Trabalho do Ministério da Fazenda encarregado da elaboração da Reforma da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Vice-presidente da Comissão de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência da OAB-RJ nos triênios 2013-2015 e 2016-2018; Conselheiro de Administração da *Turnaround Management Association* (TMA) nos anos de 2015 a 2018; expert em direito concursal do *Ibero-American Institute for Law and Finance*, membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas (IBR-USP); membro das Comissões de Direito Empresarial e de Mercado de Capitais da OAB-RJ; Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), do *American Bankruptcy Institute* (ABI) e do *INSOL International*. Dedicar-se à pesquisa na área de direito empresarial, notadamente nos temas de direito falimentar e recuperação de empresas, contratos empresariais, análise econômica do direito, direito societário, teoria da empresa e direito cambiário. Advogado em São Paulo.

assim o direito de terceiros que contratam com a sociedade, e também pelo próprio interesse do incapaz, a quem pode ser mais favorável a constituição ou continuação em sociedade, de modo a organizar mais eficientemente seu patrimônio ou obter um regime tributário mais favorável na gestão patrimonial. Entretanto, a presença de sócio incapaz pode trazer-lhe também dissabores, notadamente relacionados à exposição de seu patrimônio pessoal pelas dívidas sociais.

Por conta das vantagens e desvantagens, cumpre investigar-se o tema do sócio incapaz nas sociedades limitadas. Para tanto, será apresentada a evolução da disciplina jurídica do tema até a promulgação do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002 e, após, será apresentada a disciplina em vigor.

2. A evolução da disciplina do sócio incapaz no direito anterior ao código civil de 2002

Antes da promulgação do Código Civil de 1916 (LGL\1916\1), que positivou o instituto da personalidade jurídica em nosso ordenamento, atribuía-se aos sócios de sociedades comerciais a qualidade de comerciantes, e deles se exigia que possuíssem capacidade para o exercício da atividade comercial, nos termos do art. 1.º, n. 1, do Código Comercial. Por esta razão, era vedado a incapazes participassem da constituição de sociedades, e, por este mesmo motivo, proibia-se que incapazes ingressassem por sucessão *causa mortis* em sociedade que contivesse *cláusula de continuidade*, conforme estabelecia o art. 308 do Código Comercial, de seguinte redação: “Quando a sociedade dissolvida por morte de um dos sócios tiver de continuar com os herdeiros do falecido (artigo n. 335, n. 4), se entre os herdeiros algum ou alguns forem menores, estes não poderão ter parte nela, ainda que sejam autorizados judicialmente; salvo sendo legitimamente emancipados”.

Com a adoção no ordenamento brasileiro da sociedade limitada, mediante a promulgação do Dec. 3.708/1919, cumpria

determinar-se se era lícito a incapaz figurar no quadro de sócios de sociedade limitada. Debatia-se, pois, sobre o tema do *sócio incapaz*. Como tantos outros temas relativos a este tipo societário, relacionava-se o tema do sócio incapaz à compreensão de qual a lei de regência supletiva das sociedades limitadas e, nesta toada, de qual espécie societária a que mais se assemelhava a sociedade limitada. Aqui, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial traçou igualmente o percurso no qual, inicialmente, tendia-se a aplicar mais amplamente as normas do Código Comercial supletivamente à sociedade limitada, bem como a associar este tipo societário à sociedade em nome coletivo, para, posteriormente, diminuir a influência das normas contidas no Código Comercial, bem como a similitude com a sociedade em nome coletivo.

O autor de maior prestígio na primeira fase do desenvolvimento da sociedade limitada foi Waldemar Martins Ferreira, que, apegado à sua concepção de que a sociedade limitada seria internamente uma variação da sociedade em nome coletivo, opunha-se à participação de sócio incapaz na sociedade.¹ E opunha-se o renomado autor paulista precisamente por conta do disposto nos arts. 1.º, n. 1, e 308 do Código Comercial.

Na mesma linha seguia Rubens Requião,² para quem seria *absurdo em face da lei*, autorizar o menor a participar de sociedade se a sua responsabilidade fosse limitada. Admitia, entretanto, a participação de menor acionista em sociedade anônima, mediante a subscrição de ações ou pela aquisição de ações por sucessão hereditária.

A admissão de sócio incapaz em sociedade limitada por *causa mortis* decorria, assim, de argumentos *sentimentais e paternalistas*,³ conforme asseverou Waldírio Bulgarelli. É que, conforme defendeu o professor paulista, “o erro maior na questão, a nosso ver, foi o de se assimilar indevidamente o modelo da sociedade por cotas, ao da sociedades de capital, convolvendo-se a participação dos menores em mera aplicação de capital, como se fossem acionistas”.⁴ A esta assertiva subjaz a opção pela

aproximação da sociedade limitada ao modelo da sociedade em nome coletivo.⁵ Nesse sentido, além do recurso à aplicação das normas contidas nos art. 1.º, n. 1, e 308 do Código Comercial, invocava a doutrina contrária à admissão de sócio incapaz em sociedade limitada três outros argumentos, todos relacionados à exposição do patrimônio do sócio incapaz às dívidas da sociedade.

O primeiro argumento relacionava-se ao risco sofrido pelo menor caso não estivesse o capital social totalmente integralizado. Neste caso, em razão do disposto no art. 9.º do Dec. 3.708/1919, poderiam os sócios, inclusive o incapaz, ser chamados a integralizar a parcela faltante do capital em caso de falência da sociedade. Ademais, mesmo que o capital estivesse totalmente integralizado, haveria o risco de se responsabilizar os sócios pela parcela faltante à integralização caso algum sócio houvesse realizado o seu aporte *in natura*.⁶

O segundo argumento consistia em que, mesmo que integralizado o capital social, haveria risco ao patrimônio do sócio incapaz caso houvesse distribuição indevida de lucros, hipótese em que os sócios seriam chamados a repor estas quantias para a sociedade.

Por fim, o terceiro argumento utilizado para não se admitir incapaz como sócio consistia em que, caso houvesse aumento de capital da sociedade, seria exposto o patrimônio do sócio incapaz ao risco de responder solidariamente pelas quantias faltantes à integralização.⁷

Entretanto, admitia-se que incapaz participasse como acionista de sociedade anônima, conquanto não pudesse ser quotista de sociedade limitada.

Os argumentos contrários ao ingresso de incapaz na sociedade não eram suficientemente sólidos e não resistiram às objeções apresentadas por autores como João Eunápio Borges e Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto.

Em primeiro lugar, aqueles que negavam a possibilidade de ingresso de incapaz em sociedade limitada recorriam a uma

aplicação excessivamente ampla das normas do Código Comercial às sociedades limitadas. Entretanto, conforme observou João Eunápio Borges, era *injustificável e descabida* “qualquer remissão aos arts. 308 e 335, n.º 4, do Cód. Comercial, inaplicáveis ao caso”,⁸ pois haviam sido redigidos especificamente para as sociedades em nome coletivo e, ademais, não poderiam ser interpretados isolada e literalmente, sem que se atentasse às normas posteriores ao Código Comercial, como era o caso do Dec. 3.708/1919.⁹ E, consoante entendia o Ilustre Professor mineiro, em razão do disposto no art. 2.º do Dec. 3.708/1919, seriam aplicáveis às sociedades limitadas apenas o disposto nos arts. 300 a 302 do Código Comercial.

O risco decorrente da ausência de total integralização do capital social, que se pretendia evitar mediante a proibição de ingresso de incapaz em sociedade limitada, poderia muito facilmente ser evitado bastando-se que se estabelecesse que, para ingresso de incapaz em sociedade limitada, haveria a necessidade de o capital estar totalmente integralizado. Este era o sentido que subjazia à lição de Vilemor Amaral,¹⁰ que posteriormente serviu de base para João Eunápio Borges¹¹ defender expressamente a participação de menor incapaz em sociedade limitada, contanto que as quotas estivessem integralizadas.

Em caso de integralização do capital com bens que não dinheiro, para evitar-se o risco de responsabilidade pela avaliação dos bens, bastaria que se procedesse a avaliação judicial dos bens aportados à sociedade, conforme a aguda observação de Pontes de Miranda.¹²

À necessidade de que o capital estivesse totalmente integralizado, acrescia Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto¹³ a necessidade de que o incapaz integralizasse sua quota em bens que não imóveis, tendo em vista a regra a exigir autorização judicial para os pais alienarem bem imóvel pertencente a menor incapaz. Ademais, por conta da norma do art. 429 do CC/1916 (LGL\1916\1), a impor que bens de menor tutelado, inclusive os imóveis, fossem alienados mediante hasta pública, haveria a impossibilidade de

menor tutelado participar de sociedade limitada, ante a impossibilidade de integralizar suas quotas.¹⁴

Por outro lado, a opção contrária à participação de incapaz em sociedade limitada por conta do dever de repor dividendos distribuídos indevidamente (art. 9.º do Dec. 3.708/1919) enfrentava como óbice o fato de que este mesmo dever era imposto ao acionista de sociedade anônima (art. 131, § 2.º, do Dec. 2.627/1940), sem que, por isto, a doutrina se posicionasse contra a participação de incapaz.¹⁵ Em sentido análogo, também havia o mesmo risco em caso de aumento de capital de sociedade anônima, sem que houvesse, por isto, oposição da doutrina a que incapaz figurasse como acionista.¹⁶

Tomadas estas precauções e não participando o incapaz da administração da sociedade, parte da doutrina passou a sustentar a possibilidade de incapaz participar da constituição de sociedade limitada e, também, adquirir quotas de sociedade já constituída, por ato entre vivos ou *mortis causa*.¹⁷

Jurisprudencialmente vingou a tese de que era lícito à incapaz integrar sociedade limitada, contanto fossem observadas as providências para proteger-se o patrimônio do incapaz de submeter-se a riscos excessivos. Em acórdão paradigmático,¹⁸ julgou o STF que: “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração com cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art. 1.º do Código Comercial. Recurso extraordinário não conhecido”. O caso consistia em que, ante a negativa de arquivamento de alteração contratual pela Junta Comercial do Estado de São Paulo para ingresso de dois menores em sociedade limitada cujo capital estava plenamente integralizado e sem poderes de administração, impetrou-se mandado de segurança, que foi concedido pelas instâncias ordinárias. Interpôs o Estado de São Paulo Recurso Extraordinário ao STF sob o fundamento de negativa de vigência do art. 1.º do Código Comercial. O relator, Min. Xavier de Albuquerque, em seu voto, invocou a doutrina do também Min. Carlos Fulgêncio da

Cunha Peixoto, que entendia pela possibilidade de menor ingressar em sociedade limitada contanto que sua parcela de capital fosse integralizada com moeda corrente ou bens móveis, tendo em vista que há restrição quanto à alienação de bem imóvel por quem exerça o poder parental.

Este entendimento foi consolidado em sucessivas Instruções Normativas do DNRC, conforme pode ver-se no art. 4.º da IN 12/1986 (“O arquivamento de atos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, da qual participem menores, será procedido pelo órgão de registro, desde que: I - o capital da sociedade esteja totalmente integralizado, tanto na constituição, como nas alterações contratuais; II - não seja atribuído ao menor quaisquer poderes de gerência ou administração”); e no art. 17 da IN 29/1991 (“O arquivamento de atos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, da qual participem menores, será procedido pelo órgão de registro, desde que. I - o capital da sociedade esteja totalmente integralizado, tanto na constituição, como nas alterações contratuais; II - não seja atribuído ao menor quaisquer poderes de gerência ou administração; III - o sócio menor seja representado ou assistido, conforme o caso”).

3. A disciplina do sócio incapaz no direito atual

O tema da capacidade para ser sócio relaciona-se com o regime de responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade nos diversos tipos societários. Desse modo, por exemplo, na sociedade simples, por responderem os sócios pelas obrigações sociais na proporção de suas respectivas participações (art. 1.023 do CC/2002 (LGL\2002\400)), impõe-se a necessidade de os sócios serem capazes.¹⁹ E em caso de incapacidade superveniente do sócio, será ele excluído da sociedade (art. 1.030 do CC/2002 (LGL\2002\400)).²⁰

Já para que alguém possa adquirir ou manter a qualidade de sócio de sociedade limitada não há exigência alguma de que esta pessoa seja capaz para a prática de atos da vida civil. Pode inclusive

a sociedade limitada possuir como sócios apenas pessoas incapazes. Entretanto, conquanto não se exija que se-jam os sócios de sociedade limitada capazes, neste caso, cumpre observar-se a alguns preceitos.

Não se admite que incapaz participe de sociedade em que possua responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. O incapaz não pode participar de sociedade em que responda ilimitada e solidariamente pelas obrigações sociais²¹ e não pode exercer funções de administração de sociedade alguma.²² Desse modo, não pode incapaz participar de sociedade simples, de sociedade em nome coletivo, de sociedade em comandita simples como sócio comanditado ou de sociedade em comandita por ações como sócio administrador; pois, em comum, há o fato de que estes sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Com efeito, é criticável a redação do § 3.º do art. 974 do CC/2002 (LGL\2002\400). De um lado, por ter tratado do tema da capacidade para ser sócio em um dispositivo que cuida da capacidade para ser empresário, com o que confunde desnecessariamente os temas. De outro lado, por referir a “contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz” com o que se incorre em erro, pois há tipos societários, como as sociedades simples, em que a incapacidade superveniente do sócio conduz à sua exclusão da sociedade (art. 1.030 do CC/2002 (LGL\2002\400)).

É de se admitir sócio incapaz somente naquelas sociedades em que a responsabilidade do sócio é limitada. Do contrário, verdadeiramente expõe-se o patrimônio do incapaz a desnecessário risco. Ademais, a topologia pretendida para inserir-se a autorização de participação sócio incapaz em sociedade (art. 974 do CC/2002 (LGL\2002\400)) fará com que se acabe por aplicar esta permissão a qualquer tipo societário, inclusive àqueles em que a responsabilidade do sócio é ilimitada, à semelhança do que entendeu o STJ acerca do alcance do art. 977 do CC/2002 (LGL\2002\400).²³

Caso se pretenda inserir no Código Civil (LGL\2002\400) dispositivo permissivo neste sentido, que se o faça na parte referente

às sociedades, ou às sociedades limitadas, e não na parte referente ao empresário individual. Inserir-se no art. 974 do CC/2002 (LGL\2002\400) matéria pertinente ao direito societário só embaralha a legislação, sem que daí se extraia proveito algum. A emenda que se deve realizar no dispositivo acima mencionado relaciona-se também à própria localização do texto permissivo da participação de incapaz em sociedade limitada. É que o art. 974 do CC/2002 (LGL\2002\400) cuida da continuação por incapaz de atividade exercida por empresário *individual*. E não há confundir-se empresário individual com sociedade empresária; é comezinha a lição de que o art. 974 do CC/2002 (LGL\2002\400) é inaplicável ao direito societário, conforme, por exemplo, corretamente anota Alfredo de Assis Gonçalves Neto.²⁴ Não só é inaplicável como, aliás, é nocivo à correta compreensão do fenômeno societário associar-se os requisitos para o exercício individual de atividade econômica com os requisitos para o exercício de atividade por sociedade. Com efeito, deve-se recordar que, no ordenamento brasileiro atual, a regra encontrada no art. 972 do CC/2002 (LGL\2002\400) é aplicável apenas às pessoas físicas que, em nome próprio, exercem atividade empresarial; assim como o art 1.º, n. 1, do Código Comercial, também passou a ser aplicável apenas às pessoas físicas que, em nome próprio, se dedicassem ao exercício do comércio.

Inexiste, ademais, em nosso ordenamento, sequer resquício do vetusto entendimento segundo o qual a exigência de capacidade se aplicaria também ao sócio de sociedade empresária. Essa exigência remonta ao período anterior ao Código Civil de 1916 (LGL\1916\1), que introduziu em nosso direito a personificação jurídica, bem como ao Dec. 3.708/1919, que disciplinou a sociedade limitada. A razão pela qual é dispensada a necessidade de o sócio ser capaz consiste em que não é ele que exerce atividade, mas a sociedade; vale dizer, é esta quem pratica os atos que consubstanciam a atividade e por estes atos se responsabiliza patrimonialmente. De outra banda, deve também considerar-se que a apresentação da sociedade limitada na prática de atos não é

necessariamente realizada por quem seja sócio,²⁵ pois admite a atual disciplina legal que se nomeie administrador não sócio (art. 1.061 do CC/2002 (LGL\2002\400)).

Incapaz só pode participar de sociedade em que haja limitação de sua responsabilidade. Na sociedade limitada, por responderem os sócios pela integralização do capital social, para que se admita sócio incapaz no quadro societário, impõe-se esteja o capital social totalmente integralizado, sob pena de colocar-se em risco o patrimônio do sócio incapaz pelas dívidas da sociedade. Esta é a nossa opinião, que compartilmos com Fábio Tokars.²⁶

Por essa razão é inequívoca a possibilidade de o menor figurar como acionista em sociedade anônima.²⁷ Alfredo de Assis Gonçalves Neto²⁸ corretamente sustenta que o menor acionista pode, inclusive, adquirir ações para integralização a prazo, como ocorre, por exemplo, em caso de aumento de capital. Com isto, entende o autor paranaense que se evita ao menor incorra em danos decorrentes de perda de remuneração em investimento que poderia fazer se não houvesse integralizado as ações à vista; ou para inclusive poder exercer direito de preferência mesmo quando não dispusesse de quantia para pagar a totalidade das ações. Ademais, pode qualquer incapaz figurar no quadro acionário de sociedade anônima.²⁹

O que se quer evitar com a presença do sócio incapaz na sociedade limitada é que ele responda com o seu ativo patrimonial pela quantia faltante à integralização do capital social. A limitação da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada obtém-se, de regra, pela total integralização do capital em moeda corrente.

Em caso de integralização do capital social com bens que não sejam moeda corrente, deve observar-se, entretanto, que há a incidência do art. 1.055, § 1.º, do CC/2002 (LGL\2002\400), que estabelece a responsabilidade dos sócios pela exata estimação dos bens conferidos para a formação do capital social pelo prazo de cinco anos. Vale dizer, em caso de superestimação dos bens conferidos para a formação do capital social, podem os sócios ser responsabilizados pelos valores faltantes à integralização do capital

social. Neste caso, o sócio incapaz teria o seu patrimônio exposto a dívidas da sociedade, o que não se admite. Por esta razão, Fábio Tokars³⁰ defende que, para o incapaz figurar como sócio no quadro social de uma sociedade limitada, o capital deve estar totalmente integralizado em dinheiro ou por cessão de créditos, tendo em vista que, em caso de integralização em bens, os sócios ficam solidariamente responsáveis pela exata estimação dos bens aportados, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 1.055, § 1.º, do CC/2002 (LGL\2002\400). Em sentido análogo, Alfredo de Assis Gonçalves Neto³¹ defende que incapaz poderá ser admitido como sócio de sociedade limitada tão somente se não houver integralização em bens nos cinco anos anteriores ao ingresso do menor na sociedade; precisamente para evitar-se a incidência da norma do art. 1.055, § 1.º, do CC/2002 (LGL\2002\400).

Entretanto, em caso de constituição de sociedade limitada com sócio incapaz, é possível que o capital seja integralizado em outros bens que não dinheiro, desde que se recorra a expediente que assegure que não haverá responsabilização do sócio por obrigações sociais. Com efeito, é inequívoco que, para evitar-se a indesejada responsabilização, não basta que se recorra à avaliação dos bens aportados a título de integralização por empresa de auditoria independente, pois o laudo de avaliação não terá eficácia contra terceiros, mesmo que arquivado no órgão registrário. O laudo, quando muito, constituirá prova que poderá ser utilizada para a formação da convicção do magistrado que estiver a julgar litígio em que se busque responsabilizar sócios por dívidas sociais. Desta feita, para evitar-se a responsabilização do incapaz pela quantia faltante à integralização do capital social, podem os sócios recorrer à avaliação judicial dos bens conferidos para a integralização do capital, conforme já ensinava Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.³²

No que toca à integralização da quota do incapaz com outros bens que não o dinheiro, notadamente quando se tratar de bens imóveis, não há excogitar-se da limitação da alienação destes bens

por hasta pública, que é dispensada quando o pátrio poder é exercido pelos pais.³³

Pode-se, ademais, acrescentar a possibilidade de incapaz figurar como sócio de sociedade limitada mesmo nos casos em que o capital social tenha sido integralizado com bens que não sejam moeda corrente, conquanto que (a) já se tenha decorrido cinco anos da data do registro do contrato de sociedade em que se estimava o valor dos bens a serem conferidos pela sociedade; ou (b) se proceda à avaliação judicial dos bens conferidos para a formação do capital, de modo que se possa opor esta avaliação a terceiros que futuramente venham a se relacionar com a sociedade.³⁴

Contudo, nada obsta o ingresso ou a permanência de menor em sociedade limitada, conquanto o capital tenha sido integralizado de modo a limitar a responsabilidade dos sócios. Assim, nada obsta o ingresso ou permanência de sócio incapaz na sociedade limitada cujo capital tenha sido integralizado em bens, mas que já tenha decorrido o prazo de cinco anos acima mencionado.

A participação de incapaz em sociedades limitadas, para Alfredo de Assis Gonçalves Neto,³⁵ é tema de maior complexidade, em razão do regime de responsabilidade do sócio quotista. Assim é que Alfredo de Assis Gonçalves Neto que os aumentos de capital deverão ser realizados à vista pela totalidade dos integrantes do capital social.³⁶

Entretanto, cumpre distinguir as hipóteses em que (a) incapaz participa da constituição de sociedade limitada ou de aumento de capital em sociedade limitada, da hipótese em que (b) incapaz adquire *inter vivos* ou *mortis causa* quotas e, por fim, da hipótese de (c) incapacidade superveniente do sócio.

Quanto à (a), no Manual de Atos de Registro das Sociedades Limitadas, item 1.2.10, letras “c” e “d”, encontra-se a posição do DNRC, que permite incapaz integre sociedade limitada. Neste item, lê-se que “Pode ser sócio de sociedade limitada, desde que não haja impedimento legal: (...) c) desde que assistidos, como segue, uma vez que são relativamente incapazes para a prática de atos jurídicos,

por seus pais ou por tutor, maior de 16 anos e menor de 18 anos; pelo curador, o pródigo e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; de acordo com a legislação especial (art. 4.º, parágrafo único, do Código Civil (LGL\2002\400)), o índio; d) desde que representados, como segue, uma vez que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, por seus pais ou por tutor, o menor de 16 anos; pelo curador, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

Para que incapaz figure como sócio de sociedade limitada impõe-se, entretanto, que a sua responsabilidade seja efetivamente limitada.³⁷ Daí porque se exige que o capital esteja totalmente integralizado para a constituição de sociedade limitada em que figure sócio incapaz.

Quanto à (b), incapaz pode adquirir quotas por qualquer dos meios de aquisição em direito admitidos. Assim, pode o incapaz subscrever quotas quando do aumento de capital, caso em que se deverá observar o quanto se preceitua acerca da constituição de sociedade em que figure sócio incapaz. Incapaz poderá também herdar quotas de sócio falecido. Em caso de sucessão *causa mortis* o menor responderá nos termos do art. 1.032 do CC/2002 (LGL\2002\400), mas apenas nos limites das forças da herança.³⁸

Quanto à (c), pode ocorrer, também, de tornar-se incapaz sócio que até então era capaz. Cumpre, assim, verificar-se se o sócio que por alguma razão tornou-se incapaz pode continuar a figurar no contrato de sociedade ou se deve retirar-se, apurando seus haveres. Se incapaz não pudesse participar de sociedade limitada, em caso de incapacidade superveniente de sócio incidiria a norma contida no art. 1.030 do CC/2002 (LGL\2002\400), e ficaria o sócio exposto a ser excluído da sociedade. Esse dispositivo, entretanto,

não é aplicável às sociedades limitadas, conforme bem observa Alfredo de Assis Gonçalves Neto.³⁹

4. Conclusão

A discussão acerca da possibilidade de incapaz figurar como sócio de sociedade limitada não mais suscita as polêmicas que outrora suscitava. O eixo em torno do qual giravam os debates, - o regime da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais -, continua a orientar a solução acerca de hipóteses em que incapaz figura ou pretende figurar como sócio de sociedade limitada. Com efeito, desde que observados os pressupostos de lei, admite-se que incapaz figure no contrato de sociedade limitada.

5. Referências bibliográficas

- AMARAL, Hermano de Villemor. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.
- BORGES, João Eunápio. Sociedades de pessoas e sociedades de capital - A sociedade por cotas de responsabilidade limitada. *Revista Forense*. vol. 128. p. 17-22 e 350-357. Rio de Janeiro: Forense, 1950.
- BULGARELLI, Waldírio. Alguns estranhos casos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro. In: _____ (org.). *Estudos e pareceres de direito empresarial - O direito das empresas*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedades por quotas*. 5. ed. São Paulo: Companhia Graphico/Ed. Monteiro Lobato, 1925.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958. vol. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. t. 49.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 1995. vol. I.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Ed. LTr, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. As sociedades simples do novo Código Civil (LGL\2002\400). *Revista dos Tribunais*. vol. 800. p. 36-56. São Paulo: Ed. RT, jun. 2002.

Notas

1 FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedades por quotas*. 5. ed. São Paulo: Companhia Graphico/Ed. Monteiro Lobato, 1925. n. 114, p. 111.

2 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 1995. vol. I, p. 282.

3 BULGARELLI, Waldírio. Alguns estranhos casos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro. In: _____. (org.). *Estudos e pareceres de direito empresarial (O direito das empresas)*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 185-194, p. 187.

4 Idem, *ibidem*.

5 Acerca do tema, ver CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação de quotas*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 11 e ss.

6 TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 38.

7 BULGARELLI, Waldírio. Alguns estranhos casos de sociedades por cotas de responsabilidade limitada no direito brasileiro. In: Bulgarelli, Waldírio (org.). *Estudos e pareceres de direito empresarial (O direito das empresas)*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 185-194, p. 189.

8 BORGES, João Eunápio. Sociedades de pessoas e sociedades de capital - A sociedade por cotas de responsabilidade limitada. *Revista Forense*. vol. 128. p. 17-22 e 350-357. Rio de Janeiro: Forense, 1950. p. 355.

9 Idem, *ibidem*.

10 AMARAL, Hermano de Villemor. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921. n. 252-a, p. 167.

12 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. § 5.240-1, t. 49, p. 393.

13 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, p. 233.

15 Expondo esta linha argumentativa, com muita propriedade Teixeira, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad 1956, p. 37 e ss.

20 Idem, *ibidem*.

21 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. p. 66.

22 Idem, *ibidem*.

25 Recorrendo a este argumento para sustentar que a possibilidade de incapaz participar de sociedade limitada no atual regime mantém-se ver GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 73.

27 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. p. 67.

28 Idem, *ibidem*.

37 Por este motivo, não pode menor participar de sociedade simples, conforme sustenta TOMAZETTE, Marlon. As sociedades simples do novo Código Civil (LGL\2002\400). RT 800/38.

38 GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009, 75. Acerca da incidência do art. 1.032 do Código Civil (LGL\2002\400) às sociedades limitadas, ver TJMG, ApCiv 1.0024.05.800462-3/002, 5.^a Câmara. Civ., j. 21.06.2007, v.u., rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha; TJMG, AgIn 1.0024.04.436600-3/003, j. 06.12.2007, v.u., rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha; TJSP, AgIn 7.371.218-0, 18.^a Câmara de Direito Privado, j. 30.06.2009, v.u.

16 TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Op. cit., p. 38.

24 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 66.

29 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 68.

31 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 69.

35 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 68.

36 Idem, p. 69.

39 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Op. cit., p. 70.

26 TOKARS, Fábio. Op. cit., p. 125.

30 TOKARS, Fábio. Op. cit., p. 125.

14 Idem, p. 234.

17 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. Op. cit., p. 231 e ss.

11 BORGES, João Eunápio. Op. cit., 355.

19 TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: Ed. LTr, 2007. p. 123 e 124. Conforme registra o autor, a “exigência de capacidade dos sócios, na sociedade simples, decorre diretamente do regime de responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais”. Idem, p. 124.

32 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., § 5.240-1, p. 393.

34 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., § 5.240-1, p. 393.

18 STF, RE 82.433-SP, Pleno, j. 26.05.1976, v.u., rel. Min. Xavier de Albuquerque.

33 STJ, REsp 434.701, 4.^a T., j. 15.09.2009, m.v., rel. Min. Luis Felipe Salomão (decidindo que “[o] exercício do pátrio poder só dispensa a necessidade de hasta pública para venda de bens do incapaz quando os pais administram os bens dos filhos. Caso contrário, imperiosa a aplicação do artigo 429 do Código Civil de 1916 (LGL\1916\1), a exígir hasta pública e demonstração de manifesta vantagem ao menor, razão pela qual também é indispensável a prévia avaliação dos bens”).

23 STJ, REsp 1.058.165-RS, 3.^a T., j. 14.04.2009, m. v., rel. Min. Nancy Andrighi.

Responsabilidade dos administradores por débitos negociais das sociedades limitadas

*Gustavo Saad Diniz*¹

1. Responsabilidade do administrador, pela distinção do fundamento de negociabilidade do crédito

O art. 50¹,do CC/2002 (LGL\2002\400) positivou a desconsideração da pessoa jurídica, como critério de responsabilização pessoal dos sócios, por dívidas assumidas pela sociedade. No âmbito civil, o método adotado incide principalmente sobre créditos negociais, levando-se em consideração o fundamento da obrigação que lhe origina. Isto porque, nos negócios jurídicos, é possível a avaliação dos riscos de contratação com a sociedade limitada.

Outros credores, no entanto, mantêm uma relação jurídica *ex lege* (trabalhistas e tributárias) e *ex delicto* (responsabilidade civil por ilícitos), porque, efetivamente, não negociaram com a sociedade e não tiveram a oportunidade de avaliar os riscos apresentados. Por isso, merecem um sistema de proteção distinto, de modo a poder

* Texto originalmente publicado na Revista de Direito Privado | vol. 18/2004 | p. 42 - 65 | Abr - Jun / 2004 e na obra Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil | vol. 3 | p. 315 - 342 | Out / 2011

¹ Graduado em Direito pela Unesp (1998). Mestrado em Direito Privado pela Unesp (2002). Doutorado em Direito Comercial pela USP (2007). Livre-Docência pela USP (2015). Atualmente é Professor Associado de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Advogado sócio do escritório Saad Diniz Advogados Associados. Tem experiência contenciosa, consultiva e de pareceres na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: direito comercial, direito societário, direito contratual, direito das fundações e associações (e suas atividades econômicas), cooperativas, agronegócio, arbitragem empresarial.

responsabilizar pessoalmente os administradores pelos débitos, em casos específicos da legislação. Assim, a disciplina da responsabilidade dos administradores por créditos não negociais ou não sujeitos a disponibilidade econômica atende ao interesse público que envolve obrigações trabalhistas e tributárias (neste último caso, incluindo contribuições devidas para o custeio da Previdência Social), além de questões que envolvem condenações por prática de ilícitos.

Há regras específicas permitindo a superação do anteparo da pessoa jurídica. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho: "Diferente, por outro lado, é a situação dos credores não negociais, aqueles que não têm meios de formar seus preços, agregando-lhe qualquer taxa de risco. Falo do Fisco, INSS, trabalhadores e titulares do direito de indenização (inclusive consumidor). Para essa categoria de credores sociais, a limitação da responsabilidade dos sócios representa, normalmente, prejuízo, porque eles não dispõem dos mesmos instrumentos de negociação dos credores negociais para se preservarem da insolvência da sociedade empresária".²

A principiologia que atende a esse tópico naturalmente leva em consideração o fundamento da obrigação, para que em seguida se proceda à relação de *complementaridade* e *substituição mútua dos princípios*. Para tanto, é problema assente a natureza indisponível das regras de admissão de responsabilidade pessoal do administrador da sociedade limitada, tendo em vista a sua derivação do princípio da segurança jurídica e da violação do sistema jurídico vigente. Daí a assertiva da complementaridade.

Já a substituição principiológica obtempera o fundamento da obrigação, restringindo ou ampliando os casos de responsabilização pessoal, conforme se tenha uma hipótese legal com a determinada característica.

Essas hipóteses de admissão serão analisadas nos tópicos seguintes.

2. Obrigações do administrador e desconsideração da pessoa jurídica

O sócio possui obrigações perante a sociedade, inclusive no caso de perda patrimonial. Pelas obrigações sociais, poderá o sócio responder limitadamente se a forma societária apresentar este modelo e se for considerada a data de sua admissão. A responsabilidade do sócio, então, será limitada ao capital social integralizado, ressalvados os casos em que se admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, do CDC (LGL\1990\40); art. 4.º da Lei 9.605/1998; art. 18, da Lei 8.884/1994; art. 50, do CC/2002 (LGL\2002\400)). No caso da aplicação da *Durchgriff durch die Rechtspersönlichkeit* (penetração da personalidade jurídica) com a teoria unitarista ou subjetivista de Rolf Serick, quatro pontos se impõem ao esquema regra-exceção: a) abuso da forma da pessoa jurídica, fazendo dela instrumento para fraudar a lei, subtrair-se de obrigação contratual ou causar danos a terceiros; b) não é possível desconsiderar a pessoa jurídica somente porque não se realizou o escopo de uma norma ou a causa objetiva de um negócio jurídico, ressalvadas as normas de direito societário cuja função seja essencial para a eficácia do negócio jurídico; c) responsabilização da pessoa física que age através da pessoa jurídica, quando houver contradição da norma e da função da pessoa jurídica; d) se através da forma da pessoa jurídica se esconde o fato de que a parte de um determinado negócio é, em realidade, o mesmo sujeito.³

Ainda em relação à desconsideração da personalidade jurídica, houve uma série de críticas à doutrina de Serick, embora haja reconhecido mérito ressaltado por toda a doutrina. Calixto Salomão Filho relata que houve uma ampliação da discussão para os centros de imputação, considerando não somente a dialética regra-exceção (ou seja, admite-se excepcionalmente, por conta de fraude, a superação da regra da separação patrimonial), *mas considerando que há situações normativas que tornam imperioso desconsiderar a pessoa jurídica, especialmente quando há ultrapassagem dos limites*

do permitido no contrato social, excesso às forças do mandato outorgado e a agressão às leis que regulamentam as sociedades limitadas e os negócios jurídicos em particular. Tratar-se-ia, então, de uma "técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas",⁴ ou ainda, segundo Karsten Schmidt, há imputação de efeito jurídico para além do sujeito a que ele se destine.⁵

De forma a atender o reclamo doutrinário, o art. 50, do CC/2002 (LGL\2002\400) entrou em vigor admitindo a desconsideração da personalidade em caso de abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, estendendo relações de obrigações aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. Houve positivação do método doutrinário, reconhecendo-se que a violação de sistema jurídico pelo administrador da sociedade causa a sua responsabilidade pessoal. Conforme orienta Karsten Schmidt, não se inclui na superação da pessoa jurídica a violação do lícito em negócios jurídicos, porque o que se discute é a violação de normas específicas que impliquem em subcapitalização (*Unterkapitalisierung*), a dominação da sociedade (*Beherrschung der Gesellschaft*) e a confusão de esferas (*Sphärenvermischung*).⁶

Cabe esclarecer, ainda, que, se o sócio assume obrigações administrativas⁷ dentro da sociedade, estará ele sujeito aos consectários da responsabilização em caso de atuação que viole o sistema jurídico vigente. Neste caso, poderá responder pessoalmente por dívidas assumidas pela sociedade empresária.

Pela regra da separação da pessoa jurídica em relação ao sócio (prevista expressamente nos revogados dispositivos do art. 20, do CC/1916 (LGL\1916\1), art. 350, do CCo (LGL\1850\1) e art. 14, do Dec. 3.708/1919), a sociedade limitada responde pelos compromissos assumidos pelos seus administradores, se forem contraídos em proveito da sociedade. Esse é o exercício regular do poder de administração, podendo-se também invocar de forma supletiva o art. 153, da Lei 6.404/1976 (LSA) e art. 1.011, do CC/2002 (LGL\2002\400), que dispõem sobre o dever de lealdade, "cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na

administração dos seus próprios negócios", gerindo a empresa de acordo com os interesses dos sócios (art. 154, da LSA). Via de regra, o administrador não tem responsabilidade pessoal pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em decorrência de regulares atos de gestão empresarial. A exceção desta regra é a responsabilidade civil pessoal do administrador quando atuar: a) dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; b) com violação da lei ou do estatuto, tratando-se também de responsabilidade subjetiva, conforme entende majoritária doutrina. É patente que há a necessidade de descumprimento de dever legal para a responsabilização do administrador, bastando que haja a ocorrência fática de uma conduta ilícita, com liame de causalidade com o dano conseqüente, qualificada pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa). É possível, também, que haja responsabilidade solidária pelo ato realizado, uma vez existente ilícito com conivência de outros administradores ou, por exemplo, a ausência de comunicação à assembléia geral do não-cumprimento de obrigações de devedores de predecessor, desde que se tenha ciência do ato.

Entretanto, poderá o administrador responder por dívidas sociais. Muito embora tenha graves omissões quanto à administração,⁸a regra geral de responsabilidade do administrador da sociedade limitada tem disciplina no art. 1.016, do CC/2002 (LGL\2002\400), especificando que a sociedade não responde perante terceiros pelos atos praticados. Se houver excesso no exercício de poderes de gerir a sociedade limitada (violação da lei e do contrato social), responderá o administrador perante terceiros, ilimitadamente e de forma solidária com a pessoa jurídica, além da reparação de danos perante a sociedade. Comparando direitos, a lei alemã de sociedade de responsabilidade limitada (*GmbH - Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), no § 43, dispõe que os diretores devem empregar o cuidado de um homem de negócios organizado em relação aos assuntos da empresa.⁹O mesmo dispositivo da *GmbH-Gesetz*, no segundo período, estabelece que o

diretor que viola a obrigação de zelo responde solidariamente pelo dano resultante.¹⁰

Esse é princípio de imprescindível utilização na interpretação tanto da responsabilidade por créditos negociais, quanto dos não negociais, sendo norma de ordem pública não sujeita à disposição contratual que, direta ou indiretamente, vise à exclusão de responsabilidade do administrador, salvo os casos de gerência coletiva e comprovada não-participação no ato.¹¹

3. Critérios de responsabilidade pessoal do administrador por débitos negociais

O negócio jurídico é declaração de vontade que gera efeitos criativos, modificativos ou extintivos de um objeto lícito e possível, a partir de reconhecimento da lei. Em essência, esse conceito revela elementos nucleares que definem o negócio jurídico, quais sejam: a) manifestação de vontade; b) objeto (causa); c) forma. Esta é a base em que se sustenta o poder da vontade, para incidência e qualificação da lei.

O núcleo fático do negócio jurídico, que é a manifestação de vontade, passa a especificar o objeto dispositivo do negócio. No caso das sociedades empresárias, o núcleo fático volitivo é emanado dos órgãos com poderes de atuação pela pessoa jurídica, de acordo com o que é determinado no contrato social, normalmente cabendo ao administrador os direitos e obrigações de estabelecer os negócios jurídicos.

O negócio jurídico realizado com sociedade limitada empresária tem, como uma de suas características maiores de segurança jurídica, a possibilidade de o credor avaliar a taxa de risco apresentada pela sociedade contratante, *de acordo com o capital social garantidor ou verificando se a pessoa com quem se contrata tem efetivos poderes, por meio dos quais a sociedade atue, assumindo obrigações.*

Especifica-se, no entanto, a ponderação relativa ao administrador das sociedades limitadas. Não é somente a garantia do capital social ou a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica que permite atingir os bens do administrador. A doutrina costuma colacionar dois aspectos para permitir superar a pessoa jurídica, responsabilizando exclusivamente o administrador da sociedade: a) abuso ou excesso dos limites de poderes de administração; b) violação da lei e do contrato social.

Com efeito, partindo dessas premissas, a análise sistêmica e com mais propriedade técnica reduz a indicação a um ponto exclusivo para início de análise, que é a violação do *sistema jurídico vigente*. Essa redução, ao contrário de simplista e normatizante, engloba toda a enumeração genérica que faz a doutrina e que descreve o gênero em igualdade de condições com as espécies. Em outros termos, a violação do sistema jurídico vigente, em relação aos atos dos administradores, engloba a compreensão da *ultrapassagem dos limites do permitido no contrato social, excesso às forças do mandato outorgado e a agressão às leis que regulamentam as sociedades limitadas e os negócios jurídicos em particular*.

Esse raciocínio atende à matriz sistêmica que adotamos, especialmente a característica marcante, aplicável ao direito empresarial, componente do sentido próprio ostentado por cada princípio e que permite a combinação de complementação e restrição recíprocas, conforme lição de Canaris¹² e Oliveira Ascensão.¹³ Assim, a partir dos valores específicos, a violação do sistema jurídico vigente faz distinguir diferentes subprincípios, que devem ser aplicados em restrição distintiva de sua abrangência, mas com complementação necessária à obtenção da consequência. Concretizando esse raciocínio, passaremos a analisar os tópicos de responsabilização pessoal dos administradores.

4. Violações do sistema jurídico vigente

4.1 Ultrapassagem dos limites do permitido no contrato social

O contrato social, além de instituir e constituir a pessoa jurídica, consolida em si o regramento da sociedade e da empresa, delimitando as condutas de atuação dos sócios e, mais especificamente, do administrador. É a partir deste instrumento plurilateral de vontades que se especifica que a manifestação volitiva geradora dos negócios jurídicos da sociedade deve ser emanada de uma ou várias pessoas.

Tais negócios, entretanto, são delimitados e distinguíveis de acordo com a essência da finalidade da sociedade e podem ser classificados em duas condutas: a) prática de negócios jurídicos vinculados ao fim social; b) negócios jurídicos acessórios aos fins da sociedade.

No primeiro caso, o administrador atende aos fins para os quais a sociedade foi criada e firma contratos mercantis que instrumentalizam as vendas do produto fabricado, as aquisições de matéria-prima, as revendas e dentre outras possibilidades inerentes à atividade empresária. A responsabilidade por eventual resilição, resolução, exceção de contrato não cumprido ou rescisão por onerosidade excessiva do contrato (casos possíveis de extinção) são inerentes à pessoa jurídica ou nos dizeres do art. 1.105, *caput*, do CC/2002 (LGL\2002\400), "atos pertinentes à gestão da sociedade", indo ao encontro do que dispõe o art. 158, da Lei 6.404/1976, que pode ter aplicação supletiva.

Quando poderá o administrador responder pessoalmente nesses casos? A resposta é justamente quando se ultrapassarem os limites do permitido no contrato social para o cumprimento das finalidades, visando à obtenção de vantagens pessoais, com desvio de condutas. Outro caso possível é o desvio de conduta oriundo da orientação do art. 1.014, do CC/2002 (LGL\2002\400) (excesso de poderes), que exige a manifestação conjunta de vários administradores para a prática do negócio jurídico.

Na segunda hipótese enumerada, qual seja, a prática de negócios jurídicos acessórios aos fins da sociedade, a responsabilidade do administrador dependerá da apuração do excesso cometido e da desvinculação do negócio acessório que não segue a finalidade social. É o caso, por exemplo, da indústria de calçados, de se admitir como acessório o negócio que se faz para adquirir as caixas de papelão necessárias para embalar os calçados fabricados. Se a aquisição se der para negócios de interesse exclusivo do administrador, utilizando a pessoa jurídica como anteparo para encobrir negócios de seu interesse, não havendo bens sociais garantidores, o terceiro que contratou a venda poderá responsabilizar pessoalmente o administrador.

Outra hipótese se obtém a partir da análise do art. 1.015, do CC/2002 (LGL\2002\400), relativamente à oneração ou à venda de bens imóveis que, não constituindo objeto social, depende do que a maioria dos sócios deliberar em assembléia. Feito negócio jurídico, sem a respectiva autorização dos sócios, o administrador tem responsabilidade perante a sociedade e, eventualmente, perante os terceiros credores negociais prejudicados pela atitude ilícita do administrador. Por outro lado, a exceção dos terceiros de boa-fé é prevista no parágrafo único deste dispositivo e os sócios prejudicados pela venda somente poderão opor o excesso do administrador contra o terceiro se a limitação dos poderes do administrador estiver inscrita no registro; se provado que o negócio praticado irregularmente era de conhecimento do terceiro; ou, finalmente, se se tratar de operação estranha aos negócios da sociedade.

4.2 Excesso aos poderes do mandato outorgado

É admissível a contratação de pessoa não-sócia para administrar a sociedade, outorgando-lhe mandato com poderes específicos suficientes para o exercício desse mister. Há entre a sociedade e o mandatário um negócio jurídico de mandato,

instrumentalizado pela procuração que outorga poderes específicos de atuação de uma ou mais pessoas naturais como administrador da pessoa jurídica. Havendo diversos mandatários, a procuração poderá discriminar a sua forma de atuação ou então serão todas as pessoas obrigadas solidariamente pelos efeitos do mandato. Por ser contrato pessoal, a instituição de novo mandato, para outra pessoa, revoga os efeitos do instrumento anterior, devendo-se providenciar o registro do mandato e da eventual revogação para conhecimento dos terceiros que contratam com a sociedade limitada.

No novo sistema do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, é de se considerar que a adoção da teoria do órgão e da *Fremdorganschaft* repercute na natureza da nomeação do administrador em assembléia e com o respectivo registro. Tal nomeação também terá natureza de mandato, com poderes amplos para administração social.

Ocorrerá o mandato quando a sociedade limitada, por meio de seus sócios com poderes suficientes atribuídos pelo contrato social ou pela assembléia, confia a terceira pessoa não-sócia a gestão dos negócios da empresa, que fica obrigada em relação aos negócios praticados pelo mandatário. Há a necessidade de instrumento público ou particular ou nomeação pela assembléia e registro, podendo haver aceitação expressa ou tácita, considerando a execução dos atos como prova dessa aceitação. O mandato com poderes gerais abrange todos os atos de gerência principais e conexos. Entretanto, na generalidade dos poderes não se compreendem os de alhear, hipotecar, assinar fianças, transações ou compromissos de credores, ingressar a empresa como sócia em companhias ou sociedades, nem outros negócios em que a lei exija poderes especiais.

De acordo com o art. 667, do CC/2002 (LGL\2002\400), aceito o mandato, o mandatário é obrigado a realizar todos os atos de acordo com as instruções dos sócios, empregando na sua execução a diligência que um comerciante ativo e probo costuma desempenhar na gerência de seus próprios negócios e sendo

devedor da prestação de contas embutida nessa obrigação (art. 668, do CC/2002 (LGL\2002\400)).

Se o administrador mandatário realiza negócios além das forças do mandato outorgado, responderá pelas perdas e danos perante a sociedade, perante os sócios, e poderá ser pessoalmente responsabilizado pelo terceiro, caso a sociedade tenha sido utilizada como forma de desviar negócios e interesses exclusivos do administrador.

Ainda é o caso de se considerar a responsabilidade pessoal do ex-mandatário, que não tenha mais poderes por extinção do contrato por revogação, renúncia, término do prazo, conclusão do negócio, falência do ex-mandatário ou contratação de outro mandatário. Se a revogação do mandato foi notificada exclusivamente ao mandatário, não poderá ser oposta aos terceiros credores negociais que contratam de boa-fé com a sociedade (art. 686, do CC/2002 (LGL\2002\400)). Se houver o registro da revogação, esse ex-mandatário (ex-administrador não-sócio) que pratica negócios jurídicos com terceiros de boa-fé, que desconheciam o fato por falta de registro, responderá pelos prejuízos causados tanto à sociedade, quanto ao terceiro credor negocial. A ressalva é a ratificação expressa ou por "ato inequívoco" pelos sócios, na forma do art. 163, do CCo (LGL\1850\1) e art. 662, do CC/2002 (LGL\2002\400), que mencionam a eficácia do negócio nesse caso.

Outra ressalva importante diz respeito ao dispositivo do art. 673, do CC/2002 (LGL\2002\400), que dispõe expressamente: "O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente". Nesse caso, há causa de exclusão da responsabilidade do mandatário, com a ressalva da obrigação subsistir contra ele se houver comprovada promessa de ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente.

Segundo Ascarelli, no caso de terceiro individual prejudicado por excesso de mandato, caberá a ele a legitimação ativa para acionar o administrador: "serão, eles, então, responsáveis para com o terceiro, em virtude do excesso de mandato, ao passo que a sociedade não será obrigada pelos atos realizados pelos diretores com excesso de mandato, podendo, entretanto, ratificá-los".¹⁴

4.3 Agressão às leis que regulamentam as sociedades limitadas e os negócios jurídicos em particular

Canaris orienta que *os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas*.¹⁵ Assim, é fundamental que sejam interpretados os princípios e regras que orientam as sociedades limitadas, em confronto com as regras do negócio jurídico, de modo a obter a complementação necessária para alcançar o momento em que se viola a legislação e se permite, por conseqüência, a responsabilização pessoal do administrador que cometeu o ilícito ou o negócio viciado. Conforme orienta Fábio Konder Comparato, deve-se utilizar a desconsideração da personalidade jurídica como conseqüência de um desvio de função da sociedade, centro de interesses autônomo em relação aos sócios e administradores.¹⁶

Também é orientação de Solá-Cañizares o respeito às deliberações da sociedade, porque "o gerente, sendo o executor das decisões sociais, não poderá realizar atos que lhe tenham sido expressamente proibidos por uma decisão dos sócios devidamente adotada".¹⁷ O mesmo doutrinador argentino anota que as limitações do contrato social à atuação dos administradores podem ser assim enclausuradas: "1.º Os que constituam delitos penais ou que, não o sendo, estejam expressamente proibidos pela lei. 2.º Os que os estatutos da sociedade lhes proibam realizar. 3.º Os que fogem do objeto social. 4.º Os que signifiquem uma modificação dos estatutos ou a fusão, transformação ou dissolução da sociedade. 5.º Os que uma decisão social lhe tenha proibido expressamente realizar".¹⁸

Trata-se de verdadeira fraude à lei, com prática voltada à não-incidência de tipo legal. Compara-se o direito com o § 134 do BGB, que dispõe ser nulo o negócio jurídico que infrinja proibição legal (*gesetzliches Verbot*), salvo quando outra seja a consequência que derive de lei.

Para concretizar o raciocínio, além das cláusulas gerais de lealdade e boa-fé, a fraude no negócio jurídico somente pode ser compreendida a partir da conexão entre vários princípios, dentre os quais a liberdade de contratar, a função social do contrato, a segurança jurídica de terceiros. Entre os princípios, há uma complementação e uma restrição recíprocas que orientam, por exemplo, a responsabilidade do administrador da sociedade limitada que pratica negócio jurídico visando ao desvio de bens da sociedade para frustrar o pagamento dos credores negociais. O declarante é o responsável pelo negócio fraudulento, sobretudo se levou a sociedade à ruína geradora da insolvência. Conforme orienta Canaris, "o princípio da auto-responsabilidade evidencia-se na regra da interpretação objetiva, na medida em que se trata de fazer imputar ao declarante (pelo menos agora) o significado objetivo e o princípio da confiança aflora quando dê relevo ao modo como a outra parte deveria ter entendido, razoavelmente, a declaração".¹⁹

Na formação do negócio jurídico com a sociedade, é fundamental que sejam respeitadas as cláusulas gerais tendentes à proteção da boa-fé, lealdade e informação. No direito português, Antonio Menezes Cordeiro fundamenta a reparabilidade contra o administrador em casos de assunção de negócios jurídicos com ocorrência de *culpa in contrahendo* ou casos em que pode invocar a teoria *venire contra factum proprium*²⁰ como base jurídica da reparação do dano.

Especificamente em relação a obrigações da legislação societária, pode-se compreender como gerador de responsabilidade perante o terceiro o ato do administrador da sociedade limitada que promove a distribuição de lucros fictícios, conforme orienta Giuseppe Ferri²¹ e de acordo com interpretação analógica do art. 201,

§ 1.º, da Lei 6.404/1976. A distribuição de lucros inexistentes pode ter ocorrido para prejudicar o credor que negociou a compra e venda de mercadorias da empresa e tem o seu crédito comprometido por conta de insolvência ou insuficiência patrimonial gerada pelos lucros inexistentes.

Ainda é possível raciocinar com a responsabilidade do administrador a partir do preenchimento dos planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Comparando direitos, o § 282 do BGB vincula genericamente o devedor, obrigando-o a realizar a prestação tal como requer a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico ou do comércio. Com base nesse preceito geral, a jurisprudência e doutrina alemãs desenvolveram quatro institutos fundamentais: a culpa na celebração de negócios, a boa-fé no cumprimento das obrigações, o abuso do direito e a alteração das circunstâncias da realidade. Todos esses institutos avançam sobre a validade do negócio jurídico, responsabilizando a sociedade limitada contratante e, muitas vezes, atingindo o administrador que atuou em qualquer dos casos, causando prejuízos a terceiros, num vínculo contratual de responsabilidade.

Essas hipóteses podem ser analisadas em relação à violação dos planos do negócio jurídico. Por exemplo, caso em que a pessoa que não tenha poderes como administrador assuma negócios jurídicos, que se tornariam inexistentes pela ineficiência da declaração de vontade da sociedade limitada. Se o terceiro que contratou com a sociedade não tinha conhecimento da ausência de poderes expressos para o suposto administrador assumir negócios para a sociedade, vincula-se a sociedade e o tal administrador, em responsabilidade solidária e com possibilidade de atingir o patrimônio pessoal de ambos. Se havia conhecimento da ausência de poderes expressos, a responsabilidade é exclusiva da pessoa que se apresentou indevidamente como administrador, desvinculando-se a sociedade do negócio, que para ela não existe no mundo jurídico.

4.4 Subcapitalização

O capital social pode ser insuficiente para garantir segurança a terceiros que negociam com a sociedade limitada. Gera-se um perigo e um potencial prejuízo que motiva a superação da pessoa jurídica, para responsabilização pessoal dos sócios e, em especial, do administrador que provocou a subcapitalização. Não se pode, por outro lado, responsabilizar sócios e administradores quanto à insuficiente capitalização na constituição da sociedade, porque a lei das limitadas, tampouco o Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, exige valores mínimos no momento inicial.²² É risco transferido ao credor que negocia com empresa recém-criada.

Na doutrina alemã, Karsten Schmidt explica com muita clareza que a subcapitalização é uma situação jurídica (*Tatbestand*) de adequação da capacidade econômica da sociedade, que não se confunde com perda patrimonial (*Vermögenslosigkeit*), excesso de endividamento (*Überschuldung*) ou balanço deficitário (*Unterbilanz*²³). Trata-se, para utilizar o conceito adotado pelo autor, de uma insuficiência do capital próprio para uma efetiva atividade societária (*Gesellschaftstätigkeit*), sem que a empresa se utilize de créditos de terceiros a longo prazo. Schmidt ainda diferencia a tipologia da subcapitalização em nominal e material. A nominal ocorre quando o capital é formalmente insuficiente para o objeto e a atividade sociais. Já a subcapitalização material é causadora do problema da penetração da personalidade jurídica (*Durchgriffsprobleme*), porque as emergências da sociedade não se realizam,²⁴ permanecendo os débitos sociais à custa de financiamentos diretos (por meio de contratos de mútuo) e indiretos (por meio do fornecimento de mercadorias), sem os meios suficientes de satisfazer os credores (a quem se transfere o risco empresarial).²⁵ Assim, as empresas trabalham deficitárias e à custa de financiamentos, gerando insegurança jurídica no mercado, que vê somente o valor nominal de capital social subscrito. Complementa-se o conceito com Barbara Grunewald, para quem a

subcapitalização material leva o credor ao insucesso no negócio por alegação de normal andamento dos negócios (*Geschäftsverlauf*), reduzindo aparentemente o risco corrente da empresa e se utilizando do privilégio da limitação de responsabilidade por meio de uma suposta cifra de capital originário como garantia do credor.²⁶O fundamento genérico da responsabilidade seria o § 823, Abs. 2, do BGB.

Ainda em comparação com o direito alemão, quanto aos créditos negociais em estreita relação com a capitalização da sociedade empresária, é interessante analisar o disposto no § 58 da *GmbH-Gesetz* da Alemanha. Com o intuito de proteção de credores que avaliam o risco negocial, a redução do capital social original (*Stammkapital* - § 5, Abs. 1, *GmbHG*) deve observar necessário requisito de publicação, por três vezes, da resolução de decréscimo do capital social. Simultaneamente, os credores devem ser convidados a se manifestar expressamente. Dispõe o segundo período do § 58 que os credores que não consentirem com a redução do capital deverão ter suas obrigações satisfeitas ou garantidas.²⁷Trata-se de interessante medida para proteção do credor negocial da empresa, especialmente porque, em raciocínio de proporção invertida, a redução do capital social implica em aumento do risco oferecido por aquela sociedade empresária.

Quanto a este mérito, porque no Brasil não há a regra similar, manifesta-se Calixto Salomão Filho, discorrendo acerca da admissibilidade da desconsideração da personalidade jurídica por conta da *subcapitalização*: "se o legislador não impõe obrigação de capital mínimo, é difícil exigir do sócio que faça a previsão correta no momento de constituição da sociedade. O mais correto parece ser considerar a fixação do montante do capital como componente da *business judgment rule* do sócio e admitir a desconsideração somente nos casos em que a subcapitalização for extremamente evidente (qualificada)".²⁸

Outra manobra contábil que pode levar à subcapitalização é a distribuição de lucros entre sócios, sem que haja lucros líquidos

apurados ou existentes, mas sendo simplesmente uma forma de redução do capital social com a intenção de fraudar terceiros credores negociais. O administrador responderá solidariamente com os sócios em caso de desconsideração da personalidade jurídica.

Outro caso de ilegalidade, que pode gerar a responsabilização pessoal perante terceiros por conduta dolosa do administrador, é o desvio de fundos sociais sob sua custódia, de modo a evitar o pagamento dos débitos sociais.

4.5 Confusão de esferas

A confusão de esferas é nomenclatura extrajurídica para indicar a indistinção entre as pessoas, naturais e jurídicas, em relação ao componente patrimonial da organização societária. Conforme orienta Karsten Schmidt, pode-se falar em confusão de esferas quando não houver esclarecimento sobre detenção da massa patrimonial da pessoa jurídica ou das pessoas naturais que a compõem.²⁹

Tem-se que o patrimônio é o conjunto de relações jurídicas passíveis de apreciação econômica agregadas a uma pessoa, sujeito de direitos e obrigações, à qual correspondem. O administrador da sociedade limitada pode, com seus atos, provocar uma mistura patrimonial (alteração do centro de imputação) indicativa de intenção manifesta de frustrar o pagamento de credores negociais. Pode-se exemplificar com a transmissão da instalação física do estabelecimento da sociedade, passando o imóvel a figurar no nome do administrador, para salvaguardar o bem e excluí-lo de eventuais penhoras em processos de execução.

Outra possibilidade de confusão de esferas numa sociedade limitada é na ocorrência da sociedade de fato (ou sociedade comum, para utilizar a nomenclatura do art. 986, do CC/2002 (LGL\2002\400)) e da sociedade irregular, sem atualidade e continuidade registrárias. Nos dois casos pode acontecer que o patrimônio da sociedade se confunda com o patrimônio do sócio e

do administrador, que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 990, do CC/2002 (LGL\2002\400)), salvo expressa convenção entre os sócios que tenha sido levada a conhecimento do terceiro credor negocial (art. 989, do CC/2002 (LGL\2002\400)). É interessante anotar que o art. 988 do CC/2002 (LGL\2002\400) especifica que constituem "patrimônio especial" os bens e dívidas sociais, vinculando uns com os outros e aplicando no caso a afetação patrimonial (*Zweckvermögenstheorie*). A chamada teoria do patrimônio de afetação foi desenvolvida por Brinz e estudada por Fernando Noronha,³⁰ vinculando o patrimônio à finalidade para que é voltado e, no caso das sociedades comuns, tem por escopo a proteção de terceiros. Na Alemanha, Canaris anota que a proteção de terceiros em relação à sociedade de fato é derivada de interpretação principiológica da legislação, considerando a aparência como fator relevante para obter a responsabilidade solidária: "No que respeita à sociedade de fato, resulta, para as relações externas, do princípio da aparência jurídica imanente à nossa ordem jurídica e para as relações internas, do fato de o § 812 et seq. do BGB não se adaptarem, tipologicamente, à sociedade, ficando pois sem aplicação, por força de redução teleológica, devendo substituir-se através da aplicação analógica dos preceitos sobre liquidação, como regulação material da dissolução".³¹

Assim, nessa matéria prevalece não somente a proteção do interesse de terceiros por meio do princípio da segurança jurídica, mas também passa a interceder uma questão de política legislativa de prevenção geral,³² compelindo o registro para que não haja responsabilização pessoal do sócio ou do administrador.

Outra questão trazida por Carvalho de Mendonça,³³ Egberto Lacerda Teixeira³⁴ e J. Lamartine Corrêa Oliveira³⁵ diz respeito à estipulação de *contrato consigo mesmo*, em que o administrador age por ele (pessoal natural) e pela sociedade da qual é órgão. A advertência dos comercialistas está na necessidade de que o contrato obedeça aos critérios gerais vigorantes para os negócios normais da empresa, sem desequilibrar a relação sinalagmática, conforme

autoriza interpretação analógica do art. 156, § 1.º, da Lei 6.404/1976. Aliás, o *caput* do mencionado dispositivo legal desautoriza a participação do administrador em negócio jurídico de "interesse conflitante" (ou contrato consigo mesmo), cumprindo-lhe cientificar a sociedade sobre a natureza e extensão do interesse.

A partir de um raciocínio principiológico, revestido de segurança jurídica e previsibilidade da aparência, para proteção de terceiros, é fundamental que haja licitude, livre do vício da simulação, no negócio jurídico entabulado entre (a) administrador que atua formalmente pela sociedade e (b) administrador agindo por si ou por outra sociedade. Em caso contrário, visando o administrador a frustrar o pagamento de credores da sociedade, poderá ele responder solidária ou pessoalmente, com seus bens particulares, em decorrência do negócio irregular praticado e que tenha levado a sociedade limitada à ruína ou à insolvência. Além disso, em relação à sociedade, o negócio é anulável e o administrador interessado será obrigado a transferir para a sociedade as vantagens que dele tiver auferido.

Comparando direitos, quanto a esse tema, incide o § 181 do BGB, que proíbe ao administrador da *GmbH* estipular negócio jurídico em seu nome (ou de terceiro) e pela sociedade, salvo com a expressa permissão da sociedade e ciência dos demais sócios. No sistema jurídico germânico, o § 34, Abs. 4, da *GmbH-Gesetz* mencionou expressamente a aplicação do dispositivo do BGB e, em se tratando de sociedade unipessoal, a permissão de contratar em nome da sociedade deve constar expressamente do contrato social.

É igualmente condenável a prática em Portugal, conforme interpretação de Raul Ventura³⁶ em torno do direito positivo daquele ordenamento. Os gerentes não podem exercer atividade concorrente com a da sociedade (abrangida no objeto social desta), por conta própria ou alheia, sem o expresse consentimento dos sócios. A desobediência desse preceito motiva tanto a destituição, quanto o pedido de reparação de eventuais danos sofridos pela sociedade limitada, salvo nos casos em que a nomeação para a

gerência tenha sido posterior ao exercício da outra atividade e que esta seja de conhecimento dos sócios.

4.6 Abuso de forma

O abuso de forma na utilização da sociedade pode ser caracterizado de duas maneiras. Na primeira, há utilização da pessoa jurídica com o objetivo específico e predeterminado de causar danos a terceiros credores negociais. Gera-se a responsabilidade do administrador em cada um dos casos em que houver violação dos direitos de terceiros. A segunda é a utilização da característica societária da separação do patrimônio da pessoa natural e da pessoa jurídica, abusando da responsabilidade limitada como instrumento de lesão aos terceiros. Nesta segunda hipótese, a oposição de direitos é possível a todos os credores negociais da sociedade, porque a publicidade que se dá à forma jurídica limitada prejudica a todos que negociam com a empresa. Valemo-nos do ensinamento de Antonio Menezes Cordeiro sobre o assunto: "O abuso do instituto da personalidade coletiva é uma situação de abuso do direito ou de exercício inadmissível de posições jurídicas, verificada a propósito da atuação do visado, através duma pessoa coletiva. No fundo, o comportamento que suscita a penetração vai caracterizar-se por atentar contra a confiança legítima (*venire contra factum proprium*, *suppressio* ou *surrectio*) ou por defrontar a regra da primazia da materialidade subjacente (*tu quoque* ou exercício em desequilíbrio). É certo que todos os outros casos de levantamento traduzem, em última instância, situações de abuso; neste, porém, há uma relativa inorganicidade do grupo, que deixa, mais diretamente, a manifestação de levantamento, perante a atuação inadmissível".³⁷

De acordo ainda com a doutrina de Ferri, é possível se imaginar a responsabilidade por abuso de forma também em caso de administração de fato.³⁸ Exemplifica-se com um cotista majoritário, que tem administrador sob seu comando e que, através

dele, pratica os atos de administração da sociedade limitada. O administrador de direito, que pode ser cotista minoritário nomeado ou mesmo mero mandatário, começa a praticar negócios jurídicos com empresas de prestação de serviço em que o cotista majoritário tenha participação ou domínio, sendo essa uma forma de distribuição disfarçada dos lucros da empresa ou um subterfúgio de diminuição do capital social, prejudicando terceiros de boa-fé, credores da sociedade. Houve, por parte do cotista majoritário (administrador de fato) e do administrador de direito, prática de má-fé com abuso de forma, respondendo ambos, com seu patrimônio pessoal, pelos negócios praticados em prejuízo dos terceiros.

5. Administração simulada

A simulação é vício do negócio jurídico que desestabiliza a validade, porque é a exteriorização da declaração com vontade irreal ou dissonante da realidade. Segundo nossa lei civil, especialmente o disposto no art. 102, do CC/1916 (LGL\1916\1) e no art. 167, do CC/2002 (LGL\2002\400), a simulação ocorre em três situações: a) aparenta-se transmitir direitos a pessoa diversa daquela à qual foi realmente transmitido; b) há declaração, confissão ou cláusula não verdadeira; c) antedata ou pós-data em instrumentos particulares. De acordo com a nova sistemática do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, o negócio jurídico maculado pela simulação é inválido, com a pena de nulidade, sem possibilidade de confirmação ou convalidação pelo decurso do tempo (art. 169).

Ressalvam-se, entretanto, os direitos dos terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado (art. 167, § 2.º, do CC/2002 (LGL\2002\400)).

Lançados esses pressupostos, a sociedade simulada funda-se em contrato social discrepante com a real intenção dos sócios contratantes do negócio jurídico. Os direitos inerentes à qualidade adquirida de sócio não são transmitidos à pessoa que aparentemente

exterioriza a sua vontade, ou então as cláusulas lançadas no contrato não são verdadeiras. De acordo com Tullio Ascarelli, a simulação "dará lugar à invalidade do contrato ou à sua redução a um negócio diverso ou ao prevalecimento das cláusulas reais sobre as fictícias, e isto quer entre os sócios, quer quanto aos terceiros que o queiram".³⁹A solução apontada, em outras palavras, é a substituição do negócio simulado por aquele que efetivamente tenha se realizado.

Seguindo esse raciocínio, a simulação da sociedade tem relação com a validade do negócio de constituição (contrato social). Assuntos completamente diversos são a sociedade de fato ou não constituída pelo registro ou a sociedade irregular que, constituída, não apresenta continuidade em seus atos registraes. Nesses dois casos, a responsabilidade é ilimitada do sócio, pela situação da sociedade. No caso da sociedade simulada, há invalidade no contrato social e, por conta disso, atinge-se o sócio beneficiado pelo negócio simulado. Ascarelli anota que, caracterizada a simulação, a nulidade provoca efeito *ex tunc* em relação aos terceiros afetados, ou seja, retroativos à data do negócio simulado. Quanto à adesão à sociedade e a relação com os demais sócios, os efeitos da nulidade são *ex nunc*.⁴⁰

Exemplo de interesse é o caso de constituição de sociedade limitada com dois sócios que emprestam o nome para a sociedade e, efetivamente, não têm qualquer benefício ou participação administrativa na empresa. Em verdade, terceira pessoa impedida de exercer os atos de comércio (arts. 1.º e 2.º, do CCo (LGL\1850\1) e art. 972, do CC/2002 (LGL\2002\400)) é o real beneficiário dos negócios. Em caso de prejuízo causado a terceiros de boa-fé, que tiveram conhecimento do contrato social registrado na forma simulada, desde que haja prova suficiente dos atos praticados em simulação, pode-se dar lugar "à invalidade da sociedade, à sua redução a um negócio diverso, à substituição das cláusulas simuladas pelas verdadeiras, do contrato social simulado pelo negócio efetivamente realizado".⁴¹A simulação não é oponível ao terceiro de boa-fé, de acordo com a orientação de Francesco Ferrara,

que esclareceu precisamente a proteção e os limites da eficácia da simulação em garantia da boa-fé de terceiros.⁴²

Um dos casos mais discutidos na doutrina, seguindo a orientação de Tullio Ascarelli, é a sociedade por ações com um único sócio, como meio indireto de exercer o comércio individual com responsabilidade limitada. Nas palavras de Ascarelli: "É freqüente o caso de sociedades que, embora constituídas por várias pessoas, são, no entanto, substancialmente dominadas por uma só, visando a proporcionar a esta a possibilidade de exercer o comércio com responsabilidade limitada. As demais complacentes (o advogado que redigiu a ata, parentes etc.), que com freqüência, logo após a constituição da sociedade, cedem as próprias ações ao único sócio e cuja participação é, de qualquer forma, irrisória e motivada por amizade".⁴³

Adverte o doutrinador italiano, entretanto, que a publicidade adquirida com o registro do comércio, nesse caso, impede o Poder Judiciário de se imiscuir na estrutura da sociedade para determinar a responsabilidade individual do real beneficiado pelo negócio simulado. Ademais, os sócios nessa situação têm a opor contra os terceiros a limitação de sua responsabilidade no capital social subscrito e integralizado. Sob essa ótica civilística, não se poderia alegar simulação em relação a esse sócio formal, justamente pela dificuldade de se presumir que alguém, assumindo obrigações de sócio, realmente não tenha a intenção de assumir essa condição.

Apresentando evidente crítica à teoria de Ascarelli, Calixto Salomão Filho entende que os pressupostos civilísticos da simulação não permitiriam a responsabilização do sócio. O raciocínio deveria incidir sobre os atos e sua consequência jurídica, eliminando-se a lesão provocada ao terceiro prejudicado pela simulação e, conforme o caso, prevalecendo a existência da sociedade.⁴⁴

Superado o esclarecimento genérico quanto à qualidade de sócio, mister analisar a simulação de negócio jurídico em relação ao administrador e a sua responsabilidade pelos atos praticados nessa situação.

O contrato social define qual o sócio que exercerá a administração, atuando pela sociedade em seus atos. Entretanto, por ajustes não verdadeiros que visam a atribuir os deveres de gerência a sócio minoritário ou a terceiro contratado, é possível que se desvie a responsabilidade do administrador pelos atos praticados em favor da sociedade limitada.

A cláusula simulada de nomeação de administrador é feita a pessoa que, em verdade, não atua pela sociedade limitada. Por ser inválida, a disposição dá lugar à prevalência da situação real sobre a fictícia, passando o real administrador a responder pelos negócios jurídicos estabelecidos com terceiros pela sociedade. Eventual excesso de poderes ou violação de disposições legais trazem a responsabilidade do real administrador, que poderá ter o seu patrimônio particular comprometido por seu negócio simulado.

Há efetiva lesão a interesse de terceiros provocada pela administração simulada, quando o administrador nomeado em simulação assina financiamentos bancários em favor da sociedade, desviando os recursos para o sócio ou administrador real, com discrepância do conteúdo. Provado o vínculo, seria possível responsabilizar tanto o administrador formal, quanto o real. Também é o caso de descontos bancários feitos pelo administrador formal, que assina como garantidor da operação, somente para beneficiar ou excluir de execução o real beneficiado pelo negócio jurídico.

A doutrina alemã também reconhece essa possibilidade, conforme se observa na obra de Hoffmann e Liebs. Entretanto, a nomenclatura utilizada é "gerente nominal" (*nomielle Geschäftsführer*), indicando a pessoa que apenas dá o nome, permitindo ser "homem de palha" (*Strohmann*) para que o gerente de fato utilize. A responsabilidade seria do gerente nominal e do gerente de fato.⁴⁵

6. Conclusão

A tendência de responsabilização do sócio e, mais especificamente, do sócio-administrador por créditos negociais está na admissibilidade de atingir o patrimônio pessoal em casos de atuação fraudulenta, violação das normas e de abuso de forma, utilizando-se a sociedade empresária, comprovadamente, como estratégia para frustrar o pagamento de credores (com três possibilidades embutidas: confusão de esferas, subcapitalização e abuso de forma).

