

Rubens Requião

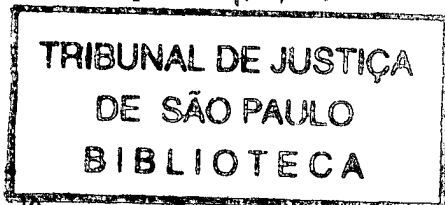
Catedrático de Direito Comercial do Curso de Direito e Catedrático de Instituições de Direito Privado do Curso de Economia do Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Sócio Honorário do Instituto dos Advogados da Bahia.

CURSO DE
DIREITO
COMERCIAL

1º *volume*

33ª edição, revista e
atualizada por Rubens Edmundo Requião T. 40016

2014



SEGUNDA PARTE

SOCIEDADES COMERCIAIS (EXERCÍCIO COLETIVO DA EMPRESA)

SUMÁRIO: 206. Conceito. 207. Terminologia: associação, sociedade, companhia e empresa. 208. Desenvolvimento histórico das sociedades. 209. Classificação das sociedades.

206. CONCEITO.

O Código de 1850 não definiu a sociedade comercial. O antigo Código Civil, mais tarde, todavia, conceituou-a genericamente: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”. Bastava particularizar essa definição legal, dando-lhe conteúdo mercantil, para termos uma noção satisfatória: *celebram sociedade comercial as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns de natureza comercial*.

Uma antiga lei espanhola, *Siete Partidas*, descrevia minuciosamente a sociedade comercial: “Fazem companhia os mercadores e outros homens entre si, para ganhar mais facilmente, juntando seus capitais em um, do que às vezes serem recebidos nela por companheiros: uns que sabem e entendem de comprar e vender, embora não tenham capital para fazê-lo; outros que o têm, mas lhes falta aquela instrução; e outros que, sem embargo de ter capital e inteligência, não querem usar deles para si mesmos”.

Em seu *Dicionário Jurídico-Comercial*, Ferreira Borges, que nos princípios do século XIX contribuiu para implantar as bases clássicas do direito comercial brasileiro, conceituou a *sociedade*: “... definida em geral, é um contrato pelo qual duas ou mais pessoas convêm voluntariamente em pôr alguma coisa em comum para melhor negócio lícito e maior ganho com responsabilidade nas perdas”.

O novo Código Civil propõe, no art. 981, a seguinte definição: “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”, esclarecendo o parágrafo único que a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

No decorrer destas preleções iremos aprofundando a noção de sociedade empresária, distinguindo-a, sobretudo, de institutos afins como a *comunhão*.

207. TERMINOLOGIA: ASSOCIAÇÃO, SOCIEDADE, COMPANHIA E EMPRESA.

O estudo adequado de qualquer disciplina requer o conhecimento e o uso exato de sua nomenclatura. Evitam-se, por esse meio, incompreensões e impropriedades técnicas.

Impõe-se, desde logo, a fixação do preciso sentido jurídico das palavras com que se designa a união de pessoas para o desempenho de atividade econômica: *associação*, *companhia*, *sociedade* e *empresa*, esta em sentido coletivo.

Associação. O Código Comercial usou dessa expressão como sinônima da *sociedade comercial*, em diversos artigos, como, por exemplo, no art. 290: “Em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros...”.

No Código Civil de 1916 encontra-se o emprego da palavra *associação* para designar entidade de *fim não econômico*, contrapondo-a à sociedade civil e à sociedade comercial. Ao tratar matéria pertinente às pessoas jurídicas, com efeito, esse Código usa das expressões *das sociedades ou associações civis*. O art. 22 alude à *associação de fins não econômicos* e o art. 23 à *sociedade de fins econômicos*.

Ao contrário de alguns juristas pátrios, pensamos que dos textos da lei se pode estabelecer uma exata nomenclatura, destinando o uso da palavra *associação* para as entidades de *fins não econômicos* (p. ex.: “Associação Comercial do Paraná”). Os usos e costumes, que tão grande papel desempenham na formação do direito comercial, consagraram, no sentido indicado, o emprego do vocábulo¹.

1. O Código Civil de 2002 tornou mais precisa a denominação dos tipos das pessoas jurídicas de direito privado, como se vê no art. 44: “São pessoas jurídicas de direito privado: I — as associações; II — as sociedades; III — as fundações; IV — organizações religiosas; V — partidos políticos”. Segundo o art. 53, a expressão “associação” está reservada para designar a união de pessoas que se organizam para fins não econômicos. O art. 981 usa a palavra “sociedade” para indicar a união de pessoas que se obrigam reciprocamente, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica, e partilha, entre si, dos resultados, e será “sociedade empresária” aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário, que é quem se dedica profissionalmente à atividade econômica para a produção e circulação de bens ou de serviços, e por isso está sujeito a registro no Registro Público de Empresas Mercantis. A nova redação do art. 44 do Código Civil,

Sociedade. Nessa ordem de pensamento destinaríamos a palavra *sociedade* para designar a entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos.

Companhia. O Código de 1850 destinou o uso dessa expressão para nomear as *sociedades anônimas*. O art. 287, nas disposições gerais, sob o título: “Das Companhias e Sociedades Comerciais”, contrapunha, como se vê, o uso das duas palavras, como se *companhia* (sociedade anônima) também não fosse *sociedade comercial*. Em seguida, em dois capítulos distintos, o Código delas tratava: “Das companhias de comércio ou sociedades anônimas” e “Das sociedades comerciais”. Era, enfim, o sistema do Código.

O Decreto nº 916, de 24 de outubro de 1890, que criou o registro de firmas ou razões comerciais, no art. 3º, § 2º, permite o emprego da palavra *companhia* na sociedade em comandita simples, como aditamento do nome e firma de um ou mais sócios, pessoal e solidariamente responsáveis, “por extenso ou abreviadamente”, o mesmo emprego se admitindo para as sociedades em nome coletivo. No art. 4º dessa lei, embora usando da designação de *companhias anônimas*, não especializa o uso do termo *companhia* (por extenso) para esse tipo de sociedade de capital e nenhuma alusão faz à formação de sua denominação. Assim também se comportava o antigo Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891, que consolidava as leis sobre sociedades anônimas providas do Império, pois o art. 14 determinava que “a sociedade anônima será designada por uma denominação particular ou pela indicação do seu objeto”.

Mais recentemente, porém, incluiu-se, obrigatoriamente, na denominação das sociedades anônimas, as menções *sociedade anônima* ou *companhia*, por extenso ou abreviadamente, sendo esta sempre anteposta.

De tudo isso notamos que a linguagem de nossa lei é confusa no emprego do vocábulo. *Companhia*, quer abreviadamente, quer por extenso, é expressão que tanto pode ser usada na formação das razões sociais das sociedades em comandita simples, como na das sociedades em nome coletivo ou na denominação das sociedades anônimas. No entendimento comum do comércio, por natural inclinação, é de se registrar, reserva-se a menção *companhia* para a sociedade anônima, e *sociedade* para os outros tipos de sociedades comerciais. Assim é que o acionista fala em *minha companhia* e o sócio diz *nossa sociedade* ou *nossa firma*².

gerada pela Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003, que acrescentou os incisos IV e V, tem algo de redundante, visto que os partidos políticos, sem dúvida, são associações na acepção do art. 53 do Código, e as organizações religiosas também podem ter o feito de associação.

2. O Código Civil, nos arts. 1.155 e segs., regula a formação e o uso do nome empresarial, designação genérica do antigo nome comercial, no regime do Código Comercial. O assunto foi

Empresa. Na linguagem corrente é também usada como sinônimo de sociedade. Mas não é correto, pois empresa e sociedade são figuras jurídicas perfeitamente distintas. A *empresa*, na sua noção jurídica, foi suficientemente estudada no Capítulo III, e assim sabemos que constitui um organismo econômico, que combina os fatores natureza, capital e trabalho, para a produção ou circulação de bens ou de serviços. O sujeito dessa atividade é o empresário individual ou o empresário coletivo, que se constitui como sociedade empresária. Logo, a sociedade empresária dá a roupagem jurídica com que se veste a empresa coletiva. No nº 36 *supra* já foi explicada a diferença entre uma e outra.

208. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS SOCIEDADES.

Na Antiguidade, sobretudo entre os romanos, conforme se lê nas Institutas de Justiniano, as sociedades eram perfeitamente reguladas, embora o fossem no âmbito do direito civil já que não se conhecia um direito especial para os comerciantes. São, por outro lado, importantes as sociedades dos banqueiros (*argentarii*) e as dos publicanos, que contratavam com o Estado a arrecadação dos impostos, serviços e obras públicas, tornando-se cidadãos influentes, com a denominação de *publicani*, atividade que nada tinha de desonrosa na metrópole, embora fossem odiados nas províncias, como demonstram vários episódios dos Evangelhos. Nessas sociedades romanas, algumas vezes a administração se dividia entre os sócios, dirigindo cada um determinado setor. Em geral eram indicados gerentes (*magistri*), que administravam os negócios sociais.

Não era somente a comunhão de interesses que ditava a associação de serviços e bens, mas certas necessidades familiares. Os autores, em sua maioria, explicam o uso da *sociedade em nome coletivo*, a cujo tipo se assemelhavam as sociedades romanas e medievais, como necessidade familiar relativa ao prosseguimento do negócio pelos herdeiros do mercador falecido, ou quando se dispunham a explorar em comum os bens herdados. O *consortium*, neste caso, transformava-se em *societas*. *Natural* — como escreve Ripert — que, nesse negócio, persistisse a ideia do *jus fraternitatis*.

Esse mesmo processo desenrolou-se na Alemanha. Paul Rehme nos faz esta indicação: “... em muitos textos aparece como caso normal vários irmãos, ao continuar a exploração do pai, depois de seu falecimento, contrataram mancomunadamente. As sociedades coletivas de que temos concretamente notícias estavam constituídas, em sua maior parte, entre irmãos (ou entre outros parentes). Isto é certo, não só a respeito de muitas grandes casas de comércio, como, por exemplo, a dos Fugger de Augsburgo, senão também pelo que se refere a outras de menor importância. Basta esse dado, prescin-

estudado nos ns. 132 e segs. *supra*. O uso da expressão “companhia” continua comum à sociedade anônima, à sociedade em comandita simples ou em nome coletivo.

dindo de outras considerações, para se chegar à conclusão de que esta é a forma mais antiga da sociedade coletiva; podemos, pois, sustentar que a sociedade coletiva, na Alemanha como nos países mediterrâneos, teve origem, ao menos em parte, na associação familiar”.

O processo de limitação de responsabilidade, que hoje domina o campo do direito comercial, formou-se lentamente na Idade Média. É de notar-se que o princípio ou preocupação de ocultação dos sócios parece não ter surgido somente do propósito de restrição e limitação da responsabilidade, mas como decorrência também da prática dos que, impedidos de comerciar, acobertavam-se mediante a organização de sociedade com outrem.

Esse ardil, como acentua o Prof. Huvelin, havia sido notado em Roma, onde a nobreza, os senadores e altos magistrados procuravam enriquecer não só em seus cargos e latifúndios, como ainda “participando indiretamente nas atividades comerciais, seja como membros de sociedades mercantis, seja por meio de propostos responsáveis, comumente libertos”.

A sociedade com ocultação de sócio, entretanto, que deu margem ao aperfeiçoamento do qual resultou a *comandita simples*, tomou incremento e difundiu-se na Idade Média, após o século XI. Alguns autores atribuem, na verdade, a formação desses tipos de sociedade ao deliberado propósito de burlar aquelas regras éticas e canônicas, proibitivas do comércio a determinadas classes de cidadãos.

Ao estudar a origem das comanditas, o Prof. Jean Escarra anota a teoria de Saleilles, que as faz surgir do *contrato de “commenda”*, ao passo que outros entendem que as comanditas significam uma evolução do *nauticum foenus*, para em seguida esclarecer: “A combinação é muito usada porque permite escapar à proibição canônica de empréstimos a juros. Sabe-se, com efeito, que se a Igreja reprovava o fato de emprestar dinheiro a juros, não condenava o de procurar um lucro sobre um vultoso capital exposto a grandes riscos. Além disso, a combinação permitia o comércio a pessoas que estavam proibidas de fazê-lo, e que, por conseguinte, não podiam aparecer, como, por exemplo, em certas épocas, os nobres e os clérigos”. O Prof. Ripert também registra: “Viu-se, nessa forma de sociedade, a grande vantagem de permitir que participassem, em operações comerciais, nobres, titulares de cargos públicos e religiosos que não podiam ser comerciantes. Era o meio de iludir a proibição de empréstimos a juros, efetuando uma aplicação de dinheiro mediante uma participação”.