Permitem-se, outrossim, algumas conclusões específicas:

1. A vinculação do administrador ultrapassa a simples obediência aos sócios controladores, mas também se observa um vínculo de eficiência para realização das relações jurídicas da empresa com sócios, trabalhadores, governo e fornecedores. A atuação do administrador passa a ser geradora de reparação de danos, com modificação do centro de imputação, em casos de ineficiência decorrente da confusão de esferas, subcapitalização ou abuso de forma, em que o administrador atua com violação do sistema jurídico.
2. O sócio das sociedades limitadas tem responsabilidade patrimonial adstrita à sua participação no capital social, se devidamente integralizado. Assumindo a condição de administrador, poderá haver responsabilização pessoal perante terceiros credores em casos de violação do sistema jurídico, por meio da aplicação do método da desconsideração da personalidade jurídica, para imputação de efeitos para além da pessoa que ocupou inicialmente o pólo da relação jurídica.
3. A administração é órgão societário, composto por uma ou mais pessoas naturais, com poderes específicos atribuídos pelo contrato social para administrar a sociedade no âmbito interno e atuar por ela nas relações jurídicas com outras pessoas naturais e jurídicas, privadas ou públicas. Há vinculação orgânica *ex lege* que fundamenta o dever de reparação de danos, em caso de atuação irregular.
4. A violação do sistema jurídico vigente engloba toda a enumeração genérica da ultrapassagem dos limites permitidos no contrato social, excesso às forças do mandato outorgado e a agressão às leis que

regulamentam as sociedades limitadas e os negócios jurídicos em particular.

5. O sócio das sociedades limitadas tem responsabilidade patrimonial adstrita à sua participação no capital social, se devidamente integralizado. Assumindo a condição de administrador (sem desconsiderar o administrador não-sócio) poderá haver responsabilização pessoal perante terceiros credores em casos de violação do sistema jurídico, por meio da aplicação do método da desconsideração da personalidade jurídica, para imputação de efeitos para além da pessoa que ocupou inicialmente o pólo da relação jurídica.
6. A administração é órgão societário, composto por uma ou mais pessoas naturais, com poderes específicos atribuídos pelo contrato social para administrar a sociedade no âmbito interno e atuar por ela nas relações jurídicas com outras pessoas naturais e jurídicas, privadas ou públicas. Há vinculação orgânica *ex lege* que fundamenta o dever de reparação de danos, em caso de atuação irregular.
7. Porque é órgão da sociedade limitada, o administrador responde perante terceiros por negócios ou atos praticados com excesso e abuso de poder, violação da lei ou desobediência ao contrato social. Tais atos ilícitos caracterizam violação do sistema jurídico vigente e poderá ser invocada excludente quando o administrador comprovadamente demonstrar que não teria participado do ato, especialmente em casos de administração colegiada.
8. O negócio jurídico realizado com sociedade limitada tem como característica de segurança jurídica a possibilidade de o credor avaliar a taxa de risco apresentada pela sociedade contratante, de acordo com o capital social garantidor, ou verificando se a pessoa com quem se contrata tem efetivos poderes, por meio dos quais a sociedade atue, assumindo obrigações. Haverá quebra desse princípio se o administrador atuar com violação do sistema jurídico, com conduta tendente à modificação do centro de imputação, provocando responsabilidade dele próprio, de forma solidária, subsidiária ou isolada, conforme o fundamento da obrigação indicar.
9. A violação do sistema jurídico vigente engloba toda a enumeração genérica da ultrapassagem dos limites permitidos no contrato social, excesso às forças do mandato outorgado e a agressão às leis que regulamentam as sociedades limitadas e os negócios jurídicos em particular. Não nos desvinculamos do esquema de complementação e restrição recíproca de princípios, enunciado na parte estrutural do trabalho.

10. Uma das violações do sistema jurídico vigente é a ultrapassagem dos limites do contrato social. Há deficiência na formação do negócio jurídico, podendo-se resolver em perdas e danos atribuíveis ao administrador da sociedade limitada. Por ser negócio da sociedade limitada, a atuação do administrador é adstrita ao conteúdo do objeto descrito no contrato social. Fugindo a essa limitação, o negócio poderá ser considerado ineficaz perante a sociedade, salvo nos casos de terceiro de boa-fé que desconhecia limitações do contrato social (art. 1.015, do CC/2002 (LGL\2002\400)). Se o contrato for inexigível da sociedade, não o será em relação ao administrador, que responderá pessoalmente pelo negócio perante o terceiro.
11. A sociedade poderá contratar administrador não-sócio, seja pela instrumentalização de mandato, seja por nomeação assemblear. Em ambos os casos, o administrador não-sócio poderá ser pessoalmente responsabilizado pelo negócio jurídico firmado com o defeito de excesso de poder.
12. Ostentando complementação e restrição recíprocas, os princípios e cláusulas gerais do negócio jurídico devem ser cotejados com o subsistema de sociedades, de tal modo que vícios do negócio jurídico possam repercutir na responsabilização pessoal do administrador que provocou a inexistência, invalidade ou ineficácia do negócio em relação ao terceiro de boa-fé.
13. Caso específico de responsabilidade pessoal do administrador, superando-se a pessoa jurídica com base em violação do princípio da segurança jurídica e da legislação societária, é a subcapitalização material, consistente na falta de capital próprio para as emergências da sociedade sem satisfação dos credores. A empresa passa a trabalhar à custa de financiamentos, gerando insegurança no mercado, que conhece somente o valor do capital social nominal inscrito no registro. Usa-se abusivamente o benefício da limitação de responsabilidade. No direito brasileiro, não se admite a subcapitalização nominal, mas é possível invocar aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas com relação à redução do capital social e a publicidade para conhecimento dos credores.
14. A confusão de esferas jurídicas também é componente metodológico de desconsideração da pessoa jurídica, de modo a responsabilizar o administrador em caso de indistinção entre as pessoas naturais e jurídicas, incluindo os casos de sociedade comum (de fato), sociedade irregular e contrato consigo mesmo (interesse conflitante).
15. O terceiro método de desconsideração da pessoa jurídica é o abuso de forma, que ocorre em duas hipóteses: a) utilização da pessoa jurídica

com o objetivo específico e predeterminado de prejudicar credores (Serick); b) utilização da limitação de responsabilidade e da separação patrimonial como instrumento de lesão a terceiros, com abuso do direito ou de posições jurídicas assumidas. O raciocínio se estende à administração de fato e grupos de empresa.

16. A cláusula simulada de nomeação de administrador é feita a pessoa que, em verdade, não atua pela sociedade limitada. Por ser inválida, a disposição dá lugar à prevalência da situação real sobre a fictícia, passando o real administrador a responder pelos negócios jurídicos estabelecidos com terceiros pela sociedade. Eventual excesso de poderes ou violação de disposições legais (subcapitalização, por exemplo) acarreta a responsabilidade sobre o patrimônio pessoal do administrador real.

Bibliografia

- ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial*. Sociedades comerciais. Lisboa, 1993. vol. IV.
- BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*. Milão: Giuffrè, 1950. vol. III.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Handelsrecht*. 23. ed. Munique: C.H. Beck, 2000.
- _____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria". *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XXXVI, n. 111, p. 39-44, jul.-set. 1998.
- _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- CORDEIRO, Antonio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Trad. A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939.
- FERRI, Giuseppe. *Trattato di diritto civile italiano*. Le società. Torino: Torinese, 1971. t. 3, vol. 10.
- GRUNEWALD, Barbara. *Gesellschaftsrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no Código Civil (LGL\2002\400) de 2002: teoria geral do direito comercial de acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- HOFFMAN, Dietrich; LIEBS, Rüdiger. *Der GmbH-Geschäftsführer*. 2. ed. Munique: C. H. Beck, 2000.
- KRAFT, Alfons; KREUTZ, Peter. *Gesellschaftsrecht*. 11. ed. Kriftel: Luchterhand, 2000.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. "Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada". *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XVI, n. 25, p. 49-54, 1977.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. vol. III.
- NORONHA, Fernando. "Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos". *RT*, São Paulo: Ed. RT, ano 87, vol. 747, p. 11-34, jan. 1998.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- RAMALHETE, Clóvis. "Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade jurídica". *RT*, São Paulo: Ed. RT, ano 73, n. 586, p. 7-14, ago. 1984.

REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". *RT*, São Paulo: Ed. RT, ano 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

ROWEDDER, Heinz (Org.). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbH). 3. ed. Munique: Vahlen, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. Munique: Heymann, 1997.

SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966.

SOLÁ-CANIZARES, Felipe de. *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en derecho argentino y comparado*. Buenos Aires: Tip. Editora Argentina, 1950-1954. vol. 1 e 2.

SZTAJN, Rachel. "Sobre a desconsideração da personalidade jurídica". *RT*, São Paulo: Ed. RT, ano 88, vol. 762, p. 81-97, abr. 1999.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

VENTURA, Raul. *Sociedade por quotas*. Coimbra: Almedina, 1991. vol. III.

Notas

(1) "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."

(1) "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."

(2) COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 398.

(3) SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 275-293. Esta é conhecida como a teoria unitarista, por não diferenciar entre as formas possíveis de pessoa jurídica, inclusive por não identificar a sociedade unipessoal. Sustenta-se na teoria unitarista ou subjetiva de Serick o comercialista Rubens Requião, em seu texto clássico no direito pátrio: REQUIÃO, Rubens. "Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica". *RT* 410/12-24, São Paulo, ano 58, dez.

1969. Em outro sentido, ao tratar da *disregard doctrine* sob o aspecto dogmático-normativo, coloca-se Clóvis Ramalhete, admitindo a superação da pessoa jurídica em casos de aplicação concreta da lei, enumerando-os, mas sem um adequado enquadramento de hipóteses normativas de responsabilidade de administradores e aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica: RAMALHETE, Clóvis. "Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade jurídica". RT 586/7-14, São Paulo, ano 73, ago. 1984. Admitindo o ecletismo e a convivência entre as teorias, inclusive do esquema de violação de normas de Müller-Freienfels, posiciona-se Antonio Menezes Cordeiro, para quem o método de "levantamento" da pessoa jurídica engloba situações de violação não aparente de normas jurídicas; violação de normas indeterminadas ou de princípios; violação de direitos alheios; violação de confiança e emulação; uso da pessoa jurídica fora dos objetivos de sua existência (CORDEIRO, Antonio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 147 e 152).

(4) SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 86. No mesmo sentido: SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. Munique: Heymann, 1997. p. 224.

(5) SCHMIDT, Karsten. Op. cit., p. 224.

(6) Idem, ibidem, p. 241.

(7) A administração da sociedade limitada é conceituada como o *órgão societário, composto por uma ou mais pessoas naturais, com poderes específicos atribuídos pelo contrato social para administrar a sociedade no âmbito interno e atuar por ela nas relações jurídicas com outras pessoas naturais e jurídicas, privadas ou públicas*. Obtêm-se, portanto, os elementos nucleares do conceito, que passam a definir os contornos do instituto jurídico, porque a administração: a) é órgão societário; b) é composta por uma ou mais pessoas naturais, escolhidas pelos sócios cotistas; c) com poderes de administração interna; d) atuando externamente nas relações jurídicas com outras pessoas.

(8) TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 98.

(9) "§ 43. Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden."

(10) "§ 43. Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden." Orientando a interpretação do dispositivo: ROWEDDER, Heinz (Org.). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbH). 3. ed. Munique: Vahlen, 1997. p. 1.076-1.077.

(11) Nesse sentido: SOLÁ-CANIZARES, Felipe de. *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en derecho argentino y comparado*. Buenos Aires: Tip. Editora Argentina, 1950-1954. vol. 1, p. 127.

(12) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 93. É também invocável a lição de Brunetti, para quem a obrigação de ressarcimento de terceiros que negociam com a sociedade, antes de ser uma responsabilidade contratual, representa uma forma particular de responsabilidade extracontratual decorrente da violação da legislação especificamente, pela posição do terceiro em relação à organização com a qual negociou: "in altri termini una responsabilità verso una persona per un fatto che viola un obbligo contrattuale verso un'altra, dal quale deriva, attraverso la legge, un obbligo specifico extracontrattuale verso la prima" (BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*. Milão: Giuffrè, 1950. vol. III, p. 227-228).

(13) ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito comercial*. Sociedades comerciais. Lisboa, 1993. vol. IV, p. 66.

(14) ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 684.

(15) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito...*, cit., p. 93.

(16) COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 286.

(17) SOLÁ-Cañizares, Felipe de. Op. cit., p. 119. Tradução livre do seguinte trecho: "el gerente, siendo el ejecutor de las decisiones sociales, no podrá realizar actos que le hayan sido expresamente prohibidos por una decisión de los socios debidamente adoptada".

(18) SOLÁ-Cañizares, Felipe de. Op. cit., p. 119. Tradução livre do seguinte trecho: "1.º Los que constituyan delitos penales o que sin serlo están expresamente prohibidos por la ley. 2.º Los que los estatutos de la sociedad les prohíban realizar. 3.º Los que se aparten del objeto social. 4.º Los que signifiquen una modificación de estatutos o la fusión, transformación o disolución de la sociedad. 5.º Los que una decisión social les haya prohibido expresamente realizar".

(19) CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 93. No direito português: CORDEIRO, Antonio Menezes. *O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 91.

(20) CORDEIRO, Antonio Menezes. Op. cit., p. 92-93.

(21) FERRI, Giuseppe. *Trattato di diritto civile italiano*. Le società. Torino: Torinese, 1971. vol. 10, t. 3, p. 186.

(22) No direito brasileiro, o que se pode anotar para as sociedades anônimas, é que para garantia dos adquirentes de ações de companhia, exige-se como requisito preliminar de constituição da sociedade anônima a "realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro", conforme dispõe o art. 80, II, da Lei 6.404/1976.

(23) O patrimônio líquido da empresa (ativo deduzindo o passivo) é inferior ao capital nominal.

(24) No original: "Unterkapitalisierung ist ein Tatbestand, der sich auf die Fähigkeit der Gesellschaft zu angemessenen Wirtschaften bezieht. Unterkapitalisierung ist nicht identisch mit Vermögenslosigkeit (...), Überschuldung (...) oder Unterbilanz (...). Unter zahlreichen Definitionsversuchen ragt derjenige von Peter Ulmer heraus: 'Eine Gesellschaft ist unterkapitalisiert, wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Gesellschaftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredit Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen'. Innerhalb dieses Unterkapitalisierungsbegriffs ist zu unterscheiden zwischen den Tatbeständen der nominellen und der materiellen Unterkapitalisierung. Nomille Unterkapitalisierung liegt vor, wenn Fremdkapital statt Eigenkapital zugeführt wird, anders gewendet: wenn Eigenkapitalbedarf in Form von Krediten gedeckt wird. (...) Durchgriffsprobleme stellen sich dagegen bei der materiellen Unterkapitalisierung. Um eine materielle Unterkapitalisierung handelt es sich, wenn die notwendige Mittelzuführung gänzlich unterbleibt" (SCHMIDT, Karsten. Op. cit., p. 248-249).

- (25) OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 407. Também: ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 61.
- (26) GRUNEWALD, Barbara. *Gesellschaftsrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 372. Incorporando esse conceito no direito português: CORDEIRO, Antonio Menezes. Op. cit., p. 118.
- (27) "§ 58. Die Gläubiger, welche sich bei der Gesellschaft melden und der Herabsetzung nicht zustimmen, sind wegen der erhobenen Ansprüche zu befriedigen oder sicherzustellen."
- (28) SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 91.
- (29) SCHMIDT, Karsten. Op. cit., p. 242. "Von einer gegenständlichen Sphärenvermischung (Vermögensvermengung) kann man sprechen, wenn bestimmte Gegstände - es kann sich um ganze Vermögensmasse handeln - nicht deutlich genug dem einen oder dem anderen Vermögen zugeordnet sind". No mesmo sentido: GRUNEWALD, Bárbara. Op. cit., p. 374. KRAFT, Alfons; KREUTZ, Peter. *Gesellschaftsrecht*. 11. ed. Kriftel: Luchterhand, 2000. p. 61.
- (30) NORONHA, Fernando. "Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos". RT 747/11 (DTR\1998\98)-34, São Paulo: Ed. RT, ano 87, jan. 1998.
- (31) CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 117.
- (32) Com essa orientação: OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. Op. cit., p. 107-108.
- (33) MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. vol. III, p. 167.
- (34) TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Op. cit., p. 106.
- (35) OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa. Op. cit., p. 326.
- (36) VENTURA, Raul. *Sociedade por quotas*. Coimbra: Almedina, 1991. vol. III, p. 54-63.
- (37) CORDEIRO, Antonio Menezes. Op. cit., p. 123. No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 65-66.
- (38) FERRI, Giuseppe. Op. cit., p. 527.
- (39) ASCARELLI, Tullio. Op. cit., p. 195-196. Ressalte-se que não se está analisando o que Tullio Ascarelli identificou como negócio indireto, porque neste, ao contrário da simulação, a declaração das partes é coincidente com a vontade real, mas há uma discrepância em relação ao fim almejado, que não é típico do negócio. O exemplo dado é a transferência de propriedade com o fim de dar garantia (alienação fiduciária). O negócio indireto, segundo Ascarelli, pode não ser lícito quando fraudada a lei, gerando então nulidade absoluta por realizar justamente desvio no objeto contratual. No mesmo sentido: OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. Op. cit., p. 476-477.
- (40) ASCARELLI, Tullio. Op. cit., p. 199.
- (41) Idem, ibidem, p. 196.

(42) FERRARA, Francesco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução A. Bossa. São Paulo: Saraiva, 1939. p. 337 e 383.

(43) ASCARELLI, Tullio. Op. cit., p. 192.

(44) SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 125-126.

(45) HOFFMAN, Dietrich; LIEBS, Rüdiger. *Der GmbH-Geschäftsführer*. 2. ed. Munique: C. H. Beck, 2000. p. 90.

Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil

*Marcelo Vieira Von Adamek*¹

1. Introdução²

A exclusão de sócios por falta grave tem previsão nos arts. 1.030 e 1.085 do Código Civil: o primeiro dos artigos, que se encontra dentro do capítulo reservado à disciplina das sociedades simples, trata da *exclusão judicial* e, de forma subsidiária ou remissiva, se aplica a todos os demais tipos societários contratuais; o segundo artigo, por sua vez, regula a *exclusão extrajudicial* e tem incidência restrita às sociedades limitadas.

Note-se, portanto, que, exceção feita à sociedade limitada, não cabe exclusão extrajudicial de sócio, fundada na alegação de falta grave no cumprimento de suas obrigações, em sociedade simples ou sociedade contratual que, supletivamente, se valha de suas regras³:

¹ Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduado pelo IBRE/EASP-FGV. Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

² O presente trabalho foi originalmente publicado em 2011 na obra coletiva *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos - 'Liber amicorum' Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França* (SP: Malheiros, 2011, pp. 185-215) e, portanto, não está atualizado de acordo com a Lei nº 13.792/2019, que dispensou a realização de assembleia para exclusão extrajudicial de sócio.

³ Cf. (não cabe exclusão extrajudicial por falta grave em sociedade simples): Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições de direito societário*, vol. I, 2ª ed. SP: Juarez de Freitas, 2004, nº 54, p. 137; Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, RJ: Forense, 2005, nºs 704-706, p. 236; Attila de Souza Leão Andrade Júnior, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. IV – *Direito das sociedades*, RJ: Forense, 2002, nº 3.6, p. 122; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 2ª ed. SP: Malheiros, 2010, nº 1.12.3.3, p. 165, e nº 3.10.2.1, p. 364; Marlon Tomazette, *As sociedades simples do*

em primeiro lugar, porque o art. 1.085 do Código Civil está dentro do capítulo reservado às sociedades limitadas e não há, na disciplina dos demais tipos societários, regra que àquele artigo faça remissão; em segundo lugar, porque, tal como expressamente enuncia o art. 1.030 do Código Civil, nas sociedades simples, o sócio apenas poderá ser “excluído *judicialmente*” por falta grave; e, em terceiro lugar, porque, não fosse a literalidade dos citados preceitos legais, a alteração convencional do quadro societário de sociedade simples pressupõe a unanimidade (CC, arts. 997, I e IV, e 999), inviabilizando a expulsão de sócio por efeito de simples deliberação majoritária. Conseqüentemente, expedientes oblíquos que busquem eludir a incidência de regras legais imperativas e, com isso, viabilizar a expulsão extrajudicial do sócio indesejado em sociedade simples (ou mesmo em sociedade limitada, sem observância dos pressupostos legais autorizadores), como amiúde se verifica através do uso disforme de procurações, hão de ser reputados absolutamente inválidos (CC, arts. 166, VI, e 167)⁴.

Deve ainda ser mencionado que, conquanto o art. 1.030 do Código Civil trate da exclusão *judicial* de sócio e o art. 1.085 daquele mesmo diploma regule a exclusão *extrajudicial* nas sociedades limitadas, ambos os preceitos legais enfocam uma mesma realidade: exclusão de sócio por falta grave no cumprimento de seus deveres sociais – sem que, entre as respectivas hipóteses de incidência dos artigos, exista diferença de gradação ou de intensidade da conduta a

novo Código Civil, RT 800/53; PricewaterhouseCoopers, *Aspectos relevantes do direito de empresa* – coord. Elidie Palma Bifano e Sérgio Roberto de Oliveira Bento, SP: Quartier Latin, 2005; e Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, SP: Quartier Latin, 2005, n° 2.4, p. 189. Evidentemente, na sociedade não-empresária que venha a se constituir sob a forma de sociedade limitada (CC, art. 984), há espaço para a aplicação do art. 1.085 do CC: “sociedade simples limitada”, na realidade, é expressão utilizada para designar a sociedade não-empresária que adota o tipo societário de limitada.

⁴ Cf.: STJ, REsp 683.126-DF, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., v.u., j. 05.05.2009 – caso em que, abusando de procuração outorgada pelo excluendo, os demais sócios, às escondidas, subscreveram fraudulentamente alteração de contrato social e cederam as quotas a terceiro, impedindo que o excluendo pudesse se defender, discutir a existência de justa causa ou, até mesmo, apurar regularmente os seus haveres.

justificar a drástica medida; não há hipótese de falta grave que possa ser censurada por uma regra e não pela outra. Dito o mesmo de outra forma, não existe diferença semântica ou valorativa entre “falta grave no cumprimento de suas obrigações” (CC, art. 1.030) e “atos de inegável gravidade que possam colocar em risco a continuidade da empresa” (CC, art. 1.085); em ambos os preceitos, o legislador mirou uma mesma realidade, em que pese a distinta forma de expressão vernacular empregada na redação dos artigos⁵⁻⁶. Escusando lembrar que o art. 1.030 não se refere a “continuidade da empresa” pela óbvia circunstância de regram a exclusão nas sociedades *simples* que, por definição, não são empresárias (CC, art. 982).

Em qualquer hipótese, não se admite a exclusão *parcial* de sócio⁷.

2. Exclusão por falta grave: juízos de proporcionalidade e igualdade de tratamento

A exclusão de sócios, pouco importando a forma de implementá-la, constitui drástica medida que só se legitima na

⁵ No mesmo sentido: Eduardo Goulart Pimenta, *Exclusão e retirada de sócios*, BH: Mandamento, 2004, n° 1.2, p. 91; José Marcelo Martins Proença, *A exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, ‘in’ *Direito societário – tipos societários* (obra coletiva), SP: Saraiva, 2009, n° 5.5.1, p. 193; Leonardo de Faria Beraldo, *Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, ‘in’ *Direito societário na atualidade* (obra coletiva), BH: Del Rey, 2007, p. 215; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, SP: Saraiva, 2003, p. 323; Osmar Brina Corrêa-Lima, *Sociedade limitada*, RJ: Forense, 2006, n° 6, p. 157; Paulo Penalva Santos, *Comentários ao Código Civil brasileiro* (obra coletiva) – coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim, vol. IX, RJ: Forense, 2005, pp. 466-467; e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, 4ª ed. SP: Atlas, 2007, n° 3.1, p. 35, e *Código Civil comentado*, vol. XI (em co-autoria com Rachel Sztajn), SP: Atlas, 2008, p. 558.

⁶ Cf.: “A falta grave, referida no artigo, é sinônimo de ‘ato de inegável gravidade’” (TJGO, AP. 112.230-1/188, Rel. Des. Abrão Rodrigues Faria, j. 17.06.2008).

⁷ A exclusão é causa de extinção do vínculo societário que une o sócio à sociedade – ou, na nomenclatura legal, “da resolução da sociedade em relação a um sócio” – e, portanto, remédio para afastamento do sócio indesejado do âmbito da sociedade, de modo que não se concebe hipótese de “exclusão parcial”, por efeito da qual a participação do excluendo seria reduzida, porém mantendo-o atado à sociedade (p. ex., para com isso sujeitá-lo a específicos deveres de não-concorrência ou sigilo) (cf.: Francesco Galgano e Riccardo Genghini, *Il nuovo diritto societario*, 3ª ed. Milano: CEDAM, 2006, n° 17.2.10, nota 110, p. 849). A redução da quota do sócio, em substituição da exclusão, só é de ser admitida em hipóteses residuais, legalmente previstas (p. ex., artd. 1.004 e 1.058 do CC).

presença de falta grave qualificada e sempre como *ultima ratio*, cedendo assim espaço a outras medidas que, objetivamente, sejam aptas a efetivamente eliminar o problema verificado no âmbito interno da sociedade. É o que, juntamente com Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, tivemos a oportunidade de registrar, noutro estudo: “a exclusão configura medida de direito estrito e de caráter excepcional que, a par de sujeitar-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (obstando, com isso, possa ser utilizado por encomenda contra um sócio específico, tendo por base condutas idênticas às dos demais ou, *a fortiori*, menos graves do que outras toleradas ou consentidas no seio social), só se legitima desde que atendidos os pressupostos (materiais e procedimentais) estabelecidos, de maneira cogente, em lei (CC, arts. 1.030 e 1.085) e sempre como *ultima ratio*⁸ (cedendo espaço a outras medidas capazes de eliminar o problema verificado no seio social)”⁹.

Portanto, não é toda e qualquer falta que pode legitimar a exclusão de sócio, mas somente aquela falta qualificada como “grave” – ato de inegável gravidade que, tendo pertinência com a posição jurídica de sócio¹⁰, inviabilize ou coloque em risco a própria

⁸ É o que se tem por absolutamente assente no moderno direito societário alemão (vide: Adolf Baumbach e Alfred Hueck, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed. München: C. H. Beck, 1996, Anh § 34, nota 6, p. 412; Adolf Baumbach e Klaus J. Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 29ª ed. München: C. H. Beck, 1995, § 140, nota 4, pp. 513-514; Friedrich Kübler, *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein, 5ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001, pp. 123 e 401; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 50 III, p. 1.461-1.462; Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, München: C. H. Beck, 1980, § 7 III 2, p. 385, e Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München: C. H. Beck, 2004, § 5 I 3, p. 406; e Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften, Recht der Kapitalgesellschaften*, 4ª ed. München: Franz Vahlen, 2006, § 30, n° 62, p. 486). E noutros sistemas, como o nosso (cf.: Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., n° 4.3, p. 175).

⁹ Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, “*Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de ‘fim social’, ‘in’ Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP: Quartier Latin, 2009, pp. 156-159.

¹⁰ A justa causa deve conectar-se necessariamente à relação societária; “deve estar relacionada com o prosseguimento da relação societária” (Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2ª ed. München: C.H. Beck/Vahlen, 2006, § 140, n° 17, p. 747; no original: “Auf die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses muss der wichtigen Grund bezogen sein”). De igual modo, Giuseppe Ferri salientava: “Deve tratar-se

continuidade da atividade social, tal como, de forma enfática, isso expressou o nosso legislador¹¹. Falta grave é, portanto, apenas aquela que objetivamente tenha essa agudeza (de “inegável gravidade”), e não a que, discricionária ou arbitrariamente, assim a pretenda qualificar a maioria. No direito brasileiro, portanto, não há espaço para a exclusão de sócio fundada na mera vontade da maioria, sem que haja justa causa a ampará-la, ou, o que dá no mesmo, exclusão de sócio *vazia*, imotivada ou sem justa causa; por isso também, é nula a cláusula contratual que a pretenda contemplar, direta ou indiretamente¹². Também não se justifica, a

de inadimplemento grave e inerente às obrigações que originam para o sócio, como tal, a sua qualidade, e não também a uma condição diversa” (*Manuale di diritto commerciale*, 8ª ed. Torino: UTET, 1992, n° 163, p. 293; no original: “Deve trattarsi di inadempimento grave e inerente ad obblighi che derivino al socio in tale sua qualità, e non anche in una veste diversa”). No mesmo sentido, ainda: Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de empresa*, 3ª ed. SP: RT, 2010, n° 219, p. 263.

¹¹ Cf. (não é toda falta que autoriza a exclusão; a falta precisa ser grave): Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, SP: Quartier Latin, 2004, n° 9.3, p. 212; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, SP: LTr, 2007, n° 2.5.2, p. 361; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 311; e Romano Cristiano, *Sociedades limitadas*, SP: Malheiros, 2008, n° 2.3, p. 376. Não se exige, porém, a existência de dano atual; basta a potencialidade.

¹² Cf. (invalidez da cláusula de exclusão vazia ou imotivada): A. J. Avelãs Nunes, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, 1ª ed. – 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 237-252; Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., n° 128, p. 297, e *Direito de empresa*, cit., n° 218, p. 262; Fábio Konder Comparato, *Exclusão de sócio na sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, RDM 25/39-47 (para quem “a possibilidade de exclusão de sócio, por simples deliberação majoritária, sem fundamento, como uma espécie de denúncia vazia do contrato social é, a meu ver, incompatível com o estágio atual do direito”); Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., n° 2.5.4, p. 371; Friedrich Kübler, *Derecho de sociedades*, cit., p. 162; Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, 6ª ed. Padova, CEDAM, 2002, p. 2.314; Giuseppe Ferri, *Delle società*, ‘in’ *Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna: Nicola Zanichelli editore, 1955, p. 247; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., n° 1.12.3.3, p. 170; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, 1ª ed. – 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2005, n° 2.2.2.2, p. 127; José Waldecy Lucena, *Das sociedades limitadas*, 5ª ed. RJ: Renovar, 2003, n° 11, pp. 721-723; Leonardo de Faria Beraldo, *Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, ‘in’ *Direito societário na atualidade* (obra coletiva), cit., p. 197; Lorenz Fastrich, *Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário* – tradução de Nilson Lautenschleger Jr., RDM 140/52 (salientando que a cláusula de exclusão sem justa causa, banida do direito societário alemão desde 1977, em decorrência de julgado do *Bundesgerichtshof*, atenta contra a “funcionalidade interna” do sistema societário); Miguel Reale, *A exclusão de sócio das sociedades mercantis e o registro do comércio*, ‘in’ *Nos quadrantes do direito positivo: estudos e pareceres*, SP: Gráfica-editora Michalany, 1960, pp. 289-292; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., pp. 314-315; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo I, 2ª ed. RJ: Borsoi, 1954, § 94, p. 403; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., n° 2.7, pp. 193-194; Robson Zanetti, *Manual da sociedade limitada*, Curitiba: Juruá, 2007, p. 257; Rubens Requião, *Curso de direito*

nosso ver, a exclusão fundada na alegação de quebra de *affectio societatis* – consequência de algum evento que, este sim, desde que configure falta grave, poderá então legitimar a exclusão¹³⁻¹⁴.

comercial, 1º vol., 27ª ed. SP: Saraiva, 2007, nº 238-A, p. 446, e *Exclusão de sócio*, 'in' *Aspectos modernos de direito comercial*, 3º vol., SP: Saraiva, 1986, pp. 165-166; Vera Helena de Mello Franco, *Manual de direito comercial*, vol. 1, 2ª ed. SP: RT, 2004, nº 2.6, p. 246; e Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, cit., § 7 III 2, p. 386. Em sentido contrário: Eduardo Goulart Pimenta, *Exclusão e retirada de sócios*, cit., nº 3, p. 96, e *Direito societário*, RJ: Elsevier, 2010, nº 5.3, p. 146.

¹³ As razões pelas quais assim entendemos estão longamente expostas noutro trabalho (vide: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek, "*Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de "fim social"*", 'in' *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França, SP: Quartier Latin, 2009, pp. 131-161, e publicado também na RDM 149-150/108-130) e contam com o respaldo da opinião dos respeitados estudiosos citados naquele trabalho, aos quais devem ser ainda acrescentadas as lições de Carlos Augusto da Silveira Lobo (*Direito das companhias* – obra coletiva, vol. I, RJ: Forense, 2009, pp. 498-499), Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (*Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 1.2.2, pp. 46-47), Márcio Tadeu Guimarães Nunes (*Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas*, SP: Quartier Latin, 2010, pp. 109-114), Penalva Santos (*Direito das companhias* – obra coletiva, vol. II, cit., pp. 1.845-1.847) e, também, dos consagrados mestres José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho – segundo os quais "a idéia de que a *affectio societatis* é requisito para a continuidade da existência do contrato, e não apenas para sua formação, implica tornar a obrigação de cooperar sujeita à condição resolutiva de ato de vontade ou de espírito dos contratantes: se qualquer sócio, alegando cessação da disposição de continuar a sociedade, puder se livrar da obrigação contraída de cooperar, a obrigação é puramente potestativa" (*Direito das companhias* – obra coletiva, vol. I, cit., p. 36). Ainda nesta linha, o respeitado Min. José Carlos Moreira Alves, ao seu pronunciar sobre o problema da exclusão, também verberou o "recurso à expressão amorfa 'ruptura da *affectio societatis*'", "a prestigiar a potestatividade pura" (prefácio à obra *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas* de Márcio Tadeu Guimarães Nunes, cit., p. 15). Aliás, Giuseppe Ferri já qualificava de "elemento infido ed evanescente" o da *affectio societatis*" (*Le società*, 2ª ed, Torino: Utet, 1985). No direito brasileiro, porém, continua a ser reverenciado como dogma...

¹⁴ Nos tribunais, devem ser destacados julgados que bem atentaram para o ponto: "O desaparecimento da *affectio societatis* é efeito de determinados comportamentos do sócio excluindo ou circunstâncias objetivas que ameacem os objetivos do contrato social. Não basta, assim, lacônica menção ao *efeito*, omitindo a *causa*" (TJSP, Ap. 401.757.4/2-0, 4ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 10.07.2008). "Dissolução parcial de sociedade. Improcedência. Confirmação. Prática de falta grave. Não comprovação. Simples quebra da *affectio societatis* não é mais causa suficiente para a exclusão de sócio. Novo Código Civil. Recurso não provido" (TJSP, Ap. 597.668-4/2, 7ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Sousa Lima, v.u., j. 03.12.2008). No mesmo sentido, ainda: TJSP, Ap. 82.718-4, 8ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, v.u., j. 22.11.1999, RJTJESP 227/151; e Enunciado nº 67 do CEJ-STJ. Mais recentemente, a tese foi expressamente acolhida pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em decisão lapidar: "Civil e comercial. Recurso especial. Dissolução parcial de sociedade. Exclusão de sócio. Quebra da *affectio societatis*. Insuficiência (...). 5. Para a exclusão judicial de sócio, não basta a alegação de quebra da *affectio societatis*, mas a demonstração de justa causa, ou seja, dos motivos que ocasionaram essa quebra" (STJ, REsp 1.129.222-PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 28.06.2011, DJe 01.08.2011).

Na aferição da justa causa para a exclusão, têm inteira aplicação os princípios da *proporcionalidade* e da *igualdade de tratamento*¹⁵ – ambos, princípios estruturantes do moderno direito societário –, por efeito dos quais se obsta que a medida de expulsão possa ser utilizada contra sócio que não cometeu falta efetivamente grave; ou que se venha a qualificar como grave, por encomenda contra um sócio específico, conduta idêntica à adotada pelos demais ou, *a fortiori*, menos graves do que outros comportamentos tolerados, consentidos ou, por vezes, até mesmo incentivados no seio social¹⁶. “Falta grave” é conceito legal indeterminado que deve

¹⁵ O princípio da igualdade de tratamento, independentemente da sua positivação, constitui “princípio central do direito das sociedades” (cf.: Adolf Baumbach e Klaus J. Hopt, *Handelsgesetzbuch*, cit., § 109, n° 29, p. 385; e Adolf Baumbach e Alfred Hueck, *GmbH-Gesetz*, cit., § 13, n° 34a, p. 188; Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 109, n° 20, pp. 142-143; e Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 12, n° 54, nota 74, p. 115) que tem na comunhão de escopos a sua justificativa: seria manifestamente contrário ao sentimento jurídico que alguém ingresse numa coletividade e nela seja tratado de forma diferente dos demais, de forma discriminatória. O que o princípio em apreço exige, portanto, em sua formulação mais elementar, é que, verificados os mesmos pressupostos, todo sócio seja tratado exatamente como os demais; em sentido negativo, porém, adquire o princípio maior concreção, pois expressa a idéia de proibição de tratamento discriminatório – segundo a qual não é lícito tratar o sócio de forma arbitrária; sujeitá-lo a medidas discriminatórias que não tenham uma clara e objetiva justificação. O princípio da igualdade de tratamento descende do princípio constitucional da isonomia, mas com ele não se confunde: a transposição linear da idéia de isonomia para as relações jurídicas privadas não se mostra viável e demanda adaptações, pois nestas vigem os princípios da liberdade de iniciativa e da autonomia privada, que permitem aos particulares, dentro de certos limites, criar posições não-igualitárias.

¹⁶ Na aferição da justa causa, “acima de tudo, há de ser levado simultaneamente em conta, consoante o princípio da igualdade de tratamento, o comportamento dos demais sócios” (Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, n° 73, p. 490; no original: “Vor allem ist nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung das Verhalten der übrigen Gesellschafter mit zu berücksichtigen”). Com análogo registro, em direito comparado: Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, n° 21, p. 749 (para quem “*não se admitem diferenciações arbitrárias*” na avaliação da justa causa para fins de exclusão); e Friedrich Kübler, *Derecho de sociedades*, cit., p. 401 (pontuando que, “al valorar la concurrencia de una justa causa en la persona del socio en cuestión habrá que tener en cuenta, en su caso, la situación de los demás socios”). No direito brasileiro, vide: Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., n° 9.1, p. 208; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., n° 1.12.3.3, p. 169 (para quem “o conceito de falta grave é fluido, não se podendo dizer *a priori*, que existam casos de falta grave incontestes. Sempre será necessário examinar a conduta frente aos termos do contrato social e das exigências legais de comportamento como sócio, à luz do caso concreto”); Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das sociedades limitadas*, RJ: Lumen Juris, 2007, p. 275 (para quem a falta grave “deve ser avaliada ‘in concreto’, ou seja, levando em consideração todo o histórico de relacionamentos e comportamentos do sócio quanto à sociedade,

ser concretizado à luz da realidade específica da sociedade. É preciso, pois, em cada caso, avaliar o comportamento dos demais sócios: se todos eles são igualmente responsáveis por uma dada conduta e sobre o excluendo não repousa falta claramente preponderante, não se admite a exclusão arbitrária de um ou alguns deles em benefício dos demais, igualmente responsáveis¹⁷ – até porque, neste particular, ser ou não maioria, não é critério de desempate ou de abono de conduta.

A idéia de proporcionalidade (razoabilidade e adequação dos meios aos fins), por sua vez, norteia as exigências, antes referidas, de que a exclusão esteja calcada apenas em falta grave qualificada, e não qualquer falta, e que, na medida do possível e daquilo que possa ser exigido dos demais sócios em concreto (o que depende da estrutura real da sociedade), tenham precedência meios de sancionamento menos intensos¹⁸, desde que capazes de efetivamente eliminar o problema verificado no âmbito interno, restando a exclusão como *ultima ratio*.

quando aos demais sócios e quanto aos demais interlocutores sociais”); e Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo I, cit., § 92, n° 5, pp. 394-395 – para quem “existe, para as assembléias e demais corpos de co-decisão, princípio de direito privado (...), segundo o qual não se podem tratar diferentemente alguns ou algum membro, se eram todos eles, antes, tratados igualmente (...). É o princípio de igualdade perante as assembléias, diretoria e demais órgãos, ou princípio de igualdade de tratamento social (cf. H. Rehbein, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 50s.; J. Kohler, *Lehrbuch*, I, § 172, III, 1; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil*, I, 512s.; O. Warneyer, *Kommentar*, I, 65; destoante, A. Leist, *Untersuchungen*, 31, 81 e 96). A deliberação que trata desigualmente o membro ou alguns membros, sem que ele assinta, usurpa, invade a esfera jurídica daquele, ou desses, porque eles criaram a entidade, sendo igual aos outros, querendo que a igualdade fosse respeitada. Se não se considerasse princípio fundamental o da igualdade de tratamento, ter-se-ia o absurdo de a maioria diminuir o número de sócios e excluir a minoria. As deliberações que o infringem são inválidas, por ilícitas”.

¹⁷ Sobre o ponto, vide: Adolf Baumbach e Alfred Hueck, *GmbH-Gesetz*, cit., Anh § 34, nota 4, p. 411; e Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, n° 73, p. 490.

¹⁸ Karsten Schmidt bem observa que “a exclusão, mesmo quando exista uma justa causa, não pode ser desproporcionada (proibição do excesso). Um meio mais brando tem primazia. Este princípio domina até hoje a jurisprudência” (*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, n° 28, p. 751; no original: “Die Ausschließung darf, auch wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist, nicht unverhältnismäßig sein (Übermaßverbot). Ein milderer Mittel hat Vorrang. Dieser Grundsatz beherrscht bis heute die Rechtsprechung”).

2.1. Falta grave superveniente

A falta grave legitimadora da exclusão, de regra, há de estar calcada em *factos posteriores* ao ingresso do sócio na sociedade, conforme observou Renato Ventura Ribeiro: “A exclusão do sócio somente pode ser justificada por fato superveniente ao seu ingresso na sociedade. Se os sócios conhecem determinada situação relacionada a outro membro e mesmo assim admitem seu ingresso e permanência na sociedade, assumem os riscos e os ônus da escolha. Não podem, pois, reclamar. Na lição do direito romano, quem escolhe mau sócio só de si deve se queixar (D. 17, 2, 72; I. 3, 25, 9)”¹⁹.

Pode ocorrer, no entanto, que determinados fatos pretéritos não sejam do conhecimento dos demais sócios e, nessas situações excepcionais, também não é de se afastar a possibilidade de exclusão, desde que se possa positivar a existência *atual* de uma falta grave, que guarde relação com a situação jurídica de sócio, ainda que, total ou parcialmente, embasada em fatos pretéritos.

2.2. Falta grave atual

A justa causa para a exclusão deve ser *atual*: se a falta grave é conhecida de todos e não é punida ao longo de meses, pode resultar numa presunção relativa de perdão. Ou, consoante registra Karsten Schmidt, amparado na jurisprudência alemã, “os demais sócios não precisam, como na hipótese de ação anulatória de deliberação assemblear, intentar a ação dentro de um prazo próprio. Quando os

¹⁹ Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., n° 2.3, p. 167. Analisando o direito português, Carolina Cunha traz importante observação, plenamente válida para o nosso direito: “Da análise conjunta das normas relevantes, é possível extrair um *denominador comum* às hipóteses que determinam a constituição de um direito de exclusão. Na verdade, em todas elas se dá a *superveniência* de um facto, relativo à pessoa do sócio (ao seu comportamento ou à situação em que se encontra), que vem tornar inexigível à sociedade que o continue a suportar no seu seio” (*A exclusão de sócios (em particular nas sociedades por quotas)*, ‘in’ *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva, Coimbra: Almedina, 2002, p. 208).

demais sócios, de conhecimento de todos os fatos, não fazem uso de seu direito de exclusão durante meses, pode isso significar uma presunção relativa de extinção do fundamento de exclusão (BGH LM Nr. 11 = NJW 1966, 2160; NJW-RR 1993, 1123, 1125; LM § 161 Nr. 127 = NJW 199, 2820, 2821; OLG Celle NZG, 199, 167)²⁰.

De fato, a conduta questionável de um sócio pode receber ulterior assentimento dos demais ou, então, a falta grave ser objeto de perdão ou renúncia, obstando o exercício do poder de exclusão²¹, mas isso desde que o ato provenha ou possa ser imputado à coletividade de sócios, e não apenas a um deles individualmente.

Mesmo quando algum ato extintivo ou preclusivo do poder de exclusão sobrevenha, é certo, no entanto, que os fatos em si mesmo considerados não desaparecem do mundo jurídico; não são objeto de perpétuo esquecimento²². Bem por isso, se o sócio, depois disso, vier a reincidir naquelas mesmas faltas, não estarão os demais impedidos de sopesá-los na análise do histórico de condutas, em especial por ocasião da avaliação da gravidade da falta do reincidente.

3. Exclusão extrajudicial: pressupostos.

Os pressupostos autorizadores da exclusão extrajudicial por falta grave são: (1^o) a existência de falta grave imputável ao excluendo; (2^o) a inserção no contrato social de cláusula que

²⁰ Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, n^o 38, p. 747; no original: “Die Mitgesellschafter müssen nicht, wie bei der Anfechtung von Beschlüssen, binnen einer angemessenen Frist Klage erheben. Es kann aber eine tatsächliche Vermutung für den Fortfall eines Ausschließungsgrundes sprechen, wenn die Mitgesellschafter in Kenntnis aller Fakten monatenlang von ihrem Ausschließungsrecht nicht Gebrauch machen”).

²¹ Nesta linha, decidiu-se corretamente que, na configuração de falta grave, “uma suposta agressão praticada pelo réu contra o primeiro autor nem pode ser considerada por ter ocorrido há dezoito anos” (TJSP, Ap. 597.668-4/2, 7^a Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Sousa Lima, v.u., j. 03.12.2008).

²² Haveria aí uma aproximação instintiva entre o direito societário e o direito de família? O perdão do cônjuge traído ao infiel dificilmente é esquecimento completo, mas simples ato de relevação da consequência imediata do fato...

autorize a exclusão por falta grave; e (3^o) a fiel observância do procedimento fixado em lei – em “reunião ou assembléia especialmente convocada para tal fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa”, observado, pois, o método assemblear²³.

Analisado anteriormente neste estudo o primeiro pressuposto, vejamos brevemente os demais.

3.1. Exclusão extrajudicial: previsão contratual genérica, exemplificativa e taxativa.

A exclusão extrajudicial de sócio só é possível se estiver prevista no contrato social da sociedade limitada ou, para empregar as *verba legis*, “desde que prevista neste a exclusão por justa causa” (CC, art. 1.085, *caput, in fine*)²⁴. O que a lei exige e com o que se contenta, é apenas a previsão genérica autorizadora da exclusão fundada em falta grave por deliberação dos sócios. Só isso²⁵. Porém, nada impede, e é até aconselhável, que, para dar maior concreção à regra e facilitar eventual defesa ulterior da deliberação em juízo, os sócios venham a especificar no contrato social os atos que

²³ Sobre o conceito e a função do método assemblear, vide as colocações feitas por Erasmo Valladao Azevedo e Novaes França na sua conhecida obra *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A* (SP: Malheiros, 1999, n^o 10, p. 37).

²⁴ Cf.: “Da interpretação literal do art. 1.085 do Código Civil, denota-se a submissão de sua eficácia à previsão contratual acerca da exclusão por justa causa” (TJMG, Ap. 1.0024.03.165804-0/001, 9^a CC., Rel. Des. José Antônio Braga, v.u., j. 28.11.2006)

²⁵ Na Itália, diversamente, entende-se que, diante da letra do art. 2473bis do Código Civil italiano, não é suficiente a inserção de cláusula genérica: “La norma in esame inoltre non si limita a prescrivere la necessità della *giusta causa* per le clausole statutarie di esclusione, ma richiede vieppiú *l’indicazione specifica* di una *particolare* causa di esclusione: non sarà quindi possibile inserire nel contratto sociale una clausola che autorizzi genericamente l’esclusione per giusta causa (Busani, *s.r.l.*, p. 388; Galletti, *commento agli artt. 2473-73bis del c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, p. 1917)” (Francesco Galgano e Riccardo Genghini, *Il nuovo diritto societario*, 3^a ed. Milano : CEDAM, 2006, n^o 17.2.10, nota 110, p. 848). Esse entendimento é compreensível no direito italiano, porque o citado art. 2473bis do Código Civil italiano expressamente exige que, no ato constitutivo, sejam previstas hipóteses específicas de exclusão por justa causa do sócio (“specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio”). Diferentemente, no direito brasileiro, requer-se apenas que, no contrato social, esteja prevista a exclusão por justa causa (CC, art. 1.085). As regras de direito, como se vê, são distintas.

configuram falta grave. Em princípio, essa especificação é válida – mas desde que, à evidência, os atos descritos na cláusula como sendo falta grave realmente o sejam; do contrário, se os atos descritos não configurarem objetivamente falta grave e estiverem apenas encobrendo uma mal disfarçada tentativa de legitimar exclusões arbitrárias ou puramente potestativas, a disposição será inválida e, com base nela, não se poderá tomar deliberação hígida. Afora isso, devem os sócios ter redobrada cautela na redação da cláusula contratual, de modo a apenas inserir, sempre ao lado da previsão genérica, uma enunciação meramente exemplificativa de atos legitimadores da exclusão; se, no entanto, a previsão genérica de exclusão for substituída por um rol taxativo de atos tidos como falta grave, a consequência será a de que, sobrevindo alguma outra conduta que, conquanto grave, não conste do catálogo, os demais sócios não terão condições de validamente deliberar a exclusão do sócio indesejado e só lhes restará o recurso à via judicial²⁶.

Ainda a respeito da cláusula autorizadora de exclusão extrajudicial, duas outras questões podem ser colocadas: a primeira consiste em definir qual é o quórum de deliberação exigido para, através de regular alteração, inseri-la no contrato social; a segunda, verificar se a mesma necessariamente deve ou não preexistir aos fatos caracterizadores de falta grave (ou, por outras palavras, se é possível excluir extrajudicialmente o sócio por fatos ocorridos antes da inserção da cláusula no contrato social).

De que a cláusula legitimadora da exclusão extrajudicial pode ser inserida no contrato social através de regular alteração contratual, não há nenhuma séria dúvida. O que parte da doutrina discute, apenas, é se, para tanto, haveria quórum de deliberação qualificado. Neste sentido, Romano Cristiano, antigo Procurador-chefe da Junta Comercial do Estado de São Paulo, entende necessária a unanimidade: “na hipótese de alteração, o respectivo instrumento

²⁶ Sobre o ponto, vale conferir as observações de Modesto Carvalhosa (*Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 315).

deverá ser assinado por todos os sócios, inclusive e sobretudo por todos os minoritários”²⁷. Essa visão é, aparentemente, compartilhada por Pedro Sérgio Fialdini Filho, para quem a inserção da cláusula, através de deliberação majoritária, “consistiria em violação ao espírito da norma, verdadeira burla ao seu comando, na medida em que perderia ela eficácia e utilidade, sujeitando a exclusão do minoritário, mediante mera alteração contratual, ao arbítrio da maioria – exatamente o que se quis evitar”²⁸. Respeitadas ambas as opiniões, não vemos como exigir-se a unanimidade. Em primeiro lugar, a ausência de cláusula autorizadora da exclusão extrajudicial no contrato social, evidentemente, não significa que, só por isso, o sócio minoritário não possa ser expulso da sociedade, mas apenas que tal só poderá ocorrer através de ação judicial; inversamente, pois, a sua inclusão no contrato social também não implica submeter a minoria ao arbítrio da maioria, precisamente porque, mesmo na exclusão extrajudicial, a presença de justa causa continua a ser exigida – na realidade, a sujeição do sócio ao arbítrio da maioria se dá, não pela presença daquela cláusula e, sim, a partir do instante em que, na prática e contra o texto da lei, se tolera a exclusão imotivada ou desprovida de justa causa, como no caso de exclusão fundada na insindicável alegação de quebra de *affectio societatis*. Em segundo lugar, também não há falar em submissão da minoria à maioria, porquanto, se o sócio não concordar com a alteração aprovada por deliberação majoritária, não estará compelido a aceitar o novo regramento contratual, bastando que exerça, no tempo e modo devidos, o seu poder de auto-desvinculação, através do recesso (CC, art. 1.077). Em terceiro lugar, e esse é o argumento simples e incontornável, a unanimidade – cuja generalização é sabidamente perniciosa ao regular funcionamento das sociedades sujeitas ao princípio majoritário – não pode ser

²⁷ Romano Cristiano, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.3, p. 377.

²⁸ Pedro Sérgio Fialdini Filho, *Inovações do Código Civil de 2002 em relação à dissolução parcial da sociedade limitada por justa causa*, ‘in’ *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos* (obra coletiva) – coords. Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca, SP: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 108-109.

exigida, na espécie, porque o legislador não a previu e, portanto, se os sócios não se precatarem contra a reforma do contrato em pontos tidos por eles como sensíveis (o que facilmente poderiam fazer, prevendo quórum contratual qualificado para a modificação de certas e determinadas disposições), *sibi imputet*: prevalece o quórum geral de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social, exigido para as alterações do contrato social em geral (CC, art. 1.071, V, e 1076, I). De resto, seria mesmo inusitado admitir que sócios representando aquela expressiva maioria, ao mesmo tempo em que detêm o poder de alterar o contrato social (p. ex., para modificar a forma de distribuição de lucros ou o objeto social), aprovar operações de fusão, incorporação e cisão, e até a dissolução da sociedade, não pudessem, de outro modo, inserir no contrato social, senão com o beneplácito de todos os demais, simples cláusula legitimadora de exclusão extrajudicial fundada em falta grave no cumprimento das obrigações sociais! Poder-se-ia o mais e não o menos? Em suma, é possível a introdução da cláusula através de alteração contratual, sujeita ao quórum de deliberação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social²⁹.

Outra questão, ainda relacionada àquela que acabamos de expor, é saber se a cláusula legitimadora da exclusão extrajudicial poderia ser utilizada para censurar fatos ocorridos antes da sua inserção no contrato social. Também aqui, as opiniões se dividem. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por exemplo, responde a essa questão de forma positiva e, indo ainda mais longe, sustenta que a alteração do contrato social e a exclusão do faltoso, desde que observados os respectivos quóruns de deliberação, poderiam ser

²⁹ Cf.: Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., n° 5.15-1, p. 535; e Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., n° 2.2.2.2, p. 555. Na França, diversamente, exige-se a unanimidade, “puisque une telle clause constitue une augmentation des engagements des associés” (Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 20^a ed. Paris: Litec, 2007, n° 329, p. 161). Mas assim é porque, no direito francês, falta uma prescrição geral sobre o assunto: as hipóteses legais de exclusão são bastante limitadas e apenas por cláusula estatutária ou contratual é que se pode dar maior amplitude ao instituto, prevendo a expulsão do sócio por faltas graves.

decididas no mesmo ato: “se maioria possuir percentual suficiente para alterar o contrato social, nada impede que a sociedade tome, desde logo, essa deliberação, já que, no meu entender, o que é possível em duas assentadas (alteração contratual para prever a possibilidade de exclusão por justa causa, seguida de deliberação nesse sentido), pode ocorrer em uma só”³⁰. Conquanto a posição defendida pelo renomado comercialista paranaense seja respeitabilíssima, temos dificuldade em aceitá-la. As deliberações sucessivas, tal como alvitradas naquela lição, eliminariam do sócio excluindo a possibilidade de exercício do direito essencial de recesso³¹, sujeitando-o, bem possivelmente, a uma forma de apuração de haveres mais desfavorável do que a prevista para o recesso (eis que, na prática, é bastante comum o contrato social contemplar formas distintas de apuração de haveres, dependendo do motivo determinante da extinção do vínculo societário). Além disso, estar-se-ia aplicando *ex post facto* solução contratual não prevista à época da prática dos atos motivadores da exclusão. Bem por isso, Tarsis Nametala Sarlo Jorge sustenta que a nova cláusula “somente poderá ser aplicada a fatos ocorridos posteriormente à sua inclusão no contrato social”³², pois, do contrário, estar-se-ia diante “de cláusula de exceção, criada após a prática de ato ilegal pelo sócio”³³. De nossa parte, porém, se não concordamos com a

³⁰ Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., n° 128, p. 297.

³¹ Salvo se se admitir que o sócio excluído pode, ainda assim, exercer o recesso...

³² Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das sociedades limitadas*, cit., p. 278.

³³ Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das sociedades limitadas*, cit., p. 278. Em defesa da sua posição, o autor apresenta os seguintes fundamentos (aos quais, porém, apomos reservas): “a perda da qualidade de sócio representa sim perda patrimonial *lato sensu* e, ademais, é a própria lei quem menciona textualmente em seu parágrafo único que 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. Ora, se se trata de um ‘acusado’ que deve ter permitido o exercício de seu ‘direito de defesa’, é evidente que nas hipóteses do art. 1.085 (diferentemente, por exemplo, das hipóteses do parágrafo único do art. 1.030) trata-se de aplicação de verdadeira penalidade e, portanto, não se pode prescindir de culpa, sob pena de se adotar um sistema de responsabilidade objetiva, sem amparo constitucional. E, se assim é, incide o comando constitucional segundo o qual não haverá ilícito sem lei anterior que o defina. *In casu*, sem cláusula contratual anterior. Anterior a quê? Anterior ao fato praticado pelo sócio e tido como ilícito,

engenhosa solução das deliberações sucessivas, também não nos animamos a ir mais longe e negar, terminantemente, que fatos anteriores à inserção da cláusula no contrato social jamais possam ser utilizados como fundamento para ulterior exclusão extrajudicial. Na realidade, se o sócio continuar a incorrer em condutas caracterizadoras de falta grave, após a inserção da cláusula contratual, e, com isso, restar evidenciado pelo histórico de seu comportamento a necessidade de seu afastamento da sociedade, é certo que tal poderá ser dar extrajudicialmente, ainda que, para embasar a medida extrema, se tenha então que também recorrer a fatos pretéritos. É preciso, pois, distinguir os casos em que a exclusão vem fundada em falta grave decorrente de condutas permanentes, que se protraem no tempo ou se inserem no contexto maior de uma atividade perniciosa, daqueles outros (decerto, mais raros na prática) em que a medida vem estribada em fato determinando e pontual, ocorrido e findo antes da alteração do contrato social: naqueles, a legitimidade da exclusão extrajudicial, ainda que calcada em cláusula contratual inserida posteriormente no contrato social, parece irrecusável; nestes, estar-se-ia, na prática, fraudando a exigência legal.

3.2. Exclusão extrajudicial: assembléia necessária e método assemblear

O sócio excluindo não pode votar, em nome próprio ou na condição de mandatário de outro sócio, na deliberação que tenha por objeto a sua própria exclusão da sociedade (CC art. 1.074, § 2º). No entanto, as suas quotas entram para o cômputo do quórum de instalação e, de todo modo, até que sobrevenha a exclusão, continuam a integrar o capital social, para efeito de apuração da

evidentemente. Assim é que – e agora concluímos –, a cláusula de exclusão por justa causa somente poderá ser aplicada a fatos ocorridos posteriormente à sua inclusão no contrato social, podendo ser aplicada a todo e qualquer sócio, ainda que tenha o mesmo adentrado nos quadros sociais anteriormente a tal alteração”.

maioria necessária à aprovação da matéria³⁴; na prática, portanto, a abstenção tem o mesmo efeito do voto contrário. É por isso, aliás, que não se revela possível a exclusão extrajudicial da maioria pela minoria – só judicialmente é que tal poderá suceder.

A assembléia ou reunião de sócios deverá ser especialmente convocada para deliberar a exclusão, mas, conquanto até seja recomendável para evitar tumultos, há julgado sustentando que o conclave não precisa ser monotemático, isto é, o órgão poderá ser chamado a se manifestar sobre outros temas, na mesma ocasião³⁵. O que se requer, apenas, é que a exclusão integre, autonomamente, a ordem do dia.

A assembléia ou reunião de sócios não pode ser substituída por ato equivalente. Embora o art. 1.072, § 3º, do Código Civil, preveja genericamente que a reunião ou a assembléia torna-se dispensável quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto dela, tal modalidade de deliberação não pode ser utilizada para a exclusão extrajudicial, porquanto a lei, às expressas, exige a convocação de conclave especial, atendido o método assembléar e, portanto, assegurados a oportunidade de defesa e o direito de voz do excluendo, assim como os debates entre os sócios³⁶.

³⁴ Cf. (quotas do excluendo interferem no quórum de deliberação): Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das sociedades limitadas*, cit., nº 18.1.4, p. 279. Em sentido contrário, aparentemente, manifestam-se Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (*Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 1.12.3.3, pp. 166-167) e Márcio Tadeu Guimarães Nunes (*Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas*, cit., pp. 130-132), sinalizando que as participações do excluendo deveriam ser desconsideradas na verificação do quórum de deliberação. A aceitar-se esta última exegese (à qual não emprestamos adesão), estar-se-ia legitimando até mesmo a exclusão extrajudicial do sócio majoritário, muito embora a Seção VIII do Capítulo IV – Da Sociedade Limitada, no qual se insere o art. 1.085 do CC, trate, às expressas, “da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários”; frise-se, “sócios minoritários”.

³⁵ Cf.: Romano Cristiano, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.3, p. 377. Nos tribunais: “A convocação de Assembléia Geral Extraordinária para deliberar a respeito de procedimento a ser adotado em relação ao sócio não precisa ser exclusiva” (TJPR, AI 477.685-0, 17ª CC., Rel. Des. Lauri Caetano da Silva, v.u., j. 30.04.2008, BAASP 2602/1601e).

³⁶ Cf. (conclave é necessário e não pode ser substituído por deliberação em separado): Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., nº 129, p. 300, e *Direito de empresa*, cit., nº 411, p. 416; Emar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., nº 9.7.2, p. 221;

3.2.1. Prazo de convocação da assembléia

Ao disciplinar a convocação para a assembléia ou reunião em que se venha a deliberar sobre a exclusão de sócio, o legislador pátrio não fixou prazo especial e, laconicamente, apenas se referiu à exigência de que o excluendo venha a ser cientificado “em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa” (CC, art. 1.085, par. ún., 2ª parte). De maneira geral, portanto, os prazos a serem observados na convocação da assembléia ou reunião são aqueles previstos no art. 1.152, § 3º, do Código Civil³⁷⁻³⁸, mas admitimos que, *excepcionalmente*, diante das particularidades do caso concreto e da complexidade das imputações feitas, possa haver a necessidade de assegurar, ao menos ao excluendo, prazo mais dilatado, de modo a possibilitar tenha ele condições não só de comparecer ao ato, mas também de escorreitamente (preparar-se para, no ato, poder) exercer plenamente o seu direito de defesa, opondo-se às imputações.

A expressão “ciente o acusado em tempo hábil” claramente sinaliza que, *além da* convocação geral dos sócios, há necessidade de *também* dar-se ciência, individual e especificamente, ao excluendo, e tal deverá ocorrer, via de regra, de forma pessoal (por notificação escrita com comprovante de entrega ou declaração de ciência do excluendo)³⁹. De regra, não basta, pois, a publicação do edital geral

e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., p. 49. A Lei nº 13.792/2019 tornou dispensável essa assembleia em sociedades com dois sócios.

³⁷ Assim também entende Mauro Rodrigues Penteadó (*Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade)*, ‘in’ *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues, RJ: Forense, 2004, nº 3.4.5, p. 280).

³⁸ A nosso ver, é válida a convocação simultânea da assembléia de sociedade limitada (Marcelo Vieira von Adamek, *Convocação simultânea de assembléia ou reunião de sócios no direito brasileiro*, RDM 149-150/323-335), de tal modo que, não se instalando o conclave na primeira oportunidade, venha a se revelar possível em segunda chamada, sem a necessidade de publicação de novo edital (ao contrário do que expressamente exige a lei acionária).

³⁹ Em caráter excepcional – por exemplo, se a exclusão tiver por fundamento o inadimplemento de um dever pessoal de colaboração, justamente em virtude do desaparecimento do sócio –, deve-se

de convocação pela imprensa⁴⁰; do contrário, não se veria razão para o legislador se reportar, no art. 1.085, par. ún., do Código Civil, a exigência que, além de ser imprescindível em todo e qualquer conclave (salvo dispensa por ato de ciência de todos os sócios ou diante do comparecimento espontâneo), já foi prevista noutro artigo (CC, art. 1.072).

3.2.2. Conteúdo da convocação

Conquanto o legislador não tenha disposto expressamente a respeito do conteúdo do ato de convocação do sócio excluendo para a assembléia ou reunião em que se venha a decidir sobre a sua exclusão da sociedade, deixou claro, no entanto, que o interessado deverá ter prévia ciência do que for necessário a assegurar o exercício do direito de defesa (CC, art. 1.085, par. ún., 2ª parte). Não bastará, pois, apenas dar-lhe conhecimento do dia, hora e local da assembléia e da sua ordem do dia. É preciso mais; é preciso municiar o excluendo de elementos que o permitam inteirar-se da imputação e preparar a sua defesa. Por isso, não é suficiente informar laconicamente ao excluendo que a assembléia terá por objeto a deliberação de sua exclusão da sociedade ou, mesmo, que tal exclusão é fundada em “falta grave” ou descumprimento de deveres de sócio, sem outros acréscimos, sob pena de estar-se assim violando frontalmente a própria *ratio* da convocação; da mesma forma, não satisfaz a exigência legal declinar a conseqüência de um

adequar as exigências formais às particularidades do caso concreto e àquilo que razoavelmente se pode exigir dos demais sócios.

⁴⁰ Cf. (convocação pessoal, e não apenas pela publicação de edital na imprensa): Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.5.4, p. 373; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 5.15.2, p. 558; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 316; Robson Zanetti, *Manual da sociedade limitada*, cit., p. 264; e Romano Cristiano, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.3, p. 377. Em sentido contrário (entendo necessária apenas a publicação dos editais): João Coelho da Rocha, *Direito de recesso e exclusão forçada nas sociedades anônimas e limitadas*, RJ: Lumen Juris, 2010, p. 27 – com o seguinte registro: “Como, nos termos legais, a publicação no Diário Oficial e em jornal de grande circulação são presunção de ciência, não vemos como obrigatória notícia pessoalmente entregue ao sócio envolvido”.

fato, sem declinar a causa de sua ocorrência⁴¹. É preciso, portanto, que se diga, ainda que em caráter genérico, de que forma, em qual ato, por quais motivos, ter-se-ia positivado a falta grave, permitindo assim possa o interessado coligir os elementos necessários à sua defesa. Se tal não ocorrer, a convocação estará irremediavelmente viciada e poderá, só por isso, autorizar a propositura medida cautelar para sustar a realização do conclave ou, então, embasar futuro pedido de anulação da deliberação tomada⁴².

Aliás, justamente para não expor a imagem do excluendo perante terceiros (e, eventualmente, a própria sociedade a responder por injúria ou difamação), o legislador exigiu que, além da convocação geral dos sócios por editais (ou, no caso de reunião, pela forma prevista no contrato social), haja a convocação individualizada do excluendo: naquela convocação, a ordem do dia pode se cingir a registrar o objeto da deliberação, sem descer a minúcias; nesta, a ser realizada de regra pessoalmente, as imputações devem ser expostas, de sorte a permitir a preparação da defesa.

3.2.3. Conseqüências advindas da ausência do excluendo

Ainda quando não possa votar na deliberação sobre a sua própria exclusão, o sócio excluendo tem expressamente asseguradas

⁴¹ O ato de convocação do excluendo deve ser fundamentado e claro, para permitir a preparação da sua contrariedade (sobre o ponto, vide: Adalberto Simão Filho, *A nova sociedade limitada*, SP: Manole, 2004, n° 8.2, p. 183; Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., n° 9.7.1, p. 220; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., n° 2.5.4, p. 373; José Waldecy Lucena, *Das sociedades limitadas*, cit., n° 20, p. 748; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, SP: Atlas, 2003, n° 6.7, p. 206; e Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., n° 2, p. 283).

⁴² Os vícios de convocação constituem vícios de assembléia e, uma vez decretados, fulminam todas as deliberações porventura tomadas (vide: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, cit., n° 19.1, p. 88, e *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*, RDM 112/23). No mesmo sentido (vício da assembléia gera a invalidade de todas as deliberações nela tomadas): TJRS, Ap. 70015561665, 7ª CC., Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, v.u., j. 15.02.2007; TAMG, Ap. 295.362-6, 3ª CC., Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, v.u., j. 02.08.2000; TAMG, Ap. n° 371.222-7, 4ª CC., Rel. Juiz Paulo César Dias, v.u., j. 09.04.2003; TAMG, Ap. 2.0000.00.424987-2/000(1), 1ª CC., Rel. Juiz Osmando Almeida, m.v., j. 01.06.2004; e TJDF, Ap. 2004.07.1.01181-7, 1ª T. Cível, Rel. Des. Antoninho Lopes, v.u., j. 10.01.2007.

as possibilidades de comparecer ao conclave e, utilizando-se do seu direito de voz, apresentar a defesa (CC, art. 1.085)⁴³⁻⁴⁴. No entanto, o comparecimento do sócio excluindo ao conclave e o uso da palavra para apresentação de defesa aos demais sócios não são *deveres* ou *ônus*, mas simples *faculdades*. Logo, a ausência do excluindo, de um lado, não impede que os demais sócios deliberem a sua exclusão e, de outro, não implica admissão das imputações feitas (não há, por outras palavras, confissão ficta ou coisa que o valha), de modo que nada impede que, posteriormente, venha ele a exercer o seu direito constitucional de ação para discutir a validade do ato perante o órgão jurisdicional competente⁴⁵. Por isso, antevendo o excluindo que, pouco importando os argumentos que tenha ou venha a apresentar, os demais sócios o irão expulsar, talvez prefira poupar-se de dissabores e não saciar a sanha sádica dos demais, deixando para debater eventuais ilegalidades perante juiz isento, imparcial e equidistante das partes. É uma opção válida que a lei assegura independentemente de o excluindo ter ou não comparecido à

⁴³ O preceito concretiza, segundo a jurisprudência, mandamento de índole constitucional. Por isso, mesmo no regime anterior, os tribunais já vinham pronunciando a ilegalidade da exclusão deliberada sem assegurar a defesa do excluindo (vide: TJSP, Ap. 170.093, 1ª CC, Rel. Des. Cardoso Rolim, v.u., j. 04.06.1968, RJIJESP 7/215; e STJ, REsp 50.543-SP, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, v.u., j. 21.05.1996, DJU 16.09.1996, RSTJ 92/187). Não é por outra razão que, também no âmbito das associações, se exige a fiel observância de procedimento que garanta o direito de defesa: “Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure o direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

⁴⁴ Cf.: “Reconhece-se como inadequada a exclusão societária realizada extrajudicialmente sem assinar, ao sócio excluído, o direito de defesa na reunião realizada para tal fim” (TJMG, Ap. 1.0024.03.165804-0/001, 9ª CC., Rel. Des. José Antônio Braga, v.u., j. 28.11.2006).

⁴⁵ A afirmação de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, segundo a qual “o não comparecimento dele (excluindo) à reunião implica *renúncia à sua defesa*” (*Lições de direito societário*, vol. I, cit., nº 129, p. 300) deve ser compreendida em seus devidos termos: ao não exercer a faculdade assegurada pela lei, o excluindo perde a oportunidade de fazê-lo em conclave; não fica inibido, porém, de agir em juízo para discutir a validade da deliberação – como isso, corretamente, ressalva o preclaro o mestre paranaense, na seqüência da sua lição: “Se a maioria, *com ou sem defesa do sócio excluindo*, decidir sua exclusão, ele tem todo o direito de invocar a proteção do Poder Judiciário” (*op. et loc. cit.*, p. 301). O sócio ausente, de resto, sempre tem o direito de anular uma deliberação ilegal (vide: Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, cit., nº 20.1.3, pp. 121-122 e nota 143).

assembléia ou reunião, não se podendo inferir da sua ausência qualquer juízo de valor negativo.