Não podemos deixar de invocar, também, a análise dessa situação, apresentada por Troplong: “Com efeito, as leis canônicas, por uma reação contra a usura, esse flagelo da civilização romana e de todos os bárbaros, proibiam o empréstimo a juros: elas consideravam o dinheiro como estéril. É em vão

que a sutileza dos clérigos orientais havia inventado a fraude dos três contratos para escapar à proibição. Em vão o seu gênio astucioso havia agrupado, conjuntamente, *a sociedade*, *o seguro* e *a venda*, e formado desse trio de convenções permitidas uma combinação que levava ao mesmo fim que a convenção proibida. Os espíritos sinceros e as almas dóceis se amedrontavam com esse subterfúgio, e o zelo de alguns ousados teólogos, para o *legitimar*, não tinha chegado a torná-lo popular. Os capitais ficavam então privados do precioso recurso do empréstimo a juros. Nesse estado, a sociedade em comandita se apresentou naturalmente para tirá-los de sua inação. Pais de família, magistrados, nobres, militares, desejosos de aumentar seu bem-estar pelo proveito de seu dinheiro, o entregavam em comandita a um comerciante de bom renome; esse dinheiro frutificava, e essas pessoas achavam mais cômodo tirar benefício do comércio sem serem comerciantes”.

Esse contrato de *commenda*, por outro lado, constituiu, universalmente, um sistema de comerciar, tendo Paul Rehme, em interessantíssima pesquisa, anotado os seus traços nos costumes dos mais variados povos, inclusive em nossos tempos, em primitivos agrupamentos sociais no interior da África, na Ásia e na Oceania. Registrou-o, também, no mundo islâmico, onde se dava preferência à *commenda* pecuniária (*kirad*), por causa da proibição corânica da usura, “preceito formulado com alcance excepcional, e rigorosamente exigido”.

Existiam, na verdade, diversas modalidades de contrato de *commenda*: ora a natureza do empreendimento impunha a conjugação do trabalho e somente o *commendator* oferecia capitais que o *tractator* aplicava; ora ambos ofereciam capitais e despendiam serviços. A primeira era a *commenda* propriamente dita ou *accomendatio*; a segunda era a *societas* ou *collegantia*. O Prof. Postan, da Universidade de Cambridge, tendo em vista o medievo inglês, classifica as modalidades de *commenda* nos seguintes tipos: 1º) sociedade em que o capital engajava os serviços de um comerciante (*service partnership*); 2º) o comerciante engajava o capital (*finance partnership*); 3º) ambas as partes se conferiam os capitais e seus serviços (*real partnership*).

Sociedades particulares a princípio, onde o sócio capitalista permanecia oculto, tais foram os abusos que as comanditas ensejavam — sobretudo na liquidação dos patrimônios dos comerciantes insolventes, em que o *commendator*, de sócio que era, se apresentava, conluiado com o *tractator*, como credor, prestador do capital — que, no século XV, as corporações de mercadores italianos passaram a exigir contratos nesse tipo de sociedade, para registrá-las, transformando-as de sociedades ocultas que eram em sociedades reveladas ao público, assumindo seu papel no quadro jurídico. Esse processo é relatado pelo Prof. Ferrara, em sua obra *Teoría de las Personas Jurídicas*, que, após apresentar a *commenda* como uma “associação em participação”, esclama:

rece o processo de sua publicidade: “Assim, por motivos de oportunidade, pelo século XV, foi prescrita a publicação do contrato de sociedade, isto é, foram indicados nos livros da sociedade os nomes dos comanditários e a medida de sua contribuição, com a duração do contrato, e estas indicações foram inscritas em um registro de comércio à disposição do público”.

As comanditas simples se difundiram largamente pelas vantagens que ofereciam sobre as sociedades em nome coletivo. No século XVII, devido à política *colonialista* e a concomitante formação do *capitalismo mercantil*, que visavam ao domínio da América, Índia e África, foi necessária a formação de grandes capitais, com o concurso do Estado e da incipiente iniciativa privada. Formam-se, então, poderosas sociedades, que delineiam as *sociedades por ações*.

Permaneciam, todavia, as comanditas simples concorrendo com as sociedades em nome coletivo, como um tipo ideal de organização jurídico-empresarial, para a época, pois permitia a imobilização de pequenos capitais sem que todos seus investidores se embaraçassem nas teias do comércio. Somente com o advento das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, no final do século passado, é que as comanditas simples sofreram um rude golpe na sua popularidade e preferência dos empresários, pois o novo tipo de sociedade foi concebido de forma a limitar a responsabilidade de todos os sócios à soma do capital social.

Atualmente as sociedades em comandita simples, como de resto as sociedades em nome coletivo, caíram em desuso, sendo sua rara existência um anacronismo.

A análise histórica das demais sociedades, como a de responsabilidade limitada, a sociedade anônima e comandita por ações, será feita como introdução ao estudo específico dessas entidades, nos respectivos Capítulos³.

209. CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES.

Muitos planos de classificação das sociedades têm sido propostos e imaginados pelos comercialistas. Vamos ater-nos aos mais lógicos e didáticos.

3. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, sugere organizar o sistema jurídico relativo à sociedade comercial no Livro II, que se desdobra em diversos títulos e capítulos. Enuncia, por exemplo, os princípios gerais que governarão as sociedades, tais como liberdade de associação, autonomia patrimonial, subsidiariedade da responsabilidade dos sócios, limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais como proteção do investimento, vontade da maioria nas deliberações sociais, proteção dos sócios minoritários. Garante irrestrita liberdade de associação, mas vinculação plena, uma vez associado, até dissociação autorizada pelo Código. Os princípios citados são descritos em minúcias a partir do art. 114.

As sociedades podem ser classificadas segundo vários critérios, tais como:

A responsabilidade dos sócios: em sociedades *limitadas*, quando o contrato social restringe a responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições ou à soma do capital social (sociedades por cotas de responsabilidade limitada e sociedades anônimas); sociedades *ilimitadas*, quando todos os sócios assumem responsabilidade ilimitada e solidária relativamente às obrigações sociais (sociedades em nome coletivo, sociedades irregulares, sociedades de fato e sociedades tácitas); e sociedades *mistas*, quando o contrato social conjuga a responsabilidade ilimitada e solidária de alguns sócios com a responsabilidade limitada de outros sócios (sociedades em comandita simples, sociedades em comandita por ações, sociedades de capital e indústria e sociedades em conta de participação).

A personificação: em sociedades *não personificadas* (sociedades irregulares ou sociedades de fato, hoje denominadas sociedades em comum pelo Livro II, Título II, Subtítulo I, Capítulo I do novo Código Civil, art. 986, e sociedades em conta de participação) e sociedades *personificadas* (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações). É o critério adotado pelo Código Civil, que cria a sociedade simples.

A forma do capital: em sociedade *de capital fixo*, cujo capital é determinado e estável, só podendo ser modificado para mais ou para menos por alteração do contrato (são todas as sociedades comerciais); e *de capital variável* (sociedades cooperativas).

A estrutura econômica: sociedades *de pessoas*, constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios — “porque o que forma uma sociedade somente se liga com pessoa de sua eleição” (Tít. XXV, 5, Institutas de Justiniano) —, que são: as sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples, sociedades de capital e indústria, sociedades em conta de participação, sociedades limitadas, e sociedades *de capitais*, constituídas tendo em atenção preponderantemente o capital social (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações).

Não nos esqueçamos da antiga classificação baseada no *objeto* da sociedade, plasmada pela dicotomia do direito privado, pela qual as sociedades em geral se dividiam em dois grupos: *sociedades comerciais* e *sociedades civis*. Com a unificação do direito privado, empreendida pelo Código Civil de 2002, essa distinção fica esmaecida. Considerado o *objeto*, subsiste, em parte e como resquício do antigo sistema, aquela classificação apenas quanto a *pessoas jurídicas de direito privado*, visto que o Código Civil as distingue

em *associações* (arts. 44, I e II, e 53) com fins não econômicos, e *sociedades* constituídas por sócios que se obrigam a contribuir para o exercício de atividade econômica e partilha de resultados (art. 981). A antiga classificação fazia distinção entre a sociedade civil e a sociedade comercial pelo seu objeto, pois enquanto as sociedades comerciais se especializavam na prática constante e em massa de *atos de comércio*, tendo por atividade o comércio, a sociedade civil explorava atos civis, tais como a colonização, a agricultura, os imóveis, a prestação de serviços. Quando ocorria que a sociedade tivesse por objeto atividade civil e comercial ao mesmo tempo — sociedade de *objeto misto* —, o critério mais comum para a sua classificação era o da atividade preponderante. Se a sociedade tivesse mais atividade comercial que civil, era ela classificada como comercial e vice-versa.

Passaremos a analisar nos Capítulos seguintes as várias espécies de sociedades, após conhecermos a natureza do ato constitutivo. Adotaremos para melhor sistematização de nossos estudos a classificação, tendo em vista a estrutura econômica, ou seja, em sociedades *de pessoas* e sociedades *de capitais*, muito embora Vivante tenha considerado esse critério mais brilhante que sólido. Parece-nos que essa classificação possui significativa expressão didática, apresentando de forma clara e mais compreensível o quadro geral das sociedades comerciais.

Ao contrário de edições anteriores, que não examinavam as sociedades cooperativas, pois a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, as considerava de natureza civil, faremos rápido estudo de tais sociedades, já que o novo Código Civil as qualifica como sociedades simples.

BIBLIOGRAFIA

Dicionário Jurídico-Comercial, JOSÉ FERREIRA BORGES, Tip. de Sebastião José Pereira, Porto, 1856; *Tratado de Direito Comercial*, WALDEMAR FERREIRA, Ed. Saraiva, São Paulo, 1961, 3ª vol.; *Études d'Histoire du Droit Commercial Romain*, PAUL HUVELIN, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1929; *Historia Universal del Derecho Mercantil*, PAUL REHME, Ed. Revista de Derecho Privado, Madri, 1941; *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, GEORGES RIPERT, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951; *Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial, Les Sociétés Commerciales*, ESCARRA ET RAULT, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1951; *Teoría de las Personas Jurídicas*, FRANCESCO FERRARA, Ed. Revista de Derecho Privado, Madri, 1929; *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, Livr. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1934; *Commentaire du Contrat de Société*, TROPLONG, Meline Cans et Cie., Bruxelas, 1843; *Manuel de Droit Commercial*, JEAN ESCARRA, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1947; *Sociedades por Ações*, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1953; *Trattato del Diritto delle Società*, ANTONIO BRUNETTI, Dott. A. Giuffrè, Ed., Milão, 1948; *Traité Générale Théorique et Pratique des Sociétés*, G. HOUPIIN ET BOSVIEUX, Paris, 1899; *Traité Théorique et Pratique des Sociétés Commerciales*, RODOLPHE ROUSSEAU, Libr. A. Rousseau, Paris, 1921; *Delle Società e delle Associazioni Commerciali*, UMBERTO NAVARRINI, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milão, 1950; *Storia Universale del Diritto Commerciale*, LEVIN GOLDSCHMIDT, Unione Tipografica, Turim, 1913.

O ATO CONSTITUTIVO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

SUMÁRIO: *Natureza jurídica do ato constitutivo*. 210. Ato constitutivo. 211. Teorias anticontratalistas. 212. Teoria do ato corporativo, do ato de fundação ou do ato de união. 213. Teoria da instituição. 214. Teorias contratalistas. *Personalidade jurídica*. 215. Conceito. 216. A personalidade jurídica no direito brasileiro. 217. Problemas decorrentes da personificação. 218. A doutrina da superação da personalidade jurídica ("*Disregard of Legal Entity*"). 219. Aquisição da personalidade jurídica (*Sociedades irregulares*). 220. Efeitos da personalidade jurídica. *O contrato de sociedade empresária*. 221. Elementos do contrato. 222. Elementos comuns: a) Consenso; b) Objeto lícito; c) Forma prescrita em lei. 223. Elementos específicos. 224. a) Pluralidade de sócios. 225. b) Constituição do capital social. 226. Natureza jurídica da contribuição dos sócios. 227. Intangibilidade do capital social. 228. c) "*Affectio societatis*". 229. d) Coparticipação nos lucros e nas perdas. 230. Princípio da maioria e a alteração do contrato social.

NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONSTITUTIVO

210. ATO CONSTITUTIVO.

A sociedade se forma pela manifestação da vontade de duas ou mais pessoas, que se propõem unir os seus esforços e cabedais para a consecução de um fim comum. Os juristas franceses deixam entrever o duplo significado da palavra *sociedade*, pois tanto pode referir-se ao ato *constitutivo*, que lhe dá substância, como à *pessoa jurídica*, que lhe dá condição de sujeito de direito. A princípio, como observa Escarra, predominava o aspecto contratual do ato constitutivo, ao passo que hoje prevalece o da pessoa jurídica que dele surge.

A noção da personalidade jurídica, que envolve a sociedade, passou ao primeiro plano.

O debate sobre a natureza jurídica do ato que cria a sociedade é um dos mais fascinantes temas do direito comercial. A utilidade do estudo das várias teorias e a exata conceituação do ato que cria a entidade servem para elucidar muitos pontos obscuros no estudo das sociedades comerciais. Vejam-se algumas dessas teorias.