3.2.4. Quórum de deliberação

A doutrina tem divergido a respeito de qual seria o quórum de deliberação necessário à aprovação da exclusão extrajudicial. Parcela significativa dos autores sustenta, simplesmente, que tal quórum seria o da maioria do capital social, vale dizer, para a exclusão, far-se-ia necessário o voto favorável de sócios representando a maioria absoluta do capital social⁴⁶. Outros autores, e a nosso ver com razão, observam que a hipótese é verdadeiramente singular: o art. 1.085 do Código Civil expressamente exige a “maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social” e, portanto, requer dupla maioria (quórum complexo), a maioria absoluta de sócios (por cabeça) e a de capital⁴⁷. Essa interpretação nos parece particularmente correta, pois, quando o legislador pretendeu apenas a maioria do capital,

⁴⁶ Cf. (maioria absoluta do capital social): Alfredo de Assis Gonçalves, *Direito de empresa*, cit., n° 410, p. 416; Arnaldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., n° 1.619, p. 560, e n° 1.648, p. 570; Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., n° 9.7, p. 217; Eduardo Goulart Pimenta, *Exclusão e retirada de sócios*, cit., n° 1.2, p. 90; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., n° 2.5.4, p. 368, e *Direito societário*, cit., n° 5.1.2, p. 142; Fabio Ulhoa Coelho, *A sociedade limitada no novo Código Civil*, SP: Saraiva, 2003, n° 46, p. 133, e *Curso de direito comercial*, vol. 2, 10ª ed. SP: Saraiva, 2007, p. 416; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., n° 5.15.1, p. 555; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., n° 2.2.2.2, p. 143; João Coelho da Rocha, *Direito de recesso e exclusão forçada nas sociedades anônimas e limitadas*, cit., p. 25; Marcel Gomes Bragança Retto, *Sociedades limitadas*, SP: Manole, 2007, p. 199; Marlon Tomazete, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, SP: Atlas, 2008, n° 13, p. 364; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., pp. 312-313; Plínio Paulo Bing, *Sociedade limitada*, RS: Safe, 2006, n° V.12, p. 232; Ricardo Fiúza, *Novo Código Civil comentado* (obra coletiva), SP: Saraiva, 1ª ed. – 3ª tir. SP: Saraiva, 2002, p. 977; Rodrigo Prado Marques, *Sociedades limitadas no Brasil*, SP: Juarez de Oliveira, 2006, p. 199; Romano Cristiano, *Sociedades limitadas*, cit., n° 2.3, p. 376; Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das sociedades limitadas*, cit., n° 18.1.4, p. 278.

⁴⁷ Cf. (maioria absoluta por cabeça e capital): Daniel Moreira do Patrocínio, *Sociedade limitada*, SP: Juarez de Oliveira, 2008, p. 148; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., n° 3.1, p. 34, e *Código Civil comentado*, vol. XI (em co-autoria com Rachel Sztajn), SP: Atlas, 2008, p. 555; e Robson Zanetti, *Manual da sociedade limitada*, cit., p. 265.

expressou-se em termos distintos; não usou a expressão – de resto, clara – “maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social”. Conseqüentemente, numa sociedade de dois sócios, ainda quando um detenha a maioria do capital social, não haverá espaço para a exclusão extrajudicial; de igual modo, numa sociedade em que a minoria esteja dispersa, poderá o controlador encontrar óbices à exclusão de um minoritário, se os demais a tanto se opuserem – restando, pois, em ambos os casos, apenas o recurso à via judicial. Vale lembrar que, em outro dispositivo, o legislador também fez recurso ao quórum quantitativo, por cabeça (art. 1.010, § 2º). A expressão “maioria dos sócios”, portanto, não está no art. 1.085 do Código Civil por acaso.

3.3. Exclusão extrajudicial e controle jurisdicional

Não tem sido infreqüente encontrar manifestações no sentido de que, à luz dos princípios constitucionais da liberdade de associação e da liberdade de organização associativa (CF, art. 5º, XVII e XVIII, 2ª parte), o Poder Judiciário estaria pretensamente impedido de aferir a ocorrência de justa causa legitimadora da deliberação de exclusão extrajudicial. Vale dizer, de acordo com essa peculiar e assaz distorcida visão – que, não por coincidência, ecoa nos debates travados no foro –, o juiz não poderia averiguar se o pressuposto material do ato de exclusão (a exigência da prática de ato de *inegável* gravidade que coloque em risco a sobrevivência da empresa) estava ou não presente; quando muito, sustentam, poderia apenas analisar se os requisitos procedimentais foram atendidos, mas não estaria legitimado a valorar os atos imputados ao antigo sócio.

Evidentemente, trata-se de posição flagrantemente equivocada e, para isso evidenciar, mais não é preciso do que lembrar que: (1º) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional também tem *status* constitucional (CF, art. 5º, XXXV); (2º) a expressa exigência legal de justa causa para a exclusão de

sócio (CC, art. 1.085) não teria qualquer sentido ou aplicação, se o juiz não pudesse, em sede de ação anulatória, apreciar em concreto a sua presença; e, por fim, (3^o) seria um gritante contra-senso supor que, para decidir a ação de exclusão *judicial*, cabe ao juiz positivar a existência de justa causa (CC, art. 1.030) e, na situação inversa, diante da deliberação de exclusão extrajudicial, estivesse impedido de fazê-lo!

A bem da verdade, não fosse dado ao Poder Judiciário analisar a regularidade da exclusão de sócio, a sua efetivação na via extrajudicial seria então, só por isso, inconstitucional⁴⁸. Na realidade, só se a admite, precisamente porque ao lesado cabe o poder de recorrer ao Judiciário, em busca da invalidação do ato.

Em boa doutrina, aliás, não há quem discorde da opinião de que, se a lei exige a presença de justa causa, sempre caberá ao juiz averiguar o ponto, configurando-se aí o controle de legalidade do ato. “Pronunciada a exclusão”, observou Miguel Reale, “tem o sócio excluído o direito de recorrer ao Poder Judiciário para anular a decisão da sociedade, provando ter sido violado o disposto na lei ou no contrato (...). Negar ao juiz o poder de exercer, em caso de despedida compulsória, a função jurisdicional *em sua plenitude normal*, seria abrir uma larga brecha para a prepotência e o arbítrio dos sócios”⁴⁹.

⁴⁸ É o que, de há muito, advertiu Pontes de Miranda, ainda sob a égide da Constituição de 1946, destacando que “a penalidade social é por *inadimplemento de dever social*, de algum dos deveres sociais. O direito – que é estatal – permite que as sociedades particulares, de direito privado ou de direito público, especifiquem deveres de cuja infração resulta a penalidade social”. E, mais adiante: “No direito brasileiro, que tem a regra jurídica do art. 141, § 4^o, da Constituição de 1946, decisão social que ofenda direito do sócio pode ser apreciada pelo Poder Judiciário”, acrescentando ainda, no item seguinte: “Na aplicação da pena é preciso que se respeite o *princípio da audiência do sócio*, que é o correspondente, na vida interna da sociedade, ao princípio *Nemo inauditus damnari potest*, no direito processual civil e no penal. (...) No direito brasileiro, a cláusula que pré-exclua o exame, em ação, pela justiça estatal ofenderia o artigo 141, § 4^o, da Constituição de 1946, e seria nula” (*Tratado de direito privado*, tomo XLIX, 3^a ed. SP: RT, 1984, § 5.186, n^os 4 e 5, pp. 127-129).

⁴⁹ Miguel Reale, *A exclusão de sócio das sociedades mercantis e o Registro do Comércio*, ‘in’ *Nos quadrantes do direito positivo*, cit., p. 298. No mesmo sentido (controle judicial dos motivos da exclusão): A. J. Avelãs Nunes, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, cit., pp. 239-240; Alfredo de Assis Gonçalves, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., n^o 129, p. 302, e *Direito de empresa*, cit., n^o 409, p. 415; Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., n^o 1.666,

Nos tribunais, o tema também tem sido decidido, no mais das vezes, com igual orientação. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já teve a oportunidade de assentar “que a exclusão, como medida grave, fundada em justa causa, pode ficar *sujeita ao controle jurisdicional em termos de valoração jurídica*, resguardando-se, inclusive, o direito de defesa do excluído” (STF, RE 115.222-BA, 2ª T., Rel. Min. Djaci Falcão, v.u., j. 13.12.1988, RTJ 128/886). Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça observou que “não se poder negar ao sócio despedido pela maioria que se valha de ação, com o objetivo de trazer a juízo direito seu; há de estar *assegurado o controle jurisdicional do ato de dispensa*, em qualquer hipótese” (STJ, REsp 50.543-SP, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, v.u., j. 21.05.1996, DJU 16.09.1996, RSTJ 92/187)⁵⁰.

Se e quando provocado, em suma, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de aferir a validade da deliberação de exclusão de sócios e, para tanto, analisar se foram atendidos os pressupostos materiais e

p. 574; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.5.5, p. 377; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 5.15.1, p. 556; Idevan César Rauhen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., nº 2.2.7, p. 150; José Marcelo Martins Proença, *A exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, ‘in’ *Direito societário – tipos societários* (obra coletiva), cit., nº 5.5.1, p. 191; José Waldecy Lucena, *Das sociedades limitadas*, cit., nº 21, pp. 751-752, e nº 22, pp. 762-763; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*, RDM 100/92-93; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, SP: Atlas, 2003, nº 6.7, p. 106; Marlon Tomazete, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., nº 13, p. 365; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., pp. 316-317; Osmar Brina-Corrêa, *Sociedade limitada*, cit., nº 6, p. 159; Paulo Penalva Santos, *Comentários ao Código Civil brasileiro* (obra coletiva), vol. IX, cit., p. 465; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., nº 4.2, pp. 46-47, e *Código Civil comentado*, vol. XI (em co-autoria com Rachel Sztajn), SP: Atlas, 2008, pp. 558-559; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*, cit., nº 8.2, p. 304; Robson Zanetti, *Manual da sociedade limitada*, cit., p. 267; e Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das sociedades limitadas*, cit., nº 20, p. 279.

⁵⁰ Na mesma trilha, a Corte de cassação francesa cassou decisão da instância inferior, que se recusou a apreciar a gravidade dos motivos invocados para a exclusão: “La Cour de cassation a indiqué qu’il appartient aux juges, quand ils en sont saisis, de vérifier que l’exclusion n’est pas abusive. Elle a ainsi cassé pour violation de la loi un arrêt des juges du fond qui avaient refusé de se livrer à un contrôle de la gravité des motifs invoqués pour justifier l’exclusion et avaient donné effet à une clause statutaire écartant de façon explicite tout contrôle judiciaire sur le fond (Cass. com., 21 oct. 1997: *Bull. Joly* 1998, p. 40, note P. Le Cannu; *Rev. sociétés* 1998, p. 99, obs. B. Saintourens)” (Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, cit., nº 330, p. 161). Com análogo registro na França, vide ainda: Dominique Vidal, *Droit des sociétés*, 5ª ed. Paris: LGDJ, 2006, nº 100, p. 65; e Georges Ripert e René Roblot, *Traité de droit commercial*, tomo 1, 14ª ed. Paris: LGDJ, 1991, nº 795, p. 658.

procedimentais do ato, se havia justa causa para a aplicação da medida ou se a conduta imputada ao excluído caracterizava falta grave – controle esse que, evidentemente, é de legalidade e, como tal, não importa em avocar o juiz qualquer juízo de conveniência e oportunidade nem se intrometer no funcionamento das organizações coletivas privadas⁵¹.

Dita assertiva é rica de conseqüências. *Primeiro*, justamente para permitir o ulterior controle do ato, a deliberação que decreta a exclusão deve ser fundamentada, com a indicação, ainda que sumária, dos motivos que impuseram o afastamento coativo do sócio: a motivação é pressuposto de sindicabilidade da deliberação⁵². *Segundo*, os motivos apontados na deliberação de exclusão vinculam a sociedade em juízo, por efeito da teoria dos motivos determinantes⁵³, não podendo ela posteriormente, quando da

⁵¹ É o que, com propriedade, se destacou no seguinte julgado: “Nas demandas relativas às sociedades civis, reguladas por estatutos aos quais aderem os associados por vínculos tipicamente contratuais, compete ao Poder Judiciário, de modo geral, na apreciação da atividade social, controlar-lhe a legalidade, que não se há de limitar à verificação de adequação às normas jurídicas e estatutárias, porém há de investigar o mérito, não no tocante à oportunidade e conveniência, mas para aferir a ocorrência ou não de abuso de direito ou de poder” (TJSP, Ap. 125.515-2, 12ª CC., Rel. Des. Carlos Ortiz, v.u., j. 15.12.1987, RT 626/81).

⁵² A doutrina entende, sem divergências, que a deliberação de exclusão deve ser fundamentada, para permitir ulterior controle jurisdicional (cf.: A. J. Avelãs Nunes, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, cit., p. 249; Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., nº 1.619, p. 560; Gastone Cottino, *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*, 4ª ed. Padova: CEDAM, 1997, nº 45.2, p. 149; Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.314; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., nº 2.2.6, p. 144; Marcelo Fortes Barbosa Filho, *Código Civil comentado* (obra coletiva) – coord. Cezar Peluso, SP: Manole, 2007, pp. 904-905; Mauro Rodrigues Pentead, *Dissolução parcial da sociedade limitada...*, cit., ‘in’ *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva), cit., nº 3.4, p. 279; Osmar Brina-Corrêa, *Sociedade limitada*, cit., nº 6, p. 159; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *A exclusão de sócio da sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, ‘in’ *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, SP: AASP, s/d, p. 78; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., nº 2.7, p. 197), pois “aceitar-se que a exclusão pudesse ser deliberada sem necessidade de se invocar o motivo que a determina equivaleria, afinal, a negar-se ao sócio excluído o acesso ao controle dos tribunais” (Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., p. 62). Se assim é, poder-se-ia honestamente entender que a pura indicação de que a deliberação teve por fundamento a quebra de *affectio societatis* preenche o requisito de fundamentação do ato de exclusão (reduzido, em termos práticos, a uma formalidade inócua)?

⁵³ A teoria dos motivos determinantes encontrou no direito administrativo amplo campo de incidência. “De acordo com esta teoria”, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato.

defesa do ato em sede de ação anulatória proposta pelo excluído, alegar outros motivos e imputar ao sócio outras possíveis faltas, que não aqueles constantes da ata como fundamentos da deliberação de exclusão⁵⁴. *Terceiro*, da deliberação que decreta a exclusão de sócios, não cabe recurso administrativo algum; só cabe oposição administrativa ao ato de arquivamento, perante o registro público competente, se houver sido desobedecido algum requisito *formal* (Lei nº 8.934/1994, art. 40), ou ação judicial para invalidar o ato perante o órgão jurisdicional competente.

4. Exclusão judicial e exclusão extrajudicial: vias alternativas ou repelentes?

Questão interessante que se pode aqui ainda colocar é a de saber se, havendo previsão no contrato social de sociedade limitada para a exclusão extrajudicial fundada em falta grave, poderiam os demais sócios, ainda assim, propor ação de exclusão judicial contra o sócio indesejado ou, pelo contrário, estariam limitados a promover a exclusão através de deliberação societária. Por outra retórica: estando teoricamente aberta a possibilidade de exclusão extrajudicial, a via da exclusão continua a se colocar como alternativa ou, pelo contrário, resta trancada? O ponto presta-se a boa polêmica.

Em obra de referência sobre a matéria, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, única estudiosa que abertamente enfrentou esse intrincado problema, afirma ser manifesta a falta de interesse de agir; sustenta, pois, calcada em dois julgados⁵⁵, que “carece de

Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados *vicia o ato (...)*” (*Curso de direito administrativo*, 21ª ed. SP: Malheiros, 2006, nº VII-42, p. 384). Essas considerações, a nosso ver, podem ser transpostas ao problema analisado no texto.

⁵⁴ Por isso, tem razão Idevan César Rauhen Lopes ao observar que “motivação da exclusão extrajudicial de sócio vincula a empresa à mesma motivação em juízo” (*Empresa & exclusão do sócio*, cit., nº 2.2.7, p. 144).

⁵⁵ Os julgados por ela invocados, *ambos pertinentes à mesma causa* e anteriores ao Código Civil, são os seguintes: TJSP Ap. 186.643-2, 12ª CC., Rel. Des. Luiz Tâmbara, v.u., j. 05.05.1992, JTJ 138/274; e

interesse processual para promover ação de exclusão a maioria dos sócios detentores da maior parte do capital social. É que podem estes – em razão do art. 1.085 do Código Civil – promover a exclusão de qualquer dos sócios que estiver pondo em risco a continuidade da empresa, em razão de ato de inegável gravidade, mediante mera alteração do pacto social, mas desde que haja neste previsão para exclusão por justa causa”⁵⁶.

Respeitado esse entendimento, pensamos de forma oposta. Não há, a nosso ver, a propalada carência de ação. Não fosse a literalidade da regra do art. 1.085 do Código Civil – na qual restou claramente “ressalvado o disposto no art. 1.030” e, portanto, poder-se-ia dizer, o recurso alternativo à via da ação judicial –, a verdade é que, em primeiro lugar, a propositura da ação de exclusão não traz nenhum prejuízo ou limitação de ordem processual ao excluindo (que, muito pelo contrário, tem assegurado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa em juízo, antes da consumação de qualquer ato expulsório); se alguém teoricamente é “prejudicado” pelo recurso à via judicial, são a sociedade e os sócios remanescentes, e só. Em segundo lugar, a aferição do interesse de agir (necessidade + utilidade) não pode se dar de forma tão estreita: ainda quando, em tese, caiba a exclusão extrajudicial, os demais

STJ, REsp 33.475-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, v.u., j. 15.09.1995, DJU 02.10.1995 – mas registramos aqui que, naquela causa, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial, não analisou e, portanto, não se pronunciou expressamente sobre o problema da carência de ação. Além dos referidos arestos, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca também compila outro julgado (TJSP, AP. 267.079-2, 2ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Cezar Peluso, v.u., j. 10.12.1996, JTJ 193/192) que, a nosso ver, nada tem que ver com a espécie, pois trata da hipótese de evidente carência da ação por parte da sociedade que propõe ação declaratória de exclusão (= de inexistência da relação jurídico-social) contra quem, com precedência, foi excluído extrajudicialmente, autêntica bisonhice processual.

⁵⁶ Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*, cit., nº 3.2, p. 102. No mesmo sentido (carência da ação): “Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Exclusão de sócio por justa causa. Deliberação do cotista majoritário. Dissensão séria em razão da suposta prática de atos temerários e conseqüente quebra da ‘affectio societatis’. Sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, por falta de interesse processual. Manutenção” (TJSP, Ap. 261.899.4/0-00, 10ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Testa Marchi, v.u., j. 21.03.2006) – valendo-se notar que, no caso decidido, a sociedade era constituída por apenas dois sócios, o excluindo e o remanescente, e, portanto, justamente em função da discussão sobre qual seria o quórum de deliberação necessário, não se compreende a razão para negar o acesso do interessado à via jurisdicional.

sócios podem entender que melhor e mais prudente é recorrer à via jurisdicional, por efeito de uma particularidade concreta qualquer (p. ex., porque a falta grave talvez não esteja tão bem delineada ou dependa de outras provas, que se pretende estabelecer em juízo; porque existe dúvida sobre se o quórum de deliberação é apenas o da maioria de capital, como entendem alguns autores, ou se seria o da maioria de cabeças e de capital, cumulativamente; ou, então, porque os sócios receiam que a falta imputada ao excluindo talvez não seja grave o suficiente a legitimar a drástica medida, ou, simplesmente, não sabem se a conduta será caracterizada como falta), de tal modo que, diante de um quadro de incerteza, não desejam promover o afastamento extrajudicial e correr o risco de futura invalidação da deliberação, com todas as desgastantes e drásticas conseqüências daí advindas (p. ex., reintegração do sócio ao quadro societário, com pagamento de todos os lucros e benefícios distribuídos no período, sem prejuízo de eventual indenização por danos morais), entendendo preferível percorrer o caminho – mais longo, para eles – da ação judicial. Que mal há nisso? Não haveria, nas condições citadas, evidente interesse de agir? Ora, processo é meio, e não é fim. Não há, pois, nenhum óbice a que, mesmo estando em tese e formalmente aberta a via da exclusão extrajudicial, os sócios venham a propor ação de exclusão. Aliás, em questão absolutamente análoga, os tribunais acabaram por permitir que o interessado percorra caminho mais longo, desde que isso não prejudique o réu⁵⁷. O interesse de agir, portanto, não pode ser

⁵⁷ Estamos aqui nos referindo à orientação jurisprudencial segundo a qual o credor detentor de título extrajudicial não poderia propor ação de cobrança ou ação monitória, supostamente porque não teria interesse de agir. Superadas as hesitações iniciais, prevaleceu o bom senso e o reconhecimento de que, para além da aparência, podem existir razões subjacentes a justificar que o credor opte trilhar caminho mais longo (p. ex., o título tem algum vício formal ou há o risco de ser levantada alguma objeção ao ato de emissão); na medida em que isso não prejudica a parte contrária, não havia mesmo boas razões para impedir o credor de assim agir (sobre esse tema, vide: Werter R. Faria, *Ações cambíárias*, RS: Safe, 1987, nº 13, pp. 23-24, e, nos tribunais: STJ, REsp 650.441-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, v.u., j. 19.08.2008, DJe 16/09/2008). Bem vista a questão, o interesse de agir no caso da exclusão é *ainda mais evidente* do que no caso da ação de cobrança: nesta, o autor já dispõe formalmente de um título executivo e, ainda assim, propõe ação condenatória; naquela, a exclusão não

negado apenas diante da aparente possibilidade de exclusão extrajudicial, porquanto expressamente “ressalvado” o caminho do recurso prévio ao Poder Judiciário, em linha, pois, com preceito constitucional.

5. Exclusão judicial: iniciativa e legitimação ativa

A exclusão judicial de sócios por falta grave, conforme já mencionado anteriormente, encontra previsão no art. 1.030, *caput*, do Código Civil, artigo esse que, conquanto alocado no capítulo reservado à disciplina legal das sociedades simples, se aplica, remissivamente, aos demais tipos societários regidos naquele mesmo diploma legal. O artigo tem a seguinte redação: “Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento das suas obrigações ou, ainda, por incapacidade superveniente”. Interpretando-o, a doutrina e os tribunais se dividem.

Alguns estudiosos sustentam que, ao aludir a “iniciativa da maioria dos demais sócios”, o legislador teria exigido uma deliberação dos sócios para legitimar a atuação judicial da sociedade⁵⁸ (salvo, quer nos parecer, nos casos de sociedades com dois sócios, quando a deliberação poderia ser excepcionalmente

preexiste, pois, para se positivar extrajudicialmente, dependeria da prática de diversos outros atos, não realizados quando do ingresso em juízo.

⁵⁸ Cf. (exclusão judicial pressupõe prévia deliberação para ingresso em juízo): Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., n° 709, p. 237; Alfredo de Assis Gonçalves, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., n° 54, p. 137; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., n° 2.5.5, pp. 375-376; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., n° 1.12.3.4, p. 172; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., n° 2.2.7, p. 149; Marcelo Fortes Barbosa Filho, *Código Civil comentado* (obra coletiva), cit., p. 860; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, cit., n° 6.7, p. 107; Marlon Tomazette, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., n° 7, p. 310, e *As sociedades simples do novo Código Civil*, RT 800/53; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 323; e Plínio Paulo Bing, *Sociedade limitada*, cit., n° IV.7.2, p. 98, e n° IV.7.3, p. 99.

dispensada⁵⁹). Os que assim pensam, distinguem entre a iniciativa da medida, que seria “da maioria dos demais sócios”⁶⁰, e a legitimação ativa para a ação, que seria da sociedade⁶¹. Essa interpretação, inclusive, foi aceita em julgado de tribunal⁶². O mérito desta interpretação é dar solução para um delicado problema de ordem processual, possibilitando que a relação processual venha a ser válida e integralmente composta pela simples inclusão da sociedade, no pólo ativo, e do excluendo, no pólo passivo, sem fazer depender o processamento da causa à presença de todos os sócios no pólo ativo ou, em caso de recusa de um deles (e pelo só fato de não concordar com a exclusão), no pólo passivo, como litisconsorte

⁵⁹ Assim também tem-se entendido na Alemanha: “bei der Zweimanngesellschaft ist der Gesellschafterbeschluss entbehrlich (Hachengburg/Ulmer, 8. Aufl., Anh. §34 Rn. 26; Wolf/ZGR 1998, 104; aA. BGHZ 9, 177; 16, 322” (Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, n° 75, p. 490)

⁶⁰ A maioria em questão é de computada pela participação no capital (CC, art. 1.010, *caput*), e não por cabeça (cf.: Alfredo de Assis Gonçalves, *Direito de empresa*, cit., n° 220, p. 264; Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, cit., n° 9.3, p. 211; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito societário*, 8ª ed. RJ: Renovar, 2003, p. 79; Leonardo Guimarães, *Exclusão de sócio em sociedades limitadas no novo Código Civil*, in’ *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues, RJ: Forense, 2004, n° 4.2.2, p. 303; Plínio Paulo Bing, *Sociedade limitada*, cit., n° V.7.2, p. 98). No mesmo sentido é o Enunciado n° 216 da III Jornada do CEJ/STJ. Mas há opiniões em sentido contrário, sustentando que a maioria deve ser apurada por cabeça (cf.: Eduardo Goulart Pimenta, *Exclusão e retirada de sócios*, cit., n° 2, p. 94; e Marlon Tomazete, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., n° 7, p. 310), interpretação essa que, se pudesse prevalecer, levaria à autêntica impotência do sócio controlador submeter a controvérsia a juízo, numa sociedade com minoria numérica expressiva; na prática, prestigiar-se-ia a dissolução total da sociedade, como única alternativa, em detrimento da atividade social.

⁶¹ Cf. (legitimação ativa é da sociedade, e não dos sócios, após tomada deliberação): A. J. Avelãs Nunes, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, cit., pp. 291-292; Alfredo de Assis Gonçalves, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., n° 54, p. 137, e *Direito de empresa*, cit., n° 222, pp. 265-266; Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de responsabilidade limitada*, SP: Quartier Latin, 2004, n° 9.3, p. 211; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., n° 2.5.5., pp. 375-376; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., n° 1.12.3.4, p. 172; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., n° 2.27, p. 149; Marlon Tomazette, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., n° 7, p. 310, e *As sociedades simples do novo Código Civil*, RT 800/53; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 323; Paulo Penalva Santos, *Comentários ao Código Civil brasileiro* (obra coletiva), vol. IX, cit., 2005, p. 461; Plínio Paulo Bing, *Sociedade limitada*, cit., n° IV.7.3, p. 99; PricewaterhouseCoopers, *Aspectos relevantes do direito de empresa*, cit., p. 143; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., n° 3.1, p. 294; Robson Zanetti, *Manual da sociedade limitada*, cit., p. 263; e Rodrigo Prado Marques, *Sociedades limitadas no Brasil*, cit., p. 200.

⁶² Cf.: TJRN, AI 2006.002874-5, Rel. Des. Manoel dos Santos, j. 28.08.2006.

do excluendo, com todos os ônus associados ao fato de alguém figurar pessoalmente como parte em juízo, seja no pólo ativo ou no passivo.

Outros estudiosos, no entanto, ainda influenciados pela prática consolidada em torno do ajuizamento das ações de dissolução parcial à luz do regime anterior, entendem que, no citado art. 1.030 do Código Civil, não se teria exigido nenhuma deliberação para a propositura da ação de exclusão e que, portanto, o pólo ativo da demanda deve ser composto por sócios representando a maioria dos demais sócios (computada essa maioria por capital, e não por cabeça) e, o pólo passivo, pelo sócio excluendo e pelos demais sócios que porventura não tenham assentido em promover a ação (estes últimos, porém, apenas para integrar a relação processual, sem que, contra eles, se venha, ao final, a pronunciar qualquer ato de exclusão); a sociedade, por sua vez, apenas para constar, haveria de figurar no pólo ativo ou no pólo passivo, tanto faz⁶³. A crítica que se deve fazer a tal interpretação (que também já foi encampada em julgados de tribunais pátrios⁶⁴) é a de que, além de complicar excessivamente o processo civil societário, transforma a participação societária em autêntica sementeira de demandas para os sócios, ... pelo só fato de serem sócios! Não nos parece, pois, o melhor caminho. Ademais, se a exclusão é da pessoa jurídica da

⁶³ Cf. (legitimação ativa de sócios e sociedade): Eduardo Goulart Pimenta, *Direito societário*, cit., n° 5.8, p. 155; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., p. 417, e *A sociedade limitada no novo Código Civil*, cit., n° 46, p. 134; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, cit., n° 6.7, p. 107; Murilo Zanetti Leal, *A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas*, SP: RT, 2002, n° 4.2, p. 121; e Pedro Sergio Fialdini Filho, *Inovações do Código Civil de 2002...*, cit., 'in' *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos* (obra coletiva), cit., p. 116. Em sentido diverso, Leonardo de Faria Beraldo, ressaltando o entendimento jurisprudencial, entende que a sociedade nem precisaria figurar em qualquer dos pólos da relação processual (*Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, 'in' *Direito societário na atualidade*, cit., p. 227).

⁶⁴ Cf.: "A teor do que dispõem os arts. 1.030 e 1.034 do Código Civil brasileiro, o pedido de dissolução parcial da sociedade, com a exclusão do sócio descumpridor das obrigações estatutárias, deve ser formulado pelos demais sócios e não pela sociedade" (TJDF, AI 2007.00.2.002764-2, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Carmelita Brasil, v.u., j. 30.05.2007). Na mesma linha: TJDF, Ap. 4295596, Ac. 103.069, 1ª Turma, Rel. Des. Edmundo Minervino, j. 20.10.1997, DJU 15.04.1998; e TJRS, Ap. 70006530307, Rel. Des. Antonio Vinicius Amaro da Silveira, j. 05.08.2004. Vide ainda: RT 631/122; e JTJ 95/290 e 105/247.

sociedade (a sociedade simples é sociedade personificada, no sistema do Código Civil), não se compreende bem por que razão não seja (exclusivamente) dela a legitimação ativa para a demanda. De toda forma, esse problema ainda está em aberto, no aguardo de melhor enfrentamento pela doutrina e da solução final pelos tribunais.

Por fim, deve-se destacar que o art. 1.030 do Código Civil, ao relegar a iniciativa da exclusão judicial à “maioria dos demais sócios”, claramente arreda do cômputo dessa fração social a parte do excluendo e, com isso, possibilita que a maioria possa ser excluída pela minoria, o que não é nenhum contra-senso: ser maioria não significa ter sempre razão; tanto quanto a minoria, a maioria pode incorrer em falta grave⁶⁵ e, conforme o caso, ser excluída da sociedade, a bem da preservação da atividade social⁶⁶. Pela mesma

⁶⁵ Se ser maioria significasse estar sempre com a razão, a responsabilização por abuso de controle seria *contradictio in terminis*. “Necessário, realmente, distinguir entre o que a maioria diz serem os interesses da sociedade e quais os que realmente o são; porque apenas na perspectiva destes cumpre analisar o procedimento do sócio excluído” (TJSP, Ap. 53.111-2, 9ª CC., Rel. Des. Vieira de Souza, v.u., j. 09.06.1983, RJTJESP 94/197). Afinal, “ser majoritário não significa necessariamente ter razão, posto que, em qualquer situação da vida, as maiorias podem tomar atitudes tirânicas com relação às minorias” (Romano Cristiano, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.2, p. 372).

⁶⁶ Cf. (minoria pode excluir a maioria): Fábio Konder Comparato, *Exclusão de sócio na sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, RDM 25/39-48; Adalberto Simão Filho, *A nova sociedade limitada*, cit., nº 8.2.2, p. 186; Alfredo de Assis Gonçalves, *Lições de direito societário*, vol. I, cit., nº 130, p. 303, e *Direito de empresa*, cit., nº 412, p. 418; Arnoldo Wald, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV, cit., nº 709, p. 237; Eduardo Goulart Pimenta, *Exclusão e retirada de sócios*, cit., nº 2, p. 94, e *Direito societário*, cit., nº 5.2, p. 144; Fábio Tokars, *Sociedades limitadas*, cit., nº 2.5.5, p. 375; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de direito comercial*, vol. 2, cit., nº 1.12.3.4, p. 168; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & exclusão do sócio*, cit., nº 2.2.7, p. 152; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito societário*, cit., p. 79; José Marcelo Martins Proença, *A exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, ‘in’ *Direito societário – tipos societários* (obra coletiva), cit., nº 5.5.1, p. 190; José Waldecy Lucena, *Das sociedades limitadas*, cit., nº 24, pp. 770-774; Leonardo de Faria Beraldo, *Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, ‘in’ *Direito societário na atualidade* (obra coletiva), cit., p. 219; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, cit., nº 6.7, p. 107; Marlon Tomazete, *Curso de direito empresarial*, vol. 1, cit., nº 13, p. 365; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, cit., p. 313; Paulo Penalva Santos, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. IX, cit., pp. 461-462; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*, cit., p. 48; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, cit., nº 4, pp. 198-201; Rodrigo Prado Marques, *Sociedades limitadas no Brasil*, cit., p. 201; Vera Helena de Mello Franco, *Manual de direito comercial*, vol. 1, cit., nº 2.6, p. 245; e Plínio Paulo Bing, *Sociedade limitada*, cit., nº V.12.1, p. 233 (indicando a dissolução parcial, com o afastamento da maioria, como solução). Nos

razão, é também possível a exclusão de sócio em sociedade composta por apenas 2 (dois) sócios, hipótese em que o remanescente haverá de reconstituir a pluralidade de sócios dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias depois de caracterizada a unipessoalidade, sob pena de a sociedade dissolver-se de pleno direito (CC, art. 1.033, IV).

6. Exclusão judicial e apuração de haveres

Ao julgar procedente demanda em que se formulou exclusivamente o pedido de exclusão, poderia o juiz, ainda assim, condenar a sociedade a efetuar o pagamento dos haveres ao sócio excluído? Esta questão tem sido posta à reflexão por alguns processualistas que, à vista dos princípios do dispositivo, da iniciativa da parte e da congruência (ou adstringência) da sentença ao pedido (CPC, arts. 2º, 128 e 460), defendem o ponto de vista de que, se a apuração dos haveres não houver sido requerida em reconvenção ou pedido contraposto do réu, não se poderia ir além do decreto de exclusão. A nosso ver, porém, a condenação da sociedade ao pagamento dos haveres constitui consequência lógica do acolhimento do pedido de exclusão e, portanto, efeito da desconstituição do vínculo societário, conforme expressamente previsto na lei civil (CC, art. 1.031). Não há, pois, necessidade de o sócio, réu na ação de exclusão, ser compelido a oferecer uma reconvenção (para pedir, em caráter eventual, que, se vier a ser excluído, deve então a sociedade ser condenada a pagar os seus haveres, colocando-o assim na inusitada posição em que, qualquer que seja o resultado do processo, saíra perdedor numa das demandas). A apuração de haveres do excluído, em sede de liquidação, é efeito da desconstituição do vínculo societário, decorrente da exclusão, e, portanto, independe de reconvenção⁶⁷.

tribunais, por todos, confira-se o *leading case* publicado na RT 599/79 (TJSP, Ap. 88.171-2, 16ª CC., Rel. Des. Bueno Magano, v.u., j. 17.04.1985).

⁶⁷ O TJSP posicionou-se no mesmo sentido: “Art. 1.031 do Código Civil já prevê a liquidação de haveres na hipótese de a sociedade se resolver em relação a um dos sócios. Desnecessidade de ação declaratória

7. Conclusão

A exclusão de sócios por falta grave no direito societário brasileiro, como se pôde verificar da amostra trazida neste trabalho, é tema repleto de aspectos controvertidos. O ideal seria que o legislador a tivesse regulado de forma mais pormenorizada, evitando as dúvidas e incertezas – devidamente retratadas nas manifestações divergentes da doutrina – que tanto retardam a solução dos litígios, ou fomentam a sua multiplicação, em detrimento da atividade desenvolvida pela sociedade. Espera-se, por isso, que a jurisprudência, cujo papel construtivo foi fundamental na aplicação e para a sobrevida das longevas regras do Dec. nº 3.708/1919, não tarde a cumprir o seu papel pacificador e que, ao fazê-lo, saiba encontrar as soluções aptas a preservar a essência do fenômeno societário: a cooperação de indivíduos para a consecução de um fim comum.

8. Bibliografia.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Sociedade de responsabilidade limitada*. SP: Quartier Latin, 2004.

ANDRADE JR., Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. IV – *Direito das sociedades*. RJ: Forense, 2002.

ASSIS GONÇALVES NETO, Alfredo de. *Lições de direito societário*. 2ª ed. SP: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Direito de empresa*. 1ª ed. SP: RT, 2007; 3ª ed. SP: RT, 2010.

incidental, reconvenção ou pedido contraposto (...). Na peça rotulada pelo réu de ação declaratória incidental e recebida como reconvenção pelo nobre magistrado, pretende ele a apuração e o recebimento dos haveres na sociedade, no caso de procedência da ação. Mas para isso é dispensável o ajuizamento de ação declaratória incidental, reconvenção ou mesmo pedido contraposto, pois o art. 1.031 do Código Civil já prevê a liquidação de haveres na hipótese da sociedade se resolver em relação a um a um sócio” (TJSP, Ap. 597.668-4/2, 7ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Sousa Lima, v.u., j. 03.12.2008).

AVELÃS NUNES, A. J. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, 1ª ed. – 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed. SP: Malheiros, 2006.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil comentado* (obra coletiva) – coord. Cezar Peluso. SP: Manole, 2007.

BAUMBACH, Adolf; e HUECK, Alfred. *GmbH-Gesetz*. 16ª ed. München: C. H. Beck, 1996.

_____; e HOPT, Klaus J. *Handelsgesetzbuch*. 29ª ed. München: C. H. Beck, 1995.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Da exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, 'in' *Direito societário na atualidade* (obra coletiva). BH: Del Rey, 2007.

BING, Plínio Paulo. *Sociedade limitada*. RS: Safe, 2006.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8ª ed. RJ: Renovar, 2003.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz; e LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias* – obra coletiva, vol. I. RJ: Forense, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*, vol. 13. SP: Saraiva, 2003.

CIAN, Giorgio; e TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*, SP: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito comercial*, vol. 2. 10ª ed. SP: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Exclusão de sócio na sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 25/39-48.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade limitada*. RJ: Forense, 2006.

COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*, vol. 1º – tomo 2º: *Le società*. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1997.

CRISTIANO, Romano. *Sociedades limitadas*. SP: Malheiros, 2008.

CUNHA, Carolina. *A exclusão de sócios (em particular nas sociedades por quotas)*, 'in' *Problemas do direito das sociedades* – obra coletiva. Coimbra: Almedina, 2002.

FARIA, Werter R. *Ações cambiárias*. RS: Safe, 1987.

FASTRICH, Lorenz. *Raciocínio jurídico funcional a exemplo do direito societário* – trad. de Nilson Lautenschleger Jr. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 140/52-85.

FERRI, Giuseppe. *Manuale diritto commerciale*. 8ª ed. Torino: UTET, 1992.

_____. *Delle società*, 'in' *Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna: Nicola Zanichelli editore, 1955.

_____. *Le società*. Torino: UTET, 1985.

FIALDINI FILHO, Pedro Sérgio. *Inovações do Código Civil de 2002 em relação à dissolução parcial da sociedade limitada por justa causa*, 'in' *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos* (obra coletiva) – coords. Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca. SP: Juarez de Oliveira, 2005.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo Código Civil*. 2ª ed. SP: Atlas, 2003; 4ª ed. SP: Atlas, 2007.

_____. *A exclusão de sócio da sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, 'in' *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. SP: AASP, s/d.

_____; e SZTAJN, Rachel. *Código Civil comentado*, vol. XI. SP: Atlas, 2008.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*, SP: Malheiros, 1999.

_____. *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*. SP: Malheiros, 2009.

_____. *Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 112/23.

_____; e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. “*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “*fim social*”, ‘in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP: Quartier Latin, 2009; publicado também na Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 149-150/108-130.

GUIMARÃES, Leonardo. *Exclusão de sócio em sociedades limitadas no novo Código Civil, ‘in’ Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues. RJ: Forense, 2004.

HOPT, Klaus J.; e BAUMBACH, Adolf. *Handelsgesetzbuch*. 29^a ed. München: C. H. Beck, 1995.

JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. *Manual das sociedades limitadas*. RJ: Lumen Juris, 2007.

KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein. 5^a ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001.

LAMY FILHO, Alfredo; e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Direito das companhias* – obra coletiva, vol. I. RJ: Forense, 2009.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (RT) 100/92-93.

LEAL, Murilo Zanetti. *A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas*. SP: RT, 2002

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Direito das companhias* (obra coletiva) – org. José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, vol. I. RJ: Forense, 2009.

LOPES, Idevan César Rauén. *Empresa & exclusão do sócio*, 1^a ed. – 3^a tir. Curitiba: Juruá, 2005.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5^a ed. RJ: Renovar, 2003.

MARQUES, Rodrigo Prado. *Sociedades limitadas no Brasil*. SP: Juarez de Oliveira, 2006.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*, vol. I. 2ª ed. SP: RT, 2004.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas*. SP: Quartier Latin, 2010.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Sociedade limitada*. SP: Juarez de Oliveira.

PENALVA SANTOS, Paulo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. IX. RJ: Forense, 2005.

_____. *Direito das companhias* (obra coletiva), vol. II – org. José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho,. RJ: Forense, 2009.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução parcial da sociedade limitada (da resolução da sociedade em relação a um sócio e do sócio em relação à sociedade)*, 'in' *Direito de empresa no novo Código Civil* (obra coletiva) – coord. Frederico Viana Rodrigues. RJ: Forense, 2004.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. SP: Atlas, 2003.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócios*. BH: Mandamento, 2004.

_____. *Direito societário*. RJ: Elsevier, 2010.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, tomo I. 2ª ed. RJ: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado*, tomo XLIX. 3ª ed. – 2ª reimp. SP: RT, 1984.

PricewaterhouseCoopers. *Aspectos relevantes do direito de empresa* – coord. Elidie Palma Bifano e Sérgio Roberto de Oliveira Bento. SP: Quartier Latin, 2005.

- PROENÇA, José Marcelo Martins. *A exclusão de sócio nas sociedades limitadas*, 'in' *Direito societário – tipos societários* (obra coletiva). SP: Saraiva, 2009.
- RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 4ª ed. München: Franz Vahlen, 2006.
- REALE, Miguel. *A exclusão de sócio das sociedades mercantis e o registro do comércio*, 'in' *Nos quadrantes do direito positivo: estudos e pareceres*. SP: Gráfica-editora Michalany, 1960.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 1º vol. 27ª ed. SP: Saraiva, 2007.
- _____. *Aspectos modernos de direito comercial*, 3º vol. SP: Saraiva, 1986.
- RETTO, Marcel Gomes Bragança. *Sociedades limitadas*. SP: Manole, 2007.
- RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócio nas sociedades anônimas*. SP: Quartier Latin, 2005.
- ROCHA, João Coelho da. *Direito de recesso e exclusão forçada nas sociedades anônimas e limitadas*. RJ: Lumen Juris, 2010.
- SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4ª ed. Köln: Carl Heymanns, 2002.
- _____. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*. 2ª ed. München: C.H. Beck/Vahlen, 2006.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. SP: Manole, 2004.
- SZTAJN, Rachel; e FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Código Civil comentado*, vol. XI. SP: Atlas, 2008.
- TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. SP: LTr, 2007.
- TOMAZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial*, vol. 1. SP: Atlas, 2008.
- TRABUCCHI, Alberto; e CIAN, Giorgio. *Commentario breve al Codice Civile*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, vol. 2. 1ª ed. SP: Malheiros, 2006; 2ª ed. SP: Malheiros, 2010.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Convocação simultânea de assembléia ou reunião de sócios no direito brasileiro*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 149-150/323-335.

_____; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. “*Affectio societatis*”: *um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”*, ‘in’ *Direito societário contemporâneo - I* (obra coletiva) – coord. Erasmo Valladão A. e N. França. SP: Quartier Latin, 2009; publicado também na Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 149-150/108-130.

WALD, Arnaldo. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIV. RJ: Forense, 2005.

WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, Band II: *Recht der Personengesellschaft*. München: C. H. Beck, 2004.

ZANETTI, Robson. *Manual da sociedade limitada*. Curitiba: Juruá, 2007.

Quóruns de deliberação e conflitos na sociedade limitada

*Marcia Carla Pereira Ribeiro*¹

*Kharen Kelm Herbst*²

1. Introdução

A opção pelo tipo societário da sociedade limitada normalmente se dá em decorrência dos custos reduzidos para a sua constituição, seu funcionamento simplificado, se comparado ao da sociedade anônima, e a limitação da responsabilidade patrimonial ao valor subscrito e não integralizado do capital social.

Sendo consideradas sociedades normalmente alicerçadas na *affectio societatis*, o fator confiança rege essa dinâmica empresarial, o que faz por destacar a importância, em sua organização interna, do relacionamento entre os sócios e das tomadas de decisões na rotina da empresa.

Ao ingressar originariamente na sociedade limitada, cada sócio contribui para o capital social, e é na medida desta contribuição que adquire as quotas de participação. É também nos limites dessa participação que o sócio exercerá, ordinariamente, seus direitos e

¹ Mestre e Doutora em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa e pela EDESP FGV. Professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Professora titular de Direito Empresarial na PUCPR e professora associada de Direito Empresarial da UFPR. Membro e fundadora do IBCEMP – Instituto Brasileiro de Pesquisa em Prevenção e Mediação de Conflitos Empresariais. Advogada. Pesquisadora de produtividade da Fundação Araucária (Chamada 15/2017).

² Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Advogada.

deveres diante da sociedade, sendo eles de natureza política, relativos às deliberações, ou de natureza econômica, relativos à distribuição dos lucros e responsabilidades.

A confiança, por seu turno, se expressa no sentido das expectativas mútuas dos sócios de que os direitos e deveres serão exercidos sempre de forma a preservar o bom funcionamento e favorecer o crescimento da empresa.

A sociedade limitada tem natureza contratual, pois é no contrato social (e, eventualmente, no acordo de quotistas) que as regras da dinâmica empresarial e das relações entre os sócios estará estabelecida conforme a determinação destes.

Por outro lado, a intervenção do Estado no âmbito empresarial, por meio da regulação, jamais pode deixar de considerar a realidade na qual buscará a produção de seus resultados. A ordem econômica possui um dinamismo diverso da ordem jurídica, com flexibilidade e celeridade que são próprias do mundo negocial. Se a regulação engessar as relações empresariais, os efeitos podem ser negativos, reduzindo a produtividade da empresa e aumentando índices de judicialização.

Diante desses pressupostos, o artigo inicia com uma descrição do que se compreende por interesse do sócio e interesse social, e de que forma esses interesses interatuam na rotina da empresa; em seguida, entendendo o voto como a forma pela qual os interesses são exteriorizados, passa-se a uma análise dos quóruns de deliberações definidos em lei para as sociedades limitadas, com reflexões acerca das consequências das opções legislativas; a partir de então, ferramentas da análise econômica do direito e da teoria da agência são aplicados para interpretar os conflitos que surgem no contexto das sociedades limitadas, finalizando com propostas de atenuantes dos conflitos visando a contribuir para o propício desenvolvimento desse tipo societário no país.

2. Interesse dos sócios e interesse social

Como indicado na introdução, uma das funções do capital social é definir as forças que agem internamente na sociedade e na condução de seus rumos, pois o peso do voto de cada um dos sócios é determinado proporcionalmente em relação à sua participação no capital social (BERTOLDI e RIBEIRO, 2006. p. 146-147).

Na teoria da empresa fundada na noção de direitos de propriedade, elaborada por Hart (1995), o proprietário de um ativo é titular do direito de controle sobre o mesmo: o direito de determinar a forma de uso do ativo, desde que não seja incompatível com o contrato, os costumes ou a lei.

O Código Civil, no artigo 981, igualmente, atribui natureza contratual à sociedade ao expressar 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” (BRASIL, 2002). Conforme Lucena (2003, p.78) o contrato das sociedades é “uma categoria de contrato plurilateral com comunhão de escopo e organização.”

A autonomia privada contratual, entretanto, é limitada por disposições legais para matérias específicas. Desde a constituição até a extinção, há disposições de ordem pública que regem a sociedade (ZANETTI, 2010, p.19).

Toda decisão empresarial, por sua vez, influencia no desenvolvimento da atividade e reverbera nos resultados econômicos. No cotidiano, grande parte das decisões operacionais são definidas de modo informal, respeitando a celeridade necessária para os negócios mercantis, que não podem se submeter todo o tempo a ritos formais e burocráticos. Qualquer das decisões no âmbito empresarial, sejam elas de planejamento ou decisões do dia-a-dia, devem ser norteadas pela boa-fé, diligência, lealdade e pelos objetivos sociais (REQUIÃO, 2007, p.505). Mas, as questões de maior impacto para a estrutura e desenvolvimento da empresa submetem-

se às formalidades da lei, estando elencadas no Código Civil que também estabelece quóruns mínimos de deliberação.

É um equívoco supor que “no interior da empresa a produção ocorre de modo perfeito e sem fricções, que todos os agentes envolvidos na empresa atuam precisamente conforme as ordens que recebem”, e que “as escolhas [...] são realizadas por um administrador talentoso e desinteressado” (CAVALLI, 2013, p.167). No universo das decisões, não há como desconsiderar, ainda, os interesses dos diversos agentes envolvidos no universo empresarial.

“Em sentido subjetivo, o interesse traduz uma relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que ele considere aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejos” (CORDEIRO, 1997, p.516). O interesse, entretanto, não deve ser visto com uma conotação negativa. A própria sociedade existe porque os sócios tinham interesse na sua constituição e engendram esforços diários na gestão da empresa motivados por interesses. Se não houvesse interesse, não haveria realizações e maximização de resultados.

O problema surge quando o autointeresse do sócio conflita com o interesse social, ou, quando os sócios manifestam expectativas divergentes em relação aos rumos da empresa. Neste contexto, há conflitos de interesse entre os vários integrantes da empresa, e, por vezes, até mesmo entre estes e a própria empresa.

É pelos órgãos de administração e deliberação que a vontade dos sócios será manifestada, por meio do voto e executada na rotina da empresa, dentro dos limites fixados em lei e no contrato social. A administração e o órgão deliberativo dos sócios, em reunião ou assembleia, são de funcionamento obrigatório em todas as sociedades limitadas, independentemente do número de sócios.

A justificativa de existência do voto é a necessidade de instrumentalizar-se a vontade de cada sócio e sobrepor-se os interesses de cada um nas deliberações sociais, a fim de que prevalece a vontade majoritária. O voto, assim, é uma faculdade do

sócio quotista de proteger seus interesses na condição de membro integrante de determinada sociedade (SIMÕES, 2003, p. 220).

Formalmente, a reunião ou assembleia de sócios é o órgão que se pretende democrático para diálogo e busca de consenso. Na prática, a qualidade democrática nem sempre emerge. O que ocorre são manifestações de modalidades de controle sobre a sociedade, que variam conforme a situação concreta e a posição de majoritário ou minoritário. Essas modalidades de controle serão analisadas adiante.

O ideal é que da deliberação seja revelado e resguardado o interesse social, que é, ainda, um conceito complexo.

A teoria contratualista percebe o interesse social como o interesse coincidente dos sócios, dessa forma, segundo Salomão Filho (1998, p.15) “o interesse social é depurado de elementos externos. Define-se o interesse social sempre como o interesse dos sócios”. Nesta perspectiva, o direito individual de voto nas deliberações sociais justifica-se e limita-se pelo interesse comum.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004, p.27) esclarece:

A deliberação tomada pela sociedade, por exemplo, é o resultado da somatória das vontades individuais de seus sócios, da mesma forma que o ato praticado pela sociedade, por intermédio da pessoa natural de qualquer de seus sócios é ato dela e não dele, que simplesmente atua como se fosse a própria sociedade.

Ressalta-se: a vontade social, expressa pelo sentido literal do termo, não existe. O que existe é o conjunto das vontades individuais dos sócios, que fazem valer o montante do capital que representam e, em conjunto, determinam a vontade da sociedade que, por sua vez, é também individual (GONÇALVES NETO, 2005. p. 157).

Pela teoria institucionalista, o interesse social é autônomo, superior e não identificável com o interesse dos acionistas (RIBEIRO, 2007, p.109). Por este entendimento, o interesse social é mais abrangente do que o interesse comum dos sócios, devendo respeitar e considerar as expectativas internas e de todos os *stakeholders*. Este

conceito está relacionado à sustentabilidade da atividade empresarial e sua geração de efeitos positivos para o mercado e para a população que a permeia. Neste sentido, a maximização do interesse social e dos resultados da empresa é também uma maximização de riqueza e eficiência para todos os *stakeholders*. Opera-se algo como uma repartição de ganhos.

Adotando-se o interesse social como autônomo, para evitar conflitos deste com o interesses dos sócios, o Código Civil, no §2º do artigo 1.074, preceitua que “nenhum sócio pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente” (BRASIL, 2002). Há, portanto, uma expectativa de imparcialidade nas deliberações sociais, devendo o voto ser convergente ao maior benefício da sociedade, sem contaminações de cunho egoísta por parte do sócio votante, que poderia favorecer suas aspirações particulares em detrimento dos objetivos sociais.

No ordenamento jurídico pátrio, nos parece haver um consenso, em termos gerais, de que a situação de conflito de interesse no âmbito de uma sociedade é nociva ao processo decisório de seus sócios, tendo em vista a intenção de se assegurar o máximo de imparcialidade possível em tal processo. (BARROSO, 2006, p.26)

Independentemente de qual teoria se repute mais adequada, fato é que “a pessoa jurídica não tem existência física que lhe permita agir no mundo exterior, é preciso que se sirva de pessoas naturais para produzir a ‘exteriorização’ de seus atos e manifestações” (GONÇALVES NETO, 2005, p. 27).

É preciso compreender a maneira como se operam as escolhas de autointeresse que são indissociáveis da atuação empresarial (RIBEIRO et al, 2018, p.117). Para que a sociedade possa buscar e alcançar os fins para os quais foi constituída, e fazê-lo com entraves reduzidos, o ambiente empresarial e o relacionamento entre os sócios precisa ser, tanto quanto possível, pacífico e ordenado.

Para Mackaay e Rousseau (2015, p. 569), a troca entre as pessoas constitui mecanismo fundamental para gerar ganhos de

Pareto³. Assim, a legislação societária deve ter como função principal oferecer disposições que facilitem a troca entre partes de forma a reduzir os custos de negociação. Mais, o legislador deve considerar que algumas normas imperativas podem entrar o processo de troca entre as partes. Entretanto, como o processo de troca pode ser afetado por falhas de racionalidade, a existência de regras imperativas pode ser justificada em sua função paliativa às lacunas do consensualismo.

Coordenar uma atividade econômica é estar continuamente tomando decisões em uma estrutura de governança, mas a eficiência desta governança depende do ordenamento jurídico em que se insere (CAVALLI, 2013, p.179).

A legislação vigente no Brasil elencou, no Código Civil, quóruns de deliberação mínimos para algumas matérias. “A observância ao quórum estabelecido é fundamental para a validade e a existência das deliberações” (COELHO, 2003, p. 204). Ocorre que os quóruns mínimos estabelecidos em lei não representam necessariamente ganhos de eficiência para as tomadas de decisões dentro da empresa, havendo ainda outros desafios a serem superados neste âmbito.

3. quóruns de deliberação

Quando um sócio ou um grupo de sócios faz valer o seu voto acima dos demais, pode-se dizer que detêm o poder de controle, decide o destino da pessoa jurídica, com reflexos para os demais sócios que precisam se submeter a essa decisão. O poder de controle em uma sociedade limitada não decorre da lei. É uma situação de fato, que se concretiza na presença de determinados elementos, em um dado momento, para um sócio ou grupo de sócios (EIZIRIK, 2011, p. 668).

³ Os ganhos de Pareto ocorrem quando há melhoria da situação de um indivíduo, sem que isso implique prejuízo para qualquer outro (DOMINGUES, 2011, p.39). Os ganhos de Pareto são uma forma de constatar que os recursos e operações da sociedade estão organizados de forma eficiente.

Presume-se que o sócio que capitalizou a maior parte do capital social tem maiores interesses na evolução técnica, operacional e financeira da empresa, pois assumiu maiores riscos. Como regra, o poder de controle estará nas mãos do detentor da maior parte do capital social, mas esta posição pode variar, especialmente diante da circunstância do capital social ser disperso, com múltiplos sócios titulares de participação societária, fazendo com que o voto prevalente decorra da somatória dos votos dos sócios presentes à assembleia. Também quando a matéria puder ser votada por maioria simples, por exemplo, se o majoritário estiver ausente na deliberação, o voto prevalente, nesse momento estará nas mãos dos minoritários presentes. O quórum mínimo de deliberação, definido em lei ou no contrato social, influencia diretamente no poder de controle, conforme a aprovação exija unanimidade, três quartos, dois terços, ou mais da metade do capital social.

As sociedades limitadas foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro há mais de um século, por meio do Decreto 3.708/19 (BRASIL, 1919), de caráter eminentemente simplista e de intervenção mínima, com apenas 19 artigos, não havendo previsão dos quóruns mínimos legais para deliberações sociais. Pautava-se, portanto, no princípio majoritário.

Por este princípio, basta o voto da maioria do capital social presente à reunião ou assembleia para que determinada deliberação seja aprovada, garantindo-se aos sócios a flexibilidade e autonomia para estabelecer no contrato social um quórum diverso, se assim desejassem. Restava assegurada maior liberdade para os sócios estipularem os meios e os fins das decisões societárias.

O Código Civil revogou o referido decreto no ano de 2002, trazendo regras mais detalhadas para as sociedades limitadas. Restringiu a liberdade societária e a atuação dos sócios majoritários de decidir de maneira impositiva sobre os rumos da sociedade, ao estabelecer quóruns mínimos em porcentagens elevadas para a aprovação de determinadas questões. Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2004, p.74) considerou as normativas abrangentes demais, o

que tornou tal medida um retrocesso, na contramão da tendência – e da necessidade – de proporcionar maior flexibilidade na organização e no funcionamento das sociedades empresárias.

O Código Civil entrou em vigor com as seguintes determinações quanto aos quóruns mínimos de deliberações: (i) unanimidade para designação de administrador não sócio enquanto o capital não estivesse totalmente integralizado, e para a transformação de um tipo societário em outro, conforme artigos 1.061 e 1.114; (ii) três quartos do capital social para a modificação de cláusulas do contrato social, incorporação, fusão ou dissolução e cessação do estado de liquidação da sociedade, conforme inciso I do art. 1.076 c/c incisos V e VI do art. 1.071; (iii) dois terços do capital social para escolha de administrador não sócio ou destituição de administrador sócio nomeado no contrato social, era a previsão dos artigos 1.063, §1º e 1.061; (iv) mais da metade do capital social, para designação de administrador sócio fora do contrato social, destituição de administrador, sócio ou não, nomeado fora do contrato social, modo de remuneração dos administradores quando não estiver estabelecido no contrato social, venda e oneração de bens imóveis, salvo se estes atos fizerem parte do objeto social e aprovação de pedido de recuperação judicial, conforme inciso II do artigo 1.076; e, (v) maioria dos sócios presentes na reunião ou assembleia, para aprovação das contas dos administradores, nomeação e destituição dos liquidantes e julgamento de suas contas, e em todos os demais casos, conforme previsão do inciso III do artigo 1.076. Essas questões, elencadas no Código Civil, não são taxativas. Outras, além destas, podem ser definidas em contrato social.

Com a entrada em vigor dessas disposições, deixou de valer a premissa de que deter a maioria do capital social seria deter o poder de controle da sociedade. Essa mudança legislativa veio para favorecer e resguardar os direitos políticos dos sócios minoritários, que, muitas vezes, se viam impossibilitados de fazer valer seus interesses nos rumos societários.

O quórum qualificado e a proteção às minorias é, segundo Danilo de Araújo Carneiro (2010, p. 02), uma “infeliz interpretação publicista em um ramo eminentemente privado, como o direito comercial societário”. Revela-se aí uma feição de Estado intervencionista e de ditames de justiça social em uma esfera que deveria privilegiar autonomia e flexibilidade.

Ademais, a alteração legislativa não se fundou em evidências empíricas que indicassem a sua necessidade e violou a estabilidade contratual das sociedades já constituídas à época. Certamente, os aportes feitos por cada um dos sócios no capital social, ao constituir a sociedade ainda na vigência do Decreto nº 3.708/19, se deu com base em expectativas de controle, que pode ter sido perdido com as exigências de quórum qualificado (CARNEIRO, 2010, p.03). As alterações trouxeram insegurança jurídica para o ambiente empresarial. Os minoritários detentores de pouco mais de um quarto do capital social passaram a ostentar um poder de veto sobre as deliberações dos majoritários.

Requião (2007, p. 498) concluiu que “o Código Civil, com o intuito de valorizar o poder da minoria, trouxe modificações para o conceito de maioria”. Pretendia-se fazer justiça para os minoritários, mas isso se deu às custas de direitos dos majoritários.

Aquele que investe mais capital, está se sujeitando a riscos maiores do que aqueles que investiram menos, e, por isso, é razoável que tenha maior poder de decisão e controle. Mas, se as alterações contratuais estiverem condicionadas à aceitação de uma minoria detentora de apenas mais de um quarto do capital social, em última instância, essa minoria detém um súbito poder de veto e extraordinário poder de controle, sem que isso tenha sido uma opção dos sócios no contrato social. Ou seja, a liberdade contratual foi severamente prejudicada, engessando o funcionamento das sociedades.

O quórum qualificado de três quartos do capital social, em sociedades com dois ou três sócios com participações mais ou menos paritárias, equivale à unanimidade. O princípio majoritário era

adotado no decreto revogado justamente pela dificuldade de se obter consensos unânimes nas deliberações, o que eleva sobremaneira os custos de transação no funcionamento da sociedade.

A exigência de unanimidade deve ser absolutamente excepcional, sob pena de caracterizar o abuso das minorias, ou, a “minoridade de bloqueio”, criando entraves constantes para uma tomada de decisões eficiente, ou até mesmo inviabilizando a atividade empresarial (LUCENA, 1996, p. 408).

Nas palavras de Danilo de Araújo Carneiro, a minoria torna-se titular de uma parcela do capital, com a qual, “nada podem fazer, mas tudo podem impedir que seja feito” (CARNEIRO, 2010, p.03). Nessas circunstâncias, a proteção aos direitos dos minoritários, pretendida pelas estipulações do Código Civil, em nada favorece o interesse social, ao contrário, pode obstar a sua realização.

A alteração legislativa não observou a realidade das sociedades limitadas no país, que apresenta altos índices de concentração societária. No estado de São Paulo, por exemplo, mais de 80% das sociedades são constituídas por apenas dois sócios – a maioria com participações mais ou menos paritárias, e somente 8,3% das sociedades são constituídas por três ou mais sócios (MATOS FILHO, et al, 2014, p.03). Na realidade, então, os quóruns de dois terços e três quartos equivalem à unanimidade para a maior parte das empresas limitadas brasileiras.

Em janeiro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.792 / 2019 (BRASIL, 2019), alterando a redação do artigo 1.063, §1º do Código Civil, reduzindo o quórum de deliberação em sociedades limitadas para a destituição de administrador nomeado no contrato social de dois terços para mais da metade do capital social, e, para as sociedades com apenas dois sócios, independentemente de reunião ou assembleia. Os demais quóruns de deliberação permanecem inalterados.

A recente alteração legislativa garante maior celeridade para destituir um administrador que não esteja satisfazendo os fins sociais, mas pode representar um risco para o sócio minoritário da

sociedade limitada composta por apenas dois sócios, preterindo o seu direito de voto ou até mesmo de tomar ciência desta questão antes que a destituição se concretize.

O sócio majoritário atua sob a constante ameaça de veto do sócio minoritário, e este, sob a constante ameaça do majoritário, na condição de detentor do controle, agir motivado apenas pelo autointeresse, prejudicando os fins sociais. Os casos de empate nas deliberações, prevê a norma supletiva da sociedade simples, no artigo 1.010, §2º do Código Civil, serão decididos pelo juiz.

Deve-se buscar um equilíbrio entre a celeridade das decisões societárias e a conjuntura de litígios e judicialização – que não pode ser excessiva – por falta de consenso entre os sócios. Não se pode deixar de lembrar que os quóruns legais são o mínimo exigido, e que, respeitados esses limites, há autonomia para estipulação de quóruns diferenciados no contrato social, à escolha dos sócios.

4. Conflitos, racionalidade e problemas de agência

No caso das sociedades limitadas, como visto, podem incorrer situações em que os comportamentos oportunistas sejam recíprocos, pois ao mesmo tempo em que o majoritário está sujeito ao risco da “ditadura da minoria”, o minoritário está sujeito ao risco de ter seus interesses preteridos na sociedade da qual é membro.

[...] um subconjunto de proprietários da empresa pode controlar decisões que afetam a classe dos proprietários como um todo. Assim, se os minoritários tiverem direito de veto relativamente a determinadas decisões, isso pode ensejar uma variante desse segundo problema de agência. (ARMOUR e HANSMANN, 2018, p.80).

Este problema, como visto, é agravado no contexto da concentração societária brasileira, pois, nas sociedades com apenas dois ou três sócios com participações mais ou menos paritárias e diante dos quóruns mínimos de deliberações previstos em lei, em

muitas questões, quando não houver consenso unânime quanto ao interesse social, haverá entraves para a execução das decisões, o que facilmente pode se tornar causa de litígios.

A dificuldade para alinhar os interesses, muitas vezes decorre dos mecanismos de escolha:

Para que o indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber quantificar o quanto lhe é mais útil algo em relação à outra alternativa. Por uma questão lógica, a escolha racional é subjetiva, ou seja, depende dos padrões e desejos de quem escolhe, não sendo possível eleger uma escala do que é mais útil de forma universal. (RIBEIRO e GALESKI, 2009, p. 85)

Nas deliberações, o voto representa a escolha do sócio, que passou por um processo de racionalidade econômica. Ocorre que há falhas de racionalidade e assimetrias informacionais que impactam na formação das vontades. Essas limitações influenciam nas escolhas e nos negócios e podem gerar externalidades até mesmo para além da empresa e para a sua continuidade.

Quanto mais complexa a questão a ser decidida, maior a probabilidade de limitações à racionalidade. Por isso, o Código Civil prevê quóruns mínimos de deliberação mais rigorosos conforme a matéria a ser votada seja mais complexa ou suas consequências forem mais relevantes para o destino da empresa. Os quóruns legais, entretanto, não resolvem os problemas de agência:

Via de regra, os controladores são representantes dos minoritários. O controlador é motivado pela maximização de seus interesses. As decisões societárias são suscetíveis de serem tomadas em função dos interesses dos controladores, mais do que do interesse social. (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.560)

Remover da sociedade um sócio majoritário, pelos ditames legais, é complicado ou quase impossível – justamente em decorrência do quórum necessário para a sua exclusão. Essa

segurança concedida ao majoritário faz com que as mudanças de seu comportamento ou de situação sejam mais improváveis.

A relação entre majoritário e minoritário, a depender do caso concreto, pode estar eivada de assimetria de poder, assimetria informacional, e, por isso, problemas que se assemelham àqueles gerados pelos conflitos de agência, que impõem custos para a empresa.

Para alguns doutrinadores, o direito societário tem como função tentar controlar os conflitos de interesse entre as partes interessadas da empresa, sócios, mas igualmente conflitos de representação. Esses conflitos constituem o que os economistas chamam de problemas de agência. Nessa relação, uma das partes depende das ações tomadas pela outra parte que afetarão o seu bem-estar (ARMOUR e HANSMANN, 2018, p.79).

As relações entre os sócios e os administradores da empresa são de representação, nas quais uma pessoa recorre à outra para, em seu nome, executar tarefas que implicam delegação de poder decisório (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.532).

Os conflitos de agência surgem do oportunismo e podem afetar severamente os resultados empresariais, conduzindo a custos.

Os custos de agência consistem em custos de contratação entre o principal e o agente, de monitoração do agente pelo principal, de gastos feitos pelo agente para demonstrar que está atuando no interesse do principal, e de perdas residuais decorrentes da diminuição de riqueza do principal por conta das diferenças entre as decisões dos agentes e o interesse do principal. (CAVALLI, 2013, p.203)

Os custos de agência são essencialmente os custos de fiscalização que são assumidos para limitar os comportamentos oportunistas; custos obrigacionais, para se submeter-se a um regime de responsabilidade e comprometimento de uma conduta ética; e custo de oportunidade, que são as perdas residuais diante da impossibilidade de haver um controle perfeito.

As relações societárias estabelecidas entre sócios, entre sócios e administradores, e entre administradores e a sociedade pressupõem uma relação de confiança e lealdade de forma a que sejam superados os obstáculos, mas isso não significa que se deva prescindir da supervisão. Para se garantir que as decisões e as ações societárias sejam tomadas em conformidade com o interesse social, é preciso haver monitoramento. Quando o administrador sabe que está sendo monitorado, isso se torna um incentivo para o comportamento leal e de boa-fé.

No âmbito dos conflitos entre os sócios, para Perin Junior (2004, p.50) a minoria pode ser considerada um órgão subsidiário de controle, cuja atribuição é atuar como fiscalizador do majoritário e suas decisões, a fim de evitar a ocorrência de irregularidades e desvios praticados pelo controlador.

A contingência de conflitos fragiliza a estabilidade das relações negociais e ofertam um ambiente propício ao desvirtuamento das expectativas que deveriam ser confirmadas na empresa. É dentro disso que a opção pelo estabelecimento de comandos normativos impositivos pode favorecer a previsibilidade (RIBEIRO, et al, 2018, p. 122).

Para atenuar os conflitos de interesse é preciso aumentar os custos do comportamento oportunista.

[...] todas as partes que interagem na sociedade visam maximizar seus benefícios mútuos. Enquanto esse processo de trocas funciona bem, a busca por benefícios permite obter ganhos de Pareto que beneficiam a coletividade conjuntamente. Sob esse ponto de vista, o objetivo de uma sociedade deverá ser a maximização do valor para todas as partes envolvidas. Se o processo contratual funciona bem, a regra de direito tem papel limitado no favorecimento da maximização do valor. A partir do momento em que o processo de troca deixa de operar a contento, a situação muda. Agora, é preciso retornar aos instrumentos de “governança” que podem amenizar os problemas e favorecer a realização de trocas mutuamente satisfatórias para todas as partes. (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.560)

Foi visto que os quóruns legais de deliberações não são suficientes para dirimir os conflitos entre os sócios, ao contrário, até mesmo podem causar alguns desses conflitos ao atribuir poder de veto aos minoritários e provocar comportamentos oportunistas recíprocos. Deve-se, portanto, recorrer a outros mecanismos para melhorar a qualidade do relacionamento entre os sócios e dos processos decisórios empresariais que envolvam conflito de agência, “o que importa é verificar como as instituições jurídicas, notadamente aquelas marcadas pela liberdade contratual, podem desempenhar a função econômica de solucionar problemas de agência” (CAVALLI, 2013, p.203).

Mecanismos contratuais, de boas práticas de governança e de *compliance* são estratégias jurídicas que têm se mostrado promissoras na esfera empresarial para o funcionamento saudável das sociedades diante de *shareholders* e *stakeholders*.

5. *Compliance* para a redução de conflitos de interesse nas sociedades limitadas

Compliance significa, basicamente, cumprir leis, sejam elas internas ou externas à organização societária (RIBEIRO et al, 2018, p.116). Definir as regras do jogo e cumpri-las garante previsibilidade negocial, minimizando os custos de agência, conflitos de interesse e maximizando os ganhos de produtividade na empresa.

Dessa forma, o interesse social pode se realizar plenamente, pois conforme conceituam Mackaay e Rousseau (2015, p. 601), o interesse social é a maximização do valor da empresa. Quando a tomada de decisão se der com esta finalidade, pode-se dizer que foi uma tomada de decisão legítima.

[...] a adoção da chamada lente do contrato (*lens of contract*) focada na busca de estruturas de governança capazes de produzir o maior ganho mútuo possível, permite uma evolução do pensamento econômico, conduzindo a reflexões sobre eficiência em relação aos contratos em sua aceção mais ampla, ou seja, em

seus melhores resultados em relação a todas as partes do contrato.
(RIBEIRO, 2016, p.64)

As estratégias jurídicas para controlar custos de agência são estratégias tanto regulatórias como de governança que procuram facilitar o controle do representado sobre o comportamento do agente (ARMOUR e HANSMANN, 2018, p.83), incluindo a elaboração de contratos sociais mais diligentes e códigos de conduta internos com descrição dos mecanismos de fiscalização de controladores e de mecanismos pelos quais se compartilhe informações facilitando o cumprimento de expectativas (CAVALLI, 2013, p. 205).

Não são raras as vezes em que um dos sócios detém mais informações sobre a empresa do que os demais – o que pode ocorrer em virtude de uma atuação mais ostensiva –, neste caso é preferível que ele exerça as funções decisórias, mas para evitar os riscos de oportunismo para os demais sócios em virtude dessa assimetria informacional, deve-se criar um sistema de transparência e compartilhamento das informações.

A redução dos custos de conflito por meio do *compliance* deve prever mecanismos de forma bem abrangente. Para Armour e Hansmann (2018, p. 85), seriam necessários mecanismos *ex ante* e *ex post*, por exemplo, a definição de regras sobre comportamentos específicos, termos de entrada com as intenções de cada sócio em relação à empresa, transparência de informações e dados, recompensas pelas boas práticas ou sanções pelas más condutas, incentivos para a confiança mútua e reputação da empresa, entre outros.