Antes, convém acentuar que não é mais incontroverso o princípio de que a sociedade comercial deve constituir-se necessariamente no mínimo de duas pessoas. Teorias modernas, que se refletem em legislações positivas, como a do Principado de Liechtenstein, ou de legislações de vários Estados norte-americanos, introduzidas também em outras legislações, começam a admitir a possibilidade de sociedades *unipessoais*, isto é, sociedades constituídas de um sócio apenas. No Brasil, por exemplo, leis especiais têm criado sociedades desse tipo, como a NOVACAP S/A, aspecto tão mais curioso quando o fazem sob a forma de sociedades por ações.

Além disso, por força de dispositivo legal, no caso da sociedade anônima, sempre pode funcionar com número inferior ao mínimo legal de acionistas, e mesmo com um só, não se dissolvendo por isso, desde que o número legal seja completado até a seguinte assembleia geral ordinária (Dec.-Lei nº 2.627, art. 137, *d*, e Lei nº 6.404/76, art. 206, I, *d*). A nova lei francesa sobre sociedades determina que, se todo o capital social concentrar-se nas mãos de apenas um sócio, seja qual for o tipo de sociedade, qualquer interessado pode pedir sua dissolução, se a situação não for regularizada no prazo de um ano.

O sistema de sociedades brasileiro sofreu, entretanto, nesse particular, uma brusca alteração, ao se consentir a constituição de sociedade anônima de um sócio apenas. A Lei das Sociedades por Ações admitiu e regulou a chamada *subsidiária integral*, constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (art. 251 da Lei nº 6.404, de 15-12-1976).

A incompreensão que comumente se manifesta a respeito das sociedades *unipessoais* provém da ideia arraigada pela tradição de que a sociedade se forma pelo contrato, sendo somente possível sua criação entre duas ou mais pessoas. Desde que se passe a sustentar que a sociedade comercial, como pessoa jurídica, se constitui por um ato que não seja necessariamente um contrato, o absurdo aparente se ameniza. O direito brasileiro, todavia, nunca concebeu nem admite tal solução. O antigo Código Comercial sempre considerou a sociedade como formada pelo *contrato*. O novo Código Civil também adota a tese, conforme seus arts. 981 e 997. As sociedades estatais, constituídas somente pelo Estado, são sempre criadas por leis especiais,

constituindo uma anomalia jurídica ditada pela conveniência do poder público de escapar dos padrões burocráticos¹.

Muito importa, de outro lado, a noção que se der ao ato constitutivo da sociedade comercial privada, pois de cada teoria defluem soluções diferentes, como, por exemplo, nos casos de dissolução da sociedade. Se considerarmos a sociedade como decorrente de *contrato bilateral*, a morte, a renúncia, a exclusão de um sócio, dissolve todo o vínculo contratual e a sociedade perece, o que não ocorrerá se a conceituação for desvinculada desse conceito.

Passe-se sucintamente uma vista d'olhos sobre as várias teorias que se controvertem.

211. TEORIAS ANTICONTRATUALISTAS.

Os juristas alemães, como Oertmann, Kuntze e Lehmann, e os italianos, como Rocco e Messineo, sustentam que a sociedade não é formada por *contrato*. Mesmo nesse grupo anticontratalista, os autores não se harmonizam. Uns acham que a sociedade se forma por *ato coletivo*, e, outros, que ela se origina de *ato complexo*.

Ato coletivo. Para os autores que sustentam essa tese, a sociedade resultaria de um ato coletivo no qual as várias vontades dos declarantes se unem, mas ficam distintas e visíveis no âmago interno do ato. Os atos individuais se uniriam formando uma só unidade, mas os elementos componentes seriam perfeitamente visíveis internamente, na unidade composta.

Ato complexo. No ato complexo todas as vontades individuais dos declarantes *se fundem* em uma só, perdendo sua individualidade, formando única *vontade unitária*.

Constituída a sociedade como ato complexo ou como ato coletivo, as manifestações dos sócios se fundiriam, aparecendo em face de terceiros como uma só vontade, resultando na sociedade comercial. Afastado estaria o conceito de contrato, pois no ato complexo, como no ato coletivo, as vontades que se enfeixam são paralelas, destinadas a um fim comum, não se *cruzam* como nos contratos. Como diz o Prof. Ferrer Correia, da Universidade de Coimbra, “no ato constitutivo da sociedade as declarações de vontade têm conteúdo homogêneo, não se dirigem umas às outras, visam ao mesmo efeito

1. Embora a Lei nº 12.441/2011 tenha introduzido a figura da empresa individual de responsabilidade limitada na relação do art. 44 do Código Civil, que descreve as pessoas jurídicas admitidas no País, não a equiparou à sociedade empresária, na forma de sociedade unipessoal.

jurídico (a formação do ente coletivo) e satisfazem o interesse que todos têm na formação e posterior fundamento da sociedade”.

Essas duas teorias, em nosso entender, não se prestam para explicar o fenômeno da sociedade. Todos percebem que na formação da sociedade nem sempre as vontades dos fundadores se harmonizam, de forma a se representarem em linhas harmônicas e paralelas. Elas se entrecruzam, conflitam-se. Os sócios discutem sua participação, o valor dos bens quando integralizam em espécie sua cota-capital, a distribuição dos lucros que pode ser díspar, o rateio dos prejuízos, a responsabilidade de cada um, os deveres e extensão de poderes nos cargos administrativos. O antagonismo de interesses é flagrante.

Em segundo lugar, durante toda a vida da sociedade esses antagonismos estão latentes, aflorando muitas vezes, a ponto de pôr em risco a vida social, quando não levam a sociedade efetivamente à dissolução, que é a morte do ser coletivo.

Por outro lado, a teoria do ato complexo não explica a circunstância de, na constituição da sociedade, originarem-se relações jurídicas entre os sócios. Razão nesse sentido coroa a lição do Prof. Ferrer Correia de que “cada sócio tem na sua frente a coletividade formada por todos os demais, e adquire direitos e assume deveres para com ela. Não pode explicar-se isto sem admitir que as várias declarações de vontade singulares se dirigem umas às outras, se entrecruzam tal qual como nos contratos”.

Em nosso país, Trajano de Miranda Valverde parece inclinar-se para a teoria do *ato complexo*, pelo menos para conceituar a natureza jurídica da constituição das sociedades anônimas. Escreve ele: “Entre promotores, fundadores ou incorporadores e subscritores não se forma, na verdade, nenhum contrato, porque não ficam eles ligados por obrigações a cumprir, uns para com os outros, porém todos eles estão, quanto ao fim, em idêntica posição jurídica, visam à criação de uma corporação. Concurso de vontades se não opostas, mas paralelas, pluralidade de atos unilaterais, *ato complexo*, tal é o que dá nascimento às companhias ou sociedades anônimas”.