As regras da empresa – estejam elas previstas no contrato social, no acordo de sócios ou nos regulamentos internos – serão mais eficientes quanto mais se aproximarem de refletir as reais perspectivas dos sócios, com base em suas experiências e expectativas. Este alinhamento de interesses é um plano que se inicia desde antes da constituição formal da sociedade, com as primeiras tratativas dos sócios.

Assim, durante a vida societária, por meio de diversos mecanismos jurídicos, aumentam-se os custos para o comportamento oportunista, tornando-o menos atraente. O último recurso é a desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio que comete desvios, a fim de possibilitar responsabilizações patrimoniais.

Há um aumento de produtividade quando há cooperação. Isso deve ser um incentivo para as empresas se organizarem para esta finalidade (ALCHIAN e DEMSETZ, 1975, p.777; MACKAAY e ROUSSEAU, 2015 p.572). Para Axelrod (2010, p.118), a cooperação entre os sócios pode ser promovida aumentando a importância do futuro da empresa ao invés do imediatismo egoístico e valorizando-se a reciprocidade. A imposição das decisões do majoritário e a ditadura da minoria não prevalecerão se ambas as partes considerarem a importância da confiança recíproca para a continuidade da empresa no tempo.

As deliberações não devem ser tomadas na defesa dos autointeresses, mas sim para adequar expectativas e alinhar interesses por meio de barganha, para conduzir a decisões mais eficientes, permitindo a avaliação dos resultados e se estes ensejam recompensa ou sanção.

No que se refere ao potencial de conflito de agência, a qualidade das informações disponibilizadas e a adoção de documentos internos pode ser um ponto de partida.

Os processos internos do cotidiano da empresa são simplificados por meio dos códigos de conduta, políticas de investimentos e políticas de negociações e “não mais precisarão ser discutidos pelas partes, já que incorporam *standards* de condutas tidas como necessárias ou adequadas” (RIBEIRO et al, 2018, p. 128).

Definir as regras do jogo, cumpri-las e simplificar os processos internos são formas de ampliar a previsibilidade e confiança para os negócios. Isso reduz os custos e este deve ser o maior incentivo e convencimento para se aderir a essas práticas, ou seja, o bem-estar agregado.

Para ganhos mais elevados de eficiência, os códigos internos devem refletir as características específicas da empresa e do mercado e o *compliance* deve ser incorporado aos valores empresariais. “Um programa de *compliance* construído por normas escolhidas e selecionadas pela alta gestão da empresa, [deve ser] um elemento central, uma filosofia que caracteriza a empresa”, e também uma filosofia pessoal dos sócios (RIBEIRO et al, 2018, p.138).

Dessa forma, adotar o *compliance* pode reduzir a ocorrência de deliberações e comportamentos oportunistas, reduzir custos de agência e valorizar a empresa em razão de sua maior perspectiva de lucratividade e de perenidade do empreendimento, consoante com a realização do interesse social e não apenas com o interesse individual dos sócios.

6. Considerações finais

A relação societária se desenvolve envolta em sucessivas tomadas de decisões na coordenação da atividade econômica. Dada a função social da empresa e seu potencial de gerar externalidades positivas, desenvolvimento econômico e bem-estar agregado para *shareholders* e *stakeholders*, o Estado, quando intervém, tem o objetivo de organizar as relações sociais e favorecer o setor empresarial no país.

Neste sentido, a lei prevê quóruns mínimos de deliberação para as decisões sociais mais relevantes. Mas essas previsões legais, diferentemente do esperado, nem sempre garantem maior eficiência. Em certas circunstâncias criam situações nas quais os conflitos de interesses entre os sócios se evidenciam com a perspectiva de entraves para a solução dos impasses.

É preciso reconhecer que o autointeresse de cada sócio coexiste com o interesse social, para, então, buscar-se estabelecer uma dinâmica na qual este possa prevalecer, valorizando a empresa com maiores perspectivas de lucratividade e perenidade.

A judicialização dos conflitos societários deve ser a *ultima ratio*, tendo em vista que a morosidade e excessiva burocracia dos litígios não se coaduna com a agilidade própria do mundo negocial, podendo até mesmo dificultar a continuidade da empresa.

Uma dinâmica societária eficiente e benéfica somente será alcançada se as falhas de racionalidade e problemas de agência existentes forem compreendidos e manejados, mediante a utilização de mecanismos jurídicos para aumentar os custos dos comportamentos oportunistas e promover incentivos para a cooperação, confiança e previsibilidade nas relações societárias.

Essas medidas são especialmente necessárias no contexto das sociedades limitadas no Brasil, pois não apenas representam o tipo societário predominante, como, em geral, são compostas por um número reduzido de sócios, situação em que a pretensão democrática dos quóruns mínimos legais pode não produzir os efeitos desejados. Ao contrário, os conflitos são recorrentes e as deliberações não são sempre eficientes para resolvê-los.

Para além das fronteiras legais, os instrumentos de *compliance* e as boas práticas de governança, que incorporam *standards* de condutas dentro da empresa, são mecanismos promissores para simplificar os processos internos. Com isso, há uma potencial redução dos custos de transação e dos custos de agência, aumento da confiança necessária para preservar do vínculo societário que viabiliza os negócios e fomenta o desenvolvimento empresarial no país.

Referências

ALCHIAN, Armen A.; DEMSETZ, Harold. **Production, Information Costs and Economic Organization**. The American Economic Review, Vol. 62, No. 5. Pp. 777-795, December, 1972.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reiner. **Prolemas de agência e estratégias jurídicas**. In: A Anatomia do Direito Societário (KRAAKMAN, REINER ET AL.,). p.79-110. São Paulo: Singular, 2018.

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. 1ª Ed. São Paulo: Leopardo, 2010.

BARROSO, Carlos Henrique. **O conflito de interesses nas sociedades anônima e limitada**. Revista de Direito Privado n. 28, out-dez 2006. p. 26-41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3ªEd. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 20 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.708 de 10 de janeiro de 1919** (Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm Acesso em 05 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.792 de 03 de janeiro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13792.htm Acesso em: 05 de junho de 2019.

CARNEIRO, Danilo de Araújo. **O quórum qualificado nas sociedades limitadas - Um grande equívoco do legislador**. Revista JurES, v. 01, p. 1-26, 2010.

CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. **A responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais**. LEX: Lisboa, 1997.

DOMINGUES, Victor Hugo. **Ótimo de Pareto**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.39-47.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. Volume II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente inovações do novo Código Civil.** 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: sociedade anônima.** 1ª ed. v. 2. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

HART, Stuart L. **A Natural-Resource-Based View of the Firm.** The Academy of Management Review, Vol. 20, No. 4. pp. 986-1014. Oct., 1995.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas.** 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito.** 2ª Ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MATTOS FILHO, Ary O; Et al. **Radiografia das Sociedades Limitadas.** Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos. FGV Direito SP, agosto de 2014.

PERIN JUNIOR, Ecio. **A Lei 10.303/2001 e a proteção do acionista minoritário.** São Paulo: Saraiva, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 27ª Ed. revisada e atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo, Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Racionalidade Limitada.** In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.) O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Maria Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; ABREU, Igor Andrei Bogdanow. **Compliance como filosofia e não como manual.** In: Compliance e a nova realidade empresarial.1 ed. V.1. p. 115-139. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

RIBEIRO, Milton Nassau. **Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa**. 1. ed.
São Paulo: Quartier Latin, 2007

SIMÕES, Paulo Cesar Gonçalves. **Governança Corporativa e o exercício do voto nas S.A.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ZANETTI, Robson. **Manual da Sociedade Limitada**, 3ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 2010.

Constituição da sociedade limitada: o contrato social

Marcos Vinícius Rodrigues de Carvalho ¹

1 Introdução

É inegável que a interação e a participação das pessoas em sociedade decorrem da própria natureza humana dos indivíduos. Pode-se dizer que a necessidade de interação por meio da troca de esforços, com a finalidade de se atingir um objetivo comum, é inerente à própria existência humana e faz parte da história da civilização.

À medida que não é possível realizar uma atividade individualmente, as pessoas se unem para concretizar objetivos comuns, ora em razão da impossibilidade dos objetivos serem atingidos individualmente, ora em razão da execução da atividade em grupo ser, na maioria das vezes, mais fácil e mais produtiva.

Em outras palavras, podemos dizer que a característica comum decorrente da união de pessoas que se juntam para um determinado fim ou para a realização de uma atividade resulta da ideia básica que está intimamente ligada com o contexto da formação das sociedades empresárias.

* Texto originalmente publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 75/2017 | p. 185 - 218 | Jan - Mar / 2017

¹ Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. LL.M em Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pelo Insper. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogado em São Paulo. mvrvalho@hotmail.com

Nesse aspecto é possível afirmar que a estrutura e as características das sociedades empresárias decorrem das próprias necessidades de cada civilização, à medida que a sua formação observa as mais diversas condições existentes em cada ambiente social, histórico, legislativo, econômico, financeiro e, inclusive, político.

No Brasil, atualmente, a legislação estabelece cinco tipos de sociedades empresárias, quais sejam, nome coletivo, comandita simples, comandita por ações, sociedade limitada e sociedade anônima, sendo que apenas os dois últimos tipos possuem significativa importância econômica. Nesse sentido, é importante salientar que, segundo dados estatísticos do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), durante o período de 01.09.2015 a 30.09.2015, as Juntas Comerciais registraram a constituição de 17.897 sociedades limitadas, 222 sociedades anônimas e apenas 54 sociedades empresárias de outros tipos.¹

Esse cenário evidencia a importância econômica das sociedades limitadas na sociedade brasileira, uma vez que esse é o principal tipo societário utilizado pela grande maioria da atividade empresarial organizada no Brasil, abrangendo, inclusive, empresas de pequeno e médio porte, diversas sociedades de grande porte e até multinacionais.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a analisar os aspectos jurídicos relacionados com a constituição das sociedades limitadas, com especial atenção para o estudo do contrato social dessas sociedades no direito brasileiro.

2 Considerações históricas da sociedade limitada

Conforme comentamos anteriormente, a ideia de sociedade é tão antiga quanto a própria civilização, considerando que essa ideia decorre da união de duas ou mais pessoas que se juntam para a realização de uma determinada atividade ou para uma finalidade específica. Ressaltamos, no entanto, que nem sempre a legislação

acompanhou e disciplinou as questões estruturais das sociedades empresárias relacionadas, por exemplo, com a segregação do patrimônio ou com a autonomia patrimonial, com a responsabilidade dos sócios, com a administração da sociedade e entre outras questões.

Acredita-se que a noção da separação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios passou a se definir na Idade Média, sendo que nessa época surgiram as sociedades em nome coletivo e em comandita simples. As sociedades anônimas surgiram no século XVII e as sociedades limitadas no século XX.²

A história da sociedade limitada – anteriormente denominada sociedade por quotas de responsabilidade limitada – é, portanto, muito mais recente do que a história das demais sociedades existentes. A respeito do surgimento das sociedades limitadas, segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“(...) Sua criação é, em relação às demais sociedades, recente, e decorre da iniciativa de parlamentares, para atender ao interesse de pequenos e médios empreendedores, que queriam beneficiar-se, na exploração de atividade econômica, da limitação da responsabilidade típica das anônimas, mas sem atender às complexas formalidades destas, nem se sujeitar à prévia autorização governamental. Registra-se que as primeiras tentativas de albergar esse interesse traduziram-se em regras de simplificação das sociedades por ações. Na Inglaterra, a *limited by shares*, referida no *Companies Act* de 1862, e em França, a *société à responsabilité limitée*, de 1863, mais que tipos novos de sociedade, são exemplos de um verdadeiro subtipo da anônima, ajustado a empreendimentos que não reclamam elevadas somas de recursos. (...) A sociedade limitada como um tipo próprio de organização societária, e não como uma sociedade anônima simplificada, surge na Alemanha, em 1892. Nascida de iniciativa parlamentar (ao contrário da generalidade dos demais tipos de sociedade, cuja organização de fato precede a disciplina normativa), a *gesellschaft mit beschränkter Haftung* corresponde de tal forma aos anseios do médio

empresariado que a iniciativa alemã se propaga, e inspira direitos de vários outros países. Entre eles, o Brasil, que a adota, em 1919, por meio de decreto (...)”.³

É essencial destacar que o Código Comercial de 1850 apenas disciplinou as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, de capital e indústria, em conta de participação e as companhias de comércio ou sociedades anônimas,⁴ nada dispondo a respeito das sociedades limitadas.

As sociedades limitadas surgem no Brasil apenas em 1912, com as características do modelo alemão, por iniciativa de Inglês de Souza, por meio de projeto que objetivava reformar o Código Comercial de 1850. Contudo, em face da demora na aprovação do novo Código Comercial, o deputado Joaquim Luís Osório apresentou um novo projeto de lei, baseado no trabalho de Inglês de Souza, com a finalidade de introduzir no direito brasileiro a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, por meio de lei especial.⁵

O projeto que veio a instituir o regime das sociedades por quotas de responsabilidade limitada foi sancionado como Decreto 3.708/1919 e foi alvo de diversas críticas de doutrinadores por não regulamentar de forma exaustiva o regime dessas sociedades. O referido decreto nada dispunha sobre diversas questões essenciais das sociedades limitadas, como sobre a sua constituição e sua dissolução. A respeito das inúmeras críticas feitas ao referido decreto, destacamos o posicionamento de Fran Martins:

“O Decreto 3.708, de 10 de janeiro de 1919, está eivado de imperfeições, não atendendo, com precisão, ao objetivo das sociedades por quotas. Os diversos dispositivos de que se compõe são mal articulados, servindo, por isso, para constantes discussões doutrinárias. Por outro lado, a jurisprudência pouco se tem manifestado sobre as sociedades por ele reguladas, agravando-se, assim, as indecisões sobre pontos capitais relativos a essas sociedades”.⁶

Considerando que o Código Civil de 1916 nada dispôs a respeito das sociedades limitadas, foi, no entanto, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 que as sociedades limitadas

passaram a ter novo regramento. O Código Civil de 2002 revogou de forma tácita o Decreto 3.708/1919, uma vez que, conforme dispõe o § 1º do art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, a “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

A regulamentação das sociedades limitadas contida no Código Civil de 2002 é muito mais completa do que a apresentada na legislação anterior e é considerada, de uma forma geral, extremamente complexa. Por essa razão, pode-se afirmar que esse tipo societário se aproxima das sociedades anônimas, conforme será analisado a seguir.

3 Classificação e conceito da sociedade limitada

Pretendemos analisar os diversos critérios classificatórios das sociedades limitadas com o objetivo de diferenciá-la das demais sociedades existentes no direito brasileiro, a fim de identificar a sua natureza jurídica, as suas principais características e o seu conceito.

Assim, analisaremos, inicialmente, a classificação das pessoas jurídicas no direito brasileiro, com o fito de diferenciar as pessoas jurídicas de direito público das pessoas jurídicas de direito privado e, conseqüentemente, identificar a exata localização das sociedades no regime jurídico pátrio. A partir dessa primeira distinção, passaremos a tratar da classificação da sociedade limitada quanto à responsabilidade dos sócios, quanto à personificação, quanto ao caráter empresário das sociedades e quanto à estrutura econômica, sempre levando em consideração o caráter distintivo desta para com as demais sociedades existentes em nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se que o Livro I da Parte Geral do Código Civil de 2002 é segmentado em dois Títulos, sendo que o Título I disciplina as regras aplicáveis às pessoas naturais e o Título II trata a respeito das pessoas jurídicas. Nesse contexto, é importante notar que o art. 40 do Código Civil (LGL\2002\400), localizado no Título II,

estabelece que as pessoas jurídicas são de direito público – interno ou externo – e de direito privado.

As pessoas jurídicas de direito público se distinguem das pessoas jurídicas de direito privado pois são constituídas por lei. Nos termos do art. 41 do Código Civil (LGL\2002\400), são pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei, sendo que o art. 42 da mesma lei determina que são pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Por outro lado, o art. 44 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que são pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Apenas para fins de distinção, as associações são pessoas jurídicas que se organizam para fins não econômicos, nos termos do art. 53 do Código Civil (LGL\2002\400), enquanto as fundações são criadas por meio de escritura pública ou testamento e se destinam sempre a um determinado fim, sendo que não há uma finalidade de geração de lucro e, ainda, nos termos do parágrafo único do art. 63 do Código Civil (LGL\2002\400), a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Por fim, salienta-se que as sociedades, em sua maior parte, possuem a sua atividade voltada para a obtenção de lucro.

Dessa forma, em razão das disposições legais supramencionadas, é possível identificar que as sociedades limitadas são pessoas jurídicas de direito privado que não se confundem com as associações, tampouco com as fundações.

A partir dessa primeira distinção basilar, passaremos a analisar a classificação das sociedades limitadas em comparação com os demais tipos societários existentes no Brasil.

No que diz respeito à classificação da sociedade limitada quanto à responsabilidade dos sócios, esta, como o próprio nome define, é limitada, ou seja, há limitação na responsabilidade dos sócios até o valor do que cada um contribuiu para a formação do capital social, sendo que todos respondem solidariamente até a integralização do capital, nos termos do art. 1.052 do Código Civil (LGL\2002\400). Assim, na sociedade limitada pode-se afirmar que a responsabilidade dos sócios é limitada ao total do capital social subscrito e não integralizado.

Decorre do artigo supramencionado a obrigação dos sócios integralizarem o respectivo capital que cada um subscreveu ou prometeu integralizar, ou seja, na hipótese de um dos sócios não integralizar o capital social que este subscreveu, todos os outros sócios devem responder solidariamente pela integralização da parte do capital que não foi subscrito. Em outras palavras, independentemente da responsabilidade de cada sócio ser restrita ao valor de suas quotas, todos respondem solidariamente pela integralização do capital. Assim uma vez totalmente integralizado o capital social, não há o que se falar em responsabilidade solidária dos sócios pelas obrigações sociais.

A respeito da subscrição e integralização das quotas sociais, conceitos essenciais para entender os deveres dos sócios nas sociedades limitadas, segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“Esses dois conceitos – o de capital subscrito e o de capital integralizado – são fundamentais na compreensão dos deveres dos sócios na sociedade limitada. Quando os sócios negociam a formação da sociedade, um dos pontos sobre o qual devem chegar a acordo é quanto ao montante de recursos necessários à implantação da empresa. Se a totalidade desses recursos for provida pelos próprios sócios, esse montante é o capital subscrito, uma referência à soma de dinheiro, bens ou créditos *prometidos* pelos sócios à sociedade. Outro ponto sobre o qual os sócios devem contratar, na formação da sociedade, diz respeito ao *momento* em que os recursos prometidos devem ser entregues. Se a sociedade limitada necessita de todo o

capital subscrito logo desde o início, a entrega deverá ser concomitante com a assinatura do contrato social. Caso tenha necessidade, no início, apenas de parte do capital subscrito, a entrega poderá ser contratada para momentos posteriores à constituição. No primeiro, o capital subscrito é integralizado à vista; no segundo, é-o a prazo. Neste passo, os sócios também devem tratar da distribuição do capital entre eles, isto é, definir a *quota* do capital com que cada um se compromete. Pode-se, então, dizer que a quota subscrita corresponde ao montante *prometido* individualmente pelos sócios para a formação do capital social; a integralizada, ao já *entregue* à sociedade, pelo sócio, em cumprimento ao acordado no contrato social”.⁷

Assim, é possível identificar que uma das premissas básicas das sociedades limitadas decorre da ideia de que todos os sócios são responsáveis solidariamente pelo capital subscrito que ainda não foi integralizado, o que as diferencia, por outro lado, das sociedades anônimas, nas quais a responsabilidade dos acionistas é restrita apenas ao valor do capital subscrito e não integralizado.

Por esse critério de classificação é possível perceber que as sociedades limitadas se assemelham às sociedades anônimas, nas quais a responsabilidade dos acionistas ou dos sócios se limita ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, e se distinguem de outros tipos societários cuja responsabilidade dos sócios é ilimitada, como é o caso da sociedade comum, simples (como regra geral⁸) e em nome coletivo. Observa-se, ainda, que a sociedade limitada se distingue das sociedades cuja responsabilidade dos sócios é mista, ou seja, que apresenta tanto sócios com responsabilidade limitada como sócios com responsabilidade ilimitada, como é o caso das sociedades em comandita simples, que possuem sócios comanditados (com responsabilidade ilimitada) e sócios comanditários (com responsabilidade limitada).

Com relação à classificação quanto à personificação, ou seja, segundo a qual a sociedade possui ou não possui personalidade jurídica, de acordo com a vontade do legislador (considerando que

esse caráter decorre do disposto em lei), as sociedades limitadas são personificadas e se distinguem, portanto, das sociedades irregulares ou de fato, quais sejam, a sociedade comum e a sociedade em conta de participação, por não possuir personalidade jurídica.

A respeito dessa última classificação é necessário enfatizar que, em razão da aquisição da personalidade jurídica, as pessoas jurídicas passam a ter titularidade obrigacional, processual e patrimonial,⁹ de modo que com esse atributo e com base no princípio da autonomia patrimonial, o patrimônio dos sócios da sociedade não deve ser confundido com o patrimônio próprio da empresa. Assim, de acordo com o princípio da autonomia patrimonial, o patrimônio pessoal dos sócios não deve ser comprometido em razão de uma eventual crise na sociedade, o que, em última análise e em virtude da proteção do patrimônio dos sócios, proporciona o interesse de empreendedores e investidores na constituição de sociedades empresárias, cujo risco do negócio correrá por conta da própria pessoa jurídica.

Ainda nesse ponto, enfatiza-se que o art. 45 do Código Civil determina que a personalidade jurídica das pessoas jurídicas de direito privado se inicia com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, sendo que as sociedades empresárias devem ser registradas no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Juntas Comerciais estaduais, conforme arts. 967 e 1.150 do Código Civil (LGL\2002\400)) e as sociedades não empresárias devem ser registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (conforme arts. 998 e 1.150 do Código Civil (LGL\2002\400)).

Já a classificação quanto ao caráter empresário das sociedades decorre do conceito proveniente da teoria da empresa, que foi adotada pelo Código Civil de 2002 em substituição à teoria anterior dos atos de comércio, adotada no Código Comercial de 1850. Nesse aspecto, enquanto a teoria dos atos do comércio visava distinguir as sociedades civis e as sociedades empresárias por meio da análise do objeto dessas sociedades, a teoria da empresa observa se a sociedade realiza atividade profissionalmente organizada para a produção ou

circulação de bens ou serviços e isso é o que exatamente estabelece o art. 966 do Código Civil (LGL\2002\400) ao conceituar o empresário.¹⁰ Vale observar, ainda, que o art. 982 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais”.

Assim, levando em consideração a classificação quanto ao caráter empresário, as sociedades limitadas podem ser consideradas empresárias ou simples. Na hipótese de realizarem atividade profissionalmente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, sujeita a registro na Junta Comercial do respectivo estado, estas serão consideradas empresárias. Porém, caso a sociedade limitada se destine à realização de atividade econômica voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços sem, no entanto, organizar-se como empresa, esta será considerada simples.

Como exemplo de tipo societário que será considerado sempre simples, segundo essa última classificação, destacamos as sociedades simples que não são empresárias e não devem ser registradas nas Juntas Comerciais, conforme mencionado anteriormente. Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 966 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que “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”.

Destacamos, também, que o parágrafo único do art. 982 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que independentemente de seu objeto sempre será considerada empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Por fim, a classificação quanto à estrutura econômica ou quanto ao grau de influência dos sócios na exploração da sociedade determina se as sociedades são de pessoas ou de capital, ou, em outras palavras, personalística ou capitalista, sendo este um dos

temas de maior relevância e destaque no direito societário brasileiro. Para classificarmos a sociedade limitada em uma ou outra categoria é essencial, anteriormente, diferenciá-las.

As sociedades de pessoas são constituídas em razão das qualidades e características pessoais dos sócios, predominando sempre os seus próprios valores, a sua capacidade e a sua disposição para o trabalho, que interferem diretamente na realização do objeto social. Por essa classificação a pessoa do sócio é essencial para a realização das atividades da sociedade, e não apenas para o aporte de recursos materiais que ele realiza.¹¹ São exemplos de sociedades de pessoas, a simples, a em nome coletivo, a em comandita simples e a cooperativa.

Por outro lado, nas sociedades de capital são irrelevantes as qualidades e características pessoais dos sócios, sendo relevante apenas o valor da contribuição destes para a formação do capital social. Em outras palavras, podemos dizer que nessas sociedades os atributos dos sócios não interferem na própria sociedade. Como exemplos de sociedades que serão sempre de capital, destacamos a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações.

Não há consenso doutrinário a respeito da classificação da sociedade limitada como sendo de capital ou de pessoas. Para Fran Martins, por exemplo, as sociedades limitadas deveriam ser sempre consideradas como de pessoas.¹² Este também é o posicionamento de Manoel de Queiroz Pereira Calças.¹³

Porém, corroboramos com o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, segundo o qual as sociedades limitadas devem ser consideradas híbridas de acordo com o contido no contrato social, uma vez que dependendo da vontade dos sócios ela poderá ser de capital ou de pessoas.¹⁴ A respeito do exame do contrato social da sociedade limitada, para verificar se esta se enquadra na categoria de pessoas ou na categoria de capital, destacamos o posicionamento do próprio autor:

“(...) Em outros termos, para se definir se uma específica sociedade limitada é de capital ou de pessoas, deve-se consultar o

seu contrato social. Mas indaga-se, que cláusula desse instrumento deve ser consultada? A resposta é simples. A cláusula sobre a qual deve recair o exame é aquela que trata do tema relevante para a classificação. Ou seja, a definição da natureza de uma sociedade limitada em particular é feita pela consulta ao que os seus sócios contrataram sobre cessão de quotas. Se, no contrato social, estabeleceu-se que a venda das quotas sociais depende de autorização de todos os sócios, foi intenção destes formar uma sociedade de pessoas; na hipótese contrária, prevendo o instrumento que a venda não fica condicionada à anuência dos demais componentes da sociedade, é esta de capital. É essa a cláusula do contrato social que reclama consulta na aferição da natureza de uma sociedade limitada específica. As demais não tem relevância nesse contexto”.¹⁵

Por todo o exposto, podemos aferir que a sociedade limitada é pessoa jurídica de direito privado (que se distingue das associações e das fundações por, dentre outras questões, visar sempre à obtenção de lucro), constituída por sócios cuja responsabilidade é limitada à integralização do capital (ou seja, com responsabilidade restrita ao valor de suas quotas, sendo que todos respondem solidariamente pela integralização do capital), com personalidade jurídica, considerada empresária ou simples em razão de suas atividades, que pode ter natureza pessoal ou de capital, segundo o estabelecido pelos sócios no próprio contrato social a respeito da cessão de quotas.

4 Regime legal da sociedade limitada

Destaca-se, inicialmente, que o regime legal das sociedades limitadas sob a égide do Decreto 3.708/1919 não regulamentava todas as questões relativas a esse tipo societário, sendo que para as matérias atinentes à constituição ou à dissolução deveria ser observado o Código Comercial de 1850 e para as demais, se omissa

o contrato social, deveria ser observada a Lei das Sociedades Anônimas (Lei das S.A.).¹⁶

Nesse contexto, enfatiza-se que, no regime legal anterior ao Código Civil de 2002, as disposições da Lei das S.A. apenas deveriam ser observadas no caso de ausência de previsão no contrato social das sociedades limitadas (em razão da previsão expressa do art. 18 do Decreto 3.708/1919), ou seja, a aplicabilidade da Lei das S.A. não deveria ocorrer no caso de omissões legais do Decreto 3.708/1919, sendo que nessas hipóteses deveriam ser observadas as disposições do Código Comercial de 1850.

Ocorre, no entanto, que, com a publicação do Código Civil de 2002, que regulamentou as sociedades limitadas nos arts. 1.052 ao 1.087, as regras a respeito da regência supletiva da Lei das S.A. e do Código Comercial de 1850, até então em vigor, foram alteradas.

Com o advento do Código Civil de 2002, a regra geral para a regência supletiva passou a ser as disposições das sociedades simples, ou seja, o art. 1.053 do Código Civil determinou como regra geral que “a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples” e o parágrafo único deste mesmo artigo estabeleceu que “o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”.

Em outras palavras, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, no caso de omissão nas disposições legais que tratam das sociedades limitadas (arts. 1.052 ao 1.087 do Código Civil (LGL\2002\400)), os sócios passaram a ter a opção de manter a regência supletiva das sociedades simples ou de estabelecer a regência supletiva da Lei das S.A., no contrato social. Dessa forma, diferentemente do que ocorria na vigência do Decreto 3.708/1919, em que apenas no caso de omissão do contrato social deveria ser observada a Lei das S.A., agora as suas disposições podem ser observadas no caso de omissões legais, desde que a sua regência supletiva esteja prevista no contrato social. Destacamos o posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho a esse respeito:

“Note-se que, quando o contrato social elege a LSA como fonte de regência supletiva, as demais cláusulas devem ser compatíveis com o disposto nessa lei. A aplicação da LSA é supletiva ao Código Civil (LGL\2002\400) e não ao contrato social (como era anteriormente, sob a égide da lei de 1919). Desse modo, se uma cláusula qualquer do contrato social que indicou a LSA como fonte supletiva de regência vier a contrariar alguma norma dessa lei, ela será ilegal, inválida”.¹⁷

Sobre o tema, destacamos, também, o posicionamento de Alfredo Assis Gonçalves Neto:

“Pela legislação nacional, mesmo com a reforma de 2002, a sociedade limitada pode ser compreendida como um tipo intermediário entre as sociedades de capital e as sociedades de pessoas, pois, da primeira tem a limitação de responsabilidade dos sócios e das segundas a conformação contratual. Reflexo dessa tendência está nas normas do art. 1.053 e do seu parágrafo único – o primeiro quando determina que a sociedade limitada seja regida, nas omissões do capítulo que sobre ela dispõe, pelas normas da sociedade simples; o segundo, quando contempla a possibilidade de o contrato social prever sua regência supletiva pelas disposições da sociedade anônima. Neste ponto, é bom esclarecer que a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da Lei das Sociedades por Ações não significa substituição de regime. O regime jurídico da limitada é aquele que está nos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil (LGL\2002\400), complementado pelos seus artigos 997 a 1.038 e 1.044. Assim, não é possível que uma regra da Lei do Anonimato venha a ser aplicada quando há tratamento específico da matéria nesses dispositivos legais. Ou seja, não pode a sociedade limitada, por exemplo, promover a convocação de assembléia geral ou regular o Conselho Fiscal nos moldes previstos na Lei 6.404, de 1976, quando diversos daqueles que estão nos artigos 1.066, 1.074 e seguintes do Código Civil (LGL\2002\400). O caráter supletivo das normas da antes referida lei não é alternativo nem substitutivo do regime próprio a que está sujeita a sociedade limitada”.¹⁸

Assim, salienta-se que as consequências e efeitos serão distintos em razão da previsão supletiva das sociedades simples ou das sociedades anônimas às sociedades limitadas. Vale destacar que a sociedade limitada, em razão de suas características, apresenta uma proximidade muito maior com as sociedades anônimas em comparação com as sociedades simples. Pode-se dizer, em grande parte, que isso ocorre porque a responsabilidade dos sócios nas sociedades anônimas também é limitada, diferentemente das sociedades simples, na qual a responsabilidade dos sócios é geralmente ilimitada.

Com relação à regência supletiva das sociedades simples, identifica-se, por exemplo, que nesse caso o vínculo entre os sócios será considerado instável e fraco, considerando que de acordo com as regras das sociedades simples há previsão de dissolução parcial da sociedade e, também, de meios de o sócio desligar-se imotivadamente na sociedade por prazo indeterminado (art. 1.029 do Código Civil (LGL\2002\400)), o que não ocorre na Lei das S.A. (exceto na hipótese prevista no art. 1.077 do Código Civil (LGL\2002\400)¹⁹), na qual o vínculo entre os sócios pode ser considerado forte e estável.

É importante destacar, ainda, que a escolha da regência supletiva também poderá trazer consequências diferentes (i) no critério de desempate nas deliberações sociais entre os sócios (enquanto na regência supletiva da sociedade simples o critério de desempate é pelo número de quotas e pelo número de sócios, na regência supletiva da Lei das S.A. prevalece o critério da quantidade de ações de cada sócio, sendo que no caso de empate, o desempate somente poderá ocorrer em nova assembleia designada em pelo menos 60 dias); (ii) na destinação dos resultados sociais (na regência supletiva da sociedade simples os sócios podem deliberar livremente pela destinação dos lucros e das perdas, enquanto a regência supletiva da Lei das S.A. o critério é mais rigoroso e deve observar o disposto nos arts. 189 ao 205 da mencionada lei); e (iii) nos atos do administrador (na regência supletiva da sociedade

simples os atos do administrador estão submetidos ao previsto no art. 1.015 do Código Civil (LGL\2002\400), que estabelece, entre outras questões, que a sociedade não está vinculada aos atos dos administradores no caso de excesso, por exemplo, em atividades estranhas aos negócios da sociedade, enquanto na regência supletiva da Lei das S.A. todos os atos dos administradores são vinculados à sociedade).

Por outro lado, nas hipóteses em que os sócios estabelecerem no contrato social a regência supletiva da Lei das S.A., no caso de omissão das disposições dos artigos relativos às sociedades limitadas, não deverão ser observadas as regras das sociedades simples contidas no Código Civil (LGL\2002\400).

É necessário destacar, contudo, que a aplicação supletiva da Lei das S.A. às sociedades limitadas apenas poderá ocorrer nos assuntos passíveis de negociação pelos sócios nesse tipo societário, ou seja, não haveria o que se falar, por exemplo, na possibilidade de uma sociedade limitada emitir debêntures apenas em razão da regência supletiva da Lei das S.A.

Nesse diapasão, há diversas disposições da Lei das S.A. que não podem ser aplicadas às sociedades limitadas, entre elas, citem-se: “ações escriturais; custódia de ações; certificado de depósito de ações, debêntures; bônus de subscrição; sociedades de economia mista; subsidiária integral; e regras sobre alienação de controle, entre outras”.²⁰

A supletividade da Lei das S.A. também apresenta problemas que só podem ser superados mediante cuidadosa elaboração do contrato social da sociedade limitada. Entre esses pontos, destaca-se: “empate nas deliberações; preferência na subscrição de capital; poderes da administração; quotas preferenciais ou privilegiadas; aumento de capital por subscrição em dinheiro, após a realização de 3/4 da subscrição anterior; dividendo obrigatório; e a participação dos administradores nos lucros da sociedade”.²¹

Para Fábio Ulhoa Coelho é possível, ainda, que a Lei das S.A. seja aplicada analogicamente no caso de lacunas nas disposições do Código

Civil (LGL\2002\400) que tratam das sociedades limitadas, afirmando que “em matéria não passível de negociação entre os sócios, o juiz tem a alternativa da aplicação analógica da Lei das Sociedades por Ações para integrar o direito; por exemplo: o reconhecimento da condição de substituto processual do sócio minoritário, para demandar em nome da sociedade, o majoritário que exerce a gerência”.²² O mesmo autor apresenta a seguinte síntese com relação ao regime legal aplicável às sociedades limitadas:

“Sintetiza-se, então, a questão da legislação aplicável às sociedades limitadas nos seguintes termos: em assunto disciplinado pelo capítulo do Código Civil (LGL\2002\400) específico desse tipo societário (Parte Especial, Livro II, Título II, Subtítulo II, Capítulo IV, arts. 1.052 a 1.087), vigora a disposição nele contida; na constituição e dissolução total, observa-se sempre o Código Civil (LGL\2002\400); nos demais casos, se a matéria é passível de negociação entre os sócios, consulta-se o contrato social, aplicando-se *supletivamente* a disciplina do Código Civil (LGL\2002\400) respeitante à sociedade simples (arts. 997 a 1.038), ou, se assim desejado pelos sócios de modo expresso, a Lei das Sociedades por Ações; não sendo a matéria suscetível de negociação, pode-se aplicar *analogicamente* a Lei das Sociedades por Ações na superação da lacuna”.²³

É importante ressaltar, por fim, que o art. 983 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 ao 1.092, sendo que a sociedade simples pode constituir-se em conformidade com um desses tipos e, não o fazendo, deve subordinar-se às normas que lhe são próprias. Desse modo, a sociedade simples também poderá constituir-se na forma de sociedade limitada, sendo à ela aplicável os arts. 1.052 ao 1.087 e, nas suas omissões, as próprias disposições da sociedade simples, ou seja, os arts. 997 ao 1.038 do Código Civil (LGL\2002\400). Salienta-se no entanto, que a sociedade simples com a regência das normas da sociedade limitada não se confunde com a própria sociedade empresária limitada.

5 Constituição da sociedade limitada

Na maioria das vezes, as sociedades limitadas surgem em razão da conjunção de interesses comuns de pessoas que identificam uma oportunidade de juntar os seus esforços por meio de uma atividade econômica que objetiva principalmente a obtenção de lucro.

É possível afirmar que no momento de constituição das sociedades limitadas, ou seja, no momento em que os sócios decidem discutir as tratativas para constituírem a sociedade, normalmente os seus interesses são convergentes. Em última análise, pode-se dizer que os interesses dos sócios são comuns porque visam à constituição da sociedade para a obtenção de lucro e, desse modo, no momento de constituição das sociedades limitadas prevalecem os interesses sociais dos sócios.

Ressalta-se, contudo, que, após a constituição da sociedade e durante a execução das suas atividades, nem sempre os interesses sociais prevalecerão em detrimento dos interesses pessoais de cada sócio. A hipótese de prevalência dos interesses pessoais poderá ocorrer, por exemplo, no momento de distribuição dos lucros da sociedade em que cada sócio, segundo as suas próprias convicções, defenderá a sua posição objetivando a obtenção de maior lucro. Nesse sentido, segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“Quando duas ou mais pessoas (naturais) unem seus recursos e trabalho, para desenvolverem juntas uma atividade econômica, possuem, sem qualquer dúvida, interesses convergentes, *comuns*. São relacionados à capacitação da organização empresarial pelo menor custo possível, ampliação dos ganhos, qualificação de pessoal, administração financeira das disponibilidades de caixa etc. Em suma, aquelas pessoas têm os mesmos interesses quando se trata de fazer dinheiro, pela união de seus esforços. Note-se, contudo, que, noutro momento, os seus interesses podem ser antagônicos. Em especial quando se trata de repartir o dinheiro gerado pela atividade desenvolvida em conjunto, desfaz-se a

comunhão. O interesse de cada um, no sentido de ampliar seus ganhos, não poderá ser realizado sem prejuízo ao do outro. No tratamento de assuntos como a avaliação de bens ofertados a título de integralização de capital, remuneração pelos trabalhos de direção da empresa, fiscalização e prestação de contas (que estão relacionados, em certo sentido, à repartição dos sucessos da ação conjunta), os interesses dos partícipes do esforço combinado não são mais os mesmos; ao contrário, contrapõem-se uns aos outros”.²⁴

Por outro lado, salienta-se que o momento de constituição da sociedade limitada é a ocasião em que todos os sócios estão em posição igualitária para defender os seus próprios interesses, considerando que após a constituição da sociedade as deliberações dos sócios estarão vinculadas a quanto cada um contribuiu para a sociedade. Esse ponto é de primordial importância na defesa de interesses dos sócios minoritários, uma vez que, após a constituição da sociedade, na maioria das vezes, prevalecerão as tomadas de decisão dos sócios majoritários. Assim, recomenda-se que no momento de formação da sociedade os sócios minoritários já estabeleçam condições contratuais objetivando a proteção de seus interesses ou, ainda, a sua participação em deliberações que poderão ter resultados conflitantes no futuro, como, por exemplo, a cláusula de unanimidade para a aprovação de determinadas questões, já que, na maioria das vezes, o contrato social pode ser alterado pela vontade do sócio ou dos sócios titulares de 3/4 do capital social, conforme previsto no inciso I do art. 1.076 do Código Civil (LGL\2002\400).

Nesse contexto, é certo que o mero interesse dos sócios ou qualquer uma de suas negociações realizadas com o fim de constituir uma sociedade limitada não produzirão efeitos práticos se tais condições não forem estabelecidas/redigidas em documento escrito, na forma de um contrato.

O documento escrito por meio do qual os sócios determinam as condições negociadas, com o intuito de formar a sociedade, é o denominado contrato social que constitui e origina a sociedade limitada.

Com isso, é possível aferir que o ato constitutivo da sociedade limitada é o seu próprio contrato social, cujas características serão analisadas a seguir.

5.1 Contrato social

Conforme foi visto, a reunião de interesses comuns atrelados à união de esforços entre pessoas que objetivam conjugar esforços para a formação de uma sociedade, destinada a obtenção de lucro, resultará, caso haja interesse na sua constituição, na elaboração de um contrato social, que será o ato constitutivo propriamente dito dessa sociedade.

Entendemos que o ato constitutivo da sociedade limitada possui natureza contratual, peculiar e específica que o diferencia dos demais contratos estudados pelo direito contratual, como a compra e venda, a troca ou permuta, a doação, a prestação de serviço, entre outros. Isso porque, segundo a teoria dos contratos plurilaterais de Ascarelli, enquanto nos contratos de permuta há sempre duas partes com obrigações e direitos de uma perante a outra, o contrato social pode abrigar duas ou mais partes cujas obrigações e direitos são de todas as partes envolvidas uma ante cada uma das demais, caracterizando-se como um verdadeiro contrato plurilateral.²⁵

Por outro lado, segundo a teoria do contrato-organização adotada por Calixto Salomão Filho,²⁶ o contrato social se diferenciaria dos demais contratos por criar uma organização entre as partes e não estabelecer apenas direitos subjetivos.

Fábio Ulhoa Coelho destaca ainda mais uma característica que diferencia o contrato social dos demais contratos, que é a constituição da pessoa jurídica resultante do ato constitutivo:

“Deve-se destacar, contudo, um aspecto das relações entre os sócios, e destes com a sociedade, que escapou tanto à formulação ascarelliana, do contrato plurilateral quanto à teoria do contrato-organização. Trata-se de uma especificidade que, a meu ver, não pode deixar de ser destacada no enfrentamento da questão da

natureza do ato constitutivo de sociedade. Um dos principais efeitos do contrato social, não há quem o negue, é a criação de um novo sujeito de direito, a pessoa jurídica da sociedade. Pois bem, a celebração do contrato social não faz nascer apenas direitos e obrigações entre os sócios, cada um perante os outros; gera, também, direitos e obrigações dos partícipes do contrato em relação à sociedade. Note-se, no contrato de constituição da sociedade, que cada sócio assume a obrigação de integralizar a quota subscrita do capital social. Pois bem, o titular do direito correspondente a essa obrigação não são os demais sócios, mas a sociedade. É ela a credora dos juros moratórios ou da multa pelo descumprimento do contrato; é ela a parte legítima para ir a juízo, em cobrança ao remisso. (...) Se o contrato social não originasse direitos e obrigações também para a pessoa jurídica, constituída por meio dele, o desfazimento de vínculos contratuais seria assunto de interesse exclusivo dos sócios contratantes”.²⁷

Nesse mesmo sentido, destaca-se o posicionamento de Manuel de Queiroz Pereira Calças:

“Podemos afirmar que o principal efeito do contrato de sociedade é a constituição de um sujeito de direitos dotado de personalidade jurídica: a sociedade. Os contratantes, ao celebrarem o contrato de sociedade, com suas manifestações de vontade, têm o poder de criar uma pessoa jurídica que, ao mesmo tempo que é criada pelos sócios, passa a ser a eles vinculada juridicamente e, em decorrência disso, titular de direitos e obrigações. Os sócios, tão logo celebram o contrato de sociedade, passam a ser devedores da principal obrigação de um sócio, isto é, a de integralizar suas quotas sociais, na forma contratada. A credora da integralização das quotas é a sociedade e, no caso de mora dos contratantes, a sociedade terá a pretensão de cobrança do valor das respectivas quotas, acrescido dos juros e eventual multa contratual, podendo, alternativamente, excluir o remisso do quadro societário, conforme estabelecem os artigos 1.004 e 1.058 do novo Código Civil. A pessoa jurídica resultante do contrato social também tem obrigações em relação aos

sócios, o que pode ser constatado, por exemplo, no caso de direito de recesso do quotista, hipótese em que a devedora do pagamento em dinheiro do valor da quota do dissidente é a sociedade (artigos 1.077 e 1.031 do Código Civil de 2002)”.²⁸

Outra característica essencial do contrato social da sociedade limitada é a distinção de sua natureza contratual com a natureza institucional de outro tipo societário, como ocorre na sociedade anônima. Isso ocorre porque em uma sociedade de natureza institucional a sua forma de constituição e de dissolução total é diferente, ou seja, enquanto nestas a sociedade é constituída por lei ou por estatuto, seguindo os ditames da Lei das S.A., as sociedades limitadas são constituídas por contrato social segundo as regras do Código Civil (LGL\2002\400). Isso implica na possibilidade de ser aplicados os princípios do direito contratual na interpretação de questões relacionadas às sociedades limitadas, o que não pode ocorrer quando nos deparamos com questões relacionadas com as sociedades anônimas, em razão de sua natureza institucional.

5.2 Requisitos de validade

Nos termos do art. 104 do Código Civil (LGL\2002\400), a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. Assim, considerando que o contrato social da sociedade limitada é um negócio jurídico, este deverá conter todos os requisitos previstos no mencionado artigo do Código Civil (LGL\2002\400) para ser considerado válido.

Com relação à capacidade dos agentes, somente poderão celebrar contratos de sociedade os plenamente capazes para exercer os atos da vida civil, de acordo com o previsto no Código Civil (LGL\2002\400), que estabelece nos arts. 3º e 4º²⁹ quais seriam as pessoas absolutamente e relativamente incapazes.

Quanto à possibilidade de participação de sócio incapaz, o § 3º do art. 974 do Código Civil (LGL\2002\400) condiciona a sua

participação à observância de três requisitos, de forma conjunta, quais sejam (i) o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; (ii) o capital social deve ser totalmente integralizado; e (iii) o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.

Fábio Ulhoa Coelho sintetiza da seguinte forma a importância da exigência dos requisitos acima indicados:

“É fácil compreender a razão dos requisitos – jurisprudencial, regulamentar e legalmente estabelecidos – para a participação do incapaz na limitada. Se o menor não é juridicamente capaz para externar, por si só, a própria vontade, não há como se lhe atribuir a qualidade de órgão da pessoa jurídica, encarregado da manifestação da vontade social. A exigência da integralização do capital social, a seu turno, visa tutelá-lo, à medida que limita a sua responsabilidade ao montante investido na empresa. Por fim, as formalidades próprias a qualquer manifestação de vontade do incapaz, tal como estabelecidas na lei civil, devem ser atendidas: na assinatura do instrumento de direito societário (contrato social ou alteração contratual), se a incapacidade é absoluta, o menor é representado; se relativa, assistido”.³⁰

A respeito do objeto lícito, por óbvio não há o que se falar em possibilidade de constituição de qualquer sociedade cujo objeto seja (i) ilícito, como para a exploração de atividades criminosas; (ii) impossível, cuja atividade não é executável; e, por fim, (iii) não determinável, cuja atividade é possível, porém, de difícil precisão e identificação.

No que se refere à forma prescrita ou não defesa em lei, o contrato social deve ser escrito, por instrumento público ou particular, para que produza efeitos legais e, conseqüentemente, possa ser registrado no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, mesmo que toda ou parte da negociação entre os sócios tenha ocorrido de forma verbal e não tenha sido formalizada por escrito.

Além dos requisitos gerais de validade previstos no art. 104 do Código Civil (LGL\2002\400), o contrato social da sociedade

limitada, em razão das características particulares desse negócio jurídico, deve observar as exigências contidas no art. 981 do Código Civil (LGL\2002\400), que estabelece que “celebram contrato de sociedades 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” (grifos nosso). Desse modo, para que o contrato social seja válido, este deverá determinar, também, tanto a contribuição dos sócios para a formação do capital social como a forma pela qual os resultados serão partilhados. Nota-se, contudo, que a ausência desses requisitos no contrato social caracteriza apenas a invalidade do instrumento ou de parte deste e não compromete a validade de toda a sociedade limitada.

5.3 Pressupostos de existência

Para que a sociedade limitada exista é necessário que o contrato social contenha dois pressupostos, quais sejam, a pluralidade de sócios e a *affectio societatis*.³¹

A pluralidade de sócios é característica essencial de qualquer sociedade, considerando que não há sociedade de apenas uma pessoa. Ressalta-se que o direito brasileiro criou a figura do Empresário Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, regulamentada no art. 980-A do Código Civil (LGL\2002\400), com a finalidade de consagrar a segregação do patrimônio da pessoa do empresário com o patrimônio da pessoa jurídica, que, no entanto, apesar de ter as características de uma pessoa jurídica com autonomia patrimonial, não pode ser confundida com uma sociedade limitada, em razão da ausência de pluralidade de sócios.

O segundo pressuposto de existência é a *affectio societatis*, que consiste no interesse dos sócios em constituir e conservar a sociedade. Nesse aspecto, quando há o desentendimento dos sócios e não há mais a possibilidade de manter a sociedade ocorre a quebra da *affectio societatis* e, como consequência, a dissolução total ou parcial da sociedade.

5.4 Elementos obrigatórios do instrumento

O contrato social das sociedades limitadas é composto, de um lado, por elementos obrigatórios cuja inclusão é necessária e indispensável para que o registo seja realizado (por decorrer de disposição legal) e, de outro lado, de elementos dispositivos cujos sócios podem dispor e decidir se devem ou não incluí-los no contrato social. Analisaremos as principais questões relacionadas com essas duas categorias de elementos nos subitens a seguir.

Cumpre-nos salientar, neste momento, que o parágrafo único do art. 997 do Código Civil determina que é ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato. Assim, quaisquer acordos firmados em instrumento apartado pelos sócios, inclusive, por exemplo, eventual acordo de quotistas que estabeleça condições contrárias ao disposto no contrato social, será ineficaz em relação a terceiros.

Nos termos do art. 1.054 do Código Civil (LGL\2002\400), o contrato social das sociedades limitadas deverá mencionar, no que couber, as indicações do art. 997 e, se for o caso, a firma social. Dessa forma, temos que o contrato social das sociedades limitadas deve estipular, além dos elementos dispositivos estipulados pelas partes, no mínimo os elementos obrigatórios discriminados nos incisos I, II, III, IV, VI e VII do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400), que passaremos a analisar a seguir.³²

Ressalta-se que a exigência contida no inciso V do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400), que estabelece que o contrato social deve mencionar “as prestações a que se obriga cada sócio, cuja contribuição consista em serviços”, não se aplica à sociedade limitada, uma vez que nesse tipo societário não é possível a contribuição para a formação do capital por meio da prestação de serviços, em razão da expressa vedação prevista no § 2º do art. 1.055 do Código Civil (LGL\2002\400).

Nesse mesmo sentido, também não é aplicável às sociedades limitadas a exigência contida no inciso VIII do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400), que estabelece que o contrato social deve mencionar “se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais”, tendo em vista que a responsabilidade dos sócios nesse tipo societário está prevista no art. 1.052 do Código Civil (LGL\2002\400), que a restringe apenas ao que cada um subscreveu no capital social, sendo que todos respondem solidariamente pela integralização do capital, não havendo o que se falar, portanto, em responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais.

5.4.1 Nome e qualificação dos sócios

Estabelece o inciso I do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400) que o contrato social deverá mencionar o “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”.

A partir dessa disposição, é possível identificar que não há vedações para que os sócios da sociedade limitada sejam pessoas jurídicas, devendo o contrato social discriminar, neste caso, a sua firma ou denominação, nacionalidade e sede dos respectivos sócios.

5.4.2 Denominação, objeto, sede e prazo da sociedade

O inciso II do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que o contrato social da sociedade limitada deve mencionar a “denominação, objeto e prazo da sociedade”.

A respeito da denominação social, que na verdade é o nome da sociedade, destaca-se que o art. 1.158 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que “pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final ‘limitada’ ou a sua abreviatura”. Nesse sentido, nos termos dos parágrafos do artigo

supramencionado, a firma deve ser composta com o nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, e a denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios. Ressalta-se, ainda, que a omissão da palavra “limitada” determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade.

Com relação ao objeto da sociedade, que deve ser descrito de forma precisa e detalhada no contrato social, observa-se que o parágrafo único do art. 981 do Código Civil determina que a atividade da sociedade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados, não havendo limitações nesse sentido.

A sede da sociedade deve ser o local do principal estabelecimento da empresa, ou seja, onde os administradores realizarão as suas funções.

Por fim, o prazo da sociedade limitada, que deverá estar previsto no contrato social, poderá ser determinado ou indeterminado conforme a vontade dos sócios. Ressalta-se, entretanto, que é extremamente rara a constituição de sociedades limitadas com prazo de duração determinado.

5.4.3 Capital da sociedade

O inciso III do art. 997 do Código Civil determina que o contrato social deve mencionar o “capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária”, sendo que o art. 1.055 estabelece que o “capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio”.

Nesse sentido, para Adalberto Simão Filho, o capital social se constitui como o “somatório das contribuições de responsabilidade dos sócios para que a sociedade possa bem cumprir o seu objetivo social”.³³

É necessário ressaltar-se que, nos termos do § 1º do art. 1.055 do Código Civil (LGL\2002\400), todos os sócios respondem pela

exata estimação de bens conferidos ao capital social, situação em razão da qual é extremamente necessária a realização de uma avaliação prévia para determinar o real valor dos bens ou direitos conferidos para formação do capital social.

A contribuição para a formação do capital social da sociedade limitada somente poderá ser efetuada em dinheiro, crédito ou bens e nunca por meio de serviços (o que é possível somente nas sociedades simples), conforme vedação expressa prevista no § 2º do art. 1.055 do Código Civil (LGL\2002\400).

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

O inciso IV do art. 997 do Código Civil determina que o contrato social deverá prever a parcela que cada sócio possui do capital social, ou seja, o número de quotas e seu respectivo preço. O contrato social também deverá mencionar o modo de realização das quotas, ou seja, a forma pela qual será realizada a subscrição das quotas.

Assim, o contrato social deverá informar se a subscrição das quotas foi realizada no ato de constituição ou se serão integralizadas em momento posterior. Nessa última hipótese, o contrato social deverá informar, inclusive, como e quando as quotas subscritas serão integralizadas. A respeito da cláusula do contrato social que deve estipular como as quotas subscritas serão realizadas, destacamos o seguinte posicionamento de Fábio Ulhoa Coelho:

“A obrigação do sócio de integralizar a quota subscrita do capital social é exemplo do mecanismo próprio aos atos de constituição de pessoa jurídica. Os sócios estipulam, mediante negociação, no contrato social, quanto será a contribuição de cada um, para se reunir o capital necessário à organização da empresa. Essa estipulação se traduz na cláusula do contrato social que dispõe sobre a quota de cada sócio no capital da sociedade. Pois bem, o titular do direito ao recebimento dos recursos correspondentes é a pessoa jurídica nascida do contrato social, e não os demais sócios. Se

o capital é subscrito em dinheiro – como ocorre na expressiva maioria das vezes –, o sócio torna-se devedor da sociedade do montante correspondente à sua quota; ou, dito por outro ângulo, a sociedade se torna credora do sócio”.³⁴

A fim de elucidar o mencionado acima, destacamos os seguintes exemplos hipotéticos de cláusulas que descrevem o capital social e a forma de subscrição e integralização de quotas em contratos sociais de sociedades limitadas:

Cláusula de capital social integralizado no ato de constituição: “O capital social é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), totalmente subscrito e integralizado neste ato, em moeda corrente nacional, dividido em 100.000 (cem mil) quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma, assim distribuídas entre os sócios: (...)”.

Cláusula de capital social não integralizado no ato de constituição: “O capital social é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), dividido em 100.000 (cem mil) quotas, no valor nominal de R\$ 1,00 (um real) cada uma. O sócio ‘X’ subscreve 50.000 (cinquenta mil) quotas, na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e o sócio ‘Y’ subscreve 50.000 (cinquenta mil) quotas, na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O capital social será integralizado em moeda corrente nacional em até 12 meses, a contar da data de registro do presente contrato social no competente Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins”.

5.4.5 As pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade

O inciso VI do art. 997 do Código Civil determina que o contrato social deve mencionar “as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições” e o art. 1.060 do mesmo diploma legal estabelece que “a sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado”.

A primeira conclusão que podemos aferir dos artigos supramencionados é que as pessoas jurídicas não podem ser administradoras das sociedades limitadas. Nesse sentido, destaca-se que o item 1.2.23.4 do Manual de Atos de Registro de Sociedade Limitada expedido pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC dispõe que as pessoas jurídicas não podem ser administradoras de sociedades limitadas³⁵ e, ainda a esse respeito, que o Enunciado STJ 66 estabelece que “a teor do § 2º do art. 1.062 do CC, o administrador só pode ser pessoa natural”.

Nesse contexto temos que o contrato social normalmente regula de forma exaustiva os poderes e atribuições dos administradores, porém, caso nada disponha o contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade, nos termos do art. 1.015 do Código Civil (LGL\2002\400).

Ressalta-se também que, sob a regência supletiva das normas da sociedade simples, nos termos do art. 1.016, os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. Nesse sentido, estabelece o Enunciado STJ 59 que “os sócios-gestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, consoante estabelecem os arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil (LGL\2002\400)”.

5.4.6 A participação de cada sócio nos lucros e nas perdas

O inciso VI do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que o contrato social deverá indicar qual é a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas da sociedade. Assim, mesmo que a participação dos sócios nos lucros e nas perdas ocorra de forma proporcional, como normalmente ocorre nas sociedades limitadas, cujos resultados são distribuídos na proporção das quotas

de cada sócio, entendemos que em razão do previsto nesse dispositivo o contrato social deve discriminar como esta será realizada caso a participação não seja proporcional.

Desse modo, trata-se de dispositivo cuja aplicabilidade remete às sociedades simples, considerando que nessas sociedades a distribuição dos resultados se dá normalmente em razão dos serviços prestados por cada sócio, e não pela proporcionalidade das quotas sociais, conforme estabelece o art. 1.007 do Código Civil (LGL\2002\400): “salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas”.

É essencial destacar, ainda, que o art. 1.008 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece que “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”.

5.5 Elementos dispositivos do instrumento

Qualquer matéria negociada entre os sócios pode constar no contrato social da sociedade limitada, desde que observados os requisitos de validade e não afrontem as disposições contidas nas leis que regulamentam a matéria (seja o Código Civil (LGL\2002\400) ou a Lei das S.A. no caso de regência supletiva prevista no contrato social).

Assim, o contrato social pode estipular diversas outras matérias que não estão previstas em lei. É importante observar que a própria redação do art. 997 do Código Civil (LGL\2002\400), antes de estipular os elementos obrigatórios do contrato social, utiliza-se da expressão “além de cláusulas estipuladas pelas partes” que remete diretamente à ideia de possibilidade de as partes estipularem cláusulas dispositivas.

Para Fábio Ulhoa Coelho, esses elementos dispositivos são considerados cláusulas acidentais, as quais “dizem respeito às relações entre os sócios, mas sua ausência não impede o

atendimento às formalidades do registro”,³⁶ indicando as seguintes cláusulas acidentais que são encontradas com maior frequência nos contratos sociais de sociedade limitada: “as que autorizam a retirada mensal de pro labore, definem as consequências do falecimento de sócio e estabelecem o parcelamento do reembolso, nos casos de retirada ou expulsão”.³⁷

Nesse contexto, entre outras matérias que poderão ser estabelecidas pelos sócios, além da possibilidade de estipular a regência supletiva das sociedades anônimas prevista no parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil (LGL\2002\400), merecem destaque as seguintes, assim apresentadas por Waldo Fazzio Júnior:

“autorização ou proibição de prestação de aval e de fiança pelos administradores;
estipulação de outras situações, além das de pleno direito, de dissolução da sociedade;
eleição da arbitragem como expediente para dirimir conflitos entre sociedade e os sócios ou entre estes;
estabelecimento de condições para a caução, o usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia que gravem as quotas;
disposições sobre a alienação e oneração de bens sociais;
obrigatoriedade de realização periódica de auditoria externa;
limites ao exercício dos poderes administrativos, entre os quais os de renunciar a direitos ou contratar obrigações, condicionando o patrimônio líquido da sociedade;
possibilidade ou não de participação dos sócios, direta ou indiretamente em sociedade empresária rival;
concessão de voto de qualidade, do poder de veto, de quórum qualificado nas votações da assembleia geral;
obrigação de realizar prestação suplementar, para impedir a descapitalização social;
dever de prestar colaborações acessórias associadas à realização do objeto social;
outras condições, além das legais, permissivas da exclusão de sócio bem como a regulamentação do respectivo procedimento;
regulamento das reuniões;
limitações especiais para a transferência de quotas;
previsão da existência do conselho fiscal”.³⁸

5.6 Registro do contrato social

Após todas as negociações dos sócios para a formação da sociedade e com a consequente elaboração do contrato social, este deverá ser levado a registro para que, em razão da publicidade adquirida, produza efeitos perante terceiros. A sociedade que operar sem ou antes do registro do contrato social é considerada irregular, sendo a ela aplicável as disposições da sociedade não personificada ou da sociedade comum contidas nos arts. 986 ao 990 do Código Civil (LGL\2002\400),³⁹ que implicam, por exemplo, na responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas obrigações sociais, de acordo com o previsto no art. 990 do Código Civil (LGL\2002\400).

Assim, conforme já mencionado anteriormente, por ser uma sociedade empresária, a sociedade limitada adquire personalidade jurídica quando do registro do seu contrato social no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Junta Comercial estadual) do local de sua sede, em conformidade com o disposto nos arts. 967 e 1.150 do Código Civil (LGL\2002\400).

De acordo com o disposto no art. 998 do Código Civil (LGL\2002\400), com aplicabilidade subsidiária às sociedades limitadas, o registro do contrato social deverá ser requerido pela sociedade limitada em até 30 dias subsequentes à constituição da sociedade, ou seja, contados da data em que o contrato social foi assinado pelos sócios.

Em conformidade com o disposto no § 1º do art. 998, o pedido de inscrição deverá 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 de autorização da autoridade competente”.

É oportuno lembrar que o arquivamento do contrato poderá ser negado pela Junta Comercial em razão da ausência de um dos elementos obrigatórios e/ou dos requisitos de validade previstos em

lei. Nessa situação, em razão da invalidação do contrato social, a sociedade poderá ser considerada nula ou anulável, dependendo da omissão, ou a Junta Comercial solicitará apenas a retificação do contrato.

Por fim, cumpre-nos destacar que existe a possibilidade do ato de constituição de uma sociedade limitada ocorrer em razão da transformação de registro de um empresário individual, conforme prevê o § 3º do art. 968 do Código Civil (LGL\2002\400).⁴⁰

5.7 Alteração do contrato social

Destacamos, inicialmente, o breve resumo histórico a respeito das regras de alteração do contrato social, elaborado por Fábio Ulhoa Coelho:

“Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, qualquer cláusula do contrato social da limitada podia ser alterada, por instrumento firmado apenas pelo sócio ou sócios titulares de mais da metade do capital social. A concordância dos demais sócios para a alteração contratual só era necessária se o contrato expressamente a exigisse (por meio da previsão de quórum qualificado ou da ‘cláusula de unanimidade’). Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a alteração contratual passou, em geral, a depender da concordância, de sócio ou sócios titulares de 3/4 do capital social”.⁴¹

Nesse contexto, diferentemente da legislação anterior, que era bastante simples, atualmente o Código Civil determina complexa regra de quóruns a ser observada nas deliberações da sociedade limitada. Assim, podemos identificar no Código Civil de 2002 os seguintes quóruns para aprovação das respectivas deliberações a seguir:

- Unanimidade: a designação de administradores não sócios, enquanto o capital não estiver integralizado (art. 1.061).
- Quorum de 3/4 do capital social (inciso I, art. 1.076): (i) a modificação do contrato social; e (ii) a incorporação, a fusão e a

dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação. Ressalta-se que, nos termos do art. 1.077, nos casos de modificação do contrato, de fusão da sociedade, de incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos 30 dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

- Quorum de 2/3 do capital social: (i) a designação de administradores não sócios, após a integralização do capital (art. 1.061); e (ii) a destituição de sócio nomeado administrador, salvo disposição contratual diversa (§ 1º art. 1.063).
- Mais da metade do capital social / maioria absoluta (inciso II, art. 1.076): (i) a designação dos administradores, quando feita em ato separado; (ii) a destituição dos administradores; (iii) o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; (iv) o pedido de concordata (corresponde ao atual pedido de recuperação judicial); e (v) a exclusão de um ou mais sócios por justa causa em virtude de atos de inegável gravidade que coloquem em risco a continuidade da empresa (art. 1.085).
- Mais da metade dos sócios presentes em assembleia ou em reunião/maioria simples (inciso III, art. 1.076): (i) a aprovação das contas dos administradores; (ii) a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; e (iii) todos os demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Pelas regras expostas, entende-se que os sócios poderão tomar qualquer deliberação na sociedade limitada seguindo os quóruns previstos no Código Civil (LGL\2002\400), porém, é essencial destacar que, salvo nas hipóteses cuja própria lei determina que poderão ser fixados quóruns diferentes, conforme previsto no § 1º do art. 1.063 e no inciso III do art. 1.076, os demais quóruns não poderão ser alterados, ou seja, o contrato social não poderá prever quórum diferente dos previstos no Código Civil (LGL\2002\400). Em outras palavras, os sócios não poderiam estipular no contrato social a exigência de votos correspondentes a,

no mínimo, $1/4$ do capital social, ou até mesmo a unanimidade de sócios, para modificar o contrato social, se o mínimo previsto no inciso I do art. 1.076, para a referida alteração, é de $3/4$.

6 Conclusões

Com o presente artigo buscou-se analisar os aspectos jurídicos relacionados com a constituição das sociedades limitadas, com especial atenção para o estudo do contrato social dessas sociedades, no direito brasileiro.

Evidenciou-se, inicialmente, a relevância do presente estudo, considerando importância econômica das sociedades limitadas na sociedade brasileira, uma vez que este é o principal tipo societário utilizado pela grande maioria da atividade empresária organizada no Brasil, abrangendo, inclusive, empresas de pequeno e médio porte, diversas sociedades de grande porte e até multinacionais.

Analisamos, dessa forma, o histórico das sociedades limitadas, por meio do qual evidenciou-se que a regulamentação contida no Código Civil de 2002 é muito mais completa do que a contida na legislação anterior e, também, que a regulamentação das sociedades limitadas hoje é extremamente complexa, sendo esse um dos motivos pelos quais esse tipo societário se aproxima das sociedades anônimas.

Após algumas considerações apresentadas a respeito do histórico da sociedade limitada, passou-se a analisar a classificação desse tipo societário em comparação às demais sociedades existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Foram estudados, inicialmente, a classificação das pessoas jurídicas no direito brasileiro, identificando a exata localização dessas sociedades no regime jurídico pátrio. Após essa primeira distinção, foram analisadas a classificação da sociedade limitada quanto à responsabilidade dos sócios, quanto à personificação, quanto ao caráter empresarial das sociedades e, por fim, quanto à estrutura econômica.

Foram identificadas as principais diferenças em relação aos demais tipos societários, chegando-se à conclusão de que a

sociedade limitada é pessoa jurídica de direito privado (que se distingue das associações e das fundações por, entre outras questões, visar sempre à obtenção de lucro), constituída por sócios cuja responsabilidade é limitada à integralização do capital (ou seja, com responsabilidade restrita ao valor de suas quotas, sendo que todos respondem solidariamente pela integralização do capital), com personalidade jurídica, considerada empresária ou simples em razão de suas atividades, que pode ter natureza pessoal ou de capital, segundo o estabelecido pelos sócios no próprio contrato social a respeito da cessão de quotas.

Posteriormente, passamos a analisar o regime legal aplicável às sociedades limitadas, identificando-se que, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, no caso de omissão nas disposições legais que tratam das sociedades limitadas, os sócios passaram a ter a opção de manter a regência supletiva das sociedades simples ou de estabelecer a regência supletiva da Lei das S.A. no contrato social, diferentemente do que ocorria na vigência da legislação anterior. Nesse contexto, foram analisadas as principais consequências da regência supletiva das disposições das sociedades simples em comparação à regência supletiva da Lei das S.A., nas sociedades limitadas.

A partir dessa análise, como norte para delimitar o tema do presente artigo, adentramos no âmbito do estudo da constituição da sociedade limitada.

Foi visto que no momento de constituição das sociedades os interesses dos sócios costumam ser convergentes, situação que é propícia para a defesa do interesse dos sócios minoritários, já que nesse momento todos os sócios estão em patamar igualitário, diferentemente do que ocorre, por outro lado, ao longo das execuções das atividades da sociedade, em que os interesses dos sócios podem se tornar conflitantes, tendo em vista que as deliberações, após a constituição da sociedade, devem observar o percentual que cada sócio possui no capital social.

Nesse diapasão, identificou-se que a reunião de interesses comuns atrelada com a união de esforços entre pessoas que

objetivam conjugar esforços para a formação de uma sociedade, destinada à obtenção de lucro, resulta, caso haja interesse na sua constituição, na elaboração de um contrato social, que será o ato constitutivo propriamente dito dessa sociedade.

Especificamente com relação ao ato constitutivo da sociedade, manifestamos posicionamento no sentido de que este possui natureza contratual, peculiar e específica que o diferencia dos demais contratos estudados pelo direito contratual. Ou seja, o ato constitutivo é considerado *sui generis*, em razão (i) de constituir direitos e obrigações para todos os sócios em face da própria sociedade; (ii) de constituir a formação de uma sociedade organizada; e, ainda, (iii) por constituir a própria sociedade como um ente personalizado detentor dos próprios direitos e obrigações.

Nessa parte do artigo foi identificado que para o contrato social da sociedade limitada ser válido, este deve apresentar sócios capazes ou sócios relativamente/absolutamente incapazes devidamente representados/assistidos, objeto lícito, possível e determinado e, ainda, ter a forma escrita. Além dos requisitos mencionados, em razão das peculiaridades do contrato social das sociedades limitadas, identificou-se a necessidade do contrato social determinar, também, tanto a contribuição dos sócios para a formação do capital social como a forma pela qual os resultados serão partilhados.

Nesse sentido, com relação aos pressupostos de existência, verificou-se que o contrato social deve apresentar a pluralidade de sócios e, também, a *affectio societatis*, que consiste no interesse dos sócios em constituir e conservar a sociedade.

Após a análise dos requisitos de validade e dos pressupostos de existência, passamos a estudar os elementos obrigatórios e dispositivos que compõem o instrumento do contrato social.

Assim foram estudados de forma exaustiva os elementos obrigatórios do contrato social da sociedade limitada, sendo que os aplicáveis a esse tipo societário são, basicamente: (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) a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la; (v) as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições; e (vi) a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas.

Com relação aos elementos dispositivos, verificou-se que qualquer matéria negociada entre os sócios pode constar no contrato social da sociedade limitada, desde que observados os requisitos de validade e essas matérias não afrontem as disposições contidas nas leis que regulamentam a matéria (seja o Código Civil (LGL\2002\400) ou a Lei das S.A. no caso de regência supletiva prevista no contrato social).

Verificou-se, ainda, que após a elaboração do contrato social, a sociedade limitada deve levá-lo à registro no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Junta Comercial estadual) do local de sua sede, para que produza efeitos perante terceiros. Nesse ponto do artigo, foram observadas, também, as principais implicações e consequências da não realização do registro do contrato social.

Por fim, foram analisadas as principais questões e implicações, incluindo as condições e quóruns de aprovação das deliberações, resultantes da necessidade de alteração do contrato social da sociedade limitada.

7 Bibliografia

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. *Questões de direito societário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRISTIANO, Romano. *Sociedades limitadas: de acordo com o código civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de sociedades mercantis*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1942. 3. v.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. 3. ed. v. 5. São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedade por quotas*. 5. ed. São Paulo: Monteiro Lobato, 1925.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MARTINS, Fran. *Sociedades por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: contrato de sociedade*. v. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NETO, Alfredo Assis Gonçalves. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. As sociedades limitadas e o projeto do código civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 99, p. 67-74, 1995.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. Repercussões da nova lei das sociedades anônimas na vida das sociedades limitadas no Brasil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- VAMPRÉ, Spencer. *Tratado elementar de direito comercial*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1921.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. v. 4. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923.
- VIVANTE, Cesare. *Tratado elemental de derecho comercial*. Trad. Felipe de Solá Cañizares. v. 4. Buenos Aires: Tipográfica Argentina, 1954.
- WALDO, Fazzio Júnior. *Sociedades limitadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Notas

1 Disponível em: [<http://drei.smpe.gov.br/assuntos/estatisticas/pasta-mensal-nacional-2015/relatorio-estatistico-mensal-setembro-2015.pdf>]. Acesso em: 23.12.2016.