Mesmo assim, parece-nos que esse jurista não é defensor da teoria do ato complexo, visto que anteriormente, na mesma obra, assim se expressou: “Considerada a constituição de uma sociedade anônima como um *ato complexo*, este seria havido como um ato único, formado por uma só vontade, ato de um só sujeito, pelo que qualquer vício que o contaminasse, de qualquer parte que proviesse, afetaria o ato todo. Isso nos conduziria a formidáveis absurdos, à negação de princípios firmes, porque, e veremos, nem sempre o defeito na declaração de vontade de um dos subscritores torna nula ou mesmo anulável a sociedade”.

212. TEORIA DO ATO CORPORATIVO, DO ATO DE FUNDAÇÃO OU DO ATO DE UNIÃO.

Para os autores que adotam essa teoria, sobretudo von Gierke, as diferentes declarações dos sócios não têm existência e valor jurídico autônomos, antes se unificam em uma única declaração de vontade — o ato corporativo — de que são elementos. “Não são olhadas como procedentes da esfera individual onde realmente foram concebidas, mas como uma espécie de manifestação antecipada da autonomia e personalidade do novo ente: a vontade da nascente corporação, afirmando-se pela primeira vez no ato de se dar vida” (Ferrer Correia).

Pensam os autores que defendem essas teorias que do contrato somente nascem direitos e obrigações para as partes, não tendo a força de engendrar um novo ser. Deve-se observar que a personalidade jurídica, quando é ela reconhecida pelo direito, decorre não do contrato, mas da lei. É a lei que dá vida à pessoa jurídica, tanto que existem legislações, como a da Itália e a da Alemanha, que consideram as sociedades de pessoas destituídas de personalidade jurídica, que é concedida apenas às sociedades de capital. Em nosso país, as sociedades *irregulares* não desfrutam de personalidade jurídica, embora surjam de contrato não formalizado, porque o direito não lhes outorga essa característica.

Além disso, como diz o Prof. Ferrer Correia, “como conceber uma vontade corporativa, de que o ato constitutivo seria produto, quando o objeto deste ato é precisamente criar a corporação? Como admitir que a vontade da corporação já se manifesta precisamente no ato de se dar vida a si mesma?”

Não podemos, portanto, adotar essa teoria.

213. TEORIA DA INSTITUIÇÃO.

O Prof. Jean Escarra esclarece que, desde o fim do último século, publicistas ou comercialistas alemães foram os primeiros a descartar a noção do contrato, tendo essas tentativas sido repetidas na França por Saleilles e Hauriou, e por muitos outros comercialistas contemporâneos. Deve-se a Hauriou a elaboração da *teoria institucionalista*, que teve como ponto de partida as instituições de direito público, projetando-se no direito comercial para explicar a constituição das sociedades anônimas, por excelência. Os autores franceses ainda hoje se deixam fascinar por essa teoria, à qual adere o Prof. Escarra.

Não é fácil compreender o que seja a *instituição*. O mais conceituado divulgador da teoria de Hauriou, Georges Renard, confessava que via esse conceito entre as brumas e que, em certos momentos, lhe dava vertigens...

Hauriou definiu a instituição como “uma organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um

equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes, e que constitui, por si mesma, um estado de direito”.

Uma característica fundamental distingue, na exposição de Hauriou, a instituição do contrato. Na primeira, o consentimento dos membros se restringe à aceitação da disciplina, sem preocupação imediata dos resultados de sua atividade; no segundo, o consentimento tem por objeto os atos dos contratantes e implica os resultados. “Não é bastante dizer que a conservação de situação contratual está subordinada à execução dos atos que cada um dos contratantes prometeu e uma condição resolutiva é para esse fim subentendida nos contratos sinalagmáticos. Ao contrário, na instituição a existência da organização criada não está subordinada à execução de tais ou tais atos que um dos membros poderia ter prometido.” Desta forma, nos contratos admite-se a resolução pela inexecução das obrigações, o que não ocorre na instituição; sendo, além disso, mais estáveis as situações institucionais, que não podem ser bruscamente resolvidas ou dissolvidas, porque aliam ao seu poder de duração um poder de evolução e adaptação às condições novas da vida que as situações contratuais não possuem. Hauriou considera a sociedade por ações como instituição, pois tem essa adaptabilidade às condições novas e poder de evolução, mas não aplica a teoria às demais sociedades.

A teoria institucionalista é, portanto, a nosso ver, inapta para explicar a natureza jurídica das sociedades comerciais.

Muito embora seja essa a nossa posição doutrinária, não podemos deixar de registrar, desde já, que foi a filosofia institucionalista que inspirou confesadamente o governo brasileiro quando da elaboração da nova Lei das Sociedades Anônimas.

214. TEORIAS CONTRATUALISTAS.

Não se pode abrir mão, na verdade, pelo menos no que diz respeito ao direito brasileiro, da noção do contrato para explicar as sociedades comerciais. Entre os contratos temos que distinguir, pois evidentemente o conceito de *contrato bilateral* não se presta para tal explicação.

Contrato bilateral. Tem-se a impressão de que a controvérsia e a reação dos autores em qualificar a sociedade comercial como contrato decorrem da estreiteza da noção do contrato bilateral. Como explica Ascarelli, o contrato bilateral é tipicamente um *contrato de troca*: os direitos e as obrigações entre os contratantes se cruzam, se trocam. Na compra e venda, que é contrato bilateral típico, um dos contratantes entrega a coisa e o outro paga o preço. Se houver qualquer defeito na manifestação da vontade e erro ou vício em relação à coisa, o contrato se desfaz por inteiro, não produzindo efeitos jurídicos.

Dáí facilmente se excluir a sociedade comercial de tal noção, pois em muitos casos a sociedade não se desfaz, podendo prosseguir entre os demais sócios.

Em nosso país, todavia, J. X. Carvalho de Mendonça e Afonso Dionísio da Gama classificam as sociedades mercantis como provenientes de contratos bilaterais. A verdade, porém, é que no atual estágio de aperfeiçoamento do direito comercial ninguém mais se abalança a assim classificar o contrato de sociedade. A teoria e a doutrina possuem hoje conceitos mais exatos para elucidar juridicamente o mistério da formação das sociedades mercantis.

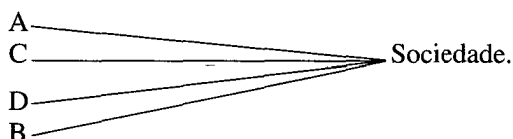
Contrato plurilateral. O Prof. Tullio Ascarelli, na Itália, foi o principal divulgador da teoria moderna do contrato plurilateral. O Código italiano de 1942 o definiu como *o contrato com mais de duas partes, cuja prestação de cada uma é dirigida à consecução de um fim comum*. Quando se fala em plurilateralidade, em relação aos que participam do contrato, é bom explicar, não se tem em consideração o número de partes, mas a indeterminação do número, ou melhor, a possibilidade de participação de um número variável de partes. É ele *aberto* à adesão de novas partes. A circunstância de ser reduzido a dois o número de membros não tira ao contrato de sociedade o traço típico de plurilateralidade.

E Ascarelli prossegue, dando a noção exata da sociedade comercial como contrato plurilateral: explica que a doutrina dos contratos tem em vista geralmente *duas partes*, embora cada parte possa constituir-se de vários interessados. Assim, de fato, ocorre nos contratos de venda, de locação, de mandato etc. Na sociedade é possível a participação de mais de *duas partes*, uma verdadeira plurilateralidade, não sendo viável agrupá-las em apenas duas posições. Todas as partes são titulares de direitos e obrigações, não para com a *outra*, mas para com todas, e da mesma forma são titulares dos direitos.

Assim, ao contrário dos contratos bilaterais, nos quais as partes estão uma em frente à outra, por exemplo:

A ————— B

em que A constitui *uma parte* que troca com a *outra parte*, B, direitos e obrigações; no contrato plurilateral uma está ao lado da outra, contratando para a realização do fim comum, que é a obtenção do lucro. Assim seria representada a posição das partes no contrato plurilateral:



A consequência mais notável que resulta do contrato bilateral é que a impossibilidade da execução da obrigação de uma das partes importa a nulidade ou resolução do contrato; no contrato plurilateral atinge só e unicamente a adesão da parte, permanecendo o contrato em relação às outras, se seu objetivo continuar a ser viável.

Aderimos a essa teoria. Já tivemos oportunidade de afirmar, e reafirmamos agora, a nossa crença em que a sociedade comercial resulta de contrato plurilateral, considerando essa teoria compatível com o direito positivo brasileiro. Por isso concluímos, em tese de concurso, que, no sistema de 1850, a sociedade comercial foi estruturada sobre o *contrato*. Essa é a incontestável concepção de todo o nosso direito. Não disse o legislador brasileiro, e não lhe cabia, é verdade, descer a tal casuísmo, a que tipo de contrato ela se filia. Por outro lado, sob certos aspectos encontramos no direito positivo solução da inadimplência de determinadas obrigações de forma típica indicada por Ascarelli, para os contratos plurilaterais. Assim, por exemplo, quando o sócio não ingressa com sua cota, ou quando é declarado falido (em relação à cota que possuía em outra sociedade), ou quando nas sociedades de capital e indústria empregar-se em operação estranha à sociedade, nessas hipóteses legais o contrato não se resolve, rompendo-se o vínculo apenas em relação ao inadimplente ou ao falido, se assim desejarem os demais contratantes. Além disso, o art. 153 do Código Civil brasileiro de 1916, como lembrou o próprio Prof. Ascarelli, estatuiu que “a nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável”, adotou regra tipicamente de contrato plurilateral. O novo Código Civil, no art. 184, manteve o mesmo princípio².

Através do contrato plurilateral podemos recondicionar, modernizando, todo o capítulo da dissolução das sociedades comerciais, para preservá-la em caso de morte de sócio, incapacidade, retirada ou exclusão, no caso de pedido unilateral de dissolução, desfazendo o vínculo contratual do sócio que se afasta, sem prejuízo da continuação da sociedade, desde que remanesçam mais de dois elementos.

Assim, apresenta-se a teoria do contrato plurilateral como capaz de explicar e resolver, com mais exatidão, intrincados problemas da sociedade comercial, superando as demais teorias estudadas.

2. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, pretende regular os atos societários nos arts. 138 e segs., admitindo expressamente a validade deles se lançados em suporte eletrônico, autenticados no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP Brasil). Poderão ser lançados também em suporte papel, via instrumento público ou privado, e suas alterações admitirão o uso indistinto do instrumento público ou particular. A certidão, expedida pelo Registro Público de Empresas, do ato constitutivo que incorpore bem cuja propriedade seja certificada em registro específico será hábil para transferência da propriedade.

215. CONCEITO.

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.

O problema da personalidade jurídica das sociedades comerciais comporta um tratamento prático. Daí por que nos afastamos das abstratas preocupações científicas e doutrinárias, a respeito das teorias, dissertação imprópria em um compêndio de direito comercial. Valemo-nos, por isso, da destemida afirmativa de Messineo, que, alheando-se das querelas que tanto afadigaram os juristas, considerou de somenos importância o problema sobre a *realidade* ou *ficção* das pessoas jurídicas, satisfazendo-se com a circunstância de posuírem elas uma realidade *no e para* o mundo jurídico.

Não existe um pensamento unitário entre os legisladores dos diversos países a respeito do reconhecimento de personalidade às sociedades comerciais. Na Alemanha, de há muito, na Itália, mais recentemente, a partir do Código de 1942, não se reconhece personalidade às sociedades civis, e, no direito comercial, assim se faz somente em relação às sociedades de capitais. É a conhecida teoria *dualista* alemã, que trata diferentemente os vários tipos de sociedades.

Não reconhecendo personalidade senão às sociedades comerciais de capital, a teoria dualista vê, apenas, nas demais, uma *comunhão*, representando, como observa De Gregorio, nada mais que “embrionária unificação subjetiva” em relação a terceiros.

Na Itália, antes do Código de 1942, muito se discutia sobre a extensão da personalidade jurídica às sociedades, sendo Manara um dos que mais lhe negaram essa qualidade. Este ponto de vista veio, como se disse, a prevalecer em 1942, em decorrência da forte influência da doutrina alemã.

Essa influência, aliás, não é disfarçada pelos comentadores do diploma, que a confessam francamente. Salandra reconhece a filiação ao sistema germânico, análogo à propriedade de mão comum, que nenhuma similaridade apresenta com a tradição romana. Brunetti sintetiza, por outro lado, o sistema

atualmente vigente em seu país: “O âmago da reforma está então na abolição do sistema unitário e na adoção do binário, que dá origem, de um lado, à autonomia e, de outro, à personalidade. Dois sistemas que se contrapõem nitidamente como objeto e como sujeito. Os bens que compõem o patrimônio da sociedade de pessoas pertencem ao grupo dos sócios em regime de mão comum, o que implica uma separação da cota conferida ao patrimônio geral dos participantes e a formação de um núcleo patrimonial de que aqueles são titulares, mas como grupo, não como indivíduo. Nas sociedades (pessoas jurídicas), ao revés, nenhuma separação se opera porque os bens conferidos afluem ao patrimônio da sociedade que deles se torna a única titular”.