2 Conforme: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Direito Empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 396.

4 Nas sociedades em nome coletivo todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (corresponde à atual redação do art. 1.039 do Código Civil de 2002); na sociedade em comandita simples e na de capital e indústria, pelo menos uma categoria dos sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (atualmente a sociedade de capital e indústria deixou de existir e a sociedade em comandita simples é disciplinada nos arts. 1.045 ao 1.051 do Código Civil de 2002); na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo se obriga perante terceiros e responde pelas obrigações sociais (corresponde à atual redação do art. 991 do Código Civil de 2002); e, por fim, as companhias de comércio ou sociedades anônimas são classificadas como de capital e de responsabilidade limitada (atualmente disciplinadas pela Lei 6.404/76, conhecida como a Lei das S.A.).

5 Conforme: CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 23.

6 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2000, p. 308.

7 COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

8 Como regra geral, se omissis o contrato social, a responsabilidade dos sócios na sociedade simples é ilimitada, nos termos do art. 1.023 do Código Civil (LGL\2002\400): “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”. Porém, as sociedades simples poderão ser constituídas sob a forma de sociedades limitadas, hipótese em que serão aplicadas as regras de responsabilidade dos sócios dessas sociedades, nos termos do art. 983 do Código Civil (LGL\2002\400): “a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias”.

9 Conforme: VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

10 “Art. 966: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços.”

11 Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

12 Conforme: MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2000, p. 205.

13 Conforme: CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 29.

14 Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401.

15 *Ibidem*, p. 404.

16 Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 397.

17 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 399.

18 NETO, Alfredo Assis Gonçalves. *Lições de direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

19 “Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.”

20 ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 36-37.

21 *Ibidem*, p. 35-36.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 400.

23 *Ibidem*, p. 400.

24 *Ibidem*, p. 388.

25 Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 413.

26 Conforme: FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33-40.

27 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 415.

28 CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43.

29 “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis). Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

30 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 418.

31 Conforme: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 421.

32 Observa-se, contudo, que diversos outros dispositivos legais determinam quais seriam os elementos obrigatórios do contrato social, como dispõe o inciso III do art. 53 do Decreto 1.800/96, que estabelece não poderem ser arquivados nas Juntas Comerciais: “III – os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei: a) o tipo de sociedade mercantil adotado; b) a declaração precisa e detalhada do objeto social; c) o capital da sociedade mercantil, a forma e o prazo de sua integralização, o quinhão de cada sócio, bem como a responsabilidade dos sócios; d) o nome por extenso e qualificação dos sócios, procuradores, representantes e administradores, compreendendo para a pessoa física, a nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência, documento de identidade, seu número e órgão expedidor e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, dispensada a indicação desse último no caso de brasileiro ou estrangeiro domiciliado no exterior, e para a pessoa jurídica o nome empresarial, endereço completo e, se sediada no País, o Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE ou do Cartório competente e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes – CGC; e) o nome empresarial, o município da sede, com endereço completo, e foro, bem como os endereços completos das filiais declaradas; f) o prazo de duração da sociedade mercantil e a data de encerramento de seu exercício social, quando não coincidente com o ano civil”.

33 FILHO, Adalberto Simão. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004, p. 93.

34 COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

35 Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria do desenvolvimento da produção. Departamento nacional de registro do comércio. Manual de Atos de Registro de Sociedade Limitada. Brasília – DF, 2003, p. 18.

36 COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.

37 *Ibidem*, p. 34.

38 WALDO, Fazzio Júnior. *Sociedades limitadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79-80.

39 Ressalta-se que as implicações decorrentes da existência do contrato social escrito e de sua inexistência (negociações apenas orais) estão previstas no art. 987 do Código Civil (LGL\2002\400), que assim estabelece “os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la a qualquer momento”.

40 “§ 3º Caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.”

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 428.

A legitimidade ativa na ação de “dissolução parcial” por falecimento de um sócio na sociedade limitada

*Marlon Tomazette*¹

1 Introdução

No regime do Código Comercial de 1850, em uma interpretação literal do seu art. 335, podia--se afirmar que a morte de um dos sócios acarretava a dissolução total da sociedade. Todavia, doutrina e jurisprudência, atentas ao princípio da preservação da empresa e à função social da sociedade, construíram a figura da dissolução parcial da sociedade, pela qual, nesses casos, se dissolveria apenas o vínculo do sócio falecido, mantendo-se a sociedade². Atualmente, tal tema é tratado expressamente no Código Civil, sob a rubrica de resolução da sociedade em relação a um sócio, e no Código de Processo Civil (arts. 599 a 609).

Apesar do amplo reconhecimento legislativo, ainda existem dúvidas sobre a dissolução parcial em razão da morte de um sócio na sociedade limitada, diante da omissão do capítulo específico relativo a essas sociedades. Além disso, o próprio tratamento processual do tema não é o mais claro, deixando questões em aberto, em especial sobre a legitimidade ativa para a promoção da eventual

¹ Mestre e Doutor em Direito no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Professor de Direito Comercial no UnICEUB, na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e no Instituto de Direito Público - IDP. Procurador do Distrito Federal e advogado.

² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 223; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 449; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 297.

ação de dissolução parcial, diante das previsões do artigo 600 do CPC. O foco do presente trabalho será analisar e identificar claramente quem são os detentores da legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de dissolução parcial.

Para tanto, será inicialmente estudada a sociedade limitada, de modo geral, destacando sua importância econômica e sua natureza jurídica. A partir daí, será possível analisar os aspectos materiais da dissolução parcial da sociedade limitada, especificamente para o caso de morte de um sócio. Após o que será possível adentrar nas especificidades do Código de Processo Civil, definindo de quem é a legitimidade ativa para eventual ação de dissolução parcial.

2 A importância das sociedades limitadas no Brasil

Até o século XIX, podiam-se dividir as sociedades existentes em dois grupos: as sociedades de pessoas de simples constituição, mas de responsabilidade ilimitada, e as sociedades anônimas de responsabilidade limitada, mas de constituição e funcionamento complexos. Tal situação não era satisfatória para pequenos e médios empresários, na medida em que estes buscavam a responsabilidade limitada, mas sem a complexidade da sociedade anônima. Com a Revolução Industrial impunha-se o preenchimento desse vazio legislativo, a fim de se criar um tipo societário que atendesse aos interesses das pequenas e médias empresas.

No fim do século XIX, em resposta às necessidades de pequenos e médios empresários, surge um novo tipo societário que conjuga as vantagens das sociedades de capitais e das sociedades de pessoas, isto é, assegura aos sócios responsabilidade limitada pelas obrigações sociais, sem a complexidade da sociedade anônima.³ Sem maiores formalidades ou complicações e com riscos limitados de prejuízo, é indubitável que esta é a forma mais aconselhável para os pequenos e médios empreendimentos.

³ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 117.

Esse novo tipo societário é a sociedade limitada, que tem sua origem na obra do legislador alemão em 1892, podendo-se afirmar que é uma criação artificial deste, pois não surgiu da atividade dos operadores econômicos.⁴ Da obra do legislador alemão ela se difunde pela Europa, chegando ao Brasil em 1919, com o Decreto 3.708/19.

No Brasil, as sociedades limitadas representam a ampla maioria das sociedades constituídas. Vê-se, pois, claramente que tal tipo societário vem desempenhando papel fundamental no dia a dia da economia do país. Considerando a data de 14/06/2019, existiam registradas na junta comercial de São Paulo **1.674.217** sociedades limitadas, **19.580** sociedades anônimas, 9 comanditas simples, 4 comanditas por ações e 11 sociedades em nome coletivo. Ora, é evidente o grande impacto que esse tipo societário na vida econômica do país.

Conquanto não represente tanto investimento quanto às sociedades anônimas, é certo que tal tipo societário desempenha uma posição de destaque na vida econômica do país, sobretudo pelo elevado número de relações nas quais está presente.

3. A natureza da sociedade limitada

No Código Civil, as sociedades limitadas são disciplinadas nos arts. 1.052 a 1.087. Contudo, a legislação sobre as sociedades limitadas se mostra insuficiente, sendo necessário o recurso à outra legislação, que será aplicada supletivamente. Neste particular, o Código Civil assegura aos sócios a liberdade de adotar as regras das sociedades simples (contratuais e de pessoas) ou das sociedades anônimas (estatutárias e de capitais).

Assim, em vez de disciplinar toda a matéria, o contrato social pode simplesmente fazer referência à lei das sociedades anônimas, ou, silenciando, buscar a solução nas normas sobre as sociedades

⁴ IRUJO, José Miguel Embrid. *La sociedad de responsabilidad limitada*. Apéndice a la décima edición del Manual de derecho mercantil de Manuel Broseta Pont. Madrid: Tecnos, 2000, p. 4.

simples. Registre-se, porém, que no tange à constituição e dissolução da sociedade limitada, há remissão expressa as regras das sociedades simples (vide artigos 1.054 e 1.087 do CC), não havendo discussão sobre eventual aplicação de legislação supletiva.

A dualidade de regimes legislativos da sociedade limitada é extremamente perigosa, pois pode gerar uma grande insegurança, sobretudo no que diz respeito às relações da sociedade com terceiros, matéria esta que não está sujeita à disciplina pelos sócios, nem é regulada especificamente em relação às limitadas, e possui tratamento diverso nas sociedades anônimas e nas sociedades simples, trazendo dúvidas especialmente sobre a questão do falecimento de um sócio.

3.1 Sociedade de pessoas ou de capitais?

Diante das suas regras e do seu próprio regime legislativo, a sociedade limitada combina as vantagens das sociedades de capitais e das sociedades de pessoas, o que dificulta seu enquadramento puro em uma ou outra categoria.

No regime do Decreto n. 3.708/19, João Eunápio Borges enquadrava a sociedade limitada como uma sociedade de capitais, porquanto ela não oferece como garantia aos seus credores o patrimônio pessoal dos sócios⁵. Todavia, esse é apenas um dos elementos para se verificar a existência de uma sociedade de pessoas ou de capitais. Com efeito, neste particular, a sociedade limitada se aproxima extremamente da sociedade anônima, o que não é suficiente para enquadrá-la como uma sociedade de capitais, na medida em que há também um acentuado caráter pessoal nas relações entre os sócios⁶, que a aproxima da sociedade de pessoas.

⁵ BORGES, João Eunápio. Curso de direito comercial terrestre. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 56.

⁶ FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. Gli imprenditori e le società. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 862.

De outro lado, Fran Martins afirmava que a limitada é uma sociedade de pessoas pela forma contratual de sua constituição⁷. Pontes de Miranda ressaltava a natureza personalista afirmando que os sócios podem, sem motivos, impedir a transferência das quotas, ou determinar a dissolução da sociedade pela morte de um deles, denotando uma maior importância da pessoa do sócio⁸. Romano Cristiano também enquadrava a limitada como uma sociedade de pessoas, afirmando que a solidariedade entre os sócios para a integralização do capital social fará com que as qualidades pessoais dos sócios sejam determinantes na formação da sociedade⁹.

Jorge Lobo ressalta a natureza *intuitu personae*, afirmando a importância da pessoa dos sócios, em face da sua contribuição para a formação do capital social¹⁰. Sérgio Campinho também ressalta a natureza *intuitu personae* da limitada, destacando a constituição por contrato, a solidariedade entre os sócios, a alteração do contrato social nos casos de exclusão ou retirada, a dissolução parcial da sociedade no caso de quebra da *affectio societatis* e o condicionamento da cessão das quotas à não oposição de sócios que representem ¼ do capital social, salvo cláusula contratual em sentido contrário¹¹.

Não obstante a força de tais argumentos, é certo que esse personalismo não estará presente em todas as sociedades limitadas, vale dizer, a liberdade, que é assegurada aos sócios, permitirá a configuração de sociedades eminentemente personalistas, mas também de sociedades eminentemente capitalistas. Rubens Requião, mesmo defendendo a natureza personalista da sociedade

⁷ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 272--273.

⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 49, p. 362.

⁹ CRISTIANO, Romano. Sociedade limitada no Brasil. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 32--33.

¹⁰ LOBO, Jorge. Sociedades limitadas. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 51.

¹¹ CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 163.

limitada, afirma que o “contrato social poderá inculcar-lhe um estilo personalista ou capitalista”¹².

Desse modo, a sociedade limitada pode ser tida como uma sociedade híbrida, isto é, de acordo com o caso concreto ela poderá ter um caráter de sociedade de pessoas ou de capital¹³. “São os sócios e não a lei que a definem. A negociação, traduzida no contrato social, elucida se a limitada será de pessoa ou de capital.”¹⁴

Com efeito, impõe-se a análise das cláusulas do contrato social para se saber se na sociedade limitada predomina o caráter personalista ou o caráter capitalista. Portanto, diante das várias configurações possíveis da limitada, apenas no caso concreto, à luz das decisões dos sócios em relação a certas matérias, será possível afirmar se a limitada é de pessoas ou de capitais, não se podendo definir *a priori* a sua natureza.

3.2 Natureza contratual

Além do enquadramento como sociedade de pessoas ou de capitais, outra discussão que ganha importância é o tratamento da limitada como uma sociedade contratual ou institucional, vale dizer, se a sociedade é constituída por um contrato ou por um ato de natureza institucional, não contratual.

¹² REQUILÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 411; do mesmo modo CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 164.

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 362; BERTOLDI, Marcelo M. Curso avançado de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 193; BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 63, p. 63; LUCENA, José Waldecy. Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 45; WALD, Arnoldo. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV, p. 309; SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova sociedade limitada. Barueri: Manole, 2004, p. 37; CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. Sociedade limitada no Código Civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 29, MATIAS, João Luís Nogueira. A natureza híbrida da sociedade limitada como elemento definidor de sua regência subsidiária e supletiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, out-dez 2016, p. 189..

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 362.

A sociedade limitada se forma pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas. Tal manifestação é o ato constitutivo das sociedades, imprescindível para sua formação. Caio Mário da Silva Pereira nos define o ato constitutivo como o “instrumento continente da declaração da vontade criadora e a bem dizer é a causa geradora primária do ente jurídico”. Normalmente, é um ato reduzido a escrito, assinado por todos os sócios, que define a configuração da sociedade.

Especificamente para a sociedade limitada, acredita-se que a aplicação das regras das sociedades simples para sua constituição e dissolução demonstram sua natureza contratual¹⁵ e, mais especificamente, de um contrato plurilateral e não um contrato bilateral típico. Prova disso, é que a saída de qualquer sócio dependerá da alteração do contrato social, o que não ocorre nas sociedades institucionais.

Nas sociedades, é imprescindível a existência de uma finalidade comum, o que não ocorre nos contratos bilaterais típicos ou contratos de permuta, pois em tais contratos cada parte tem uma finalidade diversa. “Nos contratos de troca o escopo perseguido por cada um dos contratantes é diverso (assim, o vendedor pretende obter o preço, o comprador a coisa), e cada um dos contratantes alcança seu escopo mediante a prestação do outro.”¹⁶ As prestações dos contratantes não são contrapostas, mas sim dirigidas a um fim comum.

O ato constitutivo das sociedades é um contrato, pois há uma contraposição de vontades, mas não é um contrato bilateral típico, é

¹⁵ LACERDA, Egberto Lacerda. *Da sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 38; CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44; MATIAS, João Luís Nogueira. A natureza híbrida da sociedade limitada como elemento definidor de sua regência subsidiária e supletiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, out-dez 2016, p. 187.

¹⁶ FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 251, tradução livre de “nei contratti di scambio lo scopo perseguito da ciascuno dei contraenti é diverso (così il venditore intende avere il prezzo, il compratore la cosa) e ciascun contraente raggiunge il suo scopo mediante la prestazione dell’altro”.

um contrato plurilateral. Tal espécie contratual, normalmente chamada de contrato de colaboração e organização, está submetida ao regime geral dos contratos¹⁷, possuindo algumas características que lhe dão os contornos aptos a justificar a natureza jurídica dos atos constitutivos das sociedades:

Nos contratos plurilaterais, podem existir dois ou mais polos, duas ou mais partes, assumindo todas as partes direitos e obrigações. O contrato plurilateral não significa necessariamente a existência de mais de dois polos, a existência de apenas duas partes não retira tal característica, continuará existindo a possibilidade de mais de duas, em oposição aos contratos bilaterais típicos¹⁸. Trata--se de um contrato “potencialmente plurilateral: novas partes podem somar--se às partes originárias [...] sem que isto represente a estipulação de um novo contrato”¹⁹.

Além disso, cuida-se de contrato com uma finalidade. É primordial, em tal teoria, é a afirmação de que nos contratos plurilaterais o escopo objetivado abandona o campo exclusivo dos motivos e passa a gozar de uma importância, enquanto elemento unificador das várias adesões, e determinante nos direitos e deveres das partes. Nos contratos plurilaterais, todas as partes buscam o mesmo fim, não são partes animadas com intuítos diversos como no contrato de compra e venda, no qual uma quer a coisa, e a outra quer o preço. São “contratos com mais de duas partes, nos quais as prestações de cada um são dirigidas ao atendimento de uma finalidade comum”²⁰.

O referido contrato gera direitos e obrigações para com todas as partes. Ao contrário dos contratos de permuta, onde cada parte

¹⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le società*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 34.

¹⁸ JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 95; MARASÁ, Giorgio. *Le società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 125.

¹⁹ GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1, p. 268, tradução livre de “contratto potenzialmente plurilaterale: nuove parti possono aggiungersi alle parti originarie [...], senza che ciò comporti stipulazione di un nuovo contratto”.

²⁰ GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1, p. 268, tradução livre de “Contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuno sono dirette al conseguimento di uno scopo comune”.

assume a obrigação para com apenas uma outra parte, nos contratos plurilaterais, todas as partes assumem obrigações para com todas as outras e para com a sociedade. E mais, assumem o mesmo tipo de obrigação, como preleciona Tullio Ascarelli: “todas as partes de um mesmo contrato plurilateral gozam de direitos do mesmo tipo [...] nos demais contratos, ao contrário, o direito de cada parte é tipicamente distinto daquele da parte contrária”²¹.

O contrato plurilateral não é um fim em si, sua função não termina com o cumprimento das obrigações pelas partes, ele é um instrumento para um fim maior. A execução das obrigações das partes constitui uma premissa para uma atividade ulterior, cuja realização, mesmo após o cumprimento das obrigações das partes, é o objetivo do contrato. “Nos contratos plurilaterais é mister distinguir entre o que respeita à formação do contrato e o que respeita ao preenchimento da função instrumental dele: os requisitos exigidos a este último respeito não visam apenas ao momento da conclusão do contrato, mas, também à vida da organização e devem, por isso, continuamente subsistir.”²² As partes ingressam no contrato não para obter o cumprimento da obrigação da outra parte, mas para uma finalidade posterior e maior, o exercício da atividade.

Os vícios na adesão de uma das partes afetam tão somente a sua adesão e não todo o contrato²³, pois nos contratos plurilaterais é possível distinguir o que diz respeito à adesão de cada parte e o que diz respeito ao contrato como um todo²⁴. É possível continuar a sociedade, mesmo com a anulação ou nulidade de alguma adesão e mesmo após a morte ou incapacidade de qualquer dos membros. Há

²¹ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 275.

²² ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 273--274.

²³ FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. Gli imprenditori e le società. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p.253.

²⁴ FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. Gli imprenditori e le società. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 285.

que se ressaltar que a continuidade do contrato não é uma regra absoluta, mas uma possibilidade, pois, se com a saída de qualquer sócio, seja por um vício na sua adesão, seja pelo seu falecimento, deixar de existir a finalidade comum, o contrato será extinto.

O contrato está aberto a novas adesões no seu curso: ao contrário dos contratos bilaterais típicos, o contrato plurilateral permite o ingresso de novas partes, sem que isso implique a formação de um novo contrato, porquanto a finalidade objetivada pelas partes é maior, podendo ultrapassar as possibilidades dos membros originários, o período da sua existência, ou mesmo do ânimo dos sócios na condução dos negócios. Desse modo, o ingresso de novas partes permite novos investimentos, e também a revitalização das forças dos membros na condução da atividade.

Não se aplica a exceção do contrato não cumprido: nos contratos bilaterais, se uma das partes não cumpre suas obrigações, não pode exigir o cumprimento das obrigações da outra parte (art. 476 do Código Civil), e tal fato pode conduzir à extinção do contrato. Já nos contratos plurilaterais, tal exceção não se aplica. A inexecução da obrigação de uma das partes não implica a dissolução do contrato, dada a distinção entre o que concerne à adesão da parte e ao que concerne ao contrato em si. Além disso, tal inexecução não implica a extinção do contrato, mas pode implicar tão somente a dissolução do vínculo do sócio faltoso. “O inadimplemento de uma das partes não dá direito às outras de recusar sua contribuição, ou de pedir a resolução do contrato, mas apenas de excluir da relação o inadimplente.”²⁵

O regime contratual geral, acrescido das peculiaridades do contrato plurilateral, as quais são aptas a superar os inúmeros problemas decorrentes das relações societárias, mostra, a nosso ver, uma solução coerente e tecnicamente correta a respeito da natureza

²⁵ FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 253, tradução livre de “l’inadempimento di una delle parti non dà diritto alle altre di rifiutare il proprio conferimento o di chiedere la risoluzione del contratto, ma solo di escludere dal rapporto l’inadempiente”.

jurídica do ato constitutivo das sociedades. Diante disso, tal doutrina possui a aceitação quase unânime da doutrina pátria para as sociedades limitadas, podendo-se afirmar que, em relação às sociedades regidas pelo Código Civil, a natureza jurídica do seu ato constitutivo é de um contrato plurilateral²⁶.

4 O regime jurídico da morte de um sócio na sociedade limitada

A efemeridade da vida humana é inexorável e afeta pessoas naturais que são sócias de uma sociedade. O que poderá ocorrer a partir desse evento numa sociedade limitada?

No capítulo do Código Civil sobre as sociedades limitadas não há qualquer regra sobre as implicações do falecimento de um sócio, o que, a princípio, significa que é o contrato social que deve dispor sobre o tema. Todavia, e se não houver qualquer disposição contratual a respeito.

Com o advento do Código Civil, o art. 1.053 afirma que nas omissões do capítulo sobre as limitadas incidem as regras sobre a sociedade simples, salvo se no contrato social os sócios preferirem a aplicação da lei das sociedades anônimas.

Diante desta situação, Fabio Ulhoa Coelho sustenta que a solução para as sociedades limitadas dependeria justamente do regime jurídico supletivo. Assim, se aplicável o regime das sociedades simples (vínculo instável) seria aplicado o art. 1.028 do CC, ou seja, os herdeiros em regras teriam direito a apuração de haveres, não ingressando na sociedade, salvo cláusula em contrário ou acordo com

²⁶. REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 344; BULGARELLI, Waldirio, Sociedades comerciais. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 24; COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 374; MARTINS, Fran, Curso de direito comercial. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 189; BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 31; GOMES, Orlando, Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 393; ROQUE, Sebastião José, Direito societário. São Paulo: Ícone, 1997, p. 31; FAZZIO JUNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. São Paulo: Atlas, 2000, p. 152 HENTZ, Luiz Antonio Soares. Direito comercial atual - de acordo com a teoria da empresa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 94--95; CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59.

os demais herdeiros. De outro lado, se o regime jurídico supletivo fosse a Lei das sociedades por ações (vínculo estável), os herdeiros receberiam as quotas da sociedade por sucessão²⁷.

Gladston Mamede aplica o art. 1.028 apenas às sociedades constituídas *intuitu personae*²⁸. Outros autores, por sua vez, dada a natureza contratual da sociedade limitada, aplicam exclusivamente o art. 1.028 do CC²⁹ a todos as sociedades limitadas.

A nosso ver, a razão está com os que defendem a aplicação do art. 1.028 a todas as sociedades limitadas. Em primeiro lugar, a possibilidade de aplicação supletiva da lei das sociedades por ações não afasta a possibilidade de aplicação às regras das sociedades simples, no que tange à constituição e dissolução da sociedade. Outrossim, a natureza contratual impede a transmissão automática das quotas para os herdeiros, que terão que manifestar sua vontade para ingressar na sociedade. E não se invoque o princípio da saisina, pois a situação societária representa uma exceção a esse princípio³⁰.

Assim, em síntese, diante da morte de um sócio da sociedade limitada, podem ocorrer: a) a dissolução total da sociedade; b) a sucessão do sócio falecido; e c) a dissolução parcial em relação ao sócio falecido.

4.1 A dissolução total

Como já mencionado, a sociedade limitada pode ter uma natureza personalista ou capitalista, a depender do caso concreto. No primeiro caso, é costumeiro que um ou alguns sócios sejam fundamentais para as atividades da sociedade, de modo que o

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2, p. 502-503.

²⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2, p. 150--152.

²⁹ TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 349--351; CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

³⁰ CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

falecimento de um deles pode impedir o prosseguimento das atividades, diante da importância que o sócio falecido possuía na vida da sociedade.

Neste caso, os sócios podem deliberar a dissolução total da sociedade, consagrada como uma exceção, que depende da manifestação dos sócios em assembleia, ou no próprio contrato social. Aqui é importante ressaltar que a decisão pela dissolução deverá obedecer os quóruns legalmente estabelecidos para tanto – $\frac{3}{4}$ do capital social na limitada – excluindo-se as quotas do sócio falecido nesse cômputo³¹. Por se tratar de uma simples deliberação, não há necessidade de ajuizamento de qualquer tipo de ação para o reconhecimento desta hipótese de dissolução total.

4.2 A sucessão do sócio falecido

A natureza da relação entre os sócios de uma sociedade limitada impede, a princípio, que haja de pleno direito a transmissão da condição de sócio aos herdeiros do sócio falecido³², pois não é indiferente para a vida da sociedade quem adquire a qualidade de sócio. Todavia, havendo acordo dos sócios remanescentes ou cláusula contratual autorizando a entrada dos herdeiros, pode haver a substituição do sócio falecido, não havendo sequer a dissolução parcial da sociedade, mas apenas a entrada de um novo sócio.

No caso da cláusula contratual, que tem natureza de estipulação em favor de terceiro³³, é óbvio que o ingresso dos herdeiros no quadro societário dependerá da manifestação deles,

³¹ GONÇALVES, Oksandro. Morte de sócio. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/242/edicao-1/morte-de-socio>. Acesso em 27 jun 2019.

³² FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 321.

³³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005, v. 49, § 5.189, 3.

pois a declaração de vontade do sucedido não pode criar obrigações para eles. Trata-se de direito potestativo dos herdeiros, o ingresso na sociedade, no caso de previsão contratual (cláusula de continuidade)³⁴. Os sócios remanescentes, salvo estipulação diversa do contrato social, não possuem o direito de recusar o ingresso dos herdeiros que exerceram o direito potestativo de entrada na sociedade que lhe era assegurado no contrato social³⁵.

A legitimidade para ingressar na sociedade será dos herdeiros e não do espólio³⁶, a princípio, porque o espólio não é uma pessoa e, por isso, não deveria ser admitido como sócio. Todavia, a necessidade de definição de quais herdeiros terão esse direito de ingressar na sociedade pode demorar muito tempo, na medida em que os próprios inventários podem ser demorados. Diante disso, vem se admitindo, em prol da própria sociedade o imediato ingresso do espólio como sócio³⁷. Assim, “o espólio deverá exercer os direitos e obrigações do falecido na sociedade, até que seja definida e homologada a partilha”³⁸.

4.3 A dissolução parcial da sociedade

Ao subscrever uma parte do capital, isto é, ao se comprometer a pagar o valor de determinadas quotas, adquire-se a qualidade de

³⁴ ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres*. Atualizado por Roberto Papini. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58; CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 157; SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na Sociedade Limitada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 82.

³⁵ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na Sociedade Limitada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83-84

³⁶ PINTO, Mariana; CAMPINHO, Sergio. A legitimidade ativa na ação de dissolução parcial da sociedade limitada à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16.3.2015). In: PEREIRA RIBERIO, Marcia Carla; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos (coords.). *Direito empresarial e o CPC/2015*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 65-66.

³⁷ TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 350.

³⁸ ROVAL, A. L. Pontos polêmicos da Resolução da sociedade em relação a um sócio, em especial nos casos de morte de sócio. Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem, v. 77, jul-set 2017, p. 198

sócio, da qual não decorrem apenas deveres, mas também direitos. Tais direitos são de duas espécies: direitos pessoais e direitos patrimoniais³⁹. Em regra, apenas os direitos patrimoniais são transferíveis⁴⁰, não sendo possível transmitir os direitos pessoais ou a própria qualidade de sócio⁴¹, ressalvadas as hipóteses já mencionadas de acordo ou cláusula de continuidade que, em última, análise permitem um encontro de vontades.

Assim, de acordo com o artigo 1.028 do Código Civil, no caso de morte de um sócio deve, a princípio, ocorrer a resolução da sociedade apenas no que tange ao vínculo daquele sócio, liquidando-se suas quotas, apurando-se seus haveres e entregando-os aos seus herdeiros (art. 1.028). A sociedade, a princípio, não deve ser extinta. Deve-se apenas apurar o que seria devido ao sócio, caso a sociedade fosse extinta, e pagar tais valores ao espólio ou aos herdeiros após a partilha, em virtude do direito de crédito inerente à qualidade de sócio, que lhes é transferido.

A regra geral é, portanto, a dissolução parcial da sociedade em razão do falecimento de um sócio. Nesta situação, os herdeiros do sócio falecido não terão direitos de sócio, mas direitos de credor pela apuração de haveres. Os herdeiros não poderão exercer ou invocar os demais de sócio, pois tais direitos não lhes são transferidos em nenhum momento. O único direito que se transfere é o direito de crédito ao recebimento da apuração de haveres.

³⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, tomo 2, p. 83; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 361.

⁴⁰ GONÇALVES, Oksandro. Morte de sócio. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/242/edicao-1/morte-de-socio>. Acesso em 27 jun 2019.

⁴¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 254.

Atualmente, o Código de Processo Civil contempla um procedimento especial para a ação de dissolução parcial, inclusive para os casos de morte de sócio.

5 Ação de dissolução parcial de sociedade por morte de um sócio: legitimidade ativa

Com o CPC/2015, passa a existir um procedimento especial para a dissolução parcial de sociedades, nos arts. 599 a 609. Tal procedimento especial pode ter por objetivo o reconhecimento da resolução por morte, recesso ou exclusão e o pagamento da apuração de haveres, ou somente um desses objetivos. O tratamento unitário dos dois pedidos é equivocado e gera dúvidas na aplicação dos dispositivos que geram certa insegurança jurídica⁴². Apesar de tratadas no mesmo procedimento pelo CPC/2015, podendo até serem cumuladas, os pedidos (dissolução e pagamento de haveres) são distintos, inclusive na sua natureza o que, naturalmente, vai influenciar a legitimação das partes para o feito.

No caso de morte de um sócio, o artigo 605, I do CPC estabelece que o vínculo societário já foi extinto no dia do falecimento, servindo a ação apenas para a eventual apuração de haveres. Não se nega aqui a possibilidade de eventual controvérsia sobre a própria dissolução por morte, diante das cláusulas do contrato social. Todavia, se isso ocorrer, a eventual decisão apenas irá declarar a dissolução parcial e não a constituir.

5.1 Espólio

A princípio, a ação deverá ser proposta pelo espólio do sócio falecido (CPC/2015 – art. 600, I), enquanto não for ultimada a partilha. Como ressaltado, embora os bens do falecido sejam

⁴² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 17-18.

transmitidos automaticamente para os seus herdeiros (princípio da saisina), é certo que até a definição do que cabe a cada herdeiro, o espólio exercerá os direitos pelos herdeiros. Nesse sentido, o STJ já afirmou que “O falecimento de sócio, em regra, dissolve parcialmente a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, hipótese em que caberá ao espólio, representado pelo inventariante, administração transitória das quotas enquanto se apuram os haveres e a divisão do espólio (art. 993, parágrafo único, II, do CPC)”⁴³.

O artigo 600, I do CPC que atribui legitimidade ao espólio, a restringe ao mencionar que tal legitimidade será deferida “quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade”. Tal referência deve ser interpretada no sentido de que se todos os herdeiros ingressarem na sociedade, não há o que dissolver, pois os herdeiros se tornaram sócios e terão direitos individuais decorrentes dessa condição. Cuida-se, portanto, de uma referência até certo ponto redundante, mas importante para entender o exato alcance da ação de dissolução parcial.

Dentro desta perspectiva, para admitir a ação de dissolução parcial ajuizada pelo espólio, é suficiente que um dos herdeiros não ingresse na sociedade. A propósito, afirmaram Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves:

“Basta, então, que um dos sucessores não tenha interesse ou não seja admitido a ingressar na sociedade para abrir-se a via da dissolução parcial, com legitimidade do espólio para pretendê-la. Aliás, dentro da normalidade, a legitimidade do espólio vai se justificar quando um(ns) herdeiro(s) quer(em) e outro(s) não quer(em) ingressar na sociedade, ou quando a sociedade admite o ingresso de um(ns) e não de outro(s). Pois, se o ingresso de todos os herdeiros é admitido pelos demais sócios, não há que se falar em dissolução parcial da sociedade; como também não há de se falar em dissolução parcial se todos os herdeiros, com o

⁴³ STJ - REsp 1422934/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 25/11/2014

assentimento dos sócios remanescentes, se dispuserem a ingressar na sociedade”⁴⁴.

Não havendo a admissão de algum dos herdeiros, a ação de dissolução parcial poderá ser ajuizada. Para a maior parte da doutrina, neste caso deve ser formulado apenas o pedido de apuração de haveres⁴⁵, pois a dissolução parcial já se concretizou. No entanto, existem opiniões em sentido contrário que entendem haver necessidade e legitimidade do espólio apenas para um primeiro pedido de dissolução parcial⁴⁶. A nosso ver, não há qualquer problema na formulação dos dois pedidos, especialmente porque o pedido de dissolução parcial será meramente declaratório. Todavia, não consideramos esse pedido essencial, pois a dissolução parcial é a regra geral do CC para tal situação.

5.2 Sucessores do sócio falecido

Uma vez concluído o inventário e individualizados os direitos dos herdeiros, é atribuída a legitimidade individualizada para cada herdeiro na promoção da respectiva ação de dissolução parcial (CPC/2015, art. 600, II).

⁴⁴ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 43, n. 282, ago. 2018, p. 390.

⁴⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34; PINTO, Mariana; CAMPINHO, Sergio. A legitimidade ativa na ação de dissolução parcial da sociedade limitada à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16.3.2015). In: PEREIRA RIBERIO, Marcia Carla; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos (coords.). *Direito empresarial e o CPC/2015*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 60; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Aspectos processuais da apuração de haveres post mortem. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 814; YARSHELL, Flávio Luiz; MATOS, Felipe do Amaral. O procedimento especial da dissolução (parcial) de sociedade no CPC. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 225.

⁴⁶ ROSSONI, Igor Bimkowski. O procedimento de dissolução parcial no PI 166/2010 (Novo Código de processo civil). In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 341.

Sem a partilha dos bens, os herdeiros não possuem os direitos identificados e, por isso, a princípio, não poderão adotar qualquer medida em relação à sociedade. Todavia, há que se reconhecer que existe um direito dos herdeiros sobre o patrimônio do falecido, mesmo que sujeito a uma condição suspensiva (efetivação da partilha). O reconhecimento desse direito deve permitir aos herdeiros a adoção de medidas de defesa do patrimônio comum, atos de conservação do patrimônio (CC – art. 130).

Vale dizer, os herdeiros mesmo antes da partilha poderão adotar medidas de defesa do patrimônio comum. Nesse sentido, o STJ reconheceu a possibilidade de adoção de medidas similares aquelas permitidas ao condômino, antes da divisão do condomínio, afirmando “Enquanto não realizada a partilha, o coerdeiro possui legitimidade ativa para a propositura de ação que visa à defesa do patrimônio comum deixado pelo de cujus”⁴⁷.

Todavia, se antes da partilha, o herdeiro pretender defender direito individual em relação a sociedade e não o interesse comum da conservação do patrimônio, lhe faltará a devida legitimidade. Em caso em que o herdeiro, antes da partilha, buscava tutelar interesse individual, o STJ afirmou que “no caso dos autos, a ação foi proposta com intuito declarado de pretender para si, exclusivamente, as quotas pertencentes ao autor da herança, independentemente da propositura da correspondente ação de inventário ou de sua partilha. Desse modo, não detém o coerdeiro necessário a legitimidade ativa para propor a presente ação”⁴⁸.

Após a partilha, não há dúvida da legitimidade ativa dos herdeiros. Parte da doutrina⁴⁹ reconhece tal legitimidade apenas

⁴⁷ STJ - REsp 1505428/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 27/06/2016.

⁴⁸ STJ - REsp 1645672/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017.

⁴⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade*: comentários breves ao CPC/2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 35; PINTO, Mariana; CAMPINHO, Sergio. A legitimidade ativa na ação de dissolução parcial da sociedade limitada à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16.3.2015). In: PEREIRA RIBERIO, Marcia

para o pedido de apuração de haveres, pois a dissolução parcial já teria ocorrido. Mesmo nos casos em que alguns herdeiros ingressam na sociedade e outros não, a ação seria apenas daqueles que não ingressaram e se limitaria a apuração dos haveres, pois, repita-se, já houve a dissolução parcial.

5.3 Legitimidade ativa da própria sociedade

A própria sociedade poderá ajuizar ação para obter a dissolução parcial da sociedade, no caso de sócio falecido, se não for o caso de transmissão das quotas aos herdeiros do falecido ou dissolução total. Vale dizer, se não houver deliberação pela dissolução total, ou cláusula contratual autorizando a entrada dos herdeiros, nem acordo com os demais sócios, ocorrerá a dissolução parcial da sociedade, que poderá ser formalizada por meio da ação de dissolução parcial, ajuizada pela própria sociedade, cujo objetivo primordial será o pagamento da apuração de haveres aos herdeiros do sócio falecido. Ressalte-se que, nesta hipótese, a legitimidade para a ação aqui é da própria sociedade não dos sócios remanescentes.

Mais uma vez, o cabimento da dissolução parcial dependerá do não exercício das demais opções para o falecimento do sócio (entrada dos herdeiros ou dissolução total). Em razão disso, há uma dúvida se a ação neste particular poderia conter apenas o pedido da apuração e pagamento dos haveres ou deveria possuir também um primeiro pedido de dissolução parcial.

Erasmus Valladão França e Marcelo Vieira Von Adamek concluem no sentido de que deve ser formulado apenas o pedido de apuração de haveres, de modo que a ação funcionaria como uma espécie de consignação, para liberar a sociedade⁵⁰. Tais autores não

Carla; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos (coords.). *Direito empresarial e o CPC/2015*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 62

⁵⁰ FRANÇA, Erasmus Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 35-36; PINTO, Mariana; CAMPINHO, Sérgio. A legitimidade ativa na ação de dissolução parcial da sociedade limitada à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16.3.2015). In: PEREIRA

equiparam a ação a uma ação de consignação, mas tentam trazer esse raciocínio a tona, com a iniciativa de uma ação que visa ao pagamento pelo devedor.

De outro lado, Rodrigo Mazzei e Thiago Gonçalves sustentam a necessidade também do primeiro pedido, no sentido da dissolução parcial da sociedade “a pretensão a ser deduzida é no sentido de que se declare que a morte do sócio implicou a dissolução parcial da sociedade, sem que ao espólio ou aos sucessores seja assegurado o direito de nela ingressarem”⁵¹.

A nosso ver, não há qualquer problema na formulação dos dois pedidos, especialmente porque o pedido de dissolução parcial será meramente declaratório. Todavia, não consideramos esse pedido essencial, pois a dissolução parcial é a regra geral do CC para tal situação. Por via das dúvidas, é recomendável, a formulação dos dois pedidos.

Referências

- ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- BERTOLDI, Marcelo M. Curso avançado de direito comercial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.
- BORGES, João Eunápio. Curso de direito comercial terrestre. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2.
- BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

RIBERIO, Marcia Carla; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos (coords.). *Direito empresarial e o CPC/2015*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 65.

⁵¹ MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 282, ago. 2018, p. 391.

BUONOCORE, Vincenzo. *Le società*. Milano: Giuffrè, 2000.

CALÇAS, Manoel Queiroz Pereira. *Sociedade limitada no Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, tomo 2.

CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALLI, Cássio. *Sociedades limitadas: regime de circulação das quotas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

CRISTIANO, Romano. *Sociedade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 1998.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres*. Atualizado por Roberto Papini. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2000.

FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRARA JUNIOR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e le società*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016

- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1999, v. 3, tomo 1.
- GOMES, Orlando, *Contratos*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GONÇALVES, Oksandro. Morte de sócio. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/242/edicao-1/morte-de-socio>. Acesso em 27 jun 2019.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito comercial atual – de acordo com a teoria da empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- IRUJO, José Miguel Embrid. *La sociedad de responsabilidad limitada*. Apêndice a la décima edición del Manual de derecho mercantil de Manuel Broseta Pont. Madrid: Tecnos, 2000.
- JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di diritto commerciale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- LACERDA, Egberto Lacerda. *Da sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. Aspectos processuais da apuração de haveres post mortem. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 809-822.
- LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.
- LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 2.

MARASÁ, Giorgio. *Le società*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MATIAS, João Luís Nogueira. A natureza híbrida da sociedade limitada como elemento definidor de sua regência subsidiária e supletiva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, ano 3, p. 185-205, out-dez 2016.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 43, n. 282, p. 383-407, ago. 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005, v. 49.

PINTO, Mariana; CAMPINHO, Sergio. A legitimidade ativa na ação de dissolução parcial da sociedade limitada à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16.3.2015). In: PEREIRA RIBERIO, Marcia Carla; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campo (coords.). *Direito empresarial e o CPC/2015*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 53-70.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

ROQUE, Sebastião José, *Direito societário*. São Paulo: Ícone, 1997.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O procedimento de dissolução parcial no Pl 166/2010 (Novo Código de processo civil). In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 333-349.

ROVAI, A. L. Pontos polêmicos da Resolução da sociedade em relação a um sócio, em especial nos casos de morte de sócio. *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 77, p. 191-200, jul-set/2017.

- ROVAI, A. L. Pontos polêmicos da Resolução da sociedade em relação a um sócio, em especial nos casos de morte de sócio. *Revista de direito bancário do mercado de capitais e da arbitragem*, v. 77, jul-set 2017, p. 198
- SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na Sociedade Limitada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVEIRA, Marco Antonio Karam. *A sucessão causa mortis na Sociedade Limitada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. Barueri: Manole, 2004.
- TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007.
- WALD, Arnaldo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV.
- YARSHELL, Flávio Luiz; MATOS, Felipe do Amaral. O procedimento especial da dissolução (parcial) de sociedade no CPC. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 211-238.

As quotas preferenciais no direito brasileiro: passado e futuro

*Oksandro Gonçalves*¹

1. Introdução

A Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) realizou, em 2018, o IV Congresso de Direito Comercial da Escola de Direito, ocasião em que se comemorou e debate-se o aniversário de um século das sociedades limitadas no Brasil. O evento foi coordenado pelo Professor Dr. Ricardo Lupion e recebeu o incentivo da FAPERGS, o que demonstra a excelência da organização e a pertinência do debate a respeito do tipo societário mais utilizado no desenvolvimento da atividade econômica brasileira.

O trabalho envolve pesquisa bibliográfica e visa enfrentar o tema das quotas preferenciais nas sociedades limitadas.

A primeira parte do trabalho apresenta um plano geral das sociedades limitadas no Brasil e o seu desenvolvimento ao longo do primeiro centenário.

No segundo tópico, o trabalho apresenta as quotas preferenciais, analisando sua evolução, cabimento e regras de regência. Em seguida, o artigo aborda o passado das quotas preferenciais e apresenta uma visão para o futuro.

¹ Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado. E-mail: oksandro.goncalves@pucpr.br.

Finalmente, o trabalho apresenta as suas conclusões e a bibliografia.

2. A sociedade limitada no Direito brasileiro

2.1. O Decreto n. 3.708/1919

A sociedade limitada ingressou em nosso ordenamento jurídico em 1919, através do Decreto n. 3.708, fruto da importação das experiências do direito alemão² e português³.

Até aquele momento a experiência societária limitava-se ao Código Comercial de 1850, que contemplava basicamente sociedades que se estruturavam na forma de sociedades anônimas (art. 295 a 310), voltadas historicamente para empreendimentos de grande porte e que exigiam grandes e complexas estruturas organizacionais, ou então, em sociedades onde não havia limitação de responsabilidade total ou parcial, como é o caso das sociedades em comandita (art. 311 a 314), sociedades em nome coletivo ou com firma (art. 315 a 317), sociedades de capital e indústria (art. 317 a 324), sociedade em conta de participação (art. 325 a 328).

O desenvolvimento das atividades comerciais, contudo, passou a exigir a presença de duas premissas básicas: a simplicidade organizacional e a limitação da responsabilidade para mitigar os efeitos do risco da atividade.

Inicialmente denominada sociedade por quotas de responsabilidade limitada, estava voltada para empreendimentos de

² A lei alemã é de 20 de abril de 1882, denominada “Gesellschaft mit beschränkter Haftung”, conhecida por “GmbH”. Sobre o tema: [...] desde 1882 se procurava remediar, na Alemanha, o mal de que se dizia ressentir-se o comércio do país, pela falta de uma forma de sociedade que, sem o aparato e as dificuldades de constituição das sociedades anônimas pudesse reduzir a responsabilidade de seus associados à importância do capital social. Nesse sentido, o Deputado Oechelhauser, que foi um dos principais promotores da lei sobre as sociedades alemãs, preconizava a criação de uma forma de sociedade de pessoas, a qual se aproximasse, pela sua estrutura interior, das sociedades em nome coletivo, e delas se distinguisse pela redução da responsabilidade de seus sócios à soma do capital social. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 1, p. 458.

³ A lei portuguesa é de 1901.

pequeno e médio porte e serviu para criar um tipo societário intermediário. As iniciativas legislativas não vingaram em 1865, mas lograram êxito em 10 de janeiro de 1919, quando foi editado o Decreto n. 3.708.⁴

O texto legal era muito enxuto, composto de 19 artigos o que para muitos doutrinadores era uma vantagem⁵, enquanto para outros não era uma norma a altura do desafio.⁶ Todavia, ao longo de sua vigência, até a edição do Código Civil de 2002, deu conta de regular esse que é o mais utilizado tipo societário no Brasil, fruto, em parte, da colaboração da doutrina e da jurisprudência que se consolidou em torno do tema.

A sua principal vantagem reside em limitar a responsabilidade dos sócios pelas obrigações assumidas pela sociedade, conferindo uma autonomia patrimonial *sui generis*, fruto da associação com a personificação que lhe é outorgada com o registro perante a Junta Comercial. Assim, os sócios se reúnem para desenvolver uma atividade econômica, unem seus recursos e estabelecem o capital social, que é dividido em quotas iguais ou desiguais, obrigando-se cada uma a contribuir com bens ou direitos

⁴ Para uma visão mais detalhada do histórico das sociedades limitadas recomenda-se: LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6.ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 14/29.

⁵ “O caráter lacônico e sintético do Dec. 3.708/19, não prejudicou e, muito pelo contrário, facilitou, no sentido de que a inteligência jurídica nacional lhe desse uma interpretação precisa e sempre atualizada, descobrindo, revelando, explicitando e revitalizando, à luz das necessidades práticas, os princípios maiores nele envolvidos. Entre esses princípios, destaca-se, com especial relevo, o de autonomia da vontade, estrela polar do Direito Privado”. CORREA-LIMA, Osmar Brina. **Cotas preferenciais na sociedade por cotas de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, vol. 664, fevereiro de 1991, p. 34 a 36. LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6.ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28.

⁶ “Já vimos que o Decreto n. 3.708 é de uma deficiência, de uma mudez simplesmente pasmosa. Não lhe bastou deixar em branco os mais sérios problemas que se podem agitar na organização e constituição da sociedade de responsabilidade limitada. Esqueceu-se de que, limitando a responsabilidade dos sócios, pelas obrigações contraídas pelas sociedades, ao montante do capital social, erigiu um regime de exceção, que devia ser cuidadosamente regulado, ponto a ponto, afim de evitar a fraude. Preferiu deixar a sua missão de estabelecer, em suas linhas geraes, a ossatura de um novo typo de sociedades mercantis, ao capricho das partes contractantes. Contentou-se, e contentou-se com muito pouco, em dizer, no seu art. 18, que ‘serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não fôr regulado no estatuto social, e na parte applicável, as disposições das leis das sociedades anonymas.’ FERREIRA, Waldemar. *Sociedades por quotas*. 5^a ed. 1925, p. 131-132.

para sua formação, e a partir do momento em que se efetiva a integralização, adquirem o direito de responder limitadamente pelas obrigações assumidas pela sociedade limitada.⁷

A segunda vantagem que pode ser destacada é a de que a estrutura organizacional da sociedade limitada é muito simples, sem a visão organicista das sociedades anônimas.

Finalmente, a terceira vantagem reside na margem de liberdade conferida aos sócios para suas estipulações, o que permitia uma flexibilidade para se promover ajustes que resolviam problemas organizacionais, promoviam direitos e gerenciavam obrigações. Contribui para essa vantagem a sua natureza contratual em que predomina a autonomia da vontade dos sócios, que encontra limite apenas em normas de ordem pública que não podem ser violadas. Para Egberto Lacerda Teixeira:

“Desfrutam os sócios, sob o regime do Decreto 3.708, da mais ampla e irrestrita liberdade na organização administrativa das sociedades por quotas. Não existe, de fato, naquele diploma legislativo nenhuma regra imperativa ou supletiva acerca da existência e funcionamento dos órgãos deliberativos e de fiscalização das sociedades por quotas”.⁸

Na mesma linha:

“Em virtude da inexistência de disciplina legal rígida aplicável às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, há várias situações que podem ser reguladas pelas partes ao formarem a “sua” sociedade, estrutura conforme os seus interesses. Esse caráter contratual é próprio deste tipo societário, no qual

⁷ “Com efeito, o regime de responsabilidade dos sócios nas limitadas é único, e, como se verá, não corresponde ao regime existente nas sociedades de pessoas, em que a responsabilidade dos sócios é ilimitada e solidária – com exceção da dos sócios comanditários nas sociedades em comandita simples e do sócio oculto na sociedade em conta de participação –, ao regime de responsabilidade existente nas sociedades de capital, em que cada um dos sócios responde apenas pelo preço de emissão das ações por ele subscritas.” **Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito de empresa** (artigos 1.052 a 1.195), Vol. 13, coordenação Antônio Junqueira de AZEVEDO, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 5.

⁸ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 141.

predomina a autonomia da vontade, que somente encontra limites nas normas de ordem pública”.⁹

Essa flexibilidade contratual é potencializada pelo fato de não se tratar de um contrato bilateral, mas um contrato relacional¹⁰ em que o objetivo de todos os contratantes é comum, ou seja, desenvolver através de uma sociedade uma determinada atividade empresarial visando mitigar os riscos associados através de um tipo societário capaz de limitar a responsabilidade dos sócios. Resgata-se o contrato plurilateral defendido por Ascarelli:

[...] à pluralidade corresponde a circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma afinidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-los, todos, em torno de um fim, de um escopo comum.¹¹

Trata-se, portanto, de uma escolha racional, maximizadora dos interesses dos sócios, pois ajuda a compor os recursos escassos que, somados, passam a permitir o desenvolvimento da atividade visando o fomento da riqueza e do bem-estar daqueles que concorreram com seu patrimônio para formar o capital social e obter a personalidade jurídica para, então, constituir um ente autônomo patrimonialmente e independente em sua vontade.

⁹ PRADO, Viviane Muller. **As quotas preferenciais no direito brasileiro**. In Doutrinas essenciais de Direito Empresarial. Arnoldo Wald (org.), volume III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1017 a 1029.

¹⁰ Pimenta, Eduardo Goulart. **Direito Societário e contratos relacionais: a eficiência econômica e o papel do Código Civil no preenchimento das lacunas contratuais das Sociedades Limitadas**. UC Berkeley Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers Publication Date 2007-04-30, <https://escholarship.org/uc/item/24v4h6cg>.

¹¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 271.

2.2. O Código Civil de 2002

Se o Decreto n. 3.708/1919 era econômico na regulação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o mesmo já não se pode dizer do Código Civil de 2002 que tornou o tema complexo e confuso¹², retirando ao menos em parte a vantagem da simplicidade.¹³

Atualmente a sociedade limitada é regulada de modo específico dos artigos 1.052 a 1.087, do Código Civil, afora os demais artigos, aplicáveis por força da regra de regência pelas normas das sociedades simples em caso de omissão do capítulo, ou seja, de 19 artigos houve um salto para 35, no mínimo.

Além do aumento numérico, houve um aumento da complexidade das normas de regência, pois foram instituídos vários quóruns, distribuídos de forma assistemática pelo Código Civil (art. 1061, 1063, 1076), com variações por maioria do capital social, maioria absoluta ou maioria dos presentes, conforme o caso; estabeleceu-se a obrigatoriedade de reuniões e assembleias quando o número de sócios for superior a 10 (dez), conforme art. 1072, § 1º; passou a admitir o Conselho Fiscal; o administrador não sócio; estabeleceu regras de convocação, instalação e deliberação.

Portanto, há um certo consenso na doutrina de que o Código Civil tornou a disciplinas das limitadas mais complexa, aproximando-a demasiadamente da sociedade anônima de capital fechado, conforme crítica que adiante resume a posição de todos:

¹² DINIZ, Gustavo Saad. **A primeira década do Código Civil e alguns problemas para as organizações empresariais**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, p. 207-222, mar. 2012, p. 215. “Não é demais ressaltar que o texto do Código Civil de 2002 vem recebendo imensas críticas pela nova disciplina das sociedades limitadas, aproximando-as das sociedades simples. Somente para ficar num dos exemplos, basta verificar que o Código Civil de 2002 rompeu com a consolidação do princípio da maioria do capital social para os quóruns gerais de deliberação, assentando uma confusa pauta de diversos volumes de capital, dispersos assistematicamente nos arts. 1.061, 1.063, § 1.º, e 1.076 do CC/2002.”

¹³ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 100. “Hoje, quando muitos países adotam uma sociedade anônima simplificada, a fim de flexibilizar os pequenos e médios negócios, o novo Código Civil complica e burocratiza um modelo societário consagrado pela prática.”

Imposta a inevitável comparação entre o Decreto no, 3.708/19 e o novo Código, há de se concluir que, se foi aquele acimado de atécnico e falto de regras indispensáveis, este, embora dotado de tecnicidade, não deixará de profligado como extremamente burocratizante da constituição e funcionamento das sociedades limitadas, assim eliminando uma das vantagens que levaram à criação e à ampla aceitação desse tipo societário. Nem se compreende que, sendo as sociedades limitadas cada vez mais atraídas para a órbita das sociedades anônimas, fosse abandonada a regra do Decreto n. 3.708, de que a supletividade normativa se fizesse pela Lei das Sociedades Anônimas, para se adotar como fonte supletiva, em condenável retrocesso, as regras das sociedades simples (art. 1.053).¹⁴

Tal como havia ocorrido no Decreto n. 3.708, no Código Civil de 2002 a matéria das quotas preferenciais não foi regulada, inexistindo qualquer referência acerca do seu cabimento ou não. Mesmo que tenha sido ampliado consideravelmente o conjunto de normas a respeito das sociedades limitadas, e ainda que ela tenha se aproximado das sociedades anônimas fechadas, acabou por não tratar das quotas preferenciais.

Essa omissão teve consequências, como ficará evidenciado no próximo tópico.

3. As quotas preferenciais

3.1. No regime do Decreto n. 3.708/1919

Quando houve a edição do Decreto, dada sua economia na regulamentação das sociedades limitadas, nenhuma menção foi feita quanto ao cabimento ou vedação à instituição de quotas preferenciais.

Assim, naquele momento a doutrina perfilhou no sentido de admitir a instituição das quotas preferenciais nas sociedades

¹⁴ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6.ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

limitadas, destacando-se Tavares Guerreiro, Osmar Brina e Egberto Lacerda Teixeira, respectivamente:

Tendo em vista, portanto, que a função econômica da sociedade, enquanto técnica de organização de interesse, constitui o fator determinante da maior ou menos flexibilidade de sua estrutura de capital, verifica-se que não existe nenhuma incompatibilidade sistemática ou conceitual entre a sociedade por quotas e o regime preferencial das partes de capital. Mesmo no silêncio da lei aplicável (Dec. 3.708, de 1919), como deixei registrado, é admissível e plenamente justificável a criação de quotas preferenciais nas sociedades limitadas, nos moldes acima descritos, não existindo impedimento de ordem pública nem qualquer restrição legal que faça obstáculo a tal permissão [...].¹⁵

Não se encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma norma que proíba a existência de cotas preferenciais na sociedade por cotas de responsabilidade limitada. E nenhum princípio de ordem pública preconiza ou recomenda a sua evitação.¹⁶

Na verdade, não existe no Código Comercial nem no Dec. 3.708/19 vedação à existência de quotas preferenciais. A preferência pode ser na percepção prioritária de lucros ou no rateio de liquidação. O importante a acentuar é que a totalidade dos lucros não pode ser atribuída apenas a um sócio, nem seja algum deles excluído de sua participação (art. 288, do CCo). (...) Somos francamente favoráveis à aceitação das quotas preferencias nas sociedades limitadas.¹⁷

Nos Pareceres n. 71/1978 e 137/1981, publicado no Boletim JUCESP, no Diário Oficial do Estado de São Paulo¹⁸, foi decidido que

¹⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Sociedades por quotas - Quotas preferenciais**. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros, v. 94, nov./dez. 1994, p.28-34.

¹⁶ CORREA-LIMA, Osmar Brina. **Cotas preferenciais na sociedade por cotas de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, vol. 664, fevereiro de 1991, p. 34 a 36.

¹⁷ Egberto Lacerda Teixeira. **Sociedades limitadas e anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 29.

¹⁸ BRASIL. Junta Comercial do Estado de São Paulo. **Parecer no 71/1978**. Boletim JUCESP. São Paulo: Diário Oficial do Estado de São Paulo, v. 91, n. 158, 1981. BRASIL. Junta Comercial do Estado de São Paulo. **Parecer no 137/1981**. Boletim JUCESP. São Paulo: Diário Oficial do Estado de São Paulo, v. 91, n. 158, 1981.

as sociedades limitadas não vedam a existência de quotas preferenciais, sendo que parte da fundamentação estava relacionada à aplicação do artigo 18, do Decreto n. 3.708:

Lembrando que o art. 18 do Decreto n. 3.708, de 1919, liga as sociedades limitadas à legislação que regula as sociedades anônimas, o ilustre comentarista afirmou que as normas facultativas são aquelas que os organizadores da sociedade limitada podem livremente adotar e fazer inserir no contrato constitutivo. Entre essas normas, destacou as relativas à administração da sociedade, ao Conselho Fiscal, ao dividendo obrigatório e às quotas preferenciais ou privilegiadas. 3. Realmente, institutos típicos das sociedades anônimas vêm sendo comumente usados nos contratos de sociedades limitadas, como os relativos à administração e ao corpo de fiscais. É uma alternativa permitida pela analogia, ante a falta de maiores detalhes e especificações do Decreto 3.708. Do mesmo modo, o regime das ações preferenciais pode ser transportado para a sociedade limitada, pois não há incompatibilidade.

O fundamento legal para essa posição doutrinária encontrava-se no artigo 18, do Decreto n. 3.708, que previa a regulação daquilo que não esteve pactuado pela Lei das Sociedades Anônimas e, também, porque no âmbito do direito privado inexistindo vedação expressa presume-se a liberdade na contratação desse tipo de quota.¹⁹

3.2. No regime do Código Civil de 2002

Aquela posição sofre substancial modificação com o advento do Código Civil de 2002. Em apertado resumo, a doutrina passou a sustentar que a estipulação do artigo 1.010 do Código Civil, associado

¹⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Sociedade por Quotas - Quotas Preferenciais**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, ano XXXIII, n. 94, p. 28-34, abr/jun. 1994, p. 28: “A finalidade deste estudo é a de demonstrar que, no Brasil, perante o regime jurídico das sociedades por quotas de responsabilidade limitada [na vigência do Decreto n. 3.708/1919], são plenamente admissíveis as denominadas quotas preferenciais.”

ao artigo 1.053, que regula a regência supletiva das sociedades limitadas pelas regras das sociedades simples passaram a impedir a existência de quotas preferenciais em nosso ordenamento. Perfilham essa posição Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Jorge Lobo, Fábio Tokars e Sérgio Campinho:

Outras figuras ha no regime jurídico do anonimato de extensão discutível as sociedades limitadas. E o caso das chamadas *quotas preferenciais*. Mesmo que se considere cabível a aplicação das disposições sobre ações preferenciais as limitadas, e evidente que nem todas são com este tipo compatíveis. Não vislumbro a menor possibilidade, por exemplo, de suprimir o direito de voto das quotas. No entanto, dada a permissão de tratamento diferenciado entre os sócios no que se refere a participação nos lucros, e de se admitir quotas que tenham preferência na percepção de dividendos. E não mais que isso. Tais quotas não concedem aos sócios o direito de eleger isoladamente representantes no Conselho Fiscal, quando existente, não ha assembleia de quotistas preferenciais para deliberar sobre a modificação de seus direitos, devendo ser colhida, para tanto, a anuência de todos eles, e assim por diante.²⁰

As quotas preferenciais terão sempre direito e voto, além dos benefícios, vantagens e privilégios especificados no contrato social (...).²¹

Todos os sócios têm direito a voto nas sociedades limitadas. Não se encontra, nesta espécie societária, participações societárias assemelhadas às ações preferenciais das sociedades anônimas, em que se permite a restrição ou a eliminação do direito de voto em contrapartida às vantagens econômicas às mesmas vinculadas. Na sociedade limitada, todos os quotistas têm o mesmo status, não havendo quotas preferenciais.²²

Não podemos deixar de registrar nossa opinião contrária à possibilidade de adoção de quotas preferenciais, isto é, quotas

²⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 346.

²¹ LOBO, Jorge. **Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 144.

²² TOKARS, Fábio Leandro. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 146.

diferenciadas que garantam certas preferências no exercício de determinados direitos aos seus titulares.²³

Embora ainda existisse dúvida a respeito, em especial porque a autonomia da vontade deveria prevalecer, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), que posteriormente seria substituído pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), através da Instrução Normativa n. 98/2003 que atualizou o Manual de Atos de Registro de Sociedade Limitada, que visa precipuamente uniformizar o tratamento da matéria entre as diversas Juntas Comerciais do Brasil, expressamente passou a vedar a possibilidade das quotas preferenciais.

A partir desse momento, não foi mais possível registrar contratos sociais contemplando esse tipo de quota.

3.3. A Instrução Normativa n. 38 do DREI

Entretanto, sem que houvesse qualquer alteração legislativa relevante, por exemplo, através de um projeto de lei que alterasse o Código Civil, o DREI edita uma nova Instrução Normativa permitindo as quotas preferenciais. A partir deste momento, então, o tema volta à discussão sem que haja qualquer consenso. O conteúdo da normativa é o seguinte:

1.4 REGENCIA SUPLETIVA DA LEI No 6.404/76 (LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS)

O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1053, parágrafo único do Código Civil.

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva: I – poderá ser prevista de forma expressa; ou II – presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades

²³ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa: à luz do Novo Código Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 165.

anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais com: a) Quotas em tesouraria; b) **Quotas preferenciais**; c) Conselho de Administração; e d) Conselho Fiscal.

Portanto, é de extrema utilidade promover uma rediscussão do tema antecipando, neste momento, que o artigo se posiciona favorável à criação de quotas preferenciais e passará a enfrentar cada um dos fundamentos contrários apresentados pela doutrina relevante antes colacionadas.

3.3.1. A regência supletiva das sociedades simples e das sociedades anônimas

O primeiro aspecto a ser analisado é o da regência supletiva das normas aplicáveis às sociedades limitadas. Estabelece o artigo 1.053, no seu *caput*, que a “sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas das sociedades simples”. O parágrafo único, por sua vez, afirma que o “contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”.

Inicialmente, o artigo parece definir que em caso de omissão legal, aplicam-se as regras da sociedade simples. De outro lado, se o contrato social prever, a partir disso aplicam-se as regras das sociedades anônimas e afastam-se as regras das sociedades simples. Alfredo de Assis Gonçalves enfrenta o tema e defende que se o contrato social não contiver previsão expressa, afasta-se a aplicação das normas do anonimato: “Interpretado o art. 1.053, parágrafo único, em sentido inverso, sem previsão contratual, a Lei do Anonimato não se aplica à sociedade limitada”.²⁴

José Waldecy Lucena critica fortemente essa regência supletiva, afirmando que “tal modo de disciplinar a supletividade, eis que abandona a longa construção pretoriana existente sobre o

²⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 321.

tema; surge descompaginada das mais modernas legislações”, motivo pelo qual sustenta que o regime mais adequado é o das sociedades anônimas e não das sociedades simples.²⁵ E mais adiante, o mesmo autor propõe a seguinte interpretação para o dispositivo:

Quer parecer que o Código, com essa duplicidade de regência, ao atender parcialmente as críticas que lhe eram feitas, mas sem abandonar a ideia original, pretendeu, sem dizê-lo expressamente, possibilitar aos sócios a seguinte opção de supletividade, a ser escolhida segundo seus interesses e conveniências: a) a adoção de um modelo supletivo mais simples, quando reportado às pequenas e médias empresas (estas quando se pouco sócios), reservando-lhes então o tipo da sociedades simples (caput); b) a adoção de um modelo supletivo mais complexo, quando referido às médias empresas (estas quando de muitos sócios) e às grandes empresas, reservando-lhes então o tipo da sociedade anônima (parágrafo único).²⁶

Ainda sobre esse tema:

Nesse sentido dos pressupostos desenvolvidos pela ilustre professora das Arcadas, a sociedade simples fica no meio do caminho entre a ideia de atividade econômica de mercado e cooperação em sociedade de pessoas para uma finalidade comum. Falta-lhe identidade e, portanto, utilidade no sistema. Além disso, regras como a unanimidade de deliberação (arts. 997 e 999 do CC/2002 (LGL\2002\400)) simplesmente desconsideram que, na prática, esse preceito inviabiliza a sociedade. Não é demais ressaltar que o texto do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002 vem recebendo imensas críticas pela nova disciplina das sociedades limitadas, aproximando-as das sociedades simples. Somente para ficar num dos exemplos, basta verificar que o Código Civil (LGL\2002\400) de 2002 rompeu com a consolidação do princípio da maioria do capital social para os quóruns gerais de deliberação, assentando uma confusa pauta de diversos volumes

²⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6.ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 98.

²⁶ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6.ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 99.

de capital, dispersos as- sistematicamente nos arts. 1.061, 1.063, § 1.º, e 1.076 do CC/2002 (LGL\2002\400).²⁷

O dispositivo legal não possui a melhor redação. O sistema atual possui um regime especial, que é o da própria sociedade limitada prevista entre o artigo 1.052 a 1.087 do Código Civil. Assim, a rigor todos os problemas devem ser resolvidos à luz desse conjunto de artigos. O que a lei reclama é uma possível complementação que derive de questões não solucionadas por esse arcabouço de normas, daí porque o *caput* mencionar as regras das sociedades simples. Todavia, o regime que mais se amolda somente será definido a partir do conhecimento do processo de formação daquela sociedade limitada, ou seja, sendo ela um tipo híbrido, que pode pender entre uma sociedade de pessoas ou uma de capital. Se os sócios entenderem que ela se aproxima mais de uma relação baseada no capital, então deverá prevalecer o regime do anonimato, de outro lado, caso entendam que a relação está baseada na relação interpessoal, deverá prevalecer o regime das sociedades simples, que é mais dedicado às chamadas sociedades de pessoas.

O problema que essa discussão traz para a implantação das quotas preferenciais é o de que o regime das sociedades simples, por ser voltado a atender relações pessoais²⁸ mais fortes que justificam a formação do vínculo societário, não as permite.

De modo geral, contudo, é preciso observar que a maioria absoluta dos contratos sociais de sociedades limitadas preveem a regência supletiva das anônimas. Com o advento da Instrução Normativa n. 38 do DREI, o tema ganha novos contornos porque prevê que a aplicação das regras das anônimas é presumida a partir da adoção de certos institutos, dentre eles as quotas preferenciais, que é tomada como instituto compatível com as sociedades limitadas.

²⁷ DINIZ, Gustavo Saad. **A primeira década do Código Civil e alguns problemas para as organizações empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 917, p. 207-221, março de 2012.

²⁸ WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil: v. XIV: Livro II, do direito de empresa**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 331.

Com a devida vênia, a regência não pode ser presumida, mas expressa porque o art. 1.053, parágrafo único, do CC, afirma que “contrato social poderá prever”.

Havendo previsão de regência pela LSA, então a sociedade limitada é tomada como mais próxima às sociedades de capital e, portanto, poderão ser usados os institutos que lhe são próprios, ainda que adaptados.

3.3.2. A possibilidade de instituição de quotas com direitos diferenciados

O artigo 1.055 do Código Civil estabeleceu que o capital social se divide em quotas e que estas podem ser iguais ou desiguais. Esse dispositivo possui duas interpretações possíveis. A primeira é de que a igualdade ou desigualdade é medida tão somente pelo valor. Assim sendo, um sócio poderá ter 10.000 (dez mil) quotas e outro 5.000 (cinco mil).

A outra forma de interpretar, que interessa em especial para essa pesquisa, é de que igualdade e desigualdade vão além do aspecto “valor” e podem atingir o conjunto de direitos não patrimoniais que emanam da quota. Toda quota possui duas dimensões, uma delas é de índole patrimonial e outra social, ou seja, além de apontar qual é a participação sobre o patrimônio da sociedade, ou na distribuição dos lucros que serão apurados ao final do exercício, a quota também serve como parâmetro na definição de direitos políticos como, por exemplo, na designação de administradores, ou nos votos necessários à aprovação das contas dos administradores.

Assumimos neste ponto que a igualdade ou desigualdade não pode ser interpretada restritivamente neste caso, sendo cabível a instituição de regimes de tratamento desigual entre sócios em razão, por exemplo, de um posicionar como investidor que busca obter um rendimento para o seu investimento e outro como aquele que está preocupado com a perpetuação do negócio ao longo do tempo. Ambos

certamente estão preocupados em obter um resultado positivo (lucro), mas o enfoque é diferente conforme a posição de cada um deles.

Arnoldo Wald posiciona-se favoravelmente à instituição de quotas preferenciais, assentando a sua posição na regra do art. 1.055 do Código Civil e na possibilidade de instituir quotas iguais e desiguais:

1.064. A legitimação do tratamento diferenciado, mediante previsão contratual específica dos diferentes direitos a serem conferidos a cada um dos sócios, possibilita que as partes estipulem a divisão do capital em classes distintas de quotas (ex.: quotas ordinárias, com direito de voto, e quotas preferenciais, sem direito de voto e com vantagens econômicas), distribuindo os direitos patrimoniais e políticos aos seus titulares da forma como melhor lhes convier. Tal ideia tem importância para a aceitação daquelas que podem ser denominadas quotas preferenciais, pois permite retirar o direito de voto e conceder-lhe vantagens pecuniárias.

1.065. Ressalta-se que o voto não é um direito essencial do sócio. O próprio artigo 111, da Lei n. 6.404/76, possibilita que o estatuto social não confira ou confira de forma mitigada alguns direitos às ações ordinárias, até mesmo, o direito de voto. A não previsão de direito de voto, entretanto, não retira do sócio o seu status, pois mantém uma série de direitos e obrigações próprios da posição de sócio, tais como direito de fiscalização, participação nos lucros e nas perdas, direito de subscrição no caso de aumento do capital e, se for o caso, na participação do acervo da companhia na sua liquidação.²⁹

A interpretação mais flexível se justifica. Sendo a sociedade limitada o tipo societário mais utilizado no Brasil, de caráter híbrido, que unifica a simplicidade na gestão com a responsabilidade limitada, deve ser emprestada um maior valor a autonomia da vontade expressada pelos sócios. Não é incomum existirem pessoas dispostas a investir em uma atividade econômica, mas que não desejam participar da administração. Todavia, precisam proteger o seu investimento, enquanto, de outro lado, os sócios, vamos denominar doravante de sócios ordinários, precisam proteger a sua

²⁹ WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. XIV: Livro II, do direito de empresa; coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.360.

posição comprometida com a administração, gestão e demais aspectos da sociedade.

Assim, a instituição de quotas desiguais, em que se ajustam os interesses de investidores através de quotas preferenciais que lhes confirmam algum privilégio, e de outro lado, sócios com quotas ordinárias que possam exercer o direito de voto não se afigura incompatível com o regime das sociedades limitadas. José Alexandre Tavares Guerreiro se posiciona a respeito da importância das quotas preferenciais, ainda que o tenha feito antes da edição do Código Civil em vigor:

Na realidade, convém notar, o advento das ações preferenciais no direito moderno e contemporâneo resultou muito mais da forte pressão dos interesses negociais e empresariais em geral, que da abstrata e pré-ordenada capitulação legislativa. Assim ocorreu no Brasil, como dá conta eminente jurista de São Paulo, ao assinalar que, entre nós, a experiência concreta do instituto precedeu o primeiro diploma legal a cuidar da matéria (Dec. 21.536/32).

...

É de se perguntar então qual seria a razão funcional que vedaria, nas sociedades limitadas, a criação de partes de capital diferenciadas, uma vez atendidas as prerrogativas originárias dos sócios e utilizadas as soluções que a lei propõe para as eventuais divergências nesse momento. Não há resposta positiva a essa pergunta: não existe nada, nem na lei nem na construção das sociedades limitadas, como modelo de organização societária, que impeça essa particularidade, da mesma forma como não se pode dizer que a desigualdade entre as quotas pudesse porventura implicar na quebra da igualdade entre todos os sócios, o que, alias, não está previsto pela legislação aplicável.³⁰

Dessa forma, ao menos à luz do art. 1.055 do Código Civil, não há impeditivo à criação de quotas preferenciais, atendendo-se ao comando que permite existem quotas iguais e desiguais.

³⁰ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Sociedade por Quotas - Quotas Preferenciais**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, ano XXXIII, n. 94, p. 28-34, abr/jun. 1994, p. 31.

3.3.3. O artigo 1.010 do Código Civil: a regra uma quota, um voto

Em seguida ao enfrentamento do artigo 1.055 do Código Civil, é preciso tratar do direito de voto no âmbito das sociedades limitadas. Um dos principais fundamentos empregados pelos que se posicionam contrariamente às quotas preferenciais sustenta que o disposto no artigo 1.010 expressamente atribui um voto para cada quota.³¹ A doutrina passou, então, a não admitir as quotas preferenciais sem direito a voto, sendo que uma parte foi mais aguda na vedação enquanto outra parcela as admitia, desde que conservado do direito de voto (ver item 3.3).

Romano Cristiano perfilha a tese mais flexível, admitindo as quotas preferenciais com direito a voto, embora negue a possibilidade daquelas sem direito a voto:

Resta sabermos se tal legislação é aplicável, no todo ou em parte, à sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Ao que parece, com relação às vantagens é aplicável. Com efeito, mesmo no âmbito da sociedade limitada nada impede que existam dois ou mais grupos diferentes de investidores e que um deles (o inicial, o que teve a ideia do negócio) tenha atraído os demais com promessas especiais. De forma que podem, a nosso ver, existir quotas sociais com diferentes vantagens. Não nos parece igualmente aplicável a referida legislação quando ela permite que se deixe de conferir às participações preferenciais algum ou alguns direitos ordinários, inclusive o de voto, no todo ou em parte.³²

Sob outro fundamento, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa também se posiciona contra as quotas preferenciais sem direito a voto:

³¹ 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. § 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital. § 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz. § 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

³² CRISTIANO, Romano. **Sociedade limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 102-103.

(...) conclui-se em favor da generalidade do direito de voto pela leitura do § 30 do art. 1.072 do NCC, que dispensa a realização a assembleia ou reunião de sócios apenas no caso em que todos eles tenham se manifestado por escrito a respeito da matéria que teria sido objeto daquele conclave. Depreende-se, portanto, que todos os sócios podem manifestar-se por meio do voto nas assembleias ou reuniões, não podendo este direito ser retirado ou restringido pela criação de quotas preferenciais. Quando se examinam os quóruns qualificados para aprovação de certas matérias em reunião ou na assembleia de sócios, nota-se clara incompatibilidade entre o sistema do NCC e a ideia da adoção de quotas preferenciais sem direito de voto ou com voto restrito. Observe-se, por outro lado, que nada impediria a existência de quotas preferenciais com direito de voto, dando-se aos seus titulares uma prioridade no recebimento de lucros, porque o único limite a respeito da distribuição destes está na proibição da sociedade leonina.³³

Com a devida vênia à judiciosa doutrina acima, ousamos pensar diferente.

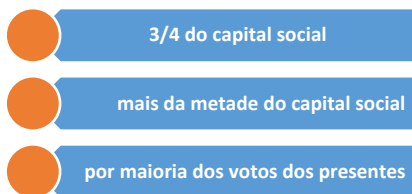
O artigo 1.010 do Código Civil, ao estabelecer que quando “competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um”, está estabelecendo uma forma de computar votos, mas não torna obrigatório que cada quota tenha direito a voto. Assim, a rigor, se a quota for do tipo votante, então o artigo em questão servirá de norte para computar o quórum da deliberação.

O artigo 1.072 do Código Civil parece corroborar essa ideia, ao afirmar que as deliberações dos sócios deverão obedecer ao artigo 1.010, estabelecendo em seguida a forma, em reunião ou assembleia.

Finalmente, o artigo 1.076 do Código Civil define como serão tomadas as deliberações dos sócios, estabelecendo três parâmetros,

³³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. 2, p.421/422.

o que aumenta para quatro se incluído o disposto no artigo 1.061³⁴ do mesmo diploma legal e que trata da aprovação por unanimidade, mas que depois retorna ao critério de considerar o capital social (2/3, no mínimo):



Para corroborar o caráter assessório e não principal do artigo 1.010, ele define, no parágrafo 1º, que a maioria absoluta corresponde a mais da metade do capital.

Assim, nada obsta que se considere o capital social como votante não votante.

3.3.4. Os quóruns

Visando harmonizar o sistema jurídico societário em torno das quotas preferenciais, é preciso enfrentar os quóruns estabelecidos nos artigos 1.061 e 1.076³⁵ do Código Civil.

Embora os quóruns em geral se refiram ao capital social, nada impede que a interpretação se dê em torno do capital votante. Assim, na formação do capital social ter-se-iam dois tipos de quotas, as ordinárias e as preferenciais, sendo que destas últimas é possível suprimir o direito de voto por completo.

³⁴ Art. 1.061. A designação de administradores não sócios dependerá de aprovação da **unanimidade dos sócios**, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização.

³⁵ Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061, as deliberações dos sócios serão tomadas: 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 - pelos votos correspondentes a mais de **metade do capital social**, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071; III - pela maioria de **votos dos presentes**, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Dessa maneira, o quórum de deliberação seria computado a partir do capital votante, ou seja, consideraria apenas os votos das quotas ordinárias. Preserva-se o direito de fiscalização, ou seja, os quotistas preferencialistas poderão participar das deliberações, exercendo do direito de voz ainda que sem direito a voto. Trata-se de hipótese relacionada ao direito de fiscalização e acesso a informação que não pode ser suprimido.

À exceção do quórum que exige a participação unânime, em que inclusive os quotistas preferencialistas poderão votar, pois o artigo 1.061 estabelece como critério de aprovação da “unanimidade dos sócios” e não do capital social, nos demais quóruns é possível que o cômputo se dê a partir daquele capital social que conservou o direito de voto, formando-se, a partir daí, a composição do quórum àquela deliberação específica, por exemplo, para destituição dos administradores (art. 1.071, III, combinado com o art. 1.076, II, do CC).

Ademais, o direito de voto não é um direito essencial sob a ótica da Lei das Sociedades por Ações, pois no seu artigo 109 arrola diversos direitos essenciais dentre os quais não se encontra o de voto.³⁶ A base dessa posição está na distinção entre aquele acionista que está mais preocupado com o aspecto pecuniário, pois se trata de investidor de capital vinculado ao resultado do seu investimento, e o acionista que está preocupado com os destinos da companhia, com a sua perpetuidade. Essa mesma distinção pode ser aplicada às sociedades limitadas que, pelo seu caráter híbrido, podem ser mais voltadas ao capital do que aos vínculos pessoais, de tal sorte que as

³⁶ Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; II - participar do acervo da companhia, em caso de liquidação; III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172. V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei. § 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares. § 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral. § 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

quotas preferenciais que suprimam ou restrinjam direito de voto não se afiguram assistemáticas ou incompatíveis com o regime legal.

Para além do Código Civil, e visando a sistematização do regime societário, aplicando-se as regras da Lei das Sociedades Anônimas será possível aos quotistas preferencialistas adquirir o direito de voto quando for caso de deliberação que envolva a alteração de alguma das preferências (art. 136, inciso II, LSA); ou quando por três exercícios consecutivos deixar de atender alguma daquelas preferências fixadas no contrato social (art. 111, LSA). Também existem dispositivos na lei do anonimato que conferem ao preferencialista o direito de voto em situações especiais, como é o caso da eleição do conselheiro fiscal (art. 161); na assembleia de constituição (art. 87, §2º).

Portanto, os quóruns não representam impeditivo determinante para impedir o uso das quotas preferenciais nas sociedades limitadas.

3-3-5. Quotas preferenciais com direito de voto

Ainda que não se admita as quotas preferenciais sem direito a voto, não nos parece plausível impedir a constituição de quotas preferenciais com direito a voto ou com algum nível de restrição a esse direito.

A possibilidade do uso de quotas preferenciais pode ser importante para uma sociedade limitada que pretenda admitir investidores para ampliar a sua atividade econômica, mas para atraí-los oferece a possibilidade de quotas que possuam algumas das preferências previstas no artigo 17, da LSA: a) prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo; b) prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; c) a acumulação das preferências anteriores.

Se a crítica mais expressiva às quotas preferenciais se refere ao exercício do direito de voto, esvazia-se o argumento caso a instituição dessas quotas conserve o direito de voto em sua

integralidade. Nada impede, portanto, a constituição de quotas preferenciais com direito de voto.

Dessa forma, necessitando a sociedade limitada de investimentos, pode recorrer a potenciais interessados oferecendo-lhes quotas com preferências que podem atribuir, por exemplo, prioridade na distribuição de dividendo fixo ou mínimo. Lembrando que o único limite estabelecido na legislação se refere à vedação prevista no artigo 1.008, do Código Civil.³⁷

Outra possibilidade envolve a criação de quotas preferenciais, tal como previsto no artigo 18, da LSA, que permitam a eleição, em votação em separado, de membros da administração, uma preocupação pertinente para um sócio investidor interessado em ver seu investimento render os frutos esperados.

O que se denota dessas possibilidades singelamente apresentadas em face do espaço disponível para este artigo, é que as quotas preferenciais podem representar um importante mecanismo de ajuste dos interesses envolvidos em uma sociedade, podendo variar desde interesses de investidores até mesmo para regular os interesses sucessórios com a atribuição de preferências pecuniárias que ajudem a convencer certo grupo a abdicar de conflitos de poder no ambiente interno da sociedade em troca de vantagens econômico-financeiras.

Trata-se de mecanismo importante para acomodar interesses³⁸ que, embora reunidos em torno de um interesse comum maior, o sucesso da empreitada desenvolvida pela sociedade

³⁷ Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

³⁸ a ação privilegiada, de prioridade ou preferencial é, sim, o título societário que melhor se presta à captação de recursos no mercado, sem afetar a estabilidade do poder de controle empresarial, mecanismo que nações civilizadas não dispensam, ao estimularem a canalização de poupanças populares para o processo produtivo. Mas que também é, e talvez principalmente, o instituto mais adaptável à boa estruturação do capital das empresas, viabilizando operações de saneamento financeiro, de reestruturação do perfil econômico e do patrimônio das companhias, além de ensejar a acomodação, com equilíbrio de direitos e obrigações, acionistas e grupos de sócios com interesses contrapostos, parcialmente convergentes ou até mesmo divergentes, sobretudo nas companhias fechadas. PENTEADO, Mauro Rodrigues. Ações Preferenciais. In: LOBO, Jorge (Org.). Reforma da lei das sociedades anônimas: Inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.184.

limitada, possuem matizes diversos que variam desde o interesse pelo retorno do investimento realizado até aqueles envolvidos de forma mais profunda com a sociedade e que tem como principal objetivo a sua perpetuidade.

4. Conclusões

Diante dos argumentos acima expostos, e dentro dos limites estabelecidos pela organização da obra, longe de ter a pretensão de esgotar um tema tão rico e cujo debate foi reavivado a partir da Instrução Normativa n. 38 do DREI, visa o presente trabalho apresentar algumas nuances para buscar adequar a possibilidade admitida pela referida normativa à realidade normativa brasileira.

Ao final, é possível apresentar as seguintes conclusões:

- a) A sociedade limitada passou por uma grande mudança ao deixar o Decreto n. 3.708/1919 e passar a ser regulada pelo Código Civil de 2002, pois a complexidade em torno deste tipo societário aumentou e uma parte daquela ideia que justificou a sua criação, a simplicidade do tipo societário, foi perdida nesta jornada;
- b) Ainda assim, o Código Civil representou um avanço em relação a certos pontos que a vacuidade do Decreto havia deixado em branco;
- c) Se no Decreto n. 3.708/1919 não havia justificativa para impedir a criação de quotas preferenciais, essa tranquilidade deixou de existir a partir do Código Civil de 2002;
- d) Não há consenso da doutrina em torno do tema, a qual, em um movimento pendular, ora admite e ora rejeita a possibilidade das quotas preferenciais nas sociedades limitas;
- e) A Instrução Normativa n. 38 do DREI renovou a discussão, pois passou a permitir as quotas preferenciais;
- f) Um dos problemas trazido pela referida normativa é o de presumir a regência supletiva da LSA a partir da adoção de certos institutos da lei do anonimato, dentre os quais as quotas preferenciais, todavia, o artigo 1.053 do CC é claro ao estabelecer que o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, ou seja, não se admite a presunção, reclamando, ao contrário, previsão expressa;

- g) Não se justifica para as sociedades limitadas a regência supletiva pelas normas das sociedades simples;
- h) Em função da autonomia da vontade emprestada na formação dos vínculos societários, e antes a inexistência de vedação expressa a respeito, deve ser admitida a instituição de quotas preferenciais;
- i) O artigo 1.010 do Código Civil não pode ser invocado como impeditivo à criação de quotas preferenciais, porque ele trata de forma de cômputo de votos e não uma norma que torna obrigatório atribuir um voto para cada quota;
- j) Os artigos 1.061, 1.071 e 1.076, do Código Civil, conjugados, estabelecem os vários quóruns aplicáveis às sociedades limitadas, os quais, quando vinculados ao capital social, devem ser lidos como capital social votante;
- k) As mesmas ressalvas quanto ao direito de voto aplicáveis às ações preferenciais, segundo a LSA, devem ser aplicadas às quotas preferenciais;
- l) Finalmente, ainda que se admita uma interpretação restritiva das disposições da LSA às sociedades limitadas, não é possível negar a possibilidade de se instituir quotas preferenciais com direito a voto ou com restrição de direito a voto, pois se trata de importante mecanismo de incentivos ao investimento, com grande importância para o desenvolvimento econômico do empreendedorismo.

5. Bibliografia

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Junta Comercial do Estado de São Paulo. **Parecer no 71/1978**. Boletim JUCESP. São Paulo: Diário Oficial do Estado de São Paulo, v. 91, n. 158, 1981. BRASIL. Junta Comercial do Estado de São Paulo. **Parecer no 137/1981**. Boletim JUCESP. São Paulo: Diário Oficial do Estado de São Paulo, v. 91, n. 158, 1981.

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*.

BRASIL. Lei das Sociedades por Ações. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de empresa: à luz do Novo Código Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CORREA-LIMA, Osmar Brina. **Cotas preferenciais na sociedade por cotas de responsabilidade limitada**. Revista dos Tribunais, vol. 664, fevereiro de 1991, p. 34 a 36.

CRISTIANO, Romano. **Sociedade limitada no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Gustavo Saad. **A primeira década do Código Civil e alguns problemas para as organizações empresariais**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, n. 917, p. 207-222, mar. 2012.

FERREIRA, Waldemar. Sociedades por quotas. 5^a ed. 1925, p. 131-132.

Comentários ao Código Civil: parte especial, do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), Vol. 13, coordenação Antônio Junqueira de AZEVEDO, 2a edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 5.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 5^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Sociedade por Quotas - Quotas Preferenciais**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, ano XXXIII, n. 94, p. 28-34, abr/jun. 1994.

LOBO, Jorge. **Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades limitadas**. 6.ed. Atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Ações Preferenciais**. In: LOBO, Jorge (Org.). Reforma da lei das sociedades anônimas: Inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Pimenta, Eduardo Goulart. **Direito Societário e contratos relacionais: a eficiência econômica e o papel do Código Civil no preenchimento das lacunas contratuais das Sociedades Limitadas**. UC Berkeley Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers Publication Date 2007-04-30, <https://escholarship.org/uc/item/24v4h6cg>.

PRADO, Viviane Muller. **As quotas preferenciais no direito brasileiro**. In Doutrinas essenciais de Direito Empresarial. Arnaldo Wald (org.), volume III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1017 a 1029.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 1, p. 458.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 141.

Teixeira, Egberto Lacerda. **Sociedades limitadas e anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOKARS, Fábio Leandro. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. 2.

WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. XIV: Livro II, do direito de empresa; coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Breves comentários sobre a inserção da sociedade limitada unipessoal no direito societário brasileiro

*Renato Vilela**

*Gabriel de Macedo Duarte***

*Yasmin Fernandes Reis****

Introdução

Com o advento dessa modalidade de exercício da atividade empresária, atual a Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019 (MP 881), foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a sociedade limitada unipessoal¹. Essa modalidade de exercício da atividade empresária, já presente em diversos países ao redor do mundo, desafia o nosso direito societário como conhecemos hoje.

Isso porque, até então, a concepção contratualista da sociedade exigia a celebração de um contrato entre dois ou mais indivíduos, ou seja, não haveria que se falar em sociedade de um sócio só. A alternativa para garantir a autonomia patrimonial do empresário que

* Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito dos Negócios pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Societário do GVLaw, Instituto de Direito Público de SP e Ibmecc SP.

** Graduando de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

*** Graduada de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹ Nova redação do art. 1.052 do Código Civil, incluindo o parágrafo único foi inserido pela MP 881: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Parágrafo único. “A sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas, hipótese em que se aplicarão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”.

exerce a empresa individualmente era prevista apenas pela Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (“EIRELI”), cujo requisitos por vezes se tornavam empecilhos à sua constituição.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a avaliar os principais reflexos práticos da inserção da limitada unipessoal no direito brasileiro. Para tanto, buscaremos fazer algumas observações sobre a EIRELI e as sociedades limitadas (unipessoais e comuns) em um breve paralelo Brasil-Portugal.

Em seguida, elencaremos algumas peculiaridades registraís da sociedade limitada unipessoal que, na nossa leitura, adaptou esse instituto à ausência da pluralidade de sócios. Além disso, levantaremos algumas questões que ainda remanescem sem resposta.

Por fim, para constatar se faz sentido falar em unipessoalidade diante da realidade fática das sociedades limitadas, faremos referência a alguns dados de pesquisa empírica sobre o tema.

1. Apontamentos sobre a EIRELI e a Sociedade Limitada

Em 2011, com o advento da Lei n. 12.441, uma nova espécie de pessoa jurídica surgiu no ordenamento jurídico brasileiro: a EIRELI. O §6º do art. 980-A do Código Civil coloca a EIRELI como uma modalidade societária que se submete ao regime jurídico da sociedade limitada, porém que não se confunde com esta, pois, é composta por apenas um titular.

Em que pese o regime jurídico muito próximo da limitada, há algumas características distintivas desse instituto, por exemplo, o polêmico valor mínimo de capital social integralizado, que não pode ser inferior de 100 vezes o salário mínimo vigente.²

² “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”. Em termos práticos, o capital social de uma EIRELI em 2019 não pode ser menor que 99.800,00 reais nos termos do Decreto nº 9.661 de 01 de janeiro de 2019.

Por sua vez, a sociedade limitada – tipo societário mais comumente utilizado – está submetida a um regime jurídico próprio e “personalizável”. Antes da análise das principais normas que a regulam, vale recapitular o contexto histórico do instituto para otimizar a compreensão de seu propósito e como ele se consolidou ao longo do tempo.

Visando simplificar a burocracia exigida pela sociedade por ações, a ideia da sociedade limitada foi introduzida no direito britânico em 1863, com a sociedade *limited by shares* proveniente no *Companies Act* de 1862 e também em território francês em 1863 com a *société à responsabilité limitée*. No entanto, entendemos que essas inovações societárias não foram as precursoras da atual sociedade limitada, e sim apenas uma adequação de uma sociedade anônima à *players* que não dispunham de recursos para suportar o regime de uma S.A..

A sociedade limitada, nos moldes que conhecemos hoje e com legislação e regime jurídicos próprios, foi introduzida como um tipo de organização societária na Alemanha em 1892,³ não mais apenas como uma sociedade por ações simplificada. Essa mudança influenciou diretamente a formação da sociedade limitada no Brasil, por meio do Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Desde então a *affectio societatis* figura como um princípio na formação do contrato de sociedade, que influenciou todo o regime jurídico aplicável às limitadas – exceto, atualmente, às unipessoais, uma vez que nesta não há pluralidade de sócios.

A *affectio societatis* é traço específico de uma sociedade para o direito brasileiro, trata-se da vontade de cooperação ativa dos sócios unidos pela vontade de atingir um bem comum.⁴ Mas essa vontade não pode ser tratada como simples, é necessário que um resultado seja perseguido em comum, deve existir um objetivo

³ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 460.

⁴ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*, v. 1, 8. Ed. Ver. E atual – São Paulo: Atlas, 2017. P. 277.

mútuo. Essa vontade ainda deve ser exteriorizada, como dispõe Carvalho de Mendonça: “os sócios *devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade.*”⁵

Segundo Erasmo Valladão Azevedo, Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek⁶ entende-se que o direito brasileiro ainda é arcaico com relação à este princípio: “*Ainda assim, no direito brasileiro, a noção de affectio societatis continua a ecoar na doutrina, que ora lhe reconhece o atributo de elemento constitutivo, distinto do consentimento exigido para a celebração de qualquer contrato.*”. Talvez, para alcançar novas realidades (como a sociedade unipessoal), o direito societário brasileiro terá que superar alguns elementos antigos. A expressão latina denota um sentido muito simples à sociedade, que nos dias de hoje, tem uma lógica muito mais complexa do que o mero contrato nascido de manifestações de vontade em um mesmo sentido.

Neste sentido, já se admite uma conclusão parcial: mudanças se fizeram necessárias para a recepção da sociedade limitada unipessoal frente à noções basilares da formação de contratos de sociedade, o que será examinado na seção 2 deste artigo. Porém, antes de adentrar especificamente neste tema, vale fazer um paralelo com o ordenamento jurídico português - que já prevê a sociedade unipessoal há mais de 20 anos - para compreender o seu surgimento e sua relação com a versão lusitana da EIRELI.

1.1. Experiência da limitada unipessoal no direito societário português

⁵ CARVALHO DE MENDONÇA, J. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, tomo 2, p. 30.

⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: *Direito societário contemporâneo* [S.l: s.n.], 2009. p. 136.

Por meio do DL 256 de 31 de dezembro de 1996, nos termos dos artigos 270-A até 270-G do CSCP⁷ foi introduzida no ordenamento português a figura da sociedade unipessoal. Durante seus primeiros anos em vigor, sua figura era vista com estranheza pelos doutrinadores lusitanos, mas hoje é aceita após o entendimento que sua natureza não se opõe aos princípios das sociedades empresárias, pelo contrário, apenas foi trazido para o texto de lei um tipo societário que já era antes utilizado.

Neste tema, merece destaque o texto de Ricardo Alberto Santos Costa:

“A sociedade unipessoal é uma das vicissitudes mais desafiantes na (re)compreensão de algumas estruturas mais perenes no direito societário no âmbito do *aggiornamento* que ciclicamente elas sofrem para se moldarem ao apelo reformador das realidades da vida negocial e comercial.”⁸

Ainda segundo o autor, mesmo sendo um instituto recente, a sociedade unipessoal não denota um estranho ao mundo jurídico, uma vez que mesmo antes da previsão legal, elas já existiam. As sociedades de fato eram unipessoais e de direito contavam com dois ou mais sócios. A realidade econômica e mercantil brasileira não está muito distante do cenário português, como veremos na seção 3 deste artigo.

Em 1986 pelo DL n^o 248 de 25 de agosto, foi criada em Portugal a EIRL, sigla para Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, modelo muito parecido com a EIRELI brasileira. Assim como no Brasil, alguns requisitos devem ser seguidos como: a obrigatoriedade do capital social ser maior que 5.000 Euros e, ainda, 2/3 desse capital social – que assim como na

⁷ Código das Sociedades Comerciais Portuguesas.

⁸ COSTA, Ricardo Alberto Santos. *Código das Sociedades em Comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Códigos – IDET, Almedina, Coimbra, Portugal. p. 267.

EIRELI deve estar totalmente integralizado - deve ser integralizado com dinheiro, ou seja, pelo menos 3.333,33 Euros.

*“O EIRL português, criado em 1986 sob a forma de patrimônio de afetação, evidenciou a recusa à admissibilidade da sociedade unipessoal, no entanto, na prática, não obteve aceitação do empresariado. Assim, em 1996, Portugal admitiu legislativamente a sociedade unipessoal originária”*⁹. Mais uma vez, não muito distante do Brasil, a realidade fática do empresário português exigiu fez que a Limitada Unipessoal deixasse de ser apenas de fato para tornar-se de direito.

2. Problemas jurídicos da sociedade limitada unipessoal introduzida pela MP 881

Sob lógica histórica semelhante à do direito societário português, a ideia de sociedade limitada unipessoal trazida na MP 881 consiste na possibilidade do exercício da atividade empresária por um único indivíduo, que buscará produzir ou circular bens ou serviços sem colocar em risco seu patrimônio pessoal. Antes da MP 881, a única possibilidade de o empresário individualmente gozar de autonomia patrimonial era a EIRELI.

Atualmente, com a inserção da sociedade limitada unipessoal no nosso ordenamento jurídico, o empreendedor brasileiro dispõe de uma alternativa à EIRELI que ainda exige uma análise pragmática de qual os seus efeitos e potenciais riscos.

O objetivo desta seção é, em suma, promover o debate sobre o instituto e quais as eventuais complicações práticas que dele derivam (ou não) e, ao final, trazer algumas preocupações que, ainda, remanesçam sem resposta.

Em um primeiro momento, vale fazer a ressalva de que nem todos os problemas jurídicos que dão vazão a discussões

⁹ MOREIRA, Welliton Luiz. A sociedade unipessoal e a limitação da responsabilidade patrimonial do empresário individual. Tese de mestrado defendida em 2016 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

doutrinárias acaloradas chegam a ter repercussões relevantes na vida real. Um exemplo de debate teórico que não traria maiores contribuições é a técnica legislativa aplicada no parágrafo único do art. 1.052.

Observa-se que o art. 981¹⁰ estabelece o contrato como a forma jurídica adequada para a constituição da sociedade. Ocorre que a sociedade limitada unipessoal será constituída através de um ato unilateral do sócio único, não um contrato. Ou seja, essa sociedade nunca observará a forma prescrita em lei (contrato), que é um dos requisitos de validade do negócio jurídico no art. 104, inciso III do Código Civil.

Partindo de uma interpretação exclusivamente literal da redação atual do art. 981, todos os atos constitutivos de sociedades limitadas unipessoais poderiam ser considerados nulos em virtude de uma mera formalidade.

A solução para essa questão poderia residir em uma interpretação extensiva do conceito de contrato, que abrangeria também o ato constitutivo unilateral ou - o mais adequado - uma ressalva no art. 981 que abarque especificamente a situação da limitada unipessoal. Independentemente da adoção de qualquer (ou nenhuma) das saídas acima, é razoável deduzir que não é a intenção de quem edita a norma inserir no ordenamento jurídico um instituto automaticamente inválido. Por isso, embora aparentemente haja uma certa atecnia, não a consideramos crucial para o debate do tema.

Em contrapartida, na nossa leitura, a flexibilização do pressuposto da pluralidade de sócios, sim, se revela importante. Isso porque repercutiu na constituição, no processo decisório e na extinção da sociedade. De um ponto de vista exclusivamente teórico, o pressuposto da pluralidade de sócios e a sociedade unipessoal são diametralmente opostos, o que serviria de pano de fundo para uma discussão doutrinária que já vem de longa data, mas não é o que se

¹⁰ “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*”.

propõe neste artigo. Ao invés disso, busca-se compreender os reflexos dessa quebra de paradigma na realidade fática do empresário.

A *primeira* consequência que identificamos decorre do art. 981 do Código Civil, que define as sociedades (simples ou empresárias) como um contrato. Ou seja, a constituição de uma sociedade exige a celebração de um negócio jurídico bilateral, que requer as manifestações de vontade de, ao menos, dois sujeitos. Em resposta a esse requisito, a Instrução Normativa DREI nº 63, de 11 de junho de 2019¹¹ se refere ao “*ato constitutivo da sociedade limitada unipessoal*”, agora unilateral, cujo conteúdo deve observar às disposições relativas ao contrato social da sociedade limitada.¹²

O *segundo* efeito relevante consiste na mudança do processo decisório da sociedade limitada, que foi especificamente desenhado para comportar um processo de deliberação - mediante assembleia ou reunião de sócios - regido pelo princípio majoritário. Com relação à limitada unipessoal, o processo decisório equivalerá a redução a termo das decisões do sócio único, que “*serão refletidas em documento escrito (instrumento particular ou público)*”¹³, que não precisa ser publicado, salvo em caso de redução do capital social¹⁴.

Por fim, o *terceiro* reflexo que consideramos significativo diz respeito a ausência de pluralidade que, quando mantida por mais de 180 dias, era tida como causa de extinção da sociedade (art. 1.033, inciso IV). Agora, ao contrário, a unipessoalidade permanente não representa mais, necessariamente, a extinção da sociedade limitada.

¹¹ BRASIL. Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração do Ministério da Economia. Instrução Normativa DREI nº 63/2019, de 11 de junho de 2019, publicada no Diário oficial da União de 14 de junho de 2019.

¹² Item 1.2 da IN nº 63/2019: “[...] *O ato constitutivo do sócio único observará as disposições sobre o contrato social de sociedade limitada*”. O texto é silente, mas nos é claro que tais disposições se aplicam apenas no que couber, pois, dada a unipessoalidade, não há que se falar em “*participação de cada sócio nos lucros e nas perdas*”, por exemplo.

¹³ Item 2.2 da IN nº 63/2019.

¹⁴ Item 2.1.1 da IN nº 63/2019: “*Somente precisam ser publicadas as decisões do sócio único da sociedade limitada unipessoal no caso de redução de capital, quando considerado excessivo em relação ao objeto da sociedade (§ 1º do art. 1.084 do Código Civil)*”.

No momento da saída dos sócios pode ser realizada alteração que permita a continuidade com o sócio remanescente.¹⁵

Superadas essas complicações práticas, é possível concluir que, se a MP 881 for convertida em lei, o pressuposto da pluralidade de sócios será definitivamente flexibilizado com relação à sociedade limitada unipessoal. Mais do que isso, podemos afirmar que essa flexibilização *não* se aplica aos demais tipos societários em função do “lugar” onde foi inserido o referido instituto: art. 1.052, no capítulo especificamente destinado à sociedade limitada.

Essa opção do legislador causa uma certa dúvida sobre o porquê de restringir a unipessoalidade apenas para a sociedade limitada. É evidente que a *mens legis* aqui é atribuir autonomia patrimonial e a limitação da responsabilidade ao empresário individualmente exerce atividade econômica, mas não fica claro porque um artista, por exemplo, que não se importa em responder subsidiariamente pelas obrigações sociais e pretende constituir uma sociedade simples pura, não pode fazê-lo na modalidade unipessoal.

Uma outra dúvida (talvez ainda mais relevante) é a questão da aprovação, sem reservas, do “*balanço patrimonial e do resultado econômico*” – aqui entendidos como as demonstrações financeiras do exercício – pelo sócio único que também figura como administrador da sociedade.

Essa situação pode por em xeque a credibilidade das demonstrações financeiras da sociedade limitada unipessoal uma vez que, tendo em vista que a aprovação sem reservas exonera o administrador de eventuais responsabilidades, trata-se do sócio dando quitação a ele mesmo, sem a supervisão de terceiros.

Muito já se discutiu no âmbito das sociedades por ações sobre o conflito de interesses formal no qual incorre o acionista que, ao mesmo tempo, também é membro do conselho de administração ou diretoria da companhia. Não por outro motivo o art. 115, §1º da Lei

¹⁵ Item 1.2 “Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a unipessoalidade permitida pelo parágrafo único do art. 1.052 do Código Civil poderá decorrer de constituição originária, saída de sócios da sociedade por meio de alteração contratual, bem como de transformação, fusão, cisão, conversão, etc”.

nº 6.404/76 já prevê essa situação como uma das causas de impedimento *a priori* do exercício do direito de voto. As sociedades limitadas que contam com a pluralidade de sócios já passariam por esse problema.

Adicionalmente, com relação às companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários sedimentou o entendimento de que a quitação em assembleia não exonera o administrador da responsabilidade administrativa.¹⁶ Assim, mesmo que exonerados da responsabilidade civil, os administradores ainda respondem perante a Autarquia em caso de irregularidades nas demonstrações financeiras. Com relação às limitadas unipessoais, não temos nem o julgamento de um outro sócio, nem a supervisão de um regulador.

Da mesma forma, quando falamos em uma sociedade composta por sócio único e administrada por este, ele não possui outra alternativa além do conflito de interesses. Afinal, alguém tem que deliberar sobre a matéria e esse alguém, necessariamente, será ele e apenas ele.

Colocando em perspectiva, esse conflito poderia afetar diretamente alguém que adquiriu a totalidade das quotas da sociedade com base em uma análise de demonstrações financeiras irregulares, anteriormente aprovadas, e cujo ex-administrador/sócio único já recebeu quitação. Nesse contexto, a não ser que o cessionário consiga provar a ocorrência de erro, dolo ou simulação, não há como reparar danos sofridos através da responsabilização do ex-administrador/sócio único, pois enquanto administrador ele está isento, e enquanto sócio a situação de conflito era inevitável.

¹⁶ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo Sancionador nº RJ2012/3110, decidido em 14.02.2017, Diretor Relator Pablo W. Renteria: “É improcedente o argumento da defesa de que, nos termos do art. 134, §3º, da Lei nº 6.404/1976, os administradores não poderiam ser responsabilizados, já que suas contas, relativas ao exercício de 2009, foram aprovadas na AGO. Isto porque a aprovação das contas importa quitação da companhia em favor do administrador, **sendo, todavia, inoperante em relação à sua responsabilidade administrativa perante o órgão regulador.**”.

3. A realidade das sociedades limitadas

O estudo “Radiografia das Sociedades Limitadas”, elaborado pelo Núcleo de Estudos em Mercados e Investimentos da FGV Direito SP em agosto de 2014, analisou o perfil das sociedades limitadas registradas na Junta Comercial de São Paulo (JUCESP).¹⁷ Os resultados da pesquisa complementarão a nossa análise sobre a inserção da sociedade limitada unipessoal no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem a pretensão de estender as conclusões que decorrem dos dados colhidos no estado de São Paulo a todo o Brasil, esta seção procura aproximar este artigo da realidade fática das sociedades limitadas, com atenção especial ao quadro de sócios e a distribuição do capital social.

3.1. Resultados da pesquisa

O artigo 997 do Código Civil de 2002 elenca o capital social como um requisito do contrato social uma sociedade limitada. O estudo examinou esse requisito em três faixas, sendo a primeira com capital social abaixo de 10 mil reais, a segunda entre 10 mil reais e 50 mil reais e por último, na terceira faixa, capital social acima de 50 mil reais.

Os números encontrados na JUCESP evidenciam o fato que a maioria das sociedades limitadas no Estado de São Paulo possuem capital social menor que 50 mil reais, sendo 38% das sociedades empresárias abaixo de 10 mil reais e 39,9% apresentam cifras entre 10 e 50 mil reais. Apenas 22,1% da totalidade apresentam capital social acima de 50 mil reais.

¹⁷ CHAVENCO, Maurício; HUBERT, Paulo; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; RIBEIRO, Victor B. Holloway; VILELA, Renato. Radiografia das Sociedades Limitadas. Núcleo de Estudos em Mercado e Investimentos. FGV Direito. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/radiografia_das ltdas_v5.pdf>. Acesso em 06 de jul. de 2019.

Em relação à administração das sociedades analisadas, 98,34% não possuem administrador profissional, fato que demonstra que em quase a totalidade das sociedades a administração é feita pelos próprios sócios.

Ainda, sobre alterações dos contratos sociais, 44,9% das sociedades em questão nunca tiveram seus contratos alterados desde a constituição, 24,3% das sociedades contaram apenas com uma alteração, 13,3% contaram com duas alterações, 7,5% com três alterações, 4,2% com quatro alterações, 5,4% com mais de cinco alterações e por fim apenas 0,4% com mais de dez alterações contratuais.

Ao examinar o quadro de sócios das sociedades limitadas, o estudo constatou que, 6% das sociedades limitadas registradas na JUCESP já apresentavam apenas um sócio, mesmo sob pena de dissolução da sociedade se a pluralidade não fosse restaurada no prazo de 180 dias.¹⁸ Em contrapartida, 85,7% das sociedades analisadas eram constituídas de dois sócios.

Nos termos do art. 1076, inciso I do Código Civil¹⁹ algumas deliberações exigem a aprovação de 75% do capital social da sociedade, por esse motivo, é considerado sócio controlador aquele que detém sozinho pelo menos 75% do capital social. Na ausência de um controlador, em 44,91% das sociedades analisadas os sócios possuem participações idênticas, e em apenas 8,32% os sócios possuem participações diferentes.

A figura do sócio controlador está presente em 46,8% das sociedades analisadas, dos quais em 24,32% das sociedades o controlador é titular de 75% à 98,99% do capital e, em 22,45%, o sócio controlador detém 99% do capital.

¹⁸ Art. 1.033. *Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:*

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

¹⁹ Art. 1.076. *Ressalvado o disposto no art. 1.061, as deliberações dos sócios serão tomadas: I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071 [...]*.

Diante dos dados trazidos pelo estudo, sobretudo aqueles com relação à unipessoalidade (6%) e a quase totalidade do capital social detida por um único sócio (22,45%), não é forçoso concluir que já existia um cenário propício às sociedades limitadas unipessoais, quando a pluralidade de sócios, em numerosos casos, já era uma mera formalidade.

4. Conclusão

A inserção da sociedade limitada unipessoal no direito societário brasileiro representa em um primeiro momento, em uma alternativa “menos burocrática” à EIRELI, que decorre de uma política pública de desburocratização da atividade econômica a qual, entre outras medidas, buscou incentivar/facilitar o exercício da empresa no país. E, em seguida, questiona a teoria contratualista das sociedades adotada pelo Código Civil, em especial o requisito de pluralidade dos sócios e, por consequência, a *affectio societatis*.

Além disso, considerando que a MP 881 seja oportunamente convertida em lei, algumas mudanças com relação aos atos constitutivos e processo decisório, por exemplo, se farão necessárias. Embora o órgão registral tenha colaborado para adaptação de algumas normas, ainda há questões remanescentes sem resposta, o que exige um cuidado a mais no momento de constituir ou adquirir as quotas de uma sociedade limitada unipessoal.

Em que pese a ausência de consulta à população ou debate legislativo, o instituto se coaduna à realidade do sujeito que deseja exercer individualmente a atividade empresária, ao mesmo tempo pretende gozar de autonomia patrimonial e limitação de sua responsabilidade ao capital subscrito. Como visto na seção 4, é possível assumir que tal anseio também era compartilhado pelos 6% de sociedades paulistas com apenas um sócio e os 22,45% de sociedades cujo capital é praticamente todo detido pelo sócio controlador.

Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica nas relações empresariais: do Requião à MP da liberdade econômica

*Ricardo Lupion**

Introdução

“Com surpreendente frequência, há casos em que procuradores de sócios, procuradores de ex-sócios, e ex-procuradores de ex-sócios estão tendo suas contas correntes bloqueadas por conta de dívidas de empresas insolventes ou inadimplentes. E o que é pior: sem que haja prova (ou mesmo qualquer indício) da ocorrência de ato ilícito doloso ou culposo por parte do procurador cujos recursos são bloqueados. A jurisprudência brasileira está, assim, caminhando no sentido de criar um regime de responsabilidade objetiva do procurador e do ex-procurador do sócio e do ex-sócio por dívidas da empresa. Esse regime excêntrico, inédito no mundo industrializado, não encontra amparo na legislação; atenta contra princípios de direito; e, acima de tudo, causa distorções graves tanto no sistema jurídico quanto na atividade econômica do país.”¹

O artigo 20 do revogado Código Civil de 1916 já dispunha que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” e indicava clara distinção entre a personalidade jurídica da sociedade

* Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) na PUCRS, Advogado. E-mail: ricardo.lupion@pucrs.br

¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. “Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truço: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa”: *Revista Direito GV, São Paulo*, jan-jun/2012, p. 329.

e a dos seus sócios, separando e individualizando o patrimônio da sociedade, do patrimônio dos seus sócios, dotando a sociedade de autonomia patrimonial.

No caso das sociedades limitadas, quando reguladas pelo revogado Decreto 3.708/1919, o artigo 2º, já estabelecia que o ato constitutivo da sociedade devia “estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social”.

A partir da vigência do Código Civil de 2002, o artigo 1.052, também estabeleceu que, uma vez integralizado o capital social, “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas”.

Por que razão, enfim, a ordem jurídica não atribui aos sócios qualquer responsabilidade se já tiver sido integralizado o capital social? Considerando que nenhuma atividade econômica é isenta de riscos, por mais honesto, trabalhador, cuidadoso que seja o sócio, sempre há a possibilidade de insucesso da atividade econômica e, se não houver a limitação das perdas, cada vez menos pessoas serão atraídas por essa alternativa de emprego de suas disponibilidades. Se a lei não excluir a possibilidade de alguém perder tudo o que amealhou em sua vida (que garante seu sustento e o de sua família, o sossego na velhice e a educação dos filhos) numa atividade econômica, certamente a maioria das pessoas não se sentirá minimamente motivada a empreender, a criar novas empresas, a investir em negócios empresariais.²

É o que Bruna Salama denomina de “responsabilização empresarial moderna” formada pelos princípios da responsabilidade limitada dos sócios ao capital social e da autonomia patrimonial da sociedade, segundo o qual “os direitos e obrigações da empresa são distintos e não se comunicam imediata ou

² COELHO, Fabio Ulhoa. Parecer caso Lupatech S/A: consulta referente à desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos de decretação da falência. São Paulo, 11 de junho de 2013. TJRS. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70053103164. Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. J em 26/06/2013.

necessariamente com os direitos e obrigações pessoais de seus sócios, administradores e representantes”.³

1. Delimitação da abordagem do tema

No direito brasileiro, existem diversas disposições legais que regulam hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

No início da década de 90, do século passado, o código de defesa de consumidor, expressamente estabeleceu que, no âmbito das relações consumeristas, “o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, conforme artigo 28 do referido diploma legal.

Ainda nos anos 90, a lei nº 8.884/1994, que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, também continha expressa previsão legal autorizativa da desconsideração da personalidade jurídica por infração da ordem econômica se houver, da parte do infrator, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Essa previsão legal foi mantida no artigo 34 da lei nº 12.529/2011 que revogou a lei 8884/1994 e passou a tratar do tema concorrencial.

No final da década de 90, o artigo 4º da lei ambiental nº 9.605/1998, também autoriza que seja desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Ainda, no final da década de 90, o artigo 18, § 3º, da lei nº 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, também autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade sempre que

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Obra citada**, p. 333

esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis.

Nas relações trabalhistas e tributárias também é possível desconsiderar a personalidade jurídica do empregador e da pessoa jurídica contribuinte, adotando-se mecanismos e procedimentos próprios de cada um desses sistemas específicos.

O enfoque deste artigo limita-se a abordar as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade nas relações empresariais, isto é, “entre empresas ou entre profissionais”,⁴ nas quais as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia⁵ e, portanto, nessas relações (no plano do direito empresarial), deve prevalecer, com mais força do que em outros setores do direito privado, o princípio da autonomia privada, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência.⁶

O empresário, como homem de negócios cuja profissão está no contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras por tomadas de preços e seletivas, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do marketing, da política de preços, da capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente econômicos.⁷

⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 34, págs. 304-305.

⁵ STJ. REsp nº 1.447.082, rel. Min. Paulo Sanseverino, 3ª Turma, j. em 10/05/2016

⁶ STJ. REsp nº 1.409.849, rel. Min. Paulo Sanseverino, 3ª Turma, j. em 26/04/2016

⁷ GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé Objetiva nos Contratos Empresariais. Contornos Dogmáticos dos Deveres de Conduta**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, págs. 139/154.

2. O esgarçar e o recoser dos valores do direito comercial

O esgarçar dos valores do direito comercial - expressão cunhada por Fábio Ulhoa Coelho - decorreu de uma resistência dos comercialistas que tardaram a perceber as mudanças introduzidas pela “*argumentação por princípios*” na forma como se decidem as demandas judiciais depois da Constituição de 1988.

Ao confessar que estava entre os comercialistas resistentes à “contaminação” da disciplina do direito comercial pela argumentação por princípios, o jurista apontou, por exemplo, “o quanto de insegurança jurídica pode advir, ao empresário, da aplicação de um princípio tão excessivamente amplo, como o da *dignidade humana*, em detrimento de regras específicas do direito comercial”. Assumiu uma atitude conservadora, “como se a cultura jurídica brasileira não tivesse passado por uma profunda transformação, ou como se um ramo jurídico pudesse facilmente percorrer rumos próprios.

Tempos depois reconheceu que as regras específicas do direito comercial “somente serão aplicadas se devidamente *amparadas* por valores disseminados pela sociedade e introjetados pelos profissionais jurídicos, especialmente pelos juízes”, caminho que ele próprio denominou de “recoser os valores do direito comercial” que significa “enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea”.⁸

3. Autonomia patrimonial da sociedade: importância e efeitos

Um dos mais importantes princípios do direito comercial, o princípio da autonomia da sociedade atende aos interesses da

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 18-22.

coletividade⁹ e, há um só tempo, desestimula a presença dos *risk makers* e criam incentivos positivos para os investidores tradicionais que se sentirão atraídos pelo ambiente negocial. Fabio Ulhoa Coelho assim se expressou sobre o tema:

“Como técnica de segregação de riscos, a autonomia patrimonial das sociedades empresárias é um dos mais importantes instrumentos de atração de investimentos na economia globalizada. Trata-se de expediente que, em última instância, aproveita a toda coletividade, como proteção do investimento. A segregação dos riscos motiva e atrai novos investimentos por poupar o investidor de perdas elevadas ou totais, em caso de insucesso da empresa. Se determinada ordem jurídica não contemplar a autonomia patrimonial (ou outras técnicas igualmente disseminadas de segregação de risco), é provável que muitos investidores receiem investir na economia correspondente. Afinal, a empresa não prosperando e vindo a experimentar perdas que acabem por leva-la à quebra, se isto, num determinado país, colocar em risco a totalidade do patrimônio do investidor (e não somente o que investiu no infeliz negócio), é provável que ele opte por direcionar seu capital para outro lugar.”¹⁰

Em razão do reconhecimento da autonomia patrimonial da sociedade, os bens, direitos e obrigações são exercidas em nome e pela sociedade, não se confundindo com os bens, direitos e obrigações dos sócios. Disso resulta uma conclusão óbvia: assim como o sócio não pode, em seu nome, usufruir dos bens da sociedade e exercer direitos titularizados pela sociedade, *ipso facto*

⁹ “A sociedade personificada, portanto, era um instrumento da consecução de objetivos socialmente proveitosos, pois, ao mesmo tempo em que permitia a aferição de lucro pelo empresário (proveito individual), permitia a geração de trabalho e emprego, o desenvolvimento econômico das cidades e dos Estados (proveito social), dentre outros. Em contrapartida aos benefícios da consecução da atividade econômica por um agrupamento de pessoas, o regime jurídico garantia ao sócio a separação do patrimônio dele do da sociedade”. SILVA, Amadeu Braga Batista. “Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário brasileiro”. **Revista da Procuradoria da Fazenda Nacional**, nº 3, 2012, p. 204

¹⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. **Obra citada**, p. 42

também não se pode, em regra, cobrar do sócio, dívidas contraídas pela sociedade.¹¹

A doutrina comercialista não diverge sobre o tema. Na lição de Rubens Requião, “formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica”.¹² Nessa mesma perspectiva, Fran Martins refere que a sociedade adquire personalidade jurídica quando do arquivamento dos seus atos constitutivos na junta comercial. A partir desse momento – pontifica o autor – “a sociedade separa-se dos sócios, passando a constituir uma pessoa capaz de, em seu próprio nome, exercer direitos e assumir obrigações”.¹³

Entre os efeitos da aquisição da personalidade jurídica pela sociedade empresária – destaca Ricardo Negrão – a sociedade passa a deter “individualidade própria” e “os sócios não se confundem com a pessoa da sociedade”, já que a sociedade também passa a deter “titularidade negocial”, representada pela “capacidade legal para adquirir direitos e contrair obrigações”, desde o registro dos seus atos constitutivos¹⁴ pois, na clássica lição de Carvalho de Mendonça,

¹¹ A separação entre o patrimônio da sociedade e o do sócio era fundamental para o capitalista dispor-se a correr o risco de investir em qualquer atividade econômica. Apenas a título de exemplo histórico, com a Revolução Industrial, surgiu a necessidade de concentração de grande quantidade de capital para investir na produção de mercadorias em larga escala. Para tal incursão, era indispensável que o patrimônio pessoal do empresário fosse preservado, considerando a possibilidade de fracasso do empreendimento e o excessivo valor de eventuais débitos com credores. SILVA, Amadeu Braga Batista. **Obra citada**. p. 205

¹² “Formada a sociedade comercial pelo concurso de vontades individuais, que lhe propiciam os bens ou serviços, a consequência mais importante é o desabrochar de sua personalidade jurídica. A sociedade transforma-se em novo ser, estranho à individualidade das pessoas que participam de sua constituição, dominando um patrimônio próprio, possuidor de órgãos de deliberação e execução que ditam e fazem cumprir a sua vontade. Seu patrimônio, no terreno obrigacional, assegura sua responsabilidade direta em relação a terceiros. Os bens sociais, como objetos de sua propriedade, constituem a garantia dos credores, como ocorre com os de qualquer pessoa natural”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 278

¹³ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999 p. 155.

¹⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, págs. 239/240.

a pessoa jurídica “é distinta dos indivíduos singulares e dotada da capacidade de exercer *adversus omnes* direitos patrimoniais”.¹⁵

Na mesma linha de raciocínio e com a sua habitual precisão doutrinária, Fábio Ulhoa Coelho, também destaca que, entre os efeitos da personalização da sociedade empresaria, na titularidade obrigacional, resulta que os vínculos contratuais aproximam terceiros e a pessoa jurídica da sociedade empresária e “os sócios não são partícipes dessa relação”, esclarecendo que, apesar de a sociedade, por ser ente moral, manifestar a vontade de se vincular por contrato por um representante legal, empregado, procurador ou preposto, “isto, porém, não significa qualquer tipo de envolvimento da pessoa física do agente dos atos da sociedade, como sujeito de direito, na relação obrigacional”. E arremata: “quem participa da relação é a pessoa jurídica da sociedade, como credora ou devedora”.

¹⁶

Portanto, verifica-se que o direito reconhece a personalidade jurídica da sociedade empresária a partir do momento do registro dos seus atos constitutivos na junta comercial, surgindo, a partir desse registro, a distinção entre a pessoa jurídica da sociedade e a pessoa dos seus sócios e, conseqüentemente a aptidão da sociedade para contrair obrigações e exercer direitos em seu próprio nome.

Porém, em situações excepcionais, o direito autoriza a *disregard of legal entity* ou *disregard of legal entity*”, sempre que houver fraude ou abuso, perpetrados por meio da pessoa jurídica, com a manipulação irregular da autonomia patrimonial, como adiante se verificará¹⁷.

¹⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, vol. 3, item 601.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 2. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 32/33

¹⁷ “Porém, a autonomia patrimonial reconhecida à sociedade personificada não constitui um salvo conduto atribuído pela ordem jurídica para isentar os sócios de responsabilidade por seus atos empresariais. Visa, antes, facilitar à pessoa jurídica o exercício de sua regular função social na vida econômica. Na presença do desenvolvimento regular da atividade econômica pela sociedade empresarial, o sistema legal assegura eficácia jurídica à personificação societária, distinguindo entre patrimônio social e patrimônio particular do sócio. Na medida em que a função social da personalidade

4. Desconsideração da personalidade jurídica

4.1. Evolução

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contra a pessoa jurídica, pontifica Fabio Ulhoa Coelho. Para o jurista, ao criar hipóteses em que não terá eficácia a separação patrimonial entre sociedade e sócio, “a teoria visa coibir o mau uso episódico da autonomia patrimonial, para que esta se mantenha e seja prestigiada sempre que adequadamente empregada na exploração de atividades econômicas”.¹⁸

Bruno Salama relata que, no desenvolvimento inicial do instituto no Brasil, a jurisprudência utilizou a *disregard doctrine* de

jurídica é desvirtuada pela prática de atos irregulares de seus integrantes, a autonomia patrimonial antes assegurada como condição de estímulo ao empreendedorismo econômico cede em favor da preservação da integridade da ordem jurídica, uma vez que a personificação societária não pode ser utilizada pelos sócios para a consecução de fins contrários ao bem comum. Ocorrendo tal desvirtuamento no uso da personificação societária, a ordem jurídica excepciona a regra da autonomia patrimonial e passa a admitir a comunicação entre os patrimônios, neutralizando a eficácia jurídica inicialmente conferida à personificação societária, de modo a responsabilizar diretamente os sócios pelas obrigações da sociedade”. CLAUS, Ben-Hur Silveira. “A desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 3 (2017), nº 2, p. 153.

¹⁸ No parecer, já citado, Fabio sustenta que: “40. Importante salientar, então, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é, assim, minimamente o questionamento do princípio da autonomia patrimonial. Ela não só preserva a segregação de patrimônios como também a valoriza, ao aperfeiçoar o instituto. 41. Em outros termos, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não representa a simples e mera negação da teoria da pessoa jurídica como um sujeito autônomo de direito. Continua a vigor, em todos os seus efeitos, o princípio da autonomia patrimonial sempre que o instituto da pessoa jurídica estiver sendo adequadamente utilizado. Bem assim, também vigora o expediente da limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas pelas obrigações sociais (na limitada ou na anônima). Apenas no caso de uso indevido da autonomia patrimonial, deixa o princípio de operar em toda sua amplitude. 42. Em suma, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica indica as situações excepcionais em que o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas não deve ser respeitado por não ter sido utilizado na realização de seus legítimos objetivos de tutela do investimento, mas, sim, para perpetrar desvio de finalidade, fraude à lei, confusão de patrimônios, lesão a credores ou outras ilicitudes”. COELHO, Fabio Ulhoa. Parecer caso Lupatech S/A: consulta referente à desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos de decretação da falência. São Paulo, 11 de junho de 2013. TJRS. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70053103164. Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. J em 26/06/2013.

forma bastante criteriosa.¹⁹ Relata, ainda, que a positivação da desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor “desencadeou um processo de mudança radical: o que era circunstância excepcional passou a ser rotineira”. Refere, ainda, que houve “popularização” e “vulgarização” do instituto e que “passou a vigor veladamente o princípio de que alguém deve pagar a conta”.²⁰

¹⁹ No mesmo parecer, Fabio relata que “51. Na doutrina brasileira, ingressa a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no final dos anos 1960, em conferência proferida por RUBENS REQUIÃO na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de nascimento do Des. Vieira Cavalcanti Filho, que havia sido o primeiro titular da Cátedra de Direito Comercial desta instituição de ensino superior. 52. Nesta famosa conferência, a teoria foi apresentada como a superação do conflito entre soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas, que se apegam inflexivelmente ao primado da separação subjetiva das sociedades. REQUIÃO sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro da teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente de específica previsão legal. Seu argumento básico – de resto, aceito pela unanimidade da doutrina e jurisprudência – é o de que as fraudes e abusos, perpetrados por meio da pessoa jurídica, não poderiam ser corrigidos a não ser por via da aplicação da *disregard doctrine* pelos tribunais brasileiros”

²⁰ De modo geral, a jurisprudência elegeu como requisitos para a desconsideração da PJ a existência de pelo menos fraude, simulação ou abuso de direito. Ademais, praticamente todas as decisões de tribunais superiores alertavam para o caráter excepcional da desconsideração da PJ, para a necessidade de sua utilização com cautela, e acima de tudo para sua utilização apenas como mecanismo de responsabilização por atos ilícitos. Tanto é assim que já em 1979 o Supremo Tribunal Federal (STF) se pronunciou no sentido de que “os atos e obrigações de uma pessoa jurídica podem considerar como ato de uma pessoa particular, e vice-versa, quando concorrem as seguintes circunstâncias: (1) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesse e propriedade, que a sociedade e a pessoa estejam confundidos; (2) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude, ou promover uma injustiça”. Da mesma forma, ainda sob a vigência do antigo Código Civil, em 1996 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu que “é possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para fraudar credores”. Mas a positivação da desconsideração da PJ no CDC desencadeou um processo de mudança radical: o que era circunstância excepcional passou a ser rotineira. Desconsideração da PJ passou então a se espalhar na jurisprudência e a ser utilizada em diversos campos do direito. Há uma discussão – legítima – sobre se esta popularização da doutrina da desconsideração é desejável, e sobre este tema, novamente, remeto o leitor ao estudo mais profundo que publicarei em breve. Para os presentes fins, importa notar que em muitos casos, a atuação parcimoniosa do juiz foi se convertendo em uma busca obliterada pela efetividade do processo. Nesses casos, a desconsideração passou a ser aplicada a torto e a direito, sem critérios claros, sem o respaldo do legislador, e em evidente contradição com a *disregard doctrine*, tal qual era aplicada nos Estados Unidos. Com relativa frequência, a desconsideração da PJ foi imprevidentemente se convertendo em arbitrariedade nua e crua. Esta vulgarização se estendeu tanto ao direito material quanto ao direito processual. Do ponto de vista material, cada vez mais a mera insuficiência patrimonial da empresa passou a ser vista como autorizativa da decretação da desconsideração. Vale dizer: o simples fato de estar a empresa insolvente passou a justificar a desconsideração da PJ. Assim, passou a vigor

4.2. Pressupostos: artigo 50 do Código Civil

A partir da vigência do Código Civil/2002, o artigo 50, na sua redação original, antes da redação dada pela medida provisória 881/2019, passou a autorizar que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações pudessem ser estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial.

Vários credores que não tiveram seus créditos satisfeitos pelas sociedades empresariais devedoras, tentaram atingir o patrimônio pessoal dos sócios da sociedade devedora e levantar o véu da personalidade jurídica, por inadimplemento de obrigações e dissolução irregular da sociedade devedora.

O Superior Tribunal de Justiça, em resposta, firmou seu posicionamento no sentido de que “a existência de indícios de encerramento irregular da sociedade aliada à falta de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, eis que se trata de medida excepcional e está subordinada à efetiva comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”²¹

As bases para esse entendimento foram formadas ao longo do tempo, após diversos pronunciamentos dessa Corte Superior²² e

veladamente o princípio de que “alguém deve pagar a conta” – quase qualquer um. [...]. E o que é mais incrível, independentemente de terem praticado qualquer ato de gestão, ilícito ou não; de terem agido culposamente; ou de terem assumido qualquer obrigação em nome da empresa, seja de forma válida ou apenas de forma aparente. Nada disso importa. O único requisito material é que sejam solventes”. SALAMA, Bruno. **Obra citada**. p. 341

²¹ STJ. AgInt no AREsp 1.351.748, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 23/4/2019.

²² STJ. Ver seguintes julgados: AgRg no REsp nº 1.355.087/MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 7/10/2014. REsp nº 1.395.288/SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. em 11/02/2014. AgInt nos EDcl no REsp 1.538.615/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 3/12/2018.

que se expressam nas seguintes premissas, adotadas com base na redação original do artigo 50 do Código Civil, antes da redação dada pela medida provisória 881/2019: (a) quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou (b) quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídicas e os de seus sócios.”²³

4.3. Desconsideração inversa

Assim como os credores não podem, em regra, cobrar dos sócios as dívidas contraídas pela sociedade, os credores também não podem, em regra, cobrar da sociedade, as dívidas contraídas pelo sócio, exceto se, episodicamente e no caso concreto, houver prova da fraude no uso da autonomia patrimonial da sociedade, surgindo o que a jurisprudência designou como desconsideração *inversa* da personalidade jurídica.

É *inversa*, a desconsideração, porque a sociedade será chamada para pagar uma dívida que não contraiu. Já na concepção original da desconsideração, o sócio é chamado para pagar uma dívida que, em última análise, colaborou – por ato de deliberação ou de gestão – para a sua formação, mas em nome da sociedade.

A desconsideração *invertida* deve atender ao mesmo suporte fático da desconsideração clássica: a fraude, a transferência de bens pessoais para a pessoa jurídica, da qual o sócio e devedor mantém participação relevante no capital social.²⁴

²³ STJ. REsp 970.635-SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, j. em 10/09/2009.

²⁴ A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens. É certo que, em se tratando a pessoa jurídica de uma sociedade, ao sócio é atribuída a participação societária, isto é, quotas ou ações

O paradigmático julgamento de desconsideração *invertida* da personalidade jurídica da sociedade refere-se a uma ação cobrança de honorários advocatícios promovida contra o sócio de uma organização empresarial de grande porte, em acórdão da lavra do comercialista e desembargador Pereira Calças, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No caso examinado, o devedor e sócio da organização empresarial de grande porte não pagou os honorários advocatícios e, por ocasião da cobrança judicial, constatou-se que o mesmo não possuía, em seu nome, bens exequíveis para o pagamento da dívida.

Ao admitir a desconsideração *inversa* da personalidade jurídica, o julgado o fez porque a prova era por demais eloquente a configurar situação paradigmática, “confusão patrimonial de fato e de direito entre sócio controlador/diretor-presidente e as sociedades controladas, ou reconhecimento de se tratar de verdadeira sociedade unipessoal”, chegando, até a considerar a “hipótese de despersonalização, eis que as sociedades deveriam ser consideradas como constituídas unicamente por sócios marido e mulher”.²⁵

Posteriormente, em 2002, o Superior Tribunal de Justiça também firmou entendimento no mesmo sentido, isto é, de que em sua forma *inversa*, a despersonalização “mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal”. Nessa decisão ficou assentado que:

representativas de parcelas do capital social. Essas são, em regra, penhoráveis para a garantia do cumprimento das obrigações do seu titular. Quando, porém, a pessoa jurídica reveste forma associativa ou fundacional, ao seu integrante ou instituidor não é atribuído nenhum bem correspondente à respectiva participação na constituição do novo sujeito de direito. Quer dizer, o sócio da associação ou o instituidor da fundação, desde que mantenham controle total sobre os seus órgãos administrativos, podem concretizar com maior eficácia a fraude do desvio de bens”. COELHO, Fábio Ulhoa **Obra citada**, volume 2. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 72.

²⁵ TJSP, Agravo de Instrumento nº 1.198.103-0/0, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 29ª Câmara, Seção de Direito Privado, j. 26/11/2008.

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. [...]

III - A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador.

IV - Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma.

V - A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.

VI - À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular”.²⁶

Para confirmar a excepcionalidade da medida, diversos julgamentos da mesma Corte Superior rejeitaram a aplicação desta

²⁶ STJ. REsp nº 948.117, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 22/06/2010. No mesmo sentido: AgRg no REsp nº 1.096.319/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. em 26/2/2013. AgRg no AREsp nº 792.920/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 4/2/2016. REsp nº 1.493.071. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva 3ª Turma, 24/05/2016.

medida extrema, quando requerida pelos credores pelo simples fato da inexistência de bens em nome da sociedade devedora ou pela ausência de encerramento regular das atividades da sociedade perante os órgãos públicos, sem a prova do abuso ou da manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. O mais recente foi proferido nos seguintes termos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENCERRAMENTO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO MANTIDA. Esta Corte Superior firmou seu posicionamento no sentido de que a existência de indícios de encerramento irregular da sociedade aliada à falta de bens capazes de satisfazer o crédito exequendo não constituem motivos suficientes para a desconsideração da personalidade jurídica, eis que se trata de medida excepcional e está subordinada à efetiva comprovação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial".²⁷

Está visto, pois, que tanto na concepção original da desconsideração da personalidade jurídica, como na modalidade invertida o suporte fático é o mesmo: abuso ou a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

4.5. Medida Provisória 881/2019: Direitos da liberdade econômica

No dia 1º de maio do ano curso, o Brasil amanheceu com a publicação da Medida Provisória 881/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, batizada como medida provisória da liberdade econômica.

²⁷STJ. AgInt no REsp nº 1727095, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. em 17/06/2019

Entre as modificações legislativas propostas pela medida provisória, destaca-se, para os fins propostos neste texto, a nova redação dada ao artigo 50 do Código Civil que acrescentou parágrafos ao citado dispositivo legal - no dizer da exposição de motivos - para prestigiar a segura conceituação dos requisitos de desconsideração da personalidade jurídica “de maneira a garantir que aqueles empreendedores que não possuem condições muitas vezes de litigar até as instâncias superiores possam também estar protegidos contra decisões que não reflitam o mais consolidado entendimento”. Essa a proposta, prossegue a exposição de motivos, “resolverá questões concretas de segurança jurídica, sempre sob o amparo da melhor doutrina, que atrairão de imediato investimentos, capital e talentos para nossa República”.

A medida provisória tramitou pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo recebido diversas contribuições no seu texto e, agora, segue para sanção presencial. Em relação ao tema tratado neste artigo, o projeto de lei de conversão contém as seguintes previsões.

Inserção do artigo 49-A, que reedita e aperfeiçoa a redação do revogado artigo 20 do Código Civil de 1916, porque estabelecerá que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores” e o seu parágrafo único, explicitará que “a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”²⁸

Atribuiu nova redação ao caput do art. 50, para explicitar que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações “sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo

²⁸ O relator do projeto de conversão na Câmara dos Deputados, deputado federal Jeronimo Goergen destacou que “ocorreu uma lamentável distorção: o que deveria ser sempre uma exceção (desconsiderar a personalidade jurídica somente em caso de fraude) está quase virando a regra”.

abuso”.²⁹

No § 1º o projeto de conversão esclarece que desvio de finalidade é a “utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

Descreveu, no § 2º, hipóteses que caracterizam o suporte fático da confusão patrimonial: “I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

A desconsideração *inversa* da personalidade jurídica passa ter expressa previsão legal, porque o § 3º estabelece que o disposto no artigo 50 “também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica”

Em relação aos efeitos, há previsão legal (§ 4º), de que a “a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.”³⁰

A redação proposta para o artigo 50 também ressalva que “não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.” (conforme § 5º)

²⁹ Consta do voto do relator do projeto de conversão na Câmara dos Deputados: “Leis já foram aprovadas com o objetivo de reintroduzir a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica no assunto. Malgrado alguns avanços tímidos, porém, ainda há muita distorção a corrigir. Na verdade, essas iniciativas legislativas parecem ter seus efeitos limitados porque se preocupam isoladamente com a questão da desconsideração. O caminho parece ser outro: reforçar a autonomia patrimonial como regra, para reservar à desconsideração seu verdadeiro lugar de exceção. É esse o caminho adotado pelo presente Relatório (arts. 6º a 12 do Projeto de Lei de Conversão)”.

³⁰ No âmbito da justiça do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento do reconhecimento da existência de grupo econômico, mediante prova da “demonstração de relação hierárquica entre as empresas”. (Vide: TST-E-ED-RR-92-21.2014.5.02.0029, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 5.10.2017. RR-1425-16.2012.5.15.0126, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, 11/12/2017. RR-226300-51.2008.5.02.0067, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, 09/09/2015. RR-1516-41.2011.5.09.0019, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, 09/03/2016.

5. Conclusões

Um dos mais importantes princípios do direito comercial, o princípio da autonomia da sociedade atende aos interesses da coletividade e, há um só tempo, desestimula a presença dos *risk makers* e criam incentivos positivos para os investidores tradicionais que se sentirão atraídos pelo ambiente negocial.

Verificou-se que o direito reconhece a personalidade jurídica da sociedade empresária a partir do momento do registro dos seus atos constitutivos na junta comercial, surgindo, a partir desse registro, a distinção entre a pessoa jurídica da sociedade e a pessoa dos seus sócios e, conseqüentemente a aptidão da sociedade para contrair obrigações e exercer direitos em seu próprio nome.

Porém, em situações excepcionais, o direito autoriza a *disregard of legal entity* ou *disregard of legal entity*", sempre que houver fraude ou abuso, perpetrados por meio da pessoa jurídica, com a manipulação irregular da autonomia patrimonial.

Tanto na concepção original da desconsideração da personalidade jurídica, como na modalidade *invertida*, o suporte fático é o mesmo: abuso ou a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

O projeto de lei de conversão da Medida Provisória 881/2019, batizada como medida provisória da liberdade econômica, propõe a inserção do artigo 49-A, que reedita e aperfeiçoa a redação do revogado artigo 20 do Código Civil de 1916 e atribui nova redação ao artigo 50, que explicita o pressuposto fático para a desconsideração da personalidade jurídica, limita os seus efeitos em relação aos partícipes dos atos de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, descreve as hipóteses que caracterizam a confusão patrimonial, autorizadas da desconsideração. Finalmente, a desconsideração *inversa* passa a ter expressa previsão legal.

6. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 34, págs. 304-305.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. “A desconsideração inversa da personalidade jurídica na execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados”. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 3 (2017), nº 2, p. 153.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito comercial**, vol. 2. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Parecer caso Lupatech S/A: consulta referente à desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos de decretação da falência. São Paulo, 11 de junho de 2013. TJRS. 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70053103164. Relator Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. J. em 26/06/2013.

GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé Objetiva nos Contratos Empresariais. Contornos Dogmáticos dos Deveres de Conduta**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). **R. CEJ**. nº 28. Brasília: Edição jan./mar., 2005

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953, vol. 3.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil : a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. “Menos do que o dono, mais do que o parceiro de truco: contra a desconsideração da PJ para responsabilização de procurador de sócio de empresa”: **Revista Direito GV**, São Paulo, jan-jun/2012, p. 329-358

SCHREIBER, Anderson. “A responsabilidade civil como política pública”. **O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos** – 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Amadeu Braga Batista. “Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário brasileiro”. **Revista da Procuradoria da Fazenda Nacional**, nº 3, 2012, p. 203-228

STJ. REsp nº 1.447.082, rel. Min. Paulo Sanseverino, 3ª Turma, j. em 10/05/2016. REsp nº 1.409.849. rel. Min. Paulo Sanseverino, 3ª Turma, j. em 26/04/2016 AgInt no AREsp 1.351.748, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 23/4/2019. AgRg no REsp nº 1.355.087/MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 7/10/2014. REsp nº 1.395.288/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 11/02/2014. AgInt nos EDcl no REsp 1.538.615/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. em 3/12/2018. REsp 970.635-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 10/09/2009. REsp nº 948.117, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 22/06/2010. AgRg no REsp nº 1.096.319/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. em 26/2/2013. AgRg no AREsp nº 792.920/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 4/2/2016. REsp nº 1.493.071. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva 3ª Turma, 24/05/2016. AgInt no REsp nº 1727095, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. em 17/06/2019

TJSP, Agravo de Instrumento nº 1.198.103-0/0, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, 29ª Câmara, Seção de Direito Privado, j. 26/11/2008.

A legalidade da emissão de debêntures pela sociedade limitada e os seus benefícios à economia brasileira

*Roberto Rommel de Rezende Corrêa Júnior*¹

Introdução

O financiamento de empresas é de suma importância para a atividade empresarial, principalmente as sociedades de menor porte (em sua maioria limitada), que representam um importante pilar das economias globais; contudo, apesar de sua importância, muitas vezes essas empresas de menor porte não possuem muitas opções para obtenção de financiamento no âmbito do sistema financeiro nacional, o que certamente representa uma contradição, pois estas, em regra, são as que mais necessitam de crédito para exercerem sua atividade.

O sistema financeiro é crucial para o desenvolvimento empresarial, que por sua vez tem papel chave no desenvolvimento social e econômico, além de garantir emprego a milhões de brasileiros, papel o qual se encontra, inclusive, positivado na Constituição da República, em seu artigo 170, IX.¹ Ademais, é dispensado tratamento diferenciado a essas sociedades a fim de incentivar a atividade empresarial no país e, principalmente, a sua força inovadora.²

Ocorre que o acesso das sociedades empresárias de menor porte, aqui incluindo a sociedade limitada, a diferentes formas de financiamento ainda é restrito, principalmente quando se trata do

* Texto originalmente publicado na Revista de Direito Privado | vol. 97/2019 | p. 77 - 105 | Jan - Fev / 2019

¹ Advogado, pós-graduando em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas, graduado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. robertorommel@yahoo.com.br

mercado financeiro. O principal obstáculo advém da proibição por lei, em razão do tipo societário (o mercado acionário só permite a participação de sociedades por ações), porém outros fatores afastam as sociedades em geral do mercado por ações, como a complexidade da atividade exercida, bem como, conforme já mencionado, o tamanho da sociedade.

A abordagem do tema se faz preponderante no sentido de demonstrar o problema que essas sociedades, que em sua maioria são do tipo limitada, empresárias enfrentam no momento em que tentam se capitalizar, para expandir suas respectivas atividades, deixando-as a mercê, quase que exclusivamente, do crédito oferecido de maneira tradicional no mercado, por meio de bancos, financeiras entre outros, crédito esse cada vez mais escasso, tendo em vista o cenário de crise econômica em que a economia brasileira atualmente se encontra.

Assim, o objetivo deste trabalho é apresentar como a possibilidade de emissão de debêntures pelas sociedades limitadas pode tornar-se uma saída importante para financiamento do principal tipo societário brasileiro, tendo em vista que a maioria das sociedades constituídas no Brasil em 2017 foi do tipo limitada,³ bem como acerca da sua possibilidade/legalidade, uma vez que parte da doutrina (e dos registros mercantis espalhados pelo país) não aceitam essa emissão pelas limitadas. A justificativa para este trabalho se pauta na dificuldade que essas sociedades têm em conseguir meios de capitalização, sendo a emissão de debêntures uma alternativa viável.

1 Mercado de capitais

A primeira legislação brasileira de mercado de capitais foi uma adaptação, para não dizer reprodução, do sistema francês, materializado na Lei 3.150/1882. Essa legislação detinha, como modelo, a punição às infrações que possam vir a ser cometidas no âmbito do mercado de capitais, por meio de nulidades, além das

sanções penais e civis. Na sequência, a partir do desenvolvimento industrial da década de 1950, a lei de mercado de capitais brasileira sofreu forte influência da legislação estadunidense, o que levou à edição da Lei 4.728/1965, que colocou em prática o modelo de polícia do mercado com vistas a proteger tanto quem investia, quanto a instituição, a fim de garantir a livre economia.

Como vimos no tópico anterior, com a criação do sistema financeiro nacional, que muito embora possuía alguma regulação sobre o mercado de capitais, não tinha tal regulação como função precípua, mas sim a regulação das instituições financeiras e do mercado monetário. Nessa época, o mercado financeiro ainda era embrionário, fato comprovado pela participação de poucas instituições, apenas bancos comerciais, públicos, e sociedades de crédito, financiamento e investimento participavam do mercado. Na época, os membros da bolsa de valores ainda eram corretoras nomeadas pelo Ministério da Fazenda.

A partir da necessidade de uma legislação específica para esse distinto mercado, foi promulgada a Lei 4.728/1965, a qual criou o “Sistema de Distribuição do Mercado de Capitais”. O sistema era formado pelas corretoras, bolsas de valores, instituições financeiras com autorização para operar, entre outras instituições. Outro ponto importante dessa inovação legislativa, além da criação de um sistema para a distribuições de valores mobiliários, foi a regulamentação de competência e função de fiscalização dos órgãos estatais relacionados ao sistema, quais sejam o Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e Banco Central do Brasil (“BACEN”). Com a contínua evolução desse sistema, reconheceu-se a necessidade da criação de uma entidade especializada para policiamento e controle do mercado de capitais brasileiro. Dessa forma, foi criada a Lei 6.385/1976, que deu origem à Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”).⁴

Essa evolução é bem colocada pelos ilustres coautores da Lei das Sociedades Anônimas, Lamy Filho e Bulhões Pedreira, quando dizem que a Lei 4.728 instituiu o sistema de distribuição do mercado

de capitais, que naquela altura era composto pelas bolsas de valores e sociedades corretoras membros, das instituições financeiras autorizadas a operar no mercado de capitais e das empresas de subscrição de títulos para revenda ou, ainda na intermediação na distribuição de títulos. O CMN teria competência para regulamentar a organização as atividades desse sistema embrionário de distribuição, cabendo ao BACEN autorizar o funcionamento e fiscalizar as sociedades distribuidoras, a partir da submissão, por essas sociedades, de registro prévio à emissão desses títulos e valores mobiliários, seja em bolsa ou mercado de balcão.⁵

Nos anos seguintes, foram criadas leis que incluíram novas atribuições ao BACEN, inclusive a incumbência de fomentar o mercado, porém no início da década de 70 já ficava evidente que a estrutura do BACEN não permitiria que o mercado de valores mobiliários tivesse sua independência e *status* na Administração Federal necessários para a fiscalização correta e eficiente desse mercado. Assim, a partir dessa necessidade, como parte da reforma ocorrida no ano de 1976, separou-se o mercado de valores mobiliários do mercado de capitais, pela Lei 6.385/1976, com a criação da CVM, transferindo para a nova autarquia as atribuições que antes eram do BACEN.⁶

O mercado de capitais possui, ainda, a já conhecida função de possibilitar às sociedades se capitalizarem, alcançando, dessa forma, a poupança popular, mediante a emissão pública de seus valores mobiliários.⁷

A vantagem de capitalizar por intermédio do mercado de capitais é que a sociedade emissora não está obrigada, na maioria dos valores mobiliários, a devolver esse valor captado, pois o pagamento é feito por meio de dividendos; a partir dessa lógica se extrai a natureza de risco do mercado de capitais.

Outro aspecto importante do mercado de capitais é que, ao contrário do que acontece no mercado de crédito, não há a figura do intermediador. A captação de recursos é realizada diretamente entre a companhia emissora e o agente poupador. Vale ressaltar, ainda,

que o chamado *underwriter*, que é uma instituição financeira, não atua aqui como captadora de recursos, apenas auxilia a colocação desses valores mobiliários em mercado.

Importante salientar que o mercado de capitais, apesar de ter como função principal a captação de recursos pelas companhias, não possui apenas tal função, nas palavras de Nelson Eizirik, as outras funções do mercado e capitais são a conciliação do interesse do agente poupador em oferecer recursos a curto prazo com a necessidade da sociedade emissora em obter os recursos a médio e longo prazos; a transformação de pequenos e médios recursos, colocados no mercado por diferentes poupadores, a serem convertidos, por meio da subscrição de valores mobiliários, em grandes e consolidados montantes de capitais; transformação da natureza dos riscos, uma vez que o mercado de capitais permite transformar investimentos individuais de alto risco, de longo prazo e sem liquidez, em investimentos com maior liquidez e prazos mais curtos para outros investidores; rapidez na transferência desses valores, tendo em vista que os valores mobiliários foram criados em sua essência para circularem em massa; concentrar o volume de informação acerca da oferta e da demanda.⁸

1.1 Mercado primário, secundário, balcão organizado e bursítitco

O mercado de capitais pode ser dividido em dois tipos: o primário e o secundário. Essa divisão possui mais importância doutrinária do que fática, vez que, na prática, essa classificação sequer é mencionada na legislação. O mercado primário é o local em que ocorrem as emissões de novos valores mobiliários (oferta primária), sendo que essa oferta pode ser pública ou particular. Como no caso da emissão de ações, sendo a primeira oferta, ela será chamada de oferta pública inicial ou *initial public offer* – IPO. Ocorre que as sociedades que integram o mercado de capitais também podem emitir títulos de dívida, como os *commercial papers* (títulos de dívida de curto prazo) e as debêntures (títulos de longo prazo).

Esses valores mobiliários ficam, usualmente, a cargo de uma instituição financeira que será responsável pela sua venda. É nesse mercado em que se permite que as companhias alcancem a poupança popular, aumentando seu capital social ou obtendo recursos financeiros para expansão de seus negócios.⁹

Por outro turno, no mercado secundário não há emissão de novos valores mobiliários por parte da companhia e, conseqüentemente, os recursos captados no mercado secundário, ou mediante uma oferta secundária, não vão para as companhias.

Em outras palavras, essa operação no mercado secundário independe da sociedade empresária, pois ela é feita entre os participantes do mercado, geralmente pessoas que já são acionistas da companhia e estão vendendo suas ações. Com isso, o maior objetivo do mercado secundário é de fornecer maior liquidez para esses valores mobiliários, possibilitando que os adquirentes desses valores possam vendê-los com maior rapidez.

Além da liquidez desses valores mobiliários, o mercado secundário possui outras funções, como determinar o valor de emissão de novas ações pela companhia. O valor da ação nesse mercado pode servir de critério para estipular o preço de emissão de novas ações, nos termos do artigo 170, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas.¹⁰

As bolsas de valores são entidades de natureza privada que centralizam as operações no mercado secundário, por meio do sistema de pregão. Além disso, possuem todos os outros serviços necessários para a venda desses valores, tais como custódia, liquidação, transferência entre outros.

Essa é a mesma definição de Nelson Eizirik, quando o ilustre professor assevera que as bolsas são entidades que permitem a centralização das operações no mercado secundário, com pregão feitos por meio do sistema “viva-voz” ou eletrônico, sendo por estes meios assegurado a continuidade das operações com a divulgação quase instantânea dos preços praticados. Além disso, as bolsas fornecem todas as ferramentas hábeis para custódia e transferência

dos valores mobiliários nela registrados. Por último, as bolsas atuam como entidades de autorregulação, pois regulam entidades que nela operam, de forma a garantir *standards elevados* de ética e *compliance* em todas as operações.¹¹

Já o mercado de balcão representa qualquer tipo de negociação de valores mobiliários fora do ambiente de bolsa de valores. Esse mercado pode ser formado por instituições financeiras intermediárias ou pode ser um mercado de balcão organizado, regulado pela Instrução CVM 243/1996, em que uma entidade desenvolve um ambiente de negociação de títulos e valores mobiliários, sob sua responsabilidade e fiscalização – sem prejuízo de estar sujeita ao poder de polícia da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Sobre o tema, Edwaldo Tavares Borba conceitua que toda a negociação ocorrida fora do âmbito bursístico, realizada por intermediários próprios do sistema de distribuição é classificada como uma operação realizada em mercado de balcão. Este mercado foi regulamentado pela Instrução Normativa CVM 243/1996, tendo sido chamado pela autarquia de “mercado de balcão organizado”, este podendo ser desenvolvido por entidades (podendo ser simples ou empresária), devendo ter como finalidade específica a manutenção de sistema de negociação de títulos e valores mobiliários de renda variável, por óbvio, sob a fiscalização dessas mesmas entidades, as quais devem promover o seu registro e conseqüente divulgação.¹²

No Brasil só há uma Bolsa de Valores em funcionamento, a Brasil-Bolsa-Balcão (“B3”), que nasceu da fusão da BMF&Bovespa com a Cetip, sociedade responsável por um mercado de balcão organizado, formando, assim, a B3. Vale lembrar que a fusão foi aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”) e pela CVM, uma vez que afeta o mercado de serviço de negociação de valores mobiliários.¹³ Após essa breve análise do ambiente de negociação brasileiro, passa-se para as formas de financiamento que podem ser obtidas pelas sociedades empresárias no âmbito nacional.

2 As vantagens da sociedade limitada e sua preponderância para a economia brasileira

Pode-se definir a sociedade limitada como aquela formada por uma ou mais pessoas, em que a responsabilidade é limitada ao percentual integralizado (por cada sócio) do capital social da sociedade, sendo vedado, porém, a integralização por meio de prestação de serviço (artigo 1.055 do Código Civil).¹⁴ Esta é regida pelo Código Civil, a partir do artigo 1.052 e seguintes, no Capítulo IV, podendo, ainda, ser regulada subsidiariamente pelas regras contidas na Lei das Sociedades Anônimas (“Lei 6.404/1976”), caso conste expressamente tal disposição no contrato social, ou ainda podem ser utilizadas de forma supletiva as regras da sociedade simples (artigo 1.053 do Código Civil¹⁵).

O capital social da sociedade limitada é dividido por quotas e serão devidas na proporção estabelecida no contrato social aos sócios, podendo ter valores diferentes, classes diferentes (por exemplo, quotas preferencias), assim como os lucros podem ser divididos de maneira desigual, na forma estabelecida no contrato social ou acordo de quotistas.

As sociedades de responsabilidade limitada podem ser de natureza empresária ou simples (sociedades de pessoas). A primeira se houver o elemento empresa,¹⁶ o que faz com que seu ato constitutivo seja arquivado no registro de empresas mercantis, a cargo das juntas comerciais, enquanto a segunda são as sociedades em que não exista o elemento empresa ou por força de lei, como as sociedades em que o trabalho pessoal dos sócios seja o núcleo da atividade produtiva e as sociedades rurais (estas têm a possibilidade de escolher ser simples ou empresária).

As sociedades limitadas, como já mencionado, representam a maioria das sociedades constituídas no Brasil, devido à sua natureza “coringa”, tendo em vista que podem utilizar como nome empresarial a denominação social ou firma,¹⁷ não havendo necessidade de integralização imediata do capital social (ou ainda valor mínimo de

capital social),¹⁸ sem considerar a maior vantagem de todas, o fato de ser de responsabilidade limitada (caso o capital social esteja totalmente integralizado), o que faz com que esse tipo societário se amolde a quase qualquer atividade desempenhada, inclusive as atividades que poderão surgir em razão da evolução tecnológica.

Sem mencionar sua vantagem em relação às sociedades por ações, vez que mais baratas (custo de constituição muito menor), maior agilidade em sua constituição, já que é menos burocrática (por exemplo, não é necessário comprovar que o valor do capital social está depositado em conta corrente), o que faz por afastar o empreendedor médio da sociedade por ações (sociedade anônima e comandita por ações), por conseguinte os afastam do mercado de capitais brasileiro.

Em razão da crise econômica que o Brasil atravessa, o que acarreta a diminuição dos postos de trabalho, muitos trabalhadores desempregados vêm encontrando no empreendedorismo uma forma de obtenção de renda. Não somente os indivíduos que estão sem emprego, mas também pessoas empregadas e aposentados têm optado por abrir seu próprio negócio, tentando complementar sua renda ou até mesmo por estarem insatisfeitos com sua posição no mercado de trabalho.

Como demonstrado, as sociedades limitadas possuem papel preponderante no cenário econômico pátrio, tendo em vista que cumprem sua dupla função, social e econômica, compondo a maior parte das empresas legalmente constituídas e, justamente por isso, não se deve retirar mais uma fonte de capitalização dessas sociedades de responsabilidade limitada, qual seja a emissão de debêntures.

Além da dificuldade inerente à atividade empreendedora, as sociedades limitadas enfrentam fatores intrínsecos e extrínsecos à manutenção de sua atividade. Entre os intrínsecos podemos citar a administração e o gerenciamento do seu negócio em uma estrutura enxuta, concentrando, muitas vezes, em uma única figura (sócio administrador) o papel de tomada de decisões, relacionamento com clientes e fornecedores, entre outros, o que sem dúvidas representa um obstáculo a mais para essas sociedades.

Os fatores extrínsecos são aqueles que fogem do controle de quaisquer sociedades, e estão ligados à conjuntura econômico-política do país/mundo; são exemplos a política fiscal (no âmbito internacional e fiscal), inflação, mudança na legislação, crises políticas, obtenção de crédito, entre outros, sendo esses fatores determinantes para a continuidade de qualquer sociedade, ainda mais quando o assunto são sociedades limitadas.

Especificamente quando o assunto é obtenção de crédito, a sociedade de responsabilidade limitada é limitada até nisso. Tal restrição de opções viáveis (e mais baratas) de obtenção de crédito são importantes para qualquer país que tenha como escopo o fomento da atividade empresarial, pois nem sempre se concentram entre os sócios da limitada os perfis empreendedor e investidor, fazendo com que as sociedades de responsabilidade limitada tenham de recorrer ao empréstimo bancário usual para obter seu crédito, tendo em vista que o crédito é essencial para persecução de seu objetivo social, tais como obtenção de insumos, maquinário e até manter um nível saudável de capital de giro.

Pelo demonstrado *supra*, pode-se concluir que o financiamento das atividades desempenhadas por essas sociedades é um dos fatores mais importantes para a sobrevivência destas, porém, como também demonstrado, as sociedades limitadas encontram dificuldades em se capitalizar, fazendo com que seja um gargalo importante na economia brasileira.

3 O impacto negativo da ausência de financiamento para o empreendedorismo brasileiro

Em 2015, o Brasil experimentou novamente uma grave crise em sua economia, mergulhando em uma “recessão técnica”, uma vez que seu Produto Interno Bruto – PIB teve dois anos seguidos de queda (2014 e 2015).¹⁹ Com poucas chances de melhora nos próximos anos, somado aos rebaixamentos de graus de investimentos pelas agências de *rating internacionais Moodys*,

Standard and Poor e Fitch,²⁰ além da imprevisibilidade do cenário político brasileiro que tem como uma de suas consequências (talvez a mais nefasta delas do ponto de vista econômico) a escassez de crédito disponível. Dessa forma, poderia o mercado de capitais ser uma saída viável para essas sociedades?

Daí surge um outro problema: nem todas as sociedades possuem a capacidade de participar do mercado de capitais, principalmente as sociedades menores, nem que seja para emissão de títulos de dívida (tal como a debênture). Alguns dos problemas enfrentados para capitalização via mercado de capitais vão, segundo o Prof. Gustavo Diniz, que corrobora a ideia *supra*, desde a falta de bons instrumentos de financiamento moldados à realidade das sociedades limitadas, deixando-as reféns de capital de terceiros, como bancos e outras entidades que tornam tais financiamentos extremamente custosos (ainda mais em um cenário de recessão – a já conhecida lei da oferta e da procura) a pouca transparência do capital da sociedade ou pela forma que o sistema financeiro nacional se estrutura.

O estudo do Sebrae confirma a dependência das sociedades limitadas com crédito obtido comercialmente, sendo as operações de crédito mais comuns o pagamento dos fornecedores a prazo, cheque especial e cartão de crédito, cheque pré-datado e empréstimos de bancos (privados e estatais), empréstimos mais caros em comparação aos obtidos por meio do mercado de capitais.²¹

Entretanto, não é só isso. Os bancos vêm reiteradamente negando alguns empréstimos às sociedades de menor porte, em sua maioria esmagadora limitadas. Sob as justificativas de saldo médio insuficiente e falta de garantias reais e, muitas vezes, quando concedem os empréstimos não são dos valores que as sociedades de responsabilidade limitada necessitam.²²

Além dos empréstimos privados, as limitadas só podem recorrer à captação de recursos a pessoas próximas, de maneira informal, sendo situação extremamente incerta e precária, o que poderia ser evitado caso tais sociedades pudessem ter acesso ao sistema de mercado de capitais.

Essa falta de amparo financeiro das sociedades acarreta, além dos já citados problemas sociais e econômicos, sérios problemas à inovação do País. O que pode ser facilmente percebido pela vexatória posição que o Brasil ocupa no *ranking* da inovação mundial, mesmo sendo um país de dimensões continentais, alta densidade demográfica, com a economia entre as dez maiores do mundo e boa parcela de mão de obra qualificada, conforme se depreende do *ranking* a seguir, elaborado pela Universidade de Cornell, escola de negócios Insead e pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI):²³

Não é por acaso que os países que mais inovam são também aqueles que possuem uma atividade empresarial intensa, vez que é incentivada pelo governo e sociedade daqueles países. Isso se explica pelo que o economista Schumpeter definiu como “destruição criativa”,²⁴ que nada mais é que a inserção de novos produtos e serviços no mercado, no lugar dos antigos, alterando, assim, os padrões de consumo (disrupção); os exemplos são vários, entre os mais conhecidos, podemos citar o Google, Facebook, Tesla, Apple, entre outros que em sua maioria, conforme reza a lenda, começaram em uma garagem na Califórnia.

No Brasil tem-se justamente o contrário, o que se vê – além da alta carga tributária, lentidão e onerosidade excessiva no processo de constituição de sociedade (graças à burocracia em seu registro) – é um desestímulo para empreender, tendo em vista que, além das dificuldades inerentes à atividade empreendedora (fatores extrínsecos e intrínsecos), as sociedades limitadas são reféns de instituições financeiras para adquirir seu crédito.

A partir desse raciocínio, pode-se inferir que a possibilidade de uma nova forma de financiamento para as sociedades limitadas pode resolver, se não atenuar muito, os problemas de crédito que o tipo societário brasileiro mais utilizado enfrenta. Dessa forma, ao eliminar um problema recorrente dessas sociedades (obtenção de crédito), a emissão de debêntures pode representar um grande incentivo para empreender, significando mais postos de trabalho, aumento da atividade empresarial e inovação para a sociedade brasileira.

4 Surgimento e utilização das debêntures

O surgimento das características das debêntures, tal qual se conhece, remontam à Idade Média. Nessa época criara-se uma obrigação estatal em favor daqueles que contribuíssem financeiramente para a realização de empreendimentos públicos, pois, dessa forma, evitava-se o aumento de impostos, bem como abria-se uma nova forma de conseguir recursos junto à população para as diversas finalidades.

Tavares Borba cita em seu livro que ocorreram emissões de títulos similares às debêntures pela República de Gênova, já a partir do século XII, bem como a sua divisão, o que deu início à formação da primeira organização de obrigacionistas, a qual recebeu o nome *Casa delle compere e dei banchi di San Giorgio*.²⁵

A chamada *Casa di San Giorgio* era a entidade responsável pela administração da dívida pública de Gênova, à época uma república, a necessidade de gerir a dívida referida fez com que surgisse a instituição, tendo sido gerida pelos chamados “le compere”. Este termo tem origem no antigo mercado financeiro de Gênova em meados do século XII.

Além da venda desses títulos de dívida pelo Estado, outra operação comum era a venda ao particular, por contrato direto ou leilão, o direito de cobrar determinado tributo, por igualmente determinado período de tempo, por meio do pagamento do particular ao Estado para explorar tal cobrança do tributo. Tal espécie de concessão conferia ao ente estatal maior previsibilidade de receitas, tendo em vista que o pagamento pelo indivíduo ao Estado era feito por meio de parcelas regulares e periódicas, independente da quantia que o particular conseguisse arrecadar. Nesta operação o Estado transferia o seu risco para o particular, que por sua vez ficava responsável de cobrar os pagamentos ao Estado.

A partir desse modelo, tais títulos foram evoluindo ao longo dos anos, até chegar à era medieval na Inglaterra, época em que

passou a se utilizar o termo *debênture*. Esta palavra tem origem latina e deriva da palavra *debentur*, possuindo sua raiz do verbo *debeo*, tendo igual significado do verbo *dever*, incluindo suas derivações (“são me devidos”, “devem-me”).²⁶

Waldemar Ferreira, em seu *Tratado das debêntures*, corrobora com a etimologia da palavra descrita acima, completando que na Inglaterra o termo *debênture* também era utilizado para o certificado entregue aos oficiais e soldados para o pagamento de soldos atrasados, mas não era relacionado às companhias.

Ainda na terra da rainha, Anthony Steel afirma que as *debêntures* foram proibidas de serem negociadas em 1394 pelo Rei Edward I da Inglaterra, dando indícios que à época as *debêntures* já eram negociadas com o intuito de lucro, com natureza já de instrumento de crédito passível de negociação, sendo muito provável um título da espécie ao portador.²⁷

O mesmo autor afirma, ainda, que há pistas, com base nos escritos de Mr. J. H. Jonhson, que as *debêntures* foram negociadas mesmo após a proibição do Rei Edward, por dois *Royal Clerks*, por volta de julho de 1316,²⁸ demonstrando o prestígio que tal título continha na sociedade da época.

Avançando um pouco mais na linha temporal das *debêntures*, a partir do advento das companhias colonizadoras, assim como a necessidade de capitalização para a realização das expedições mercantis, a palavra *debênture* também passou a ser utilizada como significado de financiamento para o setor privado, perdendo o sentido estritamente publicista como em sua origem lá na Itália (Gênova).

A título de exemplo, a *Hudson's Bay*, companhia canadense existente até os dias de hoje,²⁹ no período compreendido entre os anos de 1671 a 1674, há registros de reuniões para se discutir acerca de emissões de *debêntures*, a fim de ampliar os negócios da companhia em outros territórios.

Mais tarde as *debêntures* subscritas pelos acionistas da companhia canadense se tornariam a sua tábua de salvação. Pois

somente por meio do pagamento de juros das debêntures emitidas, os acionistas eram remunerados pela *Hudson's Bay*, em razão do capital investido na companhia, pois a distribuição de dividendos foi interrompida durante 14 (quatorze) anos, de acordo com a política interna da companhia.³⁰

Porém, foi somente com o julgamento do caso *In re Imperial Land Co. of Marseilles, ex pte Colborne and Strawbridge*,³¹ que o conceito de debênture ganhou o mesmo sentido da palavra em latim. Tendo em vista que somente após o referido julgamento, definiu-se as debêntures como um *status* jurídico em que a parte devedora era obrigada a pagar a dívida contraída com o credor; logo, esse título de dívida, em razão do seu conteúdo, passou a ser associado a um instrumento revelador de dívida.

Assim, a palavra debênture, com o *Mortgage act*, de 1865, passou a se disseminar para os outros países com o conceito e obrigação, notadamente como título de emissão das sociedades por ações (anônima e comandita por ações). Nas palavras de Inglês a obrigação seria a representação do “crédito resultante da emissão de um empréstimo, ou objetivamente o título negociável que o mutuário entrega ao mutuante como documento e prova do seu direito”.³²

A palavra obrigação (*obligation*, na França, *obligación*, na Espanha e *Obbligazioni* na Itália) ainda é utilizada hodiernamente como sinônimo de título de dívida contraída pelas companhias por meio da emissão de títulos em série, enquanto no vernáculo alemão esse título de obrigação é chamado *Schuldverschreibung*.³³

5 Desenvolvimento histórico e normativo das debêntures no Brasil

Com a análise do histórico do surgimento das debêntures no mundo, surge a pergunta: E as debêntures no Brasil?

O advento das debêntures está intrinsecamente ligado à vinda da família real portuguesa para o Brasil, à época colônia de Portugal,

em 1808, notadamente com a vinda da coroa para sua colônia no continente americano, veio a reboque o desenvolvimento e o estabelecimento da indústria e do comércio, ao surgimento do crédito, assim como as primeiras instituições financeiras na então colônia, como o Banco do Brasil.

Um relato importante de Carvalho de Mendonça, em sua célebre obra, acerca do impacto da família real para o Brasil, ressaltando a importância do Banco do Brasil para o fomento industrial da época.³⁴

Embora com algum atraso, com a chegada da corte (e dos ingleses) se iniciou o desenvolvimento econômico e industrial no Brasil. Assim, a corte aboliu a proibição então existente de fábricas no país, iniciou-se uma série de concessões para matérias-primas, encerrando, ainda, com o monopólio português sobre as exportações, criando um auspicioso ambiente de negócios na então colônia.

Dessa forma, somente nessa época é que empréstimos, giro de capital privado, passaram a circular na colônia portuguesa, com a proximidade do poder central à colônia, aumentando, assim, de forma significativa, as riquezas no Brasil.

Tal aumento de capital circulando trouxe o empréstimo privado para a colônia, tendo em vista que até a chegada da coroa no Brasil os empréstimos eram predominantemente públicos.³⁵

No âmbito privado, as partes faziam uso de instrumentos poucos efetivos na formalização do empréstimo, bem como em assegurar que o patrimônio do devedor poderia garantir o valor emprestado, fazendo com que os comerciantes raramente emprestassem qualquer dinheiro entre si, e a justificativa era óbvia: de não receberem nunca mais o valor emprestado.³⁶

O segundo momento de expansão da atividade econômica no Brasil surgiu com o fim do período colonial e, conseqüentemente, com o fim das restrições impostas pela corte portuguesa no Brasil, principalmente no Rio de Janeiro.³⁷

Some-se a isso a existência de um instrumento jurídico eficiente de reconhecimento das dívidas, assim como a certeza de

cobrança – por ser reconhecido pelas autoridades – o que tornaria a circulação de capitais mais segura, vez que estava sob a chancela estatal, como consequência, quase que imediata, o aumento da emissão de títulos, obrigações e, por lógica, as debêntures.³⁸

Com o incremento da emissão de títulos no país, surgiu a necessidade de criação de um diploma que regulasse tal atividade, tendo em vista que a quebra era utilizada por muitos de forma imoral e meio de subsistência.

Dessa forma, fora criado o primeiro Código Comercial brasileiro, em 1850, contudo, esse diploma legal, embora tenha trazido avanços na regulamentação da pujante economia brasileira, à época não havia uma seção específica que tratasse dos títulos obrigacionais, com as debêntures.³⁹

Somente em 1860, 10 (dez) anos após a promulgação do Código Comercial, foi criada a Lei 1.083/1860, tendo sido a primeira a utilizar especificamente a frase “título ao portador”, ao proibir de forma expressa que as companhias, sem autorização do Poder Legislativo, emitissem notas, bilhetes, papéis, títulos ao portador, sendo exceção as instituições financeiras criadas por decreto do Poder Executivo.⁴⁰

Embora a restrição mencionada tenha colocado em lados opostos divergências da política cambial da época, de um lado o presidente do Banco do Brasil Visconde de Itaboraí (defensor do padrão ouro) e o então Ministro da Fazenda Souza Franco (juntamente com Barão de Mauá), defensores da liberação do crédito e da livre-iniciativa, foi somente com a criação da Lei 3.150 de 1882 que se instaurou o regime da liberdade para constituir as companhias e, por conseguinte, a liberação de emissão de títulos ao portador, como forma de obter empréstimo.⁴¹ Isso tudo se deu por medo de ocorrer uma anarquia monetária, caso a proibição se mantivesse.

Contudo, o vocábulo debênture somente foi introduzido à legislação brasileira no artigo 21 do Decreto 8.821/1882,⁴² o qual regulamentou a Lei 3.150, colocando entre aspas, ao lado da palavra debênture, a palavra obrigações, demonstrando que foi importada

do direito estrangeiro a ideia e que debênture e obrigações eram sinônimos.

A partir de então as debêntures foram reguladas pelos Decretos 434/1891 e 169-A/1890, o primeiro conferiu natureza privilegiada para as debêntures, eliminando a possibilidade de ser tratadas como créditos quirografários, enquanto o segundo regulava acerca da subordinação das debêntures ou obrigações ao portador emitidas pelas companhias às hipotecas e ônus reais. Porém, com o surgimento do Decreto 370/1890, foi determinado que as debêntures teriam preferência às hipotecas e ônus reais, caso tivessem sido escritas anteriormente a esses gravames reais. 3 (três) anos após, com o Decreto 177-A, o qual regulou especificamente a emissão de empréstimos em obrigações a quem portava o título ou debêntures, com novas regras e privilégios, tais como a preferência a outros títulos de dívida que porventura poderiam recair sob os ativos ou bens da companhia os quais emitiu.⁴³

Vale mencionar que o primeiro decreto que trouxe o conceito de reunião dos debenturistas ou portadores da obrigação, a fim de discutir as propostas da companhia emissora foi o Decreto 2.519, surgindo a figura de uma pessoa com poderes para vigiar e garantir os interesses dos obrigacionistas, surgindo a figura dos agentes fiduciários.⁴⁴

Ato contínuo, adveio o Decreto 22.431/1933, que revogou o Decreto 2.519, com o intuito de regular de forma específica a união de interesses entre os portadores das então chamadas “debênturas”, porém, à época, teve sua eficácia questionada, razão pela qual foi substituído por um novo Decreto (781/1938), como muito bem pondera Waldemar Ferreira.⁴⁵

Sobre esse tópico há uma curiosidade. Não há notícia de revogação do Decreto 781/1938, como se percebe pelo sítio eletrônico do Congresso Nacional.⁴⁶ Contudo, houve a revogação parcial, no que tange à emissão de debêntures por sociedades anônimas e comandita por ações, tendo em vista a mudança do regime com a entrada em vigor da Lei 6.404/1976, mas o decreto

persiste vigendo com relação às obrigações decorrentes das emissões de debêntures por sociedades autorizadas por lei especial, como as cooperativas.

Tal autorização, uma vez que o Decreto 781/1938 somente corrobora com a tese defendida neste trabalho, pois, se até as cooperativas podem emitir debêntures, por que as sociedades limitadas, comprovadamente o tipo societário mais importante no âmbito da economia brasileira, não poderiam? Tal possibilidade das cooperativas demonstra o contrassenso que é a proibição das sociedades de responsabilidade limitada de emitir as debêntures, como será demonstrado no próximo tópico.

Continuando a evolução histórica da legislação que regulamenta as debêntures no Brasil, em 1940 entrou em vigor o Decreto-lei 2.627, o qual trouxe um novo regramento às sociedades por ações, contudo somente no que tange às ações e partes beneficiárias, sem mencionar as debêntures. Dessa forma, de 1893 a 1976 a regulação das debêntures era feita por meio de legislação específica e esparsa. Isso somente mudou a partir da publicação da Lei 6.404/1976, diploma legal que continua vigente até os dias de hoje.

A Lei 6.404/1976 regula as debêntures em seu Capítulo V (artigos 52 a 74), porém, dentro da mesma Lei, ignorando a lógica topográfica da legislação, pode-se encontrar outros artigos que mencionam as debêntures, por exemplo, os artigos: 101 (regula a escrituração eletrônica do registro de propriedade das debêntures); 109, IV (preferência do acionista na subscrição de debêntures); 122, IV (competência privativa da assembleia geral para autorizar a emissão de debêntures); 163, III (necessidade de parecer do conselho fiscal para emissão das debêntures); 166, III (possibilidade de aumento de capital por meio de conversão de debêntures em ações); 171, § 3º (direito de preferência dos acionistas para subscrever debêntures conversíveis em ações); 172 (hipóteses que excluem o direito de preferência à subscrição de debêntures conversíveis em ações pelos acionistas da companhia); 174, § 3º (direito de oposição dos debenturistas à redução de capital); 231 (regulação dos direitos

dos debenturistas em hipóteses de fusão, cisão e incorporação); 287, II, *d* (prazo prescricional de eventual ação de reparação de danos dos debenturistas contra o agente fiduciário); e, por último, mas não menos importante, 296, § 2º (proteção aos direitos pecuniários dos debenturistas no momento da entrada em vigor da Lei 6.404/1976).

Embora a Lei 6.404/1976 seja extremamente moderna, ainda mais considerando-se o tempo em que foi promulgada, ela sofreu algumas alterações. Entre estas, o regramento das debêntures, em estrito apego à didática, passa-se a listar as modificações dessa Lei nos pontos em que regula as debêntures:

A primeira alteração ocorreu por meio da Lei 9.457/1997 – alterou a redação da Lei 6.404/1976 em função das proibições previstas na Lei 8.021/1990, a qual retirou da redação do artigo 20 da Lei 6.404/1976 as expressões “endossáveis” e “ao portador”, acabando com a possibilidade de emissão de títulos ao portador, com intuito de proteger os acionistas minoritários;

A segunda alteração, pertinente às debêntures, ocorreu com a Lei 10.303/2001 – alterou a necessidade de certificado para sua emissão, logo a partir dessa alteração se admitiu que as partes pactuassem livremente os referenciais de correção monetária. Ademais, possibilitou que a dívida principal, bem como a dívida acessória pudessem ser pagas de outras formas, como por meio de bens, à escolha do debenturista; autorizou, também, a possibilidade de emissão de debêntures simples apenas pelo conselho de administração da companhia. Por último, a lei modificou o local em que as escrituras de emissão de debêntures devem ser registradas, passando a ser nos registros de empresas mercantis e não mais nos registros de imóveis.

A última alteração ocorreu por meio da Medida Provisória 517/2010, a qual foi convertida na Lei 12.431/2011, aqui, criou-se uma nova hipótese de emissão de debêntures, por meio do conselho de administração, só que agora incluíram as debêntures com possibilidade de conversão de ações, mas somente nas hipóteses em que exista capital autorizado e, por óbvio, até o limite deste. Além disso, acabou com o teto de emissão de debêntures.

Inobstante o regramento constante na Lei 6.404/1976, além de outras leis esparsas que possuem relação com as debêntures, como a Lei 12.431/2011, bem como as instruções regulamentadoras editadas pela CVM, o próprio ecossistema de negociação de títulos de dívida, entre eles as debêntures, esforça-se para melhor aperfeiçoar a negociação de tais títulos.

Como exemplo, podemos citar o esforço da B3, por meio das regras que visam aperfeiçoar o mercado de renda fixa da entidade, inclusive com regras mais rígidas tais quais segmentos especiais de listagem das companhias.

Outra medida louvável de melhoria de práticas no mercado de renda fixa partiu da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (“ANBIMA”).⁴⁷ O principal objetivo do código da ANBIMA de melhores práticas é o de “estabelecer princípios e normas que deverão ser observados pelas Instituições Participantes”.⁴⁸

6 A legalidade (e possibilidade) da emissão de debêntures pelas sociedades de responsabilidade limitada

Após analisarmos a evolução histórica da legislação pátria que regula as debêntures, será demonstrado nos tópicos a seguir como inexistente impedimento do ponto de vista jurídico para emissão de debêntures pelas sociedades limitadas e em como essa viabilidade pode impactar positivamente a economia brasileira, ainda mais no momento de crise econômica que o país atravessa.

Antes de demonstrar os porquês acerca da legalidade (e possibilidade) de emissão das debêntures, serão expostos os argumentos da doutrina dominante que é contrária à emissão de debêntures pelas sociedades limitadas, tornando, assim, a prática privativa das sociedades anônimas.

O primeiro argumento seria a restrição em razão do artigo 52 da Lei 6.404/1976. Para parte da doutrina o fato de o artigo mencionar que “A companhia poderá emitir debêntures que

conferirão aos seus titulares direito de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado”.

Ocorre que, pela simples leitura do referido artigo, já se percebe que o comando legal não proíbe a emissão de debêntures por outros tipos societários (como a sociedade limitada), tampouco restringe a emissão somente pelas companhias, e como versa o princípio da legalidade no âmbito privado, nenhum indivíduo poderá ser obrigado a fazer e não fazer se não em virtude da lei,⁴⁹ o que pela leitura do artigo 52 acima não existe no caso da emissão das debêntures pelas sociedades limitadas.

Há outra posição da doutrina, em que a vedação viria pela Lei 6.386/1976, que regula o mercado de capitais no Brasil, que, no seu artigo 2º, I, coloca as debêntures como valor mobiliário, o que somente poderiam ser emitidas ou negociadas pelas sociedades por ações (comandita ou anônima).

Contudo, no mesmo diploma legal o legislador deixou claro que os valores mobiliários ali listados não são, em hipótese alguma, *numerus clausus*. Pelo contrário, a lei abre brecha para a análise casuística para emissão dos valores mobiliários nela listados.⁵⁰

Ou seja, o que a Lei 6.385/1976, assevera é que as sociedades que pretendem emitir valores mobiliários se sujeitariam às mesmas normas das companhias aberta que estão colocadas naquela lei. Mais uma vez, não há uma linha sequer que proíba emissão de qualquer valor mobiliário por uma sociedade limitada.

Da mesma forma, afasta-se a hipótese de que a natureza *intuito persona* das sociedades limitadas impediria que pudesse emitir debêntures. O primeiro e mais urgente motivo é a possibilidade de regência supletiva das sociedades limitadas pela Lei 6404/1976, o que por si só já seria suficiente para tornar legal a emissão de debêntures pelas limitadas. Ademais, a natureza *intuito persona* somente impediria a emissão de debêntures conversíveis em participação na sociedade limitada, mas em nada obstaculizaria

a emissão de debêntures simples, o que já serviria à finalidade de financiar as atividades.

E mais, a CVM, por meio da Instrução Normativa 476/2009, responsável por regular as emissões de valores mobiliários com esforços restritos, teria autorizado⁵¹ a emissão das debêntures, não conversíveis em ações (no caso quotas), pelas sociedades limitadas, tendo em vista que foi nítida a intenção da autarquia reguladora em expandir o mercado de capitais brasileiro por meio do aumento do acesso das sociedades àquele mercado.

A CVM assim o fez, por se tratar de uma emissão por esforços restritos, destinada a investidores qualificados (são os que possuem no mínimo R\$ 1.000.000,00 investidos), com limitação de número de investidores, ou seja, o acesso à poupança popular não é amplo, além de ser proibida qualquer veiculação publicitária aberta ao público em geral.

Não obstante a isso, a própria CVM seria responsável por fiscalizar e punir, se necessário, a emissão dessas debêntures, independentemente do tipo societário. Ou seja, as sociedades de responsabilidade limitada, para emitirem as debêntures, deverão passar pelos mesmos procedimentos que qualquer sociedade por ações passa. Trocando em miúdos, a CVM iria garantir a idoneidade dos títulos que serão emitidos pelas sociedades limitadas, conferido a segurança necessária para os investidores que se interessassem em adquiri-los.

Nesse cenário, qual seria uma possível razão para impedir a emissão das debêntures pelas sociedades limitadas? Pois, como demonstrado anteriormente, a natureza jurídica contratual da sociedade limitada permite a emissão de debêntures, além de não haver uma lei expressamente proibindo (há somente interpretações com supostos impedimentos) a emissão de debêntures. Isso tudo sem mencionar que, com a emissão das debêntures pelas sociedades limitadas, estas teriam acesso a um capital mais barato, rápido e de valor satisfatório para exercer as atividades, além de representar um aumento no volume de negociação dos valores mobiliários no

mercado de capitais brasileiro, o que representaria um amadurecimento e expansão (as vantagens da possibilidade de emissão das debêntures serão tratadas *infra*).

Embora seja legal, e a possibilidade de emissão das debêntures possa representar impactar positivamente a economia brasileira, assim como o mercado de capitais brasileiro, parte da doutrina, incluindo os registros públicos de empresas mercantis (juntas comerciais) entendem pela impossibilidade de registro das debêntures.

As juntas comerciais do Rio de Janeiro e de São Paulo negaram o registro da emissão de debêntures por sociedades limitadas, a junta de São Paulo por meio do Parecer CJ/JUCESP 420/2012, enquanto a Junta do Rio de Janeiro por meio do parecer emitido pela procuradoria da JUCERJA no pedido de arquivamento da ata de assembleia de sócios da Lotus Azul incorporação e empreendimentos imobiliários SPE Ltda. Que deliberou a aprovação de emissão de debêntures por aquela sociedade.⁵²

Em sintonia com tais pareceres, o Departamento de Registro Empresarial e Integração (“DREI”), emitiu, recentemente (2017) a Instrução Normativa 38 alterando o anexo II do manual de registro da sociedade limitada, com o intuito de dirimir algumas dúvidas acerca da regência supletiva das sociedades limitadas pela Lei 6.404/1976, o qual reafirma que determinados institutos das sociedades por ações podem ser aplicáveis à sociedade limitada, mas deixou de se posicionar pela possibilidade de emissão de debêntures pela sociedade limitada.

Em razão da não ilegalidade da emissão das debêntures, assim como as consequências vantajosas que a possibilidade dessa emissão trará para o Brasil, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de leis que colocariam uma pedra na discussão, que está longe de ser pacificada. A seguir serão tratados os 4 (quatro) projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional.

Os Projetos de Lei 487/2013; 1.572/2011; 11/2018 e 6.322/2013.

O único projeto que tem como proposta a alteração da Lei 6.404/1976 é o PL 6.322/2013. A proposta é alterar o artigo 52 da

Lei 6.404/1976.⁵³ Enquanto os outros PLs versam acerca da alteração do Código Civil.

Embora louvável a tentativa dos parlamentares, essa redação dos PLs foi alvo de críticas como ausência de previsão de aplicação (ou não) subsidiária da lei 6.404/1976 nas emissões de debêntures (aqui nos casos em que a limitada não possuir regência supletiva).

Outro ponto que gerou comentários negativos foi com a redação sugerida pelos PLs. Ora, se a intenção é dar alternativas de financiamento às sociedades limitadas, é um contrassenso proibir *prima facie* que estas não poderiam captar recursos de forma pública, somente de forma privada, ainda que seja por meio de emissão de esforços restritos (esta já autorizada pela CVM).

Após a análise da legalidade da emissão de debêntures pela sociedade limitada, serão demonstrados a seguir os inúmeros impactos positivos que podem ser trazidos a reboque com a possibilidade de emissão desses títulos de dívida.

7 As vantagens econômicas trazidas pela emissão das debêntures nas sociedades limitadas

Este tópico tem o intuito de demonstrar o quão importante as debêntures são na expansão da economia e no mercado de capitais, ainda mais se considerar a hipótese de estender a possibilidade de emissão daquele tipo de título de dívida para o tipo societário mais utilizado no país.

Tal possibilidade por si só já seria motivo suficiente, em razão do seu potencial robusto, para que as sociedades limitadas fossem liberadas para emitir as debêntures, vez que aquelas desempenham papel fundamental na economia brasileira, com poder suficiente para alavancar numa só tacada o mercado de capitais e a economia como um todo.

Como já demonstrado, o mercado de capitais possui como função primordial aproximar poupadores e indivíduos que necessitam de crédito, por diversos motivos, mas por argumentos

jurídicos questionáveis e interpretações vacilantes, privou-se o tipo societário mais utilizado no país de acessar o mercado de capitais brasileiro, o qual necessita de movimentação.

A entrada das sociedades limitadas no mercado de capitais brasileiro representaria colocar tal mercado no mapa dos maiores mercados mobiliários do mundo, o que também representaria a evolução do mercado que os agentes que nele atuam tanto desejam, vez que o volume de negócios seria maior, ocorrendo um amadurecimento mais rápido do referido mercado.

Isso sem mencionar o papel no papel transformador social que o mercado de valores mobiliário possui, já que permite a democratização do capital, oportunizando pequenos investidores a colocar seu capital em uma sociedade, e esta, por sua vez, teria o capital necessário para melhor desempenhar sua atividade. Nessa mesma linha pensa Carvalho Filho quando assevera que o nível de capitalização de empresas tem impacto direto no desenvolvimento de um país.⁵⁴

Ademais, quanto maior for a atividade empresarial de um país, e isso só é possível com um capital circulante alto, maiores serão os níveis da economia, assim como os níveis de inovação, ocasionando um círculo virtuoso dentro do ecossistema econômico brasileiro.

Contudo, por conta de uma ausência de autorização expressa, somadas a interpretações tacanhas da legislação pátria, a economia brasileira perde uma excelente boia salva-vidas para uma economia que só vem afundando nos últimos anos.

Conclusão

Buscou-se neste trabalho abordar um tema polêmico no âmbito do direito empresarial brasileiro, mas sem qualquer pretensão de esgotar o tema, vez que o assunto é complexo e há opiniões de toda sorte.

Antes de chegar a qualquer conclusão, primeiro foi necessário contextualizar e definir o que é o sistema financeiro nacional,

explicando o seu funcionamento e suas divisões (mercado de câmbio, mercado financeiro, mercado de crédito e mercado de capitais), passando pelas instituições financeiras e seu funcionamento, partindo de uma evolução histórica.

Por ser intrinsecamente ligada ao foco deste trabalho (a possibilidade ou não de emissão de debêntures por sociedades limitadas), adentrou-se com maior profundidade no mercado de capitais, abordando as espécies de mercados existentes para troca de valores mobiliários (balcão organizado e bursístico, primário e secundário), conceitos importantes para melhor entendimento o tema objeto deste artigo.

Na sequência, tratou-se dos principais meios atuais de capitalização das sociedades, podendo advir de terceiros ou de capital próprio da sociedade ou, ainda, podendo ser originários do mercado de capitais, por exemplo, as ações e as próprias debêntures, mas também podendo ser instrumentos novos e com regulações recentes como o investimento anjo.

Após conceituarmos como é feita a capitalização das sociedades e suas espécies, passou-se a demonstrar como as sociedades atuais, principalmente as sociedades limitadas, possuem poucos instrumentos de capitalização, o que dificulta a persecução de seus objetivos sociais, bem como o próprio exercício da empresa pela sociedade.

Feito isso, demonstrou-se como a sociedade limitada é um dos pilares da economia brasileira, vez que é o tipo societário mais utilizado no País, além de conceituar suas características e o porquê de ser o tipo de sociedade mais utilizado, em detrimento das sociedades anônimas, por exemplo, e como uma nova forma mais barata de obtenção de crédito (emissão de debêntures), se comparado ao crédito ofertado pelas instituições bancárias hodiernamente, poderia contribuir positivamente para a economia e sociedade brasileira.

Com isso, adentrou-se no conceito de debênture, percorrendo pela análise histórica desde o seu surgimento até os seus dias atuais, passando pela importação do instituto para o direito brasileiro, com

a sua evolução histórico-normativa até se chegar ao mercado de compra e venda de títulos de dívida atuais.

Definido a contextualização necessária, com uma análise minuciosa da doutrina e da legislação pertinente, por meio de revisão bibliográfica, que rege o tema, chegou-se à conclusão de que não há ilegalidade para as sociedades limitadas emitirem debêntures, com fulcro de capitalizarem seus negócios.

Isso porque não há uma proibição expressa (seja na Lei 6.404/1976, seja na Lei 6.385/1976), ainda que igualmente não haja uma autorização, mas seguindo o princípio da legalidade no âmbito privado: o que não for proibido, ou contra a lei, é permitido. Tampouco, pode-se falar em incompatibilidade da natureza jurídica da sociedade limitada para emitir debêntures, isso se comprova pela autorização da CVM, por meio da IN/CVM nº 576, além da possibilidade de regência supletiva pela Lei 6.404/1976.

Abordaram-se, ainda, como forma de demonstrar a importância do tema, os projetos de lei que tramitam no congresso nacional acerca do tema: são quatro ao todo, passando por uma análise das novas redações da legislação pertinente, em que todas autorizam a emissão de debêntures pela sociedade limitada.

Essa vontade política demonstra, além da possibilidade jurídica de emissão das debêntures, quão benéfico pode ser tanto para a economia brasileira, quanto para o mercado de capitais brasileiro, a inserção das sociedades limitadas no mercado de capitais e tudo que esse tipo societário representa para o Brasil, podendo ser a injeção de ânimo necessária para recuperar o desenvolvimento da economia brasileira perdido nos últimos anos.

Como já mencionado, o principal objetivo deste trabalho foi de tentar contribuir para o rico debate acerca do tema, sem pretensão de esgotá-lo, demonstrando como determinadas interpretações restritivas, muitas vezes até equivocadas, do texto legal podem privar o desenvolvimento econômico e social brasileiro como um todo.

Referências

- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- AZEVEDO, Rita. O que muda com a B3, a ex-BM&FBovespa/Cetip. *Revista Exame*. Disponível em: [<http://exame.abril.com.br/mercados/o-que-muda-com-a-b3-a-ex-bmfbovespacetip/>]. Acesso em: 24.05.2018.
- ALONSO, Feliz Ruiz. Os fundos de investimento. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 61, 1971.
- BARBOSA, Hermano Notaroberto. Tributação das reorganizações de fundos de investimento. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Mercado Financeiro & de Capitais: regulação e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BORBA, Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: O direito da empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.
- CALDEIRA, Jorge. *A Nação mercantilista*. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1946. v. IV. Livro II.
- CARVALHO FILHO, Eleazar de. A ponte para o futuro. Fatos recentes que têm levado ao desenvolvimento do mercado de capitais. *Revista da CVM*, n. 33, jan. 2001.
- DINIZ, Saad Gustavo. Instrumentos de capitalização societária. *Revista de Direito Privado*, v. 29, jan. a mar. 2012.
- EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriana B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas, *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

FELLONI, Giuseppe. *La casa delle Compere e dei Banci di San Giorgio. Debito Pubblico*. Genova: Editori Laterza, 2011.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado das Debêntures*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1944. v. 1.

FREITAS, Fernanda; SUSSEKIND, Carolina S. *Emissão de Debêntures por limitada – final feliz à vista?* Disponível em: [<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emissao-de-debentures-por-limitada-final-feliz-a-vista-21052018#sdfootnote3sym>]. Acesso em: 31.07.2018.

Folha de S. Paulo. Moody's é terceira agência de risco a retirar selo de bom pagador do Brasil. Disponível em: [<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1742694-agencia-de-risco-moodys-tira-selo-de-bom-pagador-do-brasil.shtml>]. Acesso em: 25.07.2018.

G1. Entenda o que é recessão técnica. Disponível em: [<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/entenda-o-que-e-recessao-tecnica.html>]. Acesso em: 25.07.2018.

IUDÍCIBUS, Sergio; RICARDINO FILHO, Álvaro Augusto. A primeira Lei das Sociedades Anônimas no Brasil. Lei 1.083 – 22 de agosto de 1860. *Revista de Contabilidade e Finanças*, Universidade de São Paulo, n. 29, p. 24, 2002.

LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. A conversão de debêntures em ações e o correspondente aumento do capital social. *Revista dos Tribunais*, 669/19-28.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os valores mobiliários. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*. São Paulo, v. 8, p. 113-117, 2011.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das Companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, André Pacheco Teixeira; JUNQUEIRA, Carlos Augusto. Cartilha do investimento coletivo: orientações a investidores e gestores. *Equity crowdfunding no Brasil hoje*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Série Clínicas.

POLAKOFF, Emanuel Murray; DURKIN, Thomas A. *Financial Institutions and Markets*. Boston: Houghton Mifflin, 1970.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1962.

PONTES, Aloysio Lopes. *Instituições financeiras privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes. *Aspectos jurídicos da emissão de Debêntures*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1944. v. 1.

QUIROGA, Roberto Mosqueira. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

RICH, E.E. *Minutes of Hudson Bay Company*. Londres: Hudson's Bay Record Society, 1942. v. V.

SALERNO, Mario Sergio; KUBOTA, Luís Claudio. Estado e inovação. *IPEA. Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica*, Brasília, 2008.

STEEL, Anthony. The Negotiation of Wardrobe Debentures in the Fourteenth Century. *The English Historical Review*, Oxford University Press, v. 44, n. 175, p. 439-443, 1929. Disponível em: [<http://www.jstor.org/stable/553042>]. Acesso em: 25.07.2018.

SEBRAE. *Boletim estudos e pesquisas*. Disponível em: [<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/estudos-e-pesquisas-junho-2017.pdf>]. Acesso em: 25.07.2018.

SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O financiamento dos pequenos negócios no Brasil*. Brasília, 2014.

SERASA EXPERIAN. *Brasil cria quase 200 mil empresas em janeiro de 2017*. Disponível em: [<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/05/brasil-cria-quase-200-mil-empresas-em-janeiro-de-2017>]. Acesso em: 27.07.2018.

SOUZA, Iglez de. *Titulos ao portador no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1898.

WIPO. *Global Innovation Index 2017*. Disponível em: [<http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4193>]. Acesso em: 25.07.2018.

YAZBEK, Otávio. O risco de crédito e os novos instrumentos financeiros – uma análise funcional. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Fernandes Rolim Marcos (Coord.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Notas

1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

2 Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

3 SERASA EXPERIAN. *Brasil cria quase 200 mil empresas em janeiro de 2017*. Disponível em: [<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/05/brasil-cria-quase-200-mil-empresas-em-janeiro-de-2017>]. Acesso em: 27.07.2018.

4 LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.) *Direito das companhias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 104.

5 Idem.

6 Idem.

7 BORBA, Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 171.

8 EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriana B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 9-10.

9 LOBO, Jorge Joaquim. *Direitos dos acionistas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 20.

10 Art. 170. Depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações. § 1º O preço de emissão deve ser fixado tendo em vista a cotação das ações no mercado, o valor de patrimônio líquido e as perspectivas de rentabilidade da companhia, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las.

11 EIZIRIK, Nelson; GAAL, Adriana B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais – Regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 11.

12 BORBA, Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 178-179.

13 AZEVEDO, Rita. O que muda com a B3, a ex-BM&FBovespa/Cetip. *Revista Exame*. Disponível em: [<http://exame.abril.com.br/mercados/o-que-muda-com-a-b3-a-ex-bmfbovespacetip/>]. Acesso em: 24.05.2017.

14 Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. § 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. § 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços.

15 Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste capítulo, pelas normas da sociedade simples.

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

17 Art. 1.158. Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final "limitada" ou a sua abreviatura.

18 Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: III – capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

19 G1. *Entenda o que é recessão técnica.* Disponível em: [<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/08/entenda-o-que-e-recessao-tecnica.html>]. Acesso em: 25.07.2018.

20 *Folha de São Paulo.* Moody's é terceira agência de risco a retirar selo de bom pagador do Brasil. Disponível em: [<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1742694-agencia-de-risco-moodys-tira-selo-de-bom-pagador-do-brasil.shtml>]. Acesso em: 25.07.2018.

21 SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *O financiamento dos pequenos negócios no Brasil.* Brasília, 2014.

22 Idem.

23 WIPO. *Global Innovation Index 2017.* Disponível em: [<http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4193>]. Acesso em: 25.07.2018.

24 SALERNO, Mario Sergio; KUBOTA, Luis Claudio. Estado e inovação. *IPEA. Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica*, Brasília, 2008. p. 13-64.

25 Mais informações em: [<http://www.lacasadisangiorgio.it/main.php?do=node&tag=4>]. Acesso em: 30.07.2018.

26 PEREIRA NETO, Edmur de Andrade Nunes. *Aspectos jurídicos da emissão de Debêntures.* Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1944. v. 1. p. 23.

27 STEEL, Anthony. The Negotiation of Wardrobe Debentures in the Fourteenth Century. *The English Historical Review*, Oxford University Press, v. 44, n. 175, 1929. p. 439-443. Disponível em: [<http://www.jstor.org/stable/553042>]. Acesso em: 25.07.2018.

28 Ob. cit., p. 439.

29 Conforme o website da companhia: [<http://www3.hbc.com/hbc/about-us/>]. Acesso em: 30.07.2018.

30 RICH, E.E. *Minutes of Hudson Bay Company*. Londres: Hudson´s Bay Record Society, 1942. v. V.

31 DE SOUZA, Iglez. *Titulos ao Portador no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1898.

32 Apud FERREIRA, Waldemar Martins, ob. cit., p. 25.

33 BORBA, Tavares, ob. cit., p. 3.

34 CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1946. v. IV. Livro II. p. 77.

35 DE SOUZA, Iglez, ob. cit., p. 15-16.

36 CALDEIRA, Jorge. *A Nação mercantilista*. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 336-337.

37 PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1962.

38 CALDEIRA, Jorge. Ob. cit., p. 337.

39 FERREIRA, Waldemar. Ob. Cit. p. 37.

40 Art. 1º [...] § 10. Nenhum Banco, que não fôr dos actualmente estabelecidos por Decretos do Poder Executivo, Companhia ou Sociedade de qualquer natureza, commerciante ou individuo de qualquer condição, poderá emitir, sem autorização do poder Legislativo, notas, bilhetes, vales, papel ou título algum ao portador, ou com o nome deste em branco, sob pena de multa do quadruplo do seu valor, a qual recahirá integralmente tanto sobre o que emitir como sobre o portador.

41 IUDÍCIBUS, Sergio; RICARDINO FILHO, Álvaro Augusto. A primeira Lei das Sociedades Anônimas no Brasil. Lei 1.083 – 22 de agosto de 1860. *Revista de Contabilidade e Finanças*, Universidade de São Paulo, n. 29, 2002. p. 24.

42 Art. 21. É permitido ás sociedades anonymas contrahir emprestimo por via de obrigações (debentures) ao portador.

43 FERREIRA, Waldemar, ob. cit. p. 24.

44 Ibidem, p. 41.

45 Idem.

46 Disponível em: [<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-781-12-outubro-1938-350319-norma-pe.html>]. Acesso em: 27.07.2018.

47 Para acessar o Código da ANBIMA de melhores práticas no novo Mercado de Renda Fixa: [http://www.anbima.com.br/pt_br/autorregular/codigos/novo-mercado-de-renda-fixa.htm]. Acesso em: 31.07.2018.

48 Ibidem, p. 1.

49 Art. 5º, II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

50 Art. 2º, § 2º: Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:[..] § 2º Os emissores dos valores mobiliários referidos neste artigo, bem como seus administradores e controladores, sujeitam-se à disciplina prevista nesta Lei, para as companhias abertas.

51 Art. 8º: Compete à Comissão de Valores Mobiliários:I – regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

52 FREITAS, Fernanda, SUSSEKIND, Carolina S. *Emissão de Debêntures por limitada – final feliz à vista?* Disponível em [<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emissao-de-debentures-por-limitada-final-feliz-a-vista-21052018#sdfootnote3sym>]. Acesso em: 31.07.2018.

53 Art. 52 [...] Parágrafo único. Semelhante faculdade é garantida à sociedade limitada, desde que observadas, no que couberem, as disposições deste Capítulo e a regulação aplicável.

54 CARVALHO FILHO, Eleazar de. A ponte para o futuro. Fatos recentes que têm levado ao desenvolvimento do mercado de capitais. *Revista da CVM*, n. 33, jan. 2001.

Reflexões sobre a importância da limitação da responsabilidade nas sociedades limitadas

*Thiago Moreira de Souza Sabião*¹

*Tarcisio Teixeira*²

1 Introdução

As sociedades limitadas respondem hoje por massiva parte das sociedades constituídas no Brasil. É inegável o incentivo à constituição de empresas sob o uso de arquétipos regulados pelo direito comercial que possuam as vantagens da limitação da responsabilidade, justamente pelas benesses que esta atrai não só ao empresário, mas também a toda sociedade.

Fruto de uma histórica criação pensada e intencionada pelo legislador para atender aos anseios do empresariado, as sociedades limitadas possuem codificação própria e destinada a regular a limitação da responsabilidade dos sócios e dos administradores, a princípio protegida pela legislação societária sempre que estes agirem de boa-fé e em respeito aos ditames sociais e legais. Há

* Texto originalmente publicado na Revista de Direito Empresarial | vol. 19/2016 | p. 39 - 64 | Out / 2016.

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado. tsabiao@cesadvogados.com.br

² Doutor e Mestre em Direito Comercial pela USP – Largo S. Francisco. Professor Adjunto de Direito Empresarial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Autor, entre outras obras, de: Direito empresarial sistematizado e Curso de direito e processo eletrônico. tarcisio Teixeira@tarcisio Teixeira.com.br

particulares que apenas se dignam em investir determinado capital em uma atividade acaso seu patrimônio esteja protegido pela limitação da responsabilidade. O cálculo do risco do investimento ou do engajamento no mundo empresarial é sempre um fator de curial importância.

Paralelamente às vantagens jurídicas e econômicas individuais na abertura de uma sociedade em que o capital investido estaria, em tese, protegido pela limitação da responsabilidade, a empresa exerce indispensável função econômica perante o Estado e toda coletividade, já que estimula a circulação de produtos e de riqueza.

Não é a toa que há grande política de estímulo à limitação da responsabilidade, forte na recente criação da Eireli – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, e os elogios que têm recebido a proposta de criação – que já tramita no Congresso Nacional no PL 6698/2013 – da sociedade limitada unipessoal. Embora ambas iniciativas tenham sido imbuídas pelo propósito de estimular a regularização das atividades empresarias exercidas pelos particulares, reforçam uma constatação antiga: a limitação da responsabilidade visa, ainda nos dias de hoje, incentivar o engajamento empresarial por parte do cidadão e ao mesmo tempo possibilitar a formalização da atividade.

Na contramão, todo o arcabouço de limitação da responsabilidade protegido e pensado pelo legislador é posto em xeque diante do uso irrestrito, pelo judiciário, do mecanismo de desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio dos sócios sempre que a insuficiência patrimonial por parte da sociedade se revele obstáculo ao recebimento do crédito por parte do credor. Este movimento é visualizado em especial nas sociedades limitadas, que correspondem à massiva maioria das sociedades brasileiras.

Muito se ventila, há tempo, a crise da limitação da responsabilidade, ora já consagrada nos bancos do Judiciário. De um lado, situam-se aqueles que criticam a limitação da responsabilidade

de forma irrestrita pela simples criação de uma sociedade limitada ou outra forma jurídica que ofereça igual vantagem, sem fiscalização do capital social e sem a devida proteção aos credores. De outro, há aqueles que reconhecem a sua tutela pelo ordenamento jurídico e tecem críticas à excessiva desconsideração da personalidade jurídica sem a observância de requisitos mínimos. Esse dualismo é fruto da tendência histórica do País de proteção do credor, sobretudo quando o bem da vida tutelado importa mais ao aplicador da norma do que a proteção da limitação da responsabilidade, como é o caso em que o credor é o consumidor ou o empregado da empresa ou do grupo econômico.

Destarte, a questão que se coloca é qual a dimensão da importância da limitação da responsabilidade societária nas sociedades limitadas para o direito brasileiro, e os reflexos da tendência de desconsideração irrestrita da personalidade jurídica. O estudo busca perquirir se ainda é relevante no ordenamento jurídico brasileiro a manutenção desta benesse, ora concedida irrestritamente a todos aqueles que pretendem formar uma sociedade limitada.

2 As sociedades limitadas e a separação patrimonial

A sociedade limitada historicamente é tratada como uma criação própria do legislador alemão nos idos de 1982. Não se trata de um instituto decorrente de um mero anseio social posteriormente inserido no ordenamento para regular o que já era praticado pelo mercado. A sociedade limitada foi uma criação pensada, e intencionada pelo legislador alemão, como uma forma de simplificar a sistemática das sociedades por ações, de forma a atender as pequenas e médias corporações que pretendessem se reunir de uma forma menos burocrática e que viabilizasse ao mesmo tempo a proteção do capital investido.

Posteriormente, esse tipo societário híbrido e simplificado, construído pelo legislador alemão, passou a ser adotado em Portugal

(1901), Áustria (1906), Inglaterra (1907), Brasil (1919), Rússia (1922), Chile (1923), França (1925), Argentina (1932), Uruguai (1933), Japão (1938), Itália (1943) e Espanha (1953),¹ revelando grande aceitação por todos os ordenamentos desenvolvidos.

No Brasil, sua incorporação na legislação se deu por meio do Dec. 3.708/1919, posteriormente revogado pelas atuais disposições do Código Civil de 2002.

Nas sociedades limitadas, a regra geral, conforme o próprio nome insinua, a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social devidamente integralizado. Desta forma, acaso integralmente integralizado o capital social² e registrado o contrato social no órgão competente, os bens dos sócios não podem servir de esteio ao cumprimento das obrigações societárias inadimplidas, conquanto resguardados pela autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Sócio e sociedade são sujeitos distintos, com patrimônios distintos, e direitos e deveres próprios. A regra é a da irresponsabilidade dos sócios da sociedade limitada pelas dívidas sociais.³

Desse modo, a limitação da responsabilidade reverbera na condição de que “a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de sua participação na sociedade, ou seja, ao valor de suas cotas”, e destarte, “ao se constituir uma sociedade a responsabilidade dos sócios é limitada se ocorrer o insucesso da atividade.”⁴

A limitação da responsabilidade expressa o princípio da separação patrimonial entre a sociedade e seus sócios. Esta separação entre a pessoa dos sócios e a sociedade, bem como de seus patrimônios, é uma das grandes virtudes e um princípio de direito societário. Tarcisio Teixeira explica que pelo princípio da separação patrimonial, “o patrimônio da empresa é diferente do patrimônio pessoal dos sócios, pois estes, ao constituírem uma sociedade, fazem um aporte de bens ou capital para formar o patrimônio da empresa. Isso faz com que o seu patrimônio de pessoa física seja diferente do patrimônio da empresa, sendo que, em geral, seu patrimônio não poderá ser afetado por dívidas da empresa”;⁵ o que proporciona a autonomia patrimonial e gerencial da pessoa jurídica, a limitação da

responsabilidade do sócio, e via reflexa, a limitação também do risco do investimento através da sociedade limitada.

Conforme bem observado por Rachel Sztajn, a separação patrimonial possui importante fator de segregação dos riscos ao cidadão que pretende investir numa sociedade:

“A pessoa jurídica serve para unificar conjuntos – de pessoas ou de bens – esta é a visão tradicional do instituto. Porém, ao definir um novo sujeito de direito também promove a separação de riscos econômicos que recaem sobre pessoas no exercício de atividades econômicas (...). Se a personificação de grupos, de pessoas ou conjunto de bens, organizados para determinadas finalidades, tem função socialmente desejável, essa função está na segregação de riscos que são indissociáveis da atividade empresarial.”⁶

O ordenamento brasileiro apresenta uma gama de estruturas sociais e individuais para a exploração da atividade empresária. A opção pelo estudo, no particular, da responsabilidade dos sócios e do administrador da sociedade limitada se deve à predominância que referidas sociedades ocupam no cenário nacional.

Dentre os tipos societários existentes, “a sociedade limitada é o tipo societário de maior presença na economia brasileira (...) representa hoje mais de 90% das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais.”⁷ As demais figuras societárias, dentre as quais imbricam-se as que consagram ou não a limitação da responsabilidade dos sócios, representam a outra pequena parcela do quadro de sociedades brasileiras.

A sociedade limitada, por possuir uma estrutura híbrida, com traços de uma sociedade de pessoas e de capital, mescla toda a sorte de possibilidades de organização estrutural, administrativa e de investimento, que lhe tornam a estrutura societária mais utilizada no País, e, desta forma, são inevitáveis as inúmeras discussões jurídicas em torno da responsabilidade dos sócios e dos administradores em todos os ramos do direito.

Diferentemente das sociedades por ações, que possuem uma estrutura complexa, cujas funções são bem delimitadas de forma

organizada, e via de regra, possuem acompanhamento jurídico próximo, as sociedades limitadas são alvo das mais variadas estruturas, desde as mais simples, até as mais arrojadas, com organização administrativa mais complexa até mesmo que determinadas sociedades anônimas. Há sociedades limitadas de todos os tipos: microempresas, pequenas, médias, e até grandes empresas, multinacionais ou não, utilizando da sua estrutura enxuta e operável; o que torna a interpretação do direito a ela inerente sujeito a uma vasta gama de problemas jurídicos no âmbito da responsabilidade e possibilita um corte metodológico no estudo a afunilar a importância da limitação da responsabilidade para o tipo societário mais utilizado no País.

Por representar a expressiva maioria de sociedades, é natural que a limitação da responsabilidade seja alvo de interpretações e oscilações nas mais diversas situações. O direito brasileiro enfrenta hoje um período de limbo na definição da limitação da responsabilidade do sócio e do administrador.

Inobstante o Código Civil de 2002 consagre expressamente a limitação da responsabilidade dos sócios na sociedade limitada, quando se observa não só as normas paralelas que regulam cada subsistema do direito, mas também a prática jurisprudencial, percebe-se que a desconsideração da personalidade jurídica ganha espaço sobre a limitação da responsabilidade.

3 A anunciada crise da limitação da responsabilidade

Com o estopim do surgimento da sociedade limitada, a limitação da responsabilidade foi tratada como uma premente necessidade do empresariado, não só brasileiro, como também em todo o mundo. Tratava-se da pedra de minerva das novas operações comerciais. O investimento até então realizado através de contratos societários atípicos ou por intermédio de sociedades de ações, agora se encontrava protegido pela limitação da responsabilidade societária, propiciada por uma estrutura híbrida que mesclava a

simplicidade de uma sociedade de pessoas, com a possibilidade de proteção do capital investido.

Com a massificação das sociedades limitadas vieram também os problemas no abuso da personalidade jurídica, através do uso fraudulento de sociedades e da confusão patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios. O uso equivocado das sociedades, sobretudo na era das relações modernas, gerou descrença por parte do judiciário e um preconceito do abuso da personalidade jurídica sempre que os interesses do credor são prejudicados pela ausência de patrimônio social.

Já há muito a doutrina anuncia a crise da limitação da responsabilidade. Em 1969, ao tratar pioneiramente sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Rubens Requião aventava a necessidade de repensar o dogma da limitação da responsabilidade, em especial, quando essa fosse utilizada com abuso de suas finalidades.⁸

Dez anos mais tarde, com apurada percepção, o cátedra J. Lamartine Corrêa de Oliveira apontou em sua célebre obra denominada “A dupla crise da pessoa jurídica”,⁹ os problemas conceituais, estruturais, e práticos que levavam ao uso e percepções equivocadas das finalidades da pessoa jurídica. A crítica principal de Oliveira era de que o ordenamento não previa (e ainda hoje não prevê) muitas exigências para a criação de uma pessoa jurídica,¹⁰ que pode, de acordo com a vontade dos sócios, existir fisicamente ou não, prever suas próprias regras de funcionamento, e mais, informar um capital social apenas fictício sem qualquer correlação com capital real aportado pelos sócios ou com os bens da sociedade, e mais, independente de fiscalização ou sanção. Os poucos requisitos exigidos eram insuficientes para possibilitar o controle do uso e das finalidades da pessoa jurídica tanto pelo Estado quanto pelos particulares que com ela contratavam. Destarte, havia uma ampla margem para a realização de simulações, fraudes, e até mesmo o uso irrestrito da personalidade jurídica desvirtuado de seus fins,

acabaram por culminar na crise de suas finalidades, em contradição com os princípios básicos pelos quais foi criada.

Oliveira foi muito feliz na percepção do problema à época:

“O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado – repudiados os normativismos, os ficcionismos e os nominalismos – que essa pergunta tem sentido. Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência.”¹¹

A limitação da responsabilidade dos sócios nunca foi absoluta. Os próprios dispositivos que hoje regulam a sociedade limitada estabelecem a responsabilização solidária dos sócios na hipótese de não integralização do capital social (art. 1.052,¹² do CC/2002 (LGL\2002\400)), informação inexata do capital social (art. 1.055, § 1.º,¹³ do CC/2002 (LGL\2002\400)), limitada até cinco após o registro da sociedade), e daqueles que aprovarem deliberação contrária ao contrato social ou à lei (art. 1.080,¹⁴ do CC/2002 (LGL\2002\400)). Há, paralelamente, previsão de responsabilidade do administrador e do sócio que agir contrariamente aos desígnios sociais, em benefício próprio ou imbuído de fraude, má-fé, culpa grave ou dolo na condução dos negócios.¹⁵

Fraudes e o uso abusivo da sociedade limitada sempre foram coibidos, senão expressamente pelo ordenamento, ao menos pela jurisprudência. Em maior ou menor intensidade, a depender do grau de estudo da matéria a seu tempo, as fraudes e os abusos costumeiramente perpetrados passaram a ser conhecidos,

percebidos, e coibidos pelo Judiciário. Nunca houve uma limitação absoluta, embora no passado tenha se elevado a limitação da responsabilidade à grande pedra angular do direito societário.

A regra geral até a edição da Constituição Federal de 1988 era de que a limitação da responsabilidade pressupõe o uso regular da sociedade pelos sócios. Sem fraude, sem má-fé, e na condução para a qual foi constituída, não haveria que se falar em desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios.

Ocorre que diante da massificação das sociedades empresariais, e dos novos contornos das relações modernas, foi necessário regular a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Diplomas como o Código de Defesa do Consumidor (art. 28), o próprio Código Civil (LGL\2002\400) (art. 50), Lei Antitruste (art. 34), Lei do Meio Ambiente (art. 4.º) regulamentam, de forma específica, hipóteses que em que poderá ser operada a desconsideração episódica (para aquele ato em específico) da separação patrimonial da personalidade jurídica, para alcançar o patrimônio dos sócios. Forte nos novos valores constitucionais em prol da coletividade e da valorização da função social da propriedade, a noção de desconsiderar a personalidade jurídica somente na hipótese de fraude ou abuso de direito foi ampliada.

Atualmente, em algumas situações, em especial nas execuções trabalhistas, consumeristas e ambientais, não se perquire mais qualquer alegação de fraude ou abuso da personalidade jurídica. Basta a mera insuficiência patrimonial para que a execução seja imediatamente redirecionada para o patrimônio dos sócios, e por vezes, do administrador. De fato, o bem da vida tutelado, tanto na esfera trabalhista (valorização do trabalho), quanto na esfera consumerista (tutela do hipossuficiente), quanto no direito ambiental (o meio ambiente é um bem comum e, por vezes, irreparável), justificam a limitação da autonomia privada da sociedade limitada para satisfazer o direito de crédito. A aplicação da norma de desconsideração, neste caso, não demanda a prova da utilização fraudulenta da sociedade, nem mesmo desvio de

finalidade ou confusão patrimonial; basta o mero desatendimento pela sociedade do crédito titularizado. Destarte, de acordo com os atuais valores constitucionais apreendidos pelo judiciário (aplicador final da norma), importaria mais ao Estado buscar a satisfação patrimonial do crédito, do que a ele garantir ao sócio a limitação da responsabilidade, que é uma virtude com raízes predominantemente privadas.

O problema é que esta justificativa, até então mitigada pela força e importância da limitação da responsabilidade para a ordem econômica, vem sendo alastrada para os demais ramos do direito. Em vezes que a mera insuficiência patrimonial demonstra óbice ao percebimento do crédito, e o aplicador da norma, em seu subjetivismo, julga que seria mais importante ao credor obter a satisfação de seu crédito do que ao particular ter a limitação da responsabilidade respeitada, opera-se sem critérios a desconsideração da personalidade jurídica para satisfazer o crédito. Há, claramente, uma vertente mais republicana a mitigar a limitação da responsabilidade sempre que julgá-la menos relevante frente ao direito de crédito do terceiro, o que acaba tornando-a uma virtude praticamente inócua. Se não há a proteção à separação patrimonial, se a insuficiência de patrimônio por parte da pessoa jurídica pode ser transposta em prestígio ao crédito do credor da sociedade, então não há limitação da responsabilidade.

Bruno Salama, em brilhante obra intitulada *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*, recorda que a mitigação da limitação da responsabilidade societária possui raízes históricas, evoluída em compasso com a economia brasileira a partir da Era Vargas. Não se trataria puramente de uma opção do aplicador da norma nos dias atuais. A mitigação da limitação da responsabilidade é fruto de um processo histórico de decadência e sucessivas opções jurídico-econômicas que culminaram, na prática, na perda de sua força:

“Com o advento do Estado Social, sob Getúlio Vargas, o culto à responsabilidade limitada iniciou seu lento, longo e contínuo

declínio. Primeiro, com a edição de regras na esfera trabalhista. Mais adiante, já durante o penoso ocaso do regime militar a partir da década de 1970, com regras e interpretações no direito tributário. Adiante, na era dos militares, o mesmo processo chegou ao próprio direito societário. E então, no período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a flexibilização da responsabilidade limitada radicalizou-se. Movimentos legislativos e jurisprudenciais em quase todos os ramos do Direito – trabalhista, tributário, societário, e também consumerista, administrativo e até penal – relativizaram profundamente a separação patrimonial entre empresa e sócio. E logo adiante atingiram outros terceiros ligados à empresa, inclusive o administrador, o contratante, o conselheiro, e em alguns casos, até pessoas sem vínculo contratual com a empresa, como procuradores de sócios. Assim o foco básico do sistema jurídico migrou da proteção do empreendedor para a proteção dos credores da empresa. O pêndulo virou.”¹⁶

Parece inegável, nos dias de hoje, a todos aqueles que operam no direito, em qualquer ramo, a proteção ao direito de crédito em sobreposição à limitação da responsabilidade. O instituto não é alvo mais de uma crise, mas de uma mitigação pensada e querida, em um quadro de relativização já instalado. Desta forma, a pergunta que se coloca é se ainda importa limitar a responsabilidade no cenário jurídico brasileiro, e quais são os efeitos deste atual quadro.

4 Função social da limitação da responsabilidade: vantagens jurídicas e econômicas

O desenvolvimento de uma economia pressupõe a exploração de atividades produtivas e o estímulo ao empreendedorismo. Em praticamente todos os Estados desenvolvidos e aqueles em alto grau de desenvolvimento, as receitas estatais tendem a decorrer de forma preponderante da tributação sobre a atividade privada. Ademais, o estímulo ao empreendedorismo fomenta a criação de empresas, plataformas geradoras de renda tributável, trabalho, negócios e

capital privado, e se constitui em importante instrumento de desenvolvimento e manutenção de um Estado Democrático.

A empresa não só gera lucro para seus empreendedores, mas reverte em prol da coletividade o benefício da geração de empregos, pagamento de impostos e prestação de serviços aos particulares, que por sua função econômica se transmudam em imensurável benefício à sociedade. A geração de riqueza de uma empresa é individual, mas reverte-se em benefício de toda uma coletividade. O desenvolvimento econômico possibilita a criação de novas vagas de emprego ou a manutenção daquelas existentes com a elevação dos salários; o que diretamente repercute na economia gerando aumento de consumo e a reinjeção deste capital no mercado. No âmbito fiscal, ressoa diretamente no aumento no número de contribuintes e alargamento da base de financiamento do sistema tanto de impostos, quanto de contribuições previdenciárias; a beneficiar indiretamente a coletividade.

Neste sentido também é a percepção de Fernando Gaggini:

“A indução à atividade empreendedora gera externalidades socialmente positivas, na medida em que a constituição de novas empresas acarreta para a sociedade o surgimento de novos centros de oferta de produtos e serviços, abertura de postos de trabalho, incremento da arrecadação fiscal, desenvolvimento para localidades receptoras das empresas, entre outros aspectos. Verdadeiro benefício social decorre, portanto, da decisão de um agente econômico de constituir empresa, resultando em externalidades positivas que afetam empregados, consumidores, cidadãos beneficiários de políticas públicas custeadas na arrecadação etc.”¹⁷

Ocorre que os empreendedores somente só se propõem a investir em determinada empresa acaso possuam a contrapartida da limitação de sua responsabilidade. A gama de riscos a que se expõe a empresa é absolutamente vasta. Perpassa desde oscilações mercadológicas em específico de determinado produto ou serviço prestado, até afetação por eventos econômicos alheios, como a alta da taxa de juros, do câmbio, o risco de liquidez e a potencial

concorrência sobre o negócio, e caminha até uma série de fatores que podem ser imprevisíveis até ao mais cauteloso empreendedor.

A exploração da atividade empresária demanda um conhecimento prévio, e necessário, por parte do investidor ou do administrador, para que possa antever os riscos do investimento. Mais uma vez, Gaggini traz a tona a racionalidade embutida no cálculo do risco, e a importância da limitação da responsabilidade para a formação de empresas e a alavancagem daquelas já existentes:

“Os empreendedores são pessoas racionais, de modo que a aversão ao risco é aspecto comum aos agentes econômicos, caracterizando assim a necessidade de submissão aos riscos um verdadeiro elemento de desestímulo à atividade econômica, razão pela qual a história moldou mecanismos destinados a limitá-los ou realocá-los, de forma a permitir ao empreendedor poder avaliar suas decisões negociais com parâmetros de riscos calculáveis. O risco não pode ser tomado sem parâmetros que viabilizem uma análise de custo-benefício. Embora seja natural ao empresário a exposição ao risco, não se trata tal figura de pessoa prodiga ou alienada, mas de profissional que calcula as chances de êxito e as possibilidades de insucesso, a partir de parâmetros e limites determinados. A ausência de tais parâmetros, evidentemente, desestimula a iniciativa empresarial, dada a impossibilidade (ou o elevado risco de falha) na tomada de decisão racional. Logo, para que se possa viabilizar a análise de risco, é indispensável a existência de segurança jurídica, previsibilidade das normas, coerência legislativa (bem como na aplicação judicial das normas legais) e parâmetros e expectativas confiáveis, de maneira que o empresário saiba o risco a que está se expondo.”¹⁸

Destarte, a estrutura societária desenvolvida para a exploração da atividade assume posição de um dos fatores mais confiáveis de segurança no cálculo dos riscos do empreendimento, porque se baseia em premissas legais previamente estabelecidas e que, acaso procedidas de boa-fé e limpidez no comando dos

negócios, possibilitariam a previsão dos riscos patrimoniais do investimento. Esta confiança na legislação gera no empresariado não só o estímulo ao investimento e à exploração de mercado, como também a expectativa legítima de que a previsão legal concernente ao tipo societário escolhido e a limitação da sua responsabilidade seja respeitada acaso a exploração da atividade venha a falar.

Não é de se cogitar que haveria grande iniciativa na abertura de empresas ou injeção de capital se tanto o administrador quanto o sócio investidor¹⁹ – aquele que não administra, se distancia da administração da sociedade e confia o seu capital na mão de terceiros que a explorarão – pudessem ter seu patrimônio integralmente afetado pelos infortúnios dos negócios. As consequências para ambos seriam devastadoras: o insucesso de uma única iniciativa poderia redundar na perda de todo o patrimônio do sócio. Ademais, consequência inevitável repercutiria sobre o preço dos produtos e serviços: os mercados seriam mais suscetíveis, variáveis e custosos ao consumidor final diante dos riscos envolvidos na exploração da atividade econômica.

Justamente pelas vantagens da limitação da responsabilidade remontam históricos os seus avanços como um processo de amadurecimento e desenvolvimento de mercado, a fim de viabilizar variadas formas de atividade econômica e buscar delimitar o âmbito de responsabilidade e do risco do investimento daqueles que se dispõem a empreender.

A própria criação da sociedade limitada não foi uma obra de acaso do mercado, mas sim do legislador alemão, atento aos benefícios que a limitação da responsabilidade atraía para o mercado e para a própria coletividade, e que posteriormente foi incorporada por quase todos os países em desenvolvimento ou desenvolvidos. A criação das sociedades limitadas, forte na limitação da responsabilidade dos sócios numa estrutura mais simplista não foi uma aventura legislativa. Foi estruturada e pensada de acordo com a necessidade de mercado da época, e do desenvolvimento do

empreendedorismo a partir de exigências concretas da realidade comercial.

Desde que o quesito “responsabilidade patrimonial” entrou em voga, a limitação da responsabilidade propulsiona o desenvolvimento da atividade econômica, possibilitando a previsão de eventuais perdas e ganhos do capital investido sobre o risco do empreendimento. Se não houvesse essa limitação da responsabilidade sobre o investimento feito pelo sócio, poucas pessoas se arriscariam a organizar novas empresas ou investir naquelas já existentes, sobretudo as deficitárias, ainda que tivessem relativa chance de recuperação, cujo investimento é de grande valia para a economia e para a proteção dos empregados.

Sylvio Marcondes Machado, um dos maiores estudiosos do País a respeito da limitação da responsabilidade, já em 1956 – e portanto, sem o dinamismo e a complexidade das relações negociais atuais, das quais decorrem inúmeros riscos do empreendimento – alocava o princípio da responsabilidade patrimonial como um alicerce de segurança da ordem econômica:

“O princípio da responsabilidade ilimitada, consagrado nas legislações e segundo o qual a pessoa responde por suas dívidas com todos os bens, constitui o eixo de um inteiro sistema organizado no plano jurídico para prover à segurança das relações dos homens, na ordem econômica. Sujeitando a massa dos bens da pessoa à satisfação de suas obrigações, a lei, de uma parte, confere aos credores garantias contra o inadimplemento do devedor; de outra, impõe a esse uma conduta de prudência na gestão dos próprios negócios. E, assim, refreia a aventura, fortalece o crédito e incrementa a confiança.”²⁰

Marçal Justen Filho também nas décadas passadas acentuava as vantagens da separação patrimonial, classificando-a como uma premiação, uma sanção positiva outorgada pelo ordenamento àqueles que se dispõem a investir:

“(…) reputamos que a personificação societária envolve uma sanção positiva prevista pelo ordenamento jurídico. Trata-se de uma

técnica de incentivação, pela qual o direito busca conduzir e influenciar a conduta dos integrantes da comunidade jurídica. A concentração da riqueza e a conjugação de esforços inter-humanos afigura-se um resultado desejável não em si mesmo, mas como meio de atingir outros valores e ideais comunitários. O progresso cultural e econômico propiciado pela união e pela soma de esforços humanos interessa não apenas aos particulares, mas ao próprio Estado. É o que o fenômeno associativo produz resultados que nem o próprio Estado poderia atingir, por si só. O desenvolvimento da atividade econômica, especificamente, sob forma associativa, permite a multiplicação da riqueza privada e pública, com repercussão sobre terceiros (empregados, comunidade etc.). A associação é o meio de obtenção de benefícios não só para seus integrantes como para a generalidade do grupo humano. Para estimular a realização dessas associações e incentivar os seres humanos à concentração de recursos e esforços, o Estado vale-se da “personificação societária”. A atribuição de personalidade jurídica corresponde, assim, a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito a quem adotar a conduta desejada.”²¹

Na mesma trilha de valorização do princípio da separação patrimonial segue atualmente a clássica lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“Esse é o princípio da autonomia patrimonial, alicerce do direito societário. Sua importância para o desenvolvimento de atividades econômicas, da produção e circulação de bens e serviços, é fundamental na medida em que limita a possibilidade de perdas nos investimentos mais arriscados. A partir da afirmação do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, motivam-se investidores e empreendedores a aplicar dinheiro em atividades econômicas de maior envergadura e risco. Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas

atividades empresariais. No final, o potencial econômico do País não estaria eficientemente otimizado, e as pessoas em geral ficariam prejudicadas, tendo menos acesso a bens e serviços.”²²

Ao dimensionar as vantagens da efetiva limitação da responsabilidade, Salama²³ e Gaggini²⁴ citam a possibilidade de previsibilidade do risco do investimento, o que atrai sócios passivos (investidores) e incentiva à diversificação de investimentos, já que se os riscos fossem imprevisíveis quanto mais investimentos, maior seria a exposição de todo o patrimônio do investidor; o estímulo ao financiamento por investidores em empresas de risco, tais como *venture capital* (investimentos em *startups*) e *private equity* (investimento em empresas potencialmente lucrativas, em fase de reestruturação, consolidação ou expansão dos negócios), o que em ambos os casos promoveria a manutenção/crescimento dos empregos e evitaria o calote a trabalhadores, fornecedores e credores das empresas; a abertura para novas formas de investimento no país, o desenvolvimento institucional das empresas e ao investimento através de aporte capital social na sociedade ao invés de empréstimos bancários; e enfim, a possibilidade de conhecer os riscos de gestão, transferência e aplicação do capital no negócio, não só entre os sócios, mas também entre credores e sociedade, que contratarão, via de regra, através de monitoramento da transação e ciente dos riscos.

Certas atividades de risco intimamente ligadas à noção de desenvolvimento tecnológico e social poderiam não existir sem a limitação da responsabilidade. Exemplos claros são a exploração de usinas nucleares, o transporte de materiais explosivos, a exploração de atividades médicas e pesquisas de risco elevado, e outras atividades importantes ao desenvolvimento de uma nação, cujo risco comercial, ambiental ou até mesmo em relação à integridade de terceiros sejam tão elevados a ponto de obstar a sua abertura. Logicamente, não se está a defender a limitação da responsabilidade sem nenhum controle de rigorismo, ou até mesmo do investimento realizado ou de medidas claras de segurança. O ponto é que, mesmo

se observadas todas as cautelas devidas o empreendimento fracassa no âmbito comercial, a limitação da responsabilidade assumiria curial importância a incentivar o empreendedorismo nestas atividades de risco. Não há garantias de acerto. Só que ao mesmo tempo, determinados empreendimentos – mesmo com a chance de fracasso – são necessários ao desenvolvimento, e é importante que se corra este risco. Logicamente, haveriam de ser estabelecidas garantias mínimas para a abertura e manutenção da sociedade (que deveriam ser mais rígidas para salvaguardar uma margem de segurança para recompor eventuais danos), sob pena de transferir todo o risco aos credores e aos terceiros expostos à atividade, que, acaso respeitadas, limitariam a responsabilidade do investidor ao capital injetado na sociedade.

Na mesma trilha de importância, mas sob ótica distinta, segue o investimento em empresas de tecnologia e serviços, estruturadas ou em fase inicial de abertura, tal como as *startups*, cuja solidez ou avanço só podem ser propiciados por alavancagens de capital. Empresas hoje de destaque mundial, tais como Twitter, Uber, PayPal, Airbnb, Facebook só se tornaram a potência que hoje são por conta de aportes de capitais quando a atividade ainda era somente promissora. Certamente estes investimentos não seriam viáveis acaso a responsabilidade dos empreendedores, sejam financiadores ou administradores, fosse ilimitada.

Não é a toa que o investimento em empresas incubadoras ou potencialmente promissoras, e até mesmo aquelas que, em crise, possam vir a se tornar lucrativas, é ponto nodal nos países mais desenvolvidos, já que incentiva o empreendedorismo e possibilita o crescimento ou a recuperação sustentável de empresas em potencial. Empresas saudáveis, lucrativas e geradoras de tecnologia revertem este benefício para toda a coletividade, em empregos, recolhimento de tributos, e geração de mão de obra qualificada, além de proporcionar o investimento em tecnologia e pesquisa.

Diante das vantagens claramente perceptíveis, a limitação da responsabilidade estimula o investimento de capital, curial em

atividades de risco, e incentiva o empreendedorismo em sua amplitude máxima, possibilitando o desenvolvimento da empresa e das tecnologias em geral – o que demanda aporte de capital e investimento – a repercutir efeitos sociais desejáveis e benéficos à toda coletividade.

Este quadro foi bem observado por Rachel Sztajn:

“A separação patrimonial e a decorrente limitação da responsabilidade pessoal de sócios por obrigações da sociedade facilita receber investimentos de muitas pessoas que, somados, permitem a cômoda organização de atividades – e isso vale para sociedades capital intensivas, para aquelas em que o investimento é de longo prazo de maturação e para aquelas em que, por operarem em setores de tecnologia, apresentam elevado risco de insucesso. A fragmentação do risco serve como incentivo para investidores que se mostrem propensos a participar desses investimentos. Exceto por espírito aventureiro, dificilmente alguém compromete em investimentos econômicos, a totalidade de seus recursos ou bens. Se há risco de ganho existe o de perda, e apenas considerando-se um elemento subjetivo – aversão ou propensão ao risco – é que se poderia levar adiante certos empreendimentos econômicos.”²⁵

Agora, qual investidor injetará capital em uma empresa em estágio inicial ou de recuperação, se não houver uma segurança em relação a limitação da sua responsabilidade? Poucos ou nenhum. Haveria, senão um desestímulo ao investimento, o incentivo paralelo – e obscuro – ao uso de laranjas e empresas fantasmas para injeção de capital e diminuição dos riscos de perda do capital.

Destarte, é possível concluir, ainda em sede parcial, que a limitação da responsabilidade propicia o desenvolvimento tecnológico e econômico, por constituir importante instrumento de controle de riscos e responsabilidades através da estabilidade nas relações sociais e garantir a segurança jurídica daqueles que confiaram na exploração da atividade, representa instrumento de grande importância à manutenção do Estado e da higidez da economia. A concepção dos benefícios da limitação da

responsabilidade transborda a alçada individual do empreendedor, e se constitui em questão de fundo econômico e social de grande relevância para a própria coletividade.

É por esta relevância social que, inobstante a existência de outros tipos societários em grande parte das legislações mundiais, a simplicidade da estruturação da sociedade limitada e a garantia de limitação da responsabilidade dos sócios, tornam a sociedade limitada o arquétipo societário predominante em todos os países que a preveem.²⁶

5 Desvantagens da limitação da responsabilidade

A limitação da responsabilidade não está imune a críticas. O principal ponto negativo da limitação da responsabilidade é a externalização dos riscos da atividade para os credores da sociedade, e mais a fundo, para toda a sociedade. Com a limitação da responsabilidade, o credor que com ela contrata, acaso não se verifique nenhuma hipótese de responsabilidade pessoal do sócio ou do administrador, amarguraria os prejuízos do inadimplemento. No entanto, não há um mecanismo de controle efetivo sobre os riscos tomados pelos sócios ou pelo administrador, os quais acabam sendo repartidos com a sociedade justamente diante da proteção do patrimônio dos sócios na hipótese de inadimplemento. Se determinado sócio ou administrador incauto se dispõe a correr riscos excessivos ou desproporcionais na gestão dos negócios, acabam por expor os credores – voluntários ou não (credor por ilícito extracontratual) – a uma maior chance de insolvência patrimonial por eventual insucesso do negócio. Neste plano, todos os credores da sociedade – leia-se, a coletividade – arcam com os custos da contração dos riscos pela sociedade.

É nesta trilha que Salama rememora a crítica, no sentido de que:

“A limitação da responsabilidade pode permitir aos sócios externalizarem os riscos do negócio, situação em que eles recebem todos os lucros caso o negócio prospere, mas não arcam com as dívidas que restam caso o negócio naufrague. Isso pode fomentar circunstâncias indesejáveis, especialmente a viabilização de investimentos socialmente ineficientes, o incentivo ao baixo investimento em precaução e uso da personalidade jurídica para a fraude. Dessas três potenciais desvantagens da limitação de responsabilidade, a terceira é mais séria.”²⁷

A limitação da responsabilidade ao mesmo tempo importa em internalização dos riscos do lucro, externaliza aos credores e à sociedade do prejuízo, e pode vir a importar em vantagem exagerada àqueles a depender dos riscos que corram, e prejuízo desarrazoado a esses.

A velada crítica, embora percuciente, a princípio pode ser contornável mediante a interpretação da legislação que prevê a responsabilidade do administrador da sociedade limitada na sua gestão. O administrador responde por culpa grave na assunção de riscos desproporcionais que levaram a sociedade à falência. Da mesma forma, a utilização da limitação da responsabilidade – e da autonomia patrimonial da sociedade – como forma de fraude patrimonial, ou em benefício dos sócios, é coibida por disposições normativas próprias e, portanto, também se constitui em ponto de crítica contornável a evitar o prejuízo dos credores afetados. Sempre foi, e ainda hoje o é. Os benefícios da limitação da responsabilidade não contemplam que a sociedade seja deliberadamente utilizada para prejudicar terceiros.

No entanto, o problema vai além. É estrutural dentro das próprias finalidades pelas quais é estimulado o empreendedorismo hoje no Brasil, e repercute dois pontos críticos apontados pelos já referenciados Lamartine Oliveira e Bruno Salama.

Esta onda de desconsideração da limitação da responsabilidade é um reflexo da crise institucional de finalidade das sociedades. Inicialmente, a pessoa jurídica foi concebida para ser um

ente abstrato com a finalidade de promover a associação de uma ou mais pessoas para a promoção de uma atividade. A conjugação destas pessoas é que formaria a abstração da pessoa jurídica, e a distanciaria da pessoa natural. Os sujeitos agiriam em cooperação para benefício mútuo ou divisão dos ônus. O elemento da conjugação de vontades, associado a requisitos pré-determinados para possibilitar o nascimento de uma pessoa jurídica dotada de capital, estrutura e cabeças pensantes, com contatos e *networking* para que aquela agremiação venha a promover frutos, é o que dava os contornos pretendidos e tutelados a uma pessoa jurídica.

Atualmente, e aqui já emerge o segundo ponto de crítica, é que dispensam-se inúmeros formalismos para a abertura de uma pessoa jurídica que venha explorar a atividade comercial. As recentes figuras do Microempreendedor individual (LC 128/2008), da Eireli (Lei 12.441/2011) e da Sociedade Unipessoal Limitada (cuja criação tramita no Senado no PL 6698/2013), demonstram que a eliminação de entraves à criação da pessoa jurídica é uma tendência no direito brasileiro. A finalidade de todas essas propostas é nobre e importa muito ao Estado brasileiro: estimular a formalização da atividade empresarial individual e regularizar as obrigações fiscais.

No entanto, distancia-se da proposta originariamente concebida para a criação da pessoa jurídica – de associação de duas ou mais pessoas para um determinado fim – e aproxima-se muito do “minimalismo estrutural” muito criticado por Oliveira. Basta apenas uma pessoa para a exploração de uma atividade, a seu custo e a seu investimento único, para que a limitação da responsabilidade lhe seja concedida. A abertura de uma empresa de responsabilidade limitada demanda apenas um único interessado na exploração da atividade: o próprio titular ou o sócio único. O próprio ordenamento jurídico aproximou a confusão entre a pessoa jurídica e a pessoa natural de seu titular, o que revela um o mínimo de formalismo exigido para a criação de uma pessoa jurídica e sua exploração comercial.

Afinal, não há a fiscalização do ramo de atividade elegido, o próprio sistema de regulação da pessoa jurídica é eleito pelos particulares e por ele pode ser prescrito no contrato social, e ainda há um problema muito maior: o capital social é apenas fictício. Portanto, aquele capital inicial declarado para a abertura da sociedade pode ser irreal, e muitas vezes, surreal, não só induzindo a erro eventuais particulares envolvidos numa negociação que demande a análise dos custos de monitoramento, como também dá margem a fraudes e frustrações de expectativas daqueles que confiaram na existência de um patrimônio social declarado.

Sem a existência de um capital social que reflita a realidade, assegurar ao sócio a limitação da responsabilidade é conceder-lhe uma via larga para a contratação imprudente, ou negligente, com os demais parceiros da sociedade. É um benefício que hoje se torna demasiado custoso para os contratantes da sociedade, e de uma forma geral, para aqueles que sob ela pretendem efetivar qualquer tipo de averiguação.

E a inobservância de requisitos mínimos acaba por abrir as portas para o abuso no uso da personalidade jurídica, e via reflexa, se torna o motor desta onda de desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização indistinta dos sócios, mesmo quando estes venham a agir de boa-fé e em respeito à legislação. Daí que a ausência de um mínimo de rigorismo nos critérios para a abertura de uma empresa de responsabilidade limitada impacta diretamente na análise da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada nos bancos do Judiciário. Os efeitos são claros: propiciou-se a abertura de tantas empresas sem uma fiscalização mínima, que os índices de inadimplementos dolosos, imbuídos do intuito de lesar credores, fraudes e abusos de personalidade jurídica passaram a ser o cotidiano do sistema.

Basta averiguar o número massivo de devedores que simplesmente esvaem os bens da empresa ou da sociedade sem honrar com as obrigações sociais. Ou até mesmo as frustrações daqueles que, confiando no capital social declarado, tem sua

expectativa de recebimento de um crédito da sociedade frustrada forte na inexistência de bem algum.

Portanto, a benesse da limitação da responsabilidade, para ser uma contraprestação razoável ao empresariado no sistema brasileiro demandaria, dentro de um limite de razoabilidade, um maior rigorismo na abertura da pessoa jurídica e a imposição de regras mais rígidas em relação às informações que possam vir a prejudicar terceiros que com a sociedade contratem.

6 Conclusão: entre vantagens e desvantagens, a limitação da responsabilidade ainda é importante?

O legislador, ao criar as sociedades de responsabilidade limitada, fez a opção de propiciar ao Estado, e à coletividade, as vantagens do estímulo ao empreendedorismo e o desenvolvimento econômico, em detrimento da responsabilização ilimitada de todos os sócios.

A sociedade limitada não reflete mais aquela estrutura originariamente pensada e concebida, composta por certas formalidades e rigorismos na abertura, que observados, atrairiam a benesse da limitação da responsabilidade societária. A crise estrutural, e de finalidade, há muito está instalada no ordenamento brasileiro, conforme observado por Lamartine Oliveira quatro décadas atrás.

A inexistência de requisitos mínimos razoáveis para a abertura de uma sociedade limitada culmina na sua insuficiência estrutural. Este informalismo acaba por culminar na massificação das sociedades limitadas, e na necessidade de em determinadas situações, proteger o credor diante dos abusos cometidos no comando da empresa. Daí que os institutos da limitação da responsabilidade e da separação patrimonial perderam espaço para a banalização da desconsideração da personalidade jurídica sempre que a ausência de patrimônio se revela um obstáculo ao exercício do direito de crédito. Trata-se de um reflexo claro da banalização dos

requisitos para abertura de uma sociedade e da enxurrada de inadimplementos que a “limitação da responsabilidade” promete proteger.

Portanto, embora os manuais e cursos de direito comercial ainda ensinem a limitação da responsabilidade societária, expressamente prevista e consagrada pela legislação, a ideia de limitar a responsabilidade do sócio ao capital social integralizado perdeu muito de sua força no Brasil nos últimos anos. Mas ao mesmo tempo, como então explicar os recentes incentivos pelo ordenamento, de um lado, e de outro uma tendência totalmente oposta pelo Judiciário? Criam-se incentivos e novas promessas normativas, nas quais confia o cidadão, e paralelamente todo este arcabouço é desconsiderado no Judiciário.

Neste plano, o questionamento que se impõe é se haveriam vantagens na retomada ou na manutenção do regime de limitação da responsabilidade. Pois há, de um lado, uma série de inegáveis vantagens sociais e econômicas na manutenção da limitação da responsabilidade, sobretudo no que tange ao investimento e desenvolvimento – em todas as áreas –, e de outro lado, uma crise de finalidade da sociedade limitada e da própria limitação da responsabilidade.

Parece claro que não há benefício igualável à limitação da responsabilidade para o desenvolvimento econômico, com a série de vantagens e propulsões sociais proporcionadas pelo instituto. A preservação da limitação da responsabilidade demonstra-se indubitavelmente vantajosa e necessária para o desenvolvimento da economia. As várias formas de novos negócios que podem surgir em decorrência da limitação da responsabilidade (*venture capital*, fundos de *private equity* e investimentos em atividades de risco necessárias para o desenvolvimento de novas tecnologias) têm provado que sua manutenção é curial ao desenvolvimento tecnológico, social e econômico; do qual toda a sociedade depende. De outra banda, há remédios no ordenamento que coibam a fraude, o abuso de personalidade jurídica e os inadimplementos imbuídos

do intuito de prejudicar credores (embora por vezes, a prova destes não seja tão simplista).

Destarte, é preciso reconhecer que as vantagens da limitação da responsabilidade importam muito mais do que as suas desvantagens, as quais são contornáveis de acordo com a interpretação dos excessos cometidos pelos sócios ou administrador em cada caso em concreto, e justificam sua manutenção como contrapartida àquele que se dispôs a empreender. Mas de outro lado, a crise estrutural, consistente num desvio da finalidade originariamente concebida para a sociedade limitada, a inexistência de parâmetros seguros em relação ao patrimônio da sociedade, e a concessão, a qualquer particular, da limitação da responsabilidade, acabam por agir como um incentivo perverso à realização de fraudes e ao cometimento de abusos por parte do sócio.

Já que o risco da atividade é socializado entre a coletividade e os credores da sociedade, não poderia ser concedida a limitação da responsabilidade dos sócios sem ao menos a satisfação de algumas formalidades e exigências essenciais, tal como, no mínimo, a averbação no contrato social, anualmente, do capital social nominal, a necessidade de constituição de um capital social mínimo para determinadas atividades de risco, e a existência de mecanismos de controle e fiscalização dos capitais sociais e da exposição da atividade. Tratam-se de medidas de proteção não só aos credores da sociedade, mas também à própria coletividade, que são aqueles, ao final, que amarguram o verdadeiro prejuízo.

De outra banda, na mesma medida em que a limitação da responsabilidade societária é garantida pelo ordenamento, ela há de ser observada. Quando o ordenamento promete a limitação da responsabilidade, cria-se a expectativa legítima naquele particular de boa-fé, de que essa será respeitada acaso ele processa sem dolo, sem fraude e sem má-fé.

Por isto que o processo de relativização da responsabilidade societária de terceiros é traumático para aqueles que se dispõem a empreender/administrar, e para a própria economia; porque

contraria toda a lógica e as promessas de limitação da responsabilidade societária do direito societário. Inverteram-se os valores por motivos de pragmatismo judicial, e o administrador que age de boa-fé, em respeito aos ditames legais e societários, é surpreendido – e aí incluem-se as quebras de expectativas legítimas, insegurança jurídica – com sua responsabilização pessoal.

Há, outrossim, um efeito invisível de desestímulo ao empreendedorismo, em cada caso particular julgado no Judiciário, em que desconsidera-se a limitação da responsabilidade para a proteção do direito do credor. Embora o julgamento seja individual, e afete somente a empresa e os sócios em particular daquele(s) caso(s) em concreto, o efeito repercute sobre toda a coletividade. Não se sente, num primeiro momento, o efeito. Ele só se revela diante da massificação deste pensamento de que no caso em concreto a satisfação do direito de crédito importa mais do que o respeito à limitação da responsabilidade. O proceder com subjetivismo em cada caso particular acaba criando um incentivo invisível não só ao próprio Judiciário, autorizando que cada Juiz assim proceda em cada caso que julgue prudente, mas também promove o estímulo à criação de empresas com laranjas interpostos e sócios ocultos para dissimular eventuais perdas societárias.

Revela-se premente, portanto, a necessidade de uma reforma legislativa que imponha uma modificação estrutural na outorga da limitação da responsabilidade a fim de minorar a falha estrutural e de finalidade das atuais sociedades. A limitação da responsabilidade, exige não só a conduta regular do sócio no comando da sociedade, mas pressupõe que a sociedade possa ter sido legitimamente criada para os fins a que se destina, e que haja uma fiscalização mínima de suas finalidades e do capital social ali declarado.

Afinal, a limitação da responsabilidade não alcança aqueles que procederam com fraude ou má-fé no comando da gestão. O benefício da limitação da responsabilidade não protege o sócio desonesto. Ele o protege do azar nos negócios, dos eventos imprevisíveis, dos riscos médios que se concretizaram, e que por

ventura, levaram a sociedade à insolvência. É preciso, portanto, diferenciar as situações. Aquelas em que se procede com dolo, fraude ou má-fé na condução dos negócios, nas quais é legítima a desconsideração da personalidade jurídica, e aquelas em que invariavelmente a sociedade fracassa, sem má-fé, dolo ou culpa grave, em que os sócios e o administrador estarão salvaguardados pela limitação da responsabilidade. A sua responsabilidade pessoal emergirá somente nas hipóteses de terem agido em evidente afronta aos ditames sociais ou aos postulados que deveriam guardar frente à sociedade. E há regulação expressa neste sentido, daí não havendo de se falar que a limitação da responsabilidade em que a sociedade é utilizada em desacordo com a sua finalidade.

Portanto, aquele sócio probo, que agiu de boa-fé, faz jus ao benefício da limitação da responsabilidade, em razão do interesse coletivo maior na sua manutenção. Respeitadas as normas de conduta explícitas e implícitas de condução da sociedade limitada, é um direito dos sócios a manutenção da limitação da responsabilidade, e uma vantagem à toda sociedade. Mas não se pode perder de vista que não só de sócios se faz uma coletividade. A tutela do interesse dos credores importa e muito para a manutenção do equilíbrio econômico-social, e da forma que o ordenamento brasileiro regula a questão, tem-se a frustração de expectativas legítimas de ambas as partes.

Ocorre que são necessários instrumentos de controle de abertura e fiscalização das sociedades, cuja problemática, conforme relatado, vai além da averiguação da existência de dolo, fraude ou abuso de poder. O problema é estrutural, e isto parece inegável na doutrina. E a mudança estrutural perpassa não só por uma revolução na mentalidade de que sim, é necessário retirar o empresariado da informalidade, mas que também é muito necessário promover meios seguros de fazê-lo, inclusive porque uma sociedade vive de operações comerciais, e há uma série de credores que com ela contratam. Destarte, não basta injetar no ordenamento novos modelos de sociedades ou empresas de responsabilidade limitada diminuindo o rigorismo da sua abertura. É indispensável que hajam instrumentos

de fiscalização da atividade declarada e do capital social descrito no contrato social, como uma medida de equalizar ao mesmo tempo a manutenção da limitação da responsabilidade, a salvaguarda do direito do credor de ter sua confiança protegida em relação à sociedade, aberta sob um crivo de exigências e com a declaração de um capital social real. O credor necessita de garantias maiores de conferência do que é declarado e apresentado pela sociedade com a qual contrata, do que aquilo que não passa de mera aparência da realidade, e cabe ao ordenamento, na medida em que assegura ao empresariado a limitação da responsabilidade, também indicar ao credor que aquele capital ali declarado como social coincide minimamente com a realidade, em algum momento vistoriada.

7 Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. vol. 2.

_____. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGGINI, Fernando Schwarz. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. n. 410. São Paulo: Ed. RT, 1969.

SALAMA, Bruno Mayerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? *Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 100. São Paulo, 2005.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Comércio eletrônico – conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Compromisso e promessa de compra e venda – Distinções e novas aplicações dos contratos preliminares*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Notas

1 GAGGINI, Fernando Schwarz. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2013, p. 28.

2 Uma das exceções à limitação da responsabilidade fica por conta da não integralização das quotas sociais por um dos sócios, o que reverbera a responsabilidade solidária de todos pela integralização, nos termos do art. 1.052 do CC/2002 (LGL\2002\400), ao prescrever que “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”. Nesta hipótese, todos os sócios respondem de forma solidária perante terceiros pelas cotas sociais não integralizadas, podendo o credor objetivar o recebimento de todos os sócios a dívida do remisso até o montante não integralizado, assegurado o direito de regresso entre os sócios.

3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, São Paulo: Saraiva. 17. ed. 2013. vol. 2, p. 364

4 TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56.

5 Idem, p. 55.

6 SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? *Revista da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. vol. 100, São Paulo, 2005, p. 67 e 76.

7 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

8 REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. n. 410. São Paulo: Ed. RT, 1969.

9 OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

10 “Temos, portanto, no Brasil, um regime minimalista, monista e ao contrário dos precedentes europeus em matéria de monismo (França) totalmente liberal em matéria de concessão de personalidade. Mínimos são os requisitos de analogia para que se reconheça a personalidade jurídica, visto que são consideradas ontologicamente pessoas as sociedades, quaisquer que sejam, as associações e as fundações. E, ao mesmo tempo, é liberal a atitude do Poder Público, pois que não existe o sistema de concessão de personalidade, embora exista o sistema – excepcional e restrito – de autorização para constituição e funcionamento.” Idem, p. 97.

11 Idem, p. 613.

12 Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

13 § 1.º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

14 Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

15 Cf. arts. 1.011, 1.015 e 1.016 do CC/2002 (LGL\2002\400).

16 SALAMA, Bruno Mayerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25-26.

17 GAGGINI, Fernando Schwarz. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*, p. 110.

18 Idem, p. 65.

19 Salama, com precisão, recorda que “do ponto de vista econômico investidor é qualquer um que opte por postergar o consumo deixando seus recursos empregados de alguma forma a fim de obter um retorno. Qualquer pessoa que possua recursos financeiros enfrenta o dilema de ter que decidir entre consumir e investir. Investidor, portanto, pode ser também o pequeno empresário que investe em um pequeno negócio, o trabalhador que guarda dinheiro para a velhice, o pai de família que aplica suas economias para futuramente ter dinheiro para custear a faculdade dos filhos ou simplesmente a família que adia sua decisão de comprar um carro e prefere deixar recursos na caderneta de poupança.” SALAMA, Bruno Mayerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 274.

20 MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 19.

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1987, p. 49.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, p. 28.

23 Cf. SALAMA, Bruno. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*, p. 273-302.

24 Cf. GAGGINI, Fernando Schwarz. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*, p. 114-118.

25 SZTAJN, Rachel. *Terá a personificação das sociedades função econômica?*, p. 71.

26 GAGGINI, Fernando Schwarz. *A responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias*, p. 32.

27 SALAMA, Bruno. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil*, p. 324.

Sociedade limitada: o que precisamos fazer pela menina de nossos olhos

*Unie Caminha**

Introdução

O objetivo deste artigo é sugerir mudanças necessárias no regime jurídico das sociedades limitadas, constante do Código Civil de 2002, e ainda apontar as iniciativas legislativas e regulatórias já existentes nesse sentido. Pretende-se ainda apontar mas alteração ainda necessárias para a adequação do regime jurídico desse tipo societário.

O título poético e quase carinhoso faz referência à passagem bíblica que trata do cuidado com que Deus zela por seus filhos, como a “menina de seu olho”¹. Na verdade, o cuidado que se deve exigir do legislador, do regulador, dos juízes advogados e juristas com as limitadas vem de uma dado muito objetivo: ela é o principal veículo societário utilizado no Brasil.

Nesse sentido, de acordo com dados tratados pelo Departamento Nacional de Registro de Empresas e Integração – DREI, a partir de relatórios elaborados pelas Juntas Comerciais relativos ao ano de 2018, empresários Brasileiros ainda preferem as sociedades limitadas a outras formas de organização empresarial.

* Professora titular do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada.

¹ - Porque assim diz o Senhor dos Exércitos: Depois da glória ele me enviou às nações que vos despojaram; porque aquele que tocar em vós toca na menina do seu olho. Zacarias 2:8

Com efeito, dos novos registros naquele ano, 39,6% foram de sociedades limitadas, 35,1% de empresários individuais, 24,3% de Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada - EIRELI, 0,6% de Sociedades Anônimas e 0,4% de outros tipos. Se forem excluídos os empresários individuais e a EIRELI, a limitada abarca mais de 99% das sociedades. Mesmo levando-se em consideração a EIRELI em conjunto com as sociedades², a limitada passa a responder por 58% as formas empresariais inscritos.

Fato é que houve mudanças significativas no regime das sociedades limitadas a partir do Código Civil de 2002, e, definitivamente, não foi observado o cuidado necessário com as limitadas nessas mudanças.

Aparentemente, a intenção contraditória do legislador seria aproximar o regime das sociedades limitadas daquele das sociedades anônimas, exigindo, por exemplo, assembleias ou reuniões para deliberações dos sócios, e ao mesmo tempo criar um regime subsidiários presumido de um tipo societário novo que sequer pode exercer atividade empresária, a sociedade simples. O Código Civil de 2002 trouxe ainda disposições complexas sobre quóruns, atecnias com relação a operações societárias e limitação da autonomia dos sócios na determinação das estruturas de administração.

Passadas quase duas décadas da brusca alteração do regime das limitadas, é praticamente consenso que há necessidade de alteração em sua disciplina, por um lado, para resgatar a contratualidade atacada pela legislação vigente e corrigir os equívocos, e, por outro, trazer inovações necessárias à racional modernização do tipo societário.

²Existe divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Entende-se que, conceitualmente, a EIRELE não é uma sociedade, mas um patrimônio personificado, como inclusive, consolidado no Enunciado no. 3 da I Jornada de Direito Comercial, a saber: A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada -EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária. Não se pretende estender a discussão sobre esse tema mas respeitadas as opiniões contrárias, a EIRELI supriu uma necessidade de limitação de responsabilidade de dos empresários que optam por não ter sócios, mas, certamente, não foi a melhor escolha legislativa para isso.

No primeiro tópico, serão trazidos aspectos conceituais sobre as limitadas, bem como a evolução da legislação disciplinadora das limitadas no Brasil. Em seguida, a legislação em vigor sobre limitadas será analisada e sujeita às críticas, e ainda serão apresentadas as inovações já propostas.

No último topo do desenvolvimento, serão trazidas proposições constantes do Projeto de Código Comercial que atualmente tramita no Senado Federal para modificar, de maneira ampla, o regime jurídico das sociedades limitadas.

1. Limitadas: do início à involução

As sociedades são, conceitualmente, um dos institutos mais importantes do Direito Comercial. A rigor, elas são instrumentos de captação e reunião de recursos voltadas a algum empreendimento que os sócios não têm como ou não querem realizar sozinhos.

Com efeito, como ensina Navarrini (1950, p. 12-3):

“E tirando do amplo e vago conceito econômico de associação em geral, o conceito jurídico de sociedade, extraíram de seu conteúdo específico as várias relações em que a união das forças elementares da produção, capital e trabalho e determinada por um direito adquirido, com respectivo, de quem possui o capital, de ter o segundo a sua disposição, ou, ao contrário, por um direito adquirido por quem tem necessidade do primeiro, para dêle servir-se, relações que assumem um figura jurídica própria (contrato de trabalho em geral, empréstimo, depósito irregular) e assentaram a essência da sociedade na união coordenada e diversamente entrelaçada de elementos que pertencem a uma ou outra daquelas forças (societas pecunia – opera, pecunia – pecunia, opera – opera). União que cria uma esfera jurídica comum, fundada sôbre uma economia comum ponto.”

A ideia, pois, de sociedade, remete propriamente à colaboração entre interessados em um objetivo comum. No caso das sociedades comerciais, esse fim fiz respeito a um empreendimento

que exige mais esforço, recursos, conhecimento ou outro fator escasso que não pode ser provido por apenas um dos interessados em obter vantagens financeiras a partir de um empreendimento.

Há sociedades que envolvem muitos sócios e outros tantos agentes afetados por sua teia de contratos. É o caso de grandes companhias multinacionais, que têm participações dispersas de sócios, e controle minoritário ou gerencial. Outras, por sua vez, têm alcance mais restrito, com relações mais pessoais entre sócios e outros “stakeholders”. Aqui encaixam-se os pequenos negócios locais ou familiares, nos quais as relações entre sócios, administradores, clientes e fornecedores chegam a ser pessoais.

As sociedades limitadas são um tipo híbrido. Foram criadas exatamente para suprir uma lacuna entre as sociedades anônimas, que por muito tempo necessitavam de autorização governamental para sua constituição além de um número mínimo de sócios e, portanto, não eram adequadas para pequenos negócios, e ainda as sociedades em nome coletivo que, não apresentando as formalidades inerentes às companhias, não permitiam a limitação de responsabilidade dos sócios.

As limitadas, portanto, foram tipo societário criado para permitir aos empresários uma estrutura legal que, ao mesmo tempo, lhes permitisse estabelecer as regras que melhor regulassem suas relações sociais, como também pudessem limitar o risco patrimonial de sua atividade empresarial.

Nas palavras do Prof. Alfredo Assis Gonçalves (2018, p. 377),

“A partir da Revolução Industrial de 1870, surgiu a necessidade prática de criação de sociedades em que os sócios respondessem limitadamente pelos riscos da atividade mercantil, com celeridade capaz de atender às exigências da expansão desmedida das relações mercantis, sem os formalismos vigentes para as sociedades anônimas, dentre eles a obrigatoriedade de obter autorização estatal para sua constituição.”

Interessante é que, ao contrário de outros tipos societários, que surgiram quase que espontaneamente a partir das organizações de comerciantes nos primórdios do capitalismo, as limitadas foram uma resposta legislativa a uma necessidade dos empresários.

Nesse sentido, Eduardo Goulart Pimenta (2017, p. 40) comenta:

“A origem das Sociedades Limitadas, porém, segue um caminho inverso. Se, como demonstrado, as outras espécies de sociedades foram inicialmente concebidas pelas práticas do incipiente mercado medieval e apenas posteriormente reguladas pela legislação, as Sociedades Limitadas partiram, por assim dizer, da legislação para o mercado”

Com efeito, as sociedades limitadas têm natureza iminentemente contratual e o contrato social, ou seja, a “convenção é a primeira lei que os contratantes a si próprios se impõem como norma a observar” (Mendonça, 1958, p. 10). Assim foi nos primórdios, mas, lamenta-se, não se manteve esse princípio na atual regulação das limitadas no Brasil, como se constata a partir da análise da atual legislação brasileira aplicável ao tipo.

A primeira regulação das sociedades limitadas no Brasil se deu em 1919, por meio do Decreto 3708. Esse decreto, composto por menos de 20 artigos, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um tipo societário já consagrado em diversos países, pois trazia a simplicidade das sociedades em nome coletivo e a possibilidade de limitação de responsabilidade das companhias.

Com efeito, a respeito das limitações à autonomia da vontade dos sócios com relação à determinação de regras atinentes às sociedades, tem-se que

“Aos interessados não é permitido ajustar cláusulas que se oponham às disposições proibitivas ou imperativas da lei. Nas sociedades anônimas, numerosas são essas disposições, que constituem a sua regulamentação. Nas outras formas de sociedade, é maior a liberdade dos contratantes” (MENDONÇA, 1958, p. 10).

O decreto deixava quase que inteiramente a critério dos sócios a determinação das cláusulas referentes a quóruns, administração – admitindo, inclusive, administradores pessoas jurídicas, composição do capital social, forma de deliberação, aprovação de contas e outras matérias que, após o advento do Código Civil de 2002, passaram a ser reguladas de maneira cogente naquele diploma legal.

No que se refere à legislação de aplicação subsidiária, o Decreto remitia ao Código Comercial, especificamente no que diz respeito à constituição e cláusulas do ato constitutivo, por se tratar de sociedade contratual. Todavia, no caso de omissões do contrato social, deveria-se recorrer à legislação aplicável às companhias, conforme determinado em seu artigo 18, *verbis*:

Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte applicavel, as disposições da lei das sociedades anonymas.

Essa contratualidade foi, sem dúvidas, um dos fatores responsáveis pela maciça adesão dos empresários brasileiros ao tipo societário. Acabou por se tornar um tipo intermediário entre o que doutrinariamente se chamava, à época, sociedade de pessoas e sociedades de capitais, tendo as primeiras como principal exemplo as sociedades em nome coletivo e as segundas, as companhias.

Com efeito a possibilidade e de os sócios terem a

“liberdade de fixação do conteúdo contratual ou de modelagem de conteúdo do contrato corresponde à possibilidade de que os particulares estipulem as condições que melhor lhes convenham para regular seus interesses. (SZTAJN, 1989m p. 5).

Assim, as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada integraram-se ao ordenamento jurídico e ao mercado brasileiro de maneira quase que espontânea. Nas palavras de Teixeira (2007, p. 34)

“Terá o Decreto-Lei 3708, de 1919, criado tipo societário inteiramente autônomo, submetido a disciplina específica? Não, responde Waldemar Ferreira: ‘ele se integrou entre os demais tipos societários previstos no Código, nele entrosando-se e ao seu regime submetido’. Como espécie de transição entre as sociedades de pessoas e as sociedades de capitais, conceituou-a VILLEMOR AMARAL, observando que ela entre os associados assume os característicos de uma sociedade em nome coletivo mas que perante terceiros se apresenta como uma sociedade de capital.”.

Todavia, após mais de oitenta anos, o regime das limitadas foi radicalmente alterado, conforme-se passa-se a analisar.

2. O que fizeram com as limitadas?

O Código Civil de 2002 revogou o Decreto 3709 /19 e trouxe uma regulação inteiramente diferente para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada – que, aliás, passaram a chamar-se simplesmente sociedades limitadas. De uma maneira geral, o legislador de 2002 limitou a autonomia dos sócios na determinação das regras de deliberação, exigindo formalidades inexistentes no regime anterior, de administração - proibido os administradores pessoa jurídica (por força do art. 997), bem como exigindo reuniões ou assembleias anuais para tomada de contas.

Além disso, trouxe regras similares àquelas das sociedades anônimas no que se refere às modificações do capital social, exigindo a integralização para que se proceda aumento, e ainda perdas irreparáveis ou excesso em relação ao objeto social para a redução, assim como se exige para as companhias.

O capítulo dedicado às sociedades limitadas traz ainda um problema para o qual ainda não se encontrou solução: enquanto no decreto 3708 tinha-se a regência supletiva da lei das sociedades anônimas, nos casos em que a lei, ou o contrato fossem omissos com relação a determinado assunto, a atual legislação cria um conflito de regras supletivas.

Com efeito, assim determinava do Decreto:

“Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte applicavel, as disposições da lei das sociedades anonyms.”.

Fica claro que prevalecem as disposições estabelecidas no contrato pelos sócios, observando o decreto de regência, e apenas em caso de omissão do contrato, seriam utilizadas as regras das companhias. Não se fazia referência direta à regulação pelo Código Civil, que, à época, trazia regras sobre a sociedades civis.

Note-se que mesmo no Código Comercial de 1850, relutou o legislador em usar o Direito Civil como regra subsidiária . Senão, cite-se a lição de J.X. Carvalho de Mendonça:

“Na parte relativa às sociedades refletem-se intensamente as transformações do Direito Comercial, provenientes do desenvolvimento da indústria e do comércio. O rigor imutável e tranqüilo dos preceitos do Direito Civil ser-lhes-ia trôpeço. Eis porque a lei civil, nos sistema do Código, é a última fonte a ser consultada; sòmente na falta de convenção de lei comercial e de uso mercantil, invocam-se as suas regras.”.

No regime atual, tem-se que:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

A redação do artigo 1053 trouxe algumas interpretações possíveis, como a de que os sócios poderiam escolher qual seria a regência supletiva da sociedade, ou a de que a regência supletiva sempre seria pelas sociedades simples e que a Lei 6.404/76 supriria apenas omissões do contrato social.

Em ambos os casos, há problemas práticos que ultrapassam aspectos conceituais e teóricos mesmo se entendendo que esses também são importantes. Deve-se considerar o fato de que a sociedade simples é um tipo societário novo, “inventado” pelo legislador de 2002 e que sequer pode revestir atividades empresárias. Tecem-se se ainda muitas críticas quanto às normas que disciplinam esse novo tipo societário.

Além disso, entender que a mesma sociedade poderia ser regida por suas regras originárias - no caso, das limitadas, o capítulo IV do Subtítulo II do Título II do Código Civil, pelas regras das sociedades simples, por seu contrato e ainda pelo regime das companhias poderia trazer interpretações inconsistentes para institutos já consolidados no ordenamento pátrio.

Considere-se, ademais, que, tendo em vista que a utilização da lei das companhias deve ser expressa no contrato, a falta dessa previsão poderia ocasionar, na visão de alguns, o impedimento da sociedade em adotar instrumentos típicos de sociedades anônimas, como conselho de administração ou quotas preferenciais.

A esse respeito, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração - DREI determina, em sua Instrução Normativa 38, Anexo II, item 1.4 que a adoção supletiva da Lei das Sociedades por Ações pode ser tácita, e ocorre quando o contrato social adota institutos típicos de sociedades anônimas, como conselho de administração, quotas preferenciais ou quotas em tesouraria. Todavia, essa interpretação restringe, pelo próprio texto, a fins de registro³.

³ O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1053, parágrafo único do Código Civil.

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:
I- poderá ser prevista de forma expressa; ou

II - presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais com: a) Quotas em tesouraria; b) Quotas preferenciais;

c) Conselho de Administração; e d) Conselho Fiscal.

Além do fato em si de ter reduzido a autonomia dos sócios na determinação das normais contratuais de sua sociedade, o Código também trouxe alguns equívocos conceituais e práticos graves.

O regime das sociedades limitadas do Código Civil apresenta tantas atecnias que não são poucos os exemplos de regras que são simplesmente ignoradas, uma vez que, se aplicadas em sua literalidade, contrariariam seriamente um regime de entendimentos construído em mais de oito décadas de existência das sociedades limitadas.

Tome-se como exemplo a regra contida no artigo 1077, que tem a seguinte redação:

Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

Apesar de ser literal na determinação das hipóteses em que o sócio pode se retirar, mediante reembolso, da sociedade, a disposição deste artigo não é aplicada, utilizando-se, ao invés, do disposto no artigo 1029, constante da disciplina das sociedades simples. Pelo disposto ali, o sócio, ao manifestar seu desejo de retirar-se, não precisa expressar razão para tal. Trata-se de uma “denúncia vazia”, típica das sociedades não empresárias ou com forte elemento pessoal.

Todavia, deve-se considerar que, mesmo as sociedades que têm a regência supletiva das sociedades simples, só devem-se utilizar essas regras quando omissas for a legislação específica, o que, definitivamente, não é o caso.

Com efeito, como bem ensina Gonçalves Neto (2019 p. 225):

O direito de retirada do sócio na sociedade limitada não é regulado pela norma do art. 1.029 do Código Civil, mas pelo seu art. 1.077, de cujo enunciado ressaltam essas diferenças: (i) o pressuposto causal de haver uma discordância do sócio retirante com alguma

modificação do contrato social, (ii) a legitimação para seu exercício restrita ao sócio minoritário; (iii) a extensão desse direito à sociedade ajustada por tempo determinado, (iv) o prazo decadencial de 30 dias para o seu exercício; e (v) a dispensa da notificação dos demais sócios com 60 dias de antecedência”

Porém, como, tradicionalmente, já se dava o direito ao sócio o direito retirar-se sem restrição nas limitadas, e isso acabou por acarretar a não observância da regra do artigo 1077.

O Código ainda avançou em matérias que sempre estiverem, e que deveriam continuar a disposição da vontade dos sócios. Caso reguladas, deveriam sê-lo apenas no caso de silêncio do contrato social. É o caso, por exemplo, dos quóruns de deliberação social estabelecidos pelo legislador de 2002. Note-se convergência na doutrina em considerar que os diversos percentuais exigidos, e que não são passíveis de alteração pelos contratantes criam, uma estrutura burocrática sem qualquer benefício.

Com efeito, mas palavras de Campinho (2005, p. 149):

“As matérias sobre alteração do contrato social e sobre quórum de deliberação geral merecem revisão do legislador, a fim de simplificar as decisões dos sócios no seio da sociedade. A estrutura da sociedade limitada sempre se afeiçãoou aos micro, pequenos e médios empreendimentos, não se justificando a irracional complexidade que vingou em seu texto”

Concordando com as palavras do professor carioca, considerar-se que sequer o maior porte empresa justificaria um sistema sem qualquer racionalidade como o estabelecido em 2002. Tanto assim é que o sistema de quóruns das sociedades por ações, estabelecidos na Lei 6.404/76, traz o princípio majoritário como regra, sendo o quórum mais qualificado previsto, o de maioria do capital social. Ou seja, deliberações por maioria de votos, exceto quanto determinada maioria mais qualificada no estatuto de companhias fechadas (arts. 129 e 136 da Lei 6.404/76).

Não apenas os quóruns, mas as formalidades para deliberação tornaram-se mais elaboradas para as limitadas. O Código passou a exigir reuniões ou assembleias de sócios como regra geral para as deliberações, sendo as assembleias obrigatórias quando o número de sócios for superior a dez:

“As deliberações em assembleia 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.”. (ROVAI, 2010, p. 151)

Essas formalidades só são dispensadas quando todos os sócios deliberarem ou expressamente declararem-se cientes, por escrito, sobre a matéria que seria objeto da reunião ou assembleia.

Pode-se ainda mencionar a inclusão de operações societárias no Código. O Capítulo que trata de fusões, cisões e incorporações é outro exemplo de falta de técnica, além de ser desnecessário. Há anos utilizava-se a legislação constante da Lei 6.404/76 como regra de regência para operações societárias, mesmo aquelas que envolvessem sociedades limitadas.

Atualmente, tem-se a consolidada legislação sobre operações societárias da Lei 6.404/76 aplicando-se integralmente às operações envolvendo apenas sociedades por ações e a dúbia regulação constante do Código Civil aplicando-se quando há outros tipos societários envolvidos. Ocorre que além de incompleta, as regras trazidas pelo Código Civil ostentam inconsistência, como o fato de que, apesar de constar do título do capítulo, não haja qualquer regra sobre as operações de cisão.

2.1 O que está sendo feito pelas limitadas?

Na contramão das alterações trazidas pelo Código Civil, a doutrina e construção regulatória tem admitido inovações que fortalecem a contratualidade das limitadas. Com efeito, iniciativas

como as Jornadas de Direito Civil, e, mais recentemente, as de Direito Comercial, têm trazido interpretações para as normas relativas aos diversos ramos dessa disciplina, de modo a compatibilizá-las com a melhor doutrina e práticas de mercado.

Tome-se por exemplo o Enunciado 64 aprovado na II Jornada de Direito Comercial, que traz expressamente a possibilidade de a sociedade limitada, mesmo que não eleja no contrato social a regência supletiva da lei 6.404/76, ter conselho de administração, devendo observar, nesse caso, a a lei das S.A:

64. Criado o conselho de administração na sociedade limitada, não regida supletivamente pela Lei de Sociedade por Ações (art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil) e, caso não haja regramento específico sobre o órgão no contrato, serão aplicadas, por analogia, as normas da sociedade anônima.

Com relação a outros institutos típicos de sociedades anônimas, destacam-se os acordos de voto, cada vez mais utilizados para dar mais estabilidade à administração das sociedades e exercício de poder de controle. A esse respeito, entende-se que os acordos de quotistas devem ter a mesma força que a lei das SA confere aos acordos de acionistas, quando versarem sobre as matérias ali previstas.

Nesse sentido,

“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. 1053, parágrafo único, do Código Civil, porém, sendo a fundamentação para tanto as normas de hermenêutica jurídica, em especial o art. 40. Da Lei de Introdução ao Código Civil” (TEIXEIRA, 2010, 241-2)

Mais recentemente, a Medida Provisória 881 de 2019, que ficou conhecida como MP da liberdade econômica, alterou o Código Civil para permitir a constituição de sociedades limitadas

unipessoais. Essa medida já era há muito aguardada e pleiteada e nosso ordenamento jurídico.

A MP 881, quando teve seu relatório aprovado na Comissão Especial responsável por sua apreciação, tornou-se o Projeto de Lei de Conversão 17 de 2019 (PLV 17/19), e trouxe outras alterações no Código Civil para aperfeiçoar a disciplina das limitadas.

Além da permissão de constituição da limitada unipessoal, o texto aprovado trouxe a possibilidade de determinação de quotas de classes distintas, nas proporções definidas no contrato social. Ou seja, positivam-se as quotas preferencias, sem direito a voto, além da expressa permissão de manutenção de quotas em tesouraria.

As debêntures, títulos de dívidas que até então apenas poderiam ser emitidos por sociedades anônimas, também passam a ser facultados às limitadas, por meio de oferta privada.

Os entendimentos doutrinários e medidas regulatórias e legislativas adotadas para a modificação e melhor interpretação da legislação aplicável às sociedades limitadas apenas reforçam o juízo de valor que se faz do regime trazido pelo Código Civil: ele precisa ser reformado.

3. O que ainda precisa ser feito pelas limitadas?

Apesar de as iniciativas apontadas terem o mérito de melhorar o ambiente normativo das sociedades limitadas no Brasil, faz-se necessária uma reforma de maior amplitude e sistematização. Com efeito, teve grande mérito a iniciativa do Ministério da Economia com a Medida Provisória da Liberdade Econômica, incluindo a sociedade limitada unipessoal no ordenamento pátrio, e ainda permitindo a emissão de debêntures e quotas preferencias por limitadas. Contudo, pouco se avançou com relação ao problema dos quóruns, das formalidades para deliberações sociais ou quanto às inconsistências e atecnias da legislação.

Para isso, tramita atualmente no Senado Federal PLS 487/13, já aprovado no âmbito da Comissão Especial que o analisou e institui

um novo Código Comercial para o Brasil. Com relação especificamente ao Direito Societário, revoga todo o Livro dedicado às sociedades do Código Civil, dedicando especial atenção às sociedades limitadas.

Analisando as sociedades efetivamente reguladas, o Projeto optou por trazer disposições gerais para os dois tipos societários com o capital dividido em quotas que regula: a sociedade limitada e a sociedade em nome coletivo, além da sociedade em conta de participação, que não conta com personalidade jurídica. Deixam de existir as sociedades em comandita, e ainda as sociedades simples, já que todas as sociedades passam a ser empresárias, ressalvadas as exceções expressas.

Tem-se a modernização das sociedades limitadas, que retornam a seu caráter contratual com plena liberdade dos sócios em determinar sua disciplina em contrato, tendo as regras constantes do Projeto caráter eminentemente supletivo. Em grande medida, a legislação projetada procura resgatar a autonomia dos sócios na determinação da estrutura e funcionamento da sociedade. A rigor, salvo algumas exceções, o Código é usado na omissão do contrato social.

O Projeto mantém a possibilidade de o capital social se dividir em quotas iguais ou desiguais, mas permite, ao contrário da legislação atual, que a quota seja divisível desde que previsto no contrato social. Mantém-se ainda a possibilidade de a quota ser detida em condomínio.

As quotas podem ser integralizadas com quaisquer bens ou direitos avaliáveis pecuniariamente sendo que todos respondem solidariamente pela estimação de seu valor, sendo ainda responsável pela solvência do devedor, aquele que contribuir para o capital social com créditos.

Com relação a esse tema, entende-se que deveria ser previsto um prazo pelo qual perdure a responsabilidade solidária no caso da estimação de bens como forma de evitar dúvidas com relação à aplicação dos prazos gerais de decadência e prescrição previstos no

Projeto, que, por sinal, são reduzidas em relação àqueles atualmente em vigor.

No que se refere à alienação de quotas, a regra geral passa a ser a de livre negociação, podendo os sócios estabelecer as restrições que julgarem pertinentes no contrato social, respeitado o direito de preferência.

O texto que tramita regula ainda a possibilidade, a exemplo do que ocorre com ações, de aquisição de quotas pela sociedade para manutenção em tesouraria, no caso de haver saldo de lucros ou reservas. Com relação a esse ponto, entende-se que ainda poderia ser feito um aperfeiçoamento no texto de modo a ultima parte do §30 do art. 205 do Substitutivo apresentado pelo relator da Comissão Especial, pois, caso as quotas não tenham valor nominal, não haveria necessariamente que se reduzir o capital social no caso de cancelamento das quotas. Mesmo que as quotas tenham valor nominal, caso os sócios resolvessem alterar o contrato social para modificar esse valor, também não se faria necessária a redução do capital.

Interessante ponto ainda disposição constante do Projeto que deixa clara a extensão da competência do Registro de Empresas, que não deve interferir no mérito dos atos societários, mas apenas verificar se as disposições necessárias estão presentes e se não ferem disposição legal vigente. Apesar de isso parecer claro e um tanto óbvio, ainda existem casos de abusos nas juntas comerciais do país.

Um ponto importante que o Projeto de Novo Código Comercial trata de maneira adequada diz respeito às deliberações sociais. Tanto no que diz respeito à forma, como quanto aos quóruns de deliberação.

O artigo 210 do Substitutivo simplifica os quóruns das sociedades por quotas, criando a regra geral de maioria do capital, desde que outro quórum não seja determinado pelos sócios em contrato, tratando ainda, no artigo 212, do respeito ao quanto disposto em acordos de quotistas.

O Projeto simplifica consideravelmente as disposições atualmente constantes do Código Civil, deixando a cargo dos sócios a determinação, no contrato social, da forma de deliberação societária. Traz, inclusive, disposição no § 10 do art. 211 que legitima deliberações informalmente tomadas pelos sócios.

Com relação aos administradores da sociedade, mantém-se a possibilidade de nomeação no próprio contrato ou em instrumento separado, mas sem diferenciação de quóruns. O Projeto poderia ter avançado no sentido de voltar a permitir a nomeação de administrador pessoa jurídica. Deixou-se de fazê-lo, continuando a proibição por conta do disposto no artigo 218.

Com relação ao aumento de capital, não subsiste a necessidade de integralização para que se faça novo aumento. Isso facilita a captação de recursos próprios, especialmente com o ingresso de novos sócios na sociedade.

Sobre a exclusão do sócio, o Projeto inova ao não exigir previsão contratual para que seja possível a exclusão, e traz três hipóteses: inadimplemento de obrigação de integralizar a sua quota, incapacidade, insolvência ou falência e ainda falta grave. (art. 242).

O Projeto traz exemplos de falta grave, sem prejuízo de outros determinados no contrato social (art. 243). Prevê ainda a possibilidade de exclusão do controlador da sociedade por via judicial. Entende-se, no que pese o pensamento contrário de parte da doutrina, não ser conveniente a previsão de exclusão de sócio controlador, pois poderia ocasionar abuso e formas indiretas de expropriação.

Outro ponto que merece destaque é a determinação, à priori, dos prazos para apuração de haveres (art. 246). Sobre esse artigo, e por coerência com o escopo de privilegiar a autonomia dos sócios, deve-se permitir que haja determinação diversa no contrato, a exemplo do que ocorre com prazo do art. 249. Mais uma inovação diz respeito às regras relativas ao balanço de determinação, especialmente sua referência temporal, bem como das regras de responsabilidade dos sócios com relação ao passivo a descoberto.

Conclusão

De todo exposto, conclui-se que as alterações trazidas ao regime jurídico das sociedades limitadas pelo Código Civil de 2002, de maneira geral, não foram adequadas ao tipo, e trouxeram uma ruptura não desejável a um conjunto de normas já consolidadas no ordenamento jurídico.

Tem havido um movimento, por parte da doutrina, e mais recentemente dos reguladores no sentido de adequar a interpretação das normas atinentes às limitadas e ainda propor alterações pontais a essas regras.

Todavia, entende-se que o mais adequado seja uma reforma mais ampla, que efetivamente, de um lado, restitua a natureza contratual das sociedades limitadas e, de outro, a modernize, permitindo-lhe a utilização de estruturas e instrumentos jurídicos novos ou já aplicáveis às sociedades anônimas.

Assim, a limitada pode cumprir sua vocação, de servir tanto a pequenos negócios, quanto para a grande empresa que não queira optar pela sociedade anônima. Precisa-se, assim, cuidar melhor do arcabouço jurídico para que a limitada continue sendo a menina dos olhos do setor produtivo.

Referências

CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil. Rio de Janeiro: Renovar: 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. Direito Comercial. Pareceres. São Paulo: Lex, 2019.

-----, Direito da Empresa. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEDONÇA, J.X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 5ª ed. posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Vol. III, Livro II. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

NAVARRINI, U. et FAGGELLA G. Das sociedades comerciais. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor. 1950.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito Societário. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

ROVAI, Armando. In Direito Societário: tipos Societários. Finkelstein, Maria Eugênia et Proença, José Marcelo Martins (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 146-72)

SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada. São Paulo: Quatier Latin, 2007

TEIXEIRA, Larissa. Acordo de Quotistas In Direito Societário: tipos Societários. Finkelstein, Maria Eugênia et Proença, José Marcelo Martins (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 229-65.