É interessante conhecer a velha instituição do primitivo direito germânico, denominada *mão comum* (*gesammte Hand*). “A comunhão”, ensina Ferrara, “apresenta duas formas: a de tipo individualista, que procede do direito romano, e está prevista em nosso Código [referia-se ao antigo Código Comercial italiano], e a de tipo coletivista [a comunhão *zur gesammte Hand*], que é de origem alemã e não encontrou acolhida em nosso direito”. Essa expressão, *mão unida*, define plasticamente — explica Ferrara — a solenidade primitiva, em que os comunheiros apareciam como um todo, e na disposição do patrimônio, agiam conjuntamente, entrelaçando simbolicamente as mãos, apresentando-se diante de terceiros formando um grupo de mãos unidas. Nesse tipo de comunhão não se processa nenhuma divisão de partes, os associados não gozam individualmente de qualquer autonomia, porque somente a coletividade é que possui a comunidade dos bens, e pode desfrutar e dispor deles; o indivíduo nada pode pretender por si, como direito seu particular, nem, conseqüentemente, ceder uma cota que não tem, e, muito menos, pedir a divisão.

Vemos como se presta, de fato, a instituição da comunhão de *mão unida* para explicar o substrato da sociedade.

Em nosso país, quando se discutia sobre a personificação das sociedades comerciais, antes do advento do Código Civil de 1916, que a deferiu no art. 16, II, alguns autores pretendiam nelas vislumbrar a *comunhão*. J. X. Carvalho de Mendonça, que acirradamente defendia a personalidade jurídica das sociedades comerciais, teve ocasião de esclarecer, conforme escrevia, que para nós a *comunhão* não é ideia incompatível com a *sociedade*, e em nada ofende a sua personalidade jurídica. A comunhão é o *subtractum* das sociedades; estas nascem sob a forma de comunhão e terminam do mesmo modo. Quando a comunhão não se limita às simples relações jurídicas, entre as pessoas e a coisa (*condomínio*), mas assume uma figura especial em virtude da intenção manifestada pelos sócios de obter lucro das coisas ou prestações postas em comum (*affectio societatis*, na expressão de Ulpiano), quando não mais existe um estado meramente passivo, quando a comunhão é dotada de

movimento próprio, de atividade sua, de *vontade real*, quando, em suma, é animada do desígnio de obter um lucro ou vantagem econômica, eis que surge a personalidade, por isso que ela se vai tornar sujeito ativo e passivo de relações de direito. Manifesta-se, então, sensivelmente, a diferença entre a *comunhão* e a *sociedade*.

216. A PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO.

O direito brasileiro reconheceu ampla personalidade às sociedades, quer civis, quer comerciais³. A teoria se integrou na tradição brasileira, tendo em Teixeira de Freitas seu maior corifeu.

No famoso Esboço de Código Civil, Teixeira de Freitas, malgrado a imaturidade da doutrina, sobretudo em nosso meio, apresentou a regulamentação das pessoas jurídicas, incluindo as sociedades na categoria de pessoas, mas não sem antes advertir: “Pela primeira vez tenta-se, e, o que é mais, em um Código, a temerária empresa de reunir em um todo o que há de mais metafísico na jurisprudência”.

“As pessoas”, previa o art. 17 do Esboço, “ou são de existência visível, ou de existência tão somente ideal. Elas podem adquirir os direitos, que o presente Código regula, nos casos e pelo *modo e forma*, que no mesmo se determinar. Daí dimana sua *capacidade*, e incapacidade civil”. No art. 272, o grande civilista oferecia, por exclusão, o conceito de pessoa jurídica: “Todos os entes suscetíveis de aquisição de direito, que não são pessoas de existência visível, são pessoas de existência ideal”. Apresentou o genial brasileiro, no art. 278, a classificação das pessoas privadas de existência ideal, indicando na alínea 1 as sociedades civis ou comerciais, nacionais e estrangeiras, “existindo simplesmente em virtude de seus contratos, as quais se regerão pelas disposições da Parte Especial deste Código, e pelas do Código de Comércio, sobre o contrato de sociedade”, considerando que, em relação às sociedades civis, havia divergências entre os autores, mas em relação às comerciais sua personificação “é o que reconhecem todos os escritores de direito comercial, começando por chamá-las de *corpus mysticum*”.

A separação do patrimônio ou autonomia patrimonial (art. 296), a distinção entre a *pessoa ideal* e as pessoas que a constituem, sua representação, são conceitos lucidamente expostos pela teoria formulada no Esboço.

3. O Decreto nº 2.427, de 17-12-1997, promulgou a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, estabelecendo que elas são toda entidade que tenha existência e responsabilidades próprias, distinta da de seus membros, e que seja qualificada como pessoa jurídica segundo a lei do lugar de sua constituição.

Depois de Teixeira de Freitas a matéria não se tranquilizou. O Prof. Porchat defendia em artigos doutrinários a tese da negativa de personificação das sociedades comerciais, enfrentando a oposição de J. X. Carvalho de Mendonça. Outros juristas se digladiaram na controvérsia, reacendendo-se a polêmica no ensejo da discussão do Projeto Clóvis Beviláqua, que reconhecia às sociedades a personalidade jurídica.

Hoje, entre nós, não mais se discute o tema. O Prof. Waldemar Ferreira, analisando o novo sistema do Código italiano, apreciou-o depreciativamente, na parte em que exclui a personalidade jurídica das chamadas sociedades de pessoas, escrevendo em seu *Tratado*, que “pode-se, de certo modo, dizer que o Código Civil italiano, neste ponto, regrediu”⁴.

217. PROBLEMAS DECORRENTES DA PERSONIFICAÇÃO.

A teoria da personalidade jurídica, aplicada às sociedades comerciais, não deixa de criar sérios problemas, a ponto de pressentirmos a sua decadência. É o que nos propomos, agora, examinar.

Partindo das premissas rigidamente estabelecidas pela teoria da personalidade, de que a pessoa dos sócios é distinta da pessoa da sociedade, e de que os patrimônios são inconfundíveis — pois apenas ocorre a responsabilidade subsidiária, pessoal, do sócio solidário — não se poderia compreender, dentro dos ditames da lógica, pudessem fatos da sociedade envolver a pessoa física do sócio, ou, ao revés, vicissitudes dos sócios comprometer a vida social. Embora a teoria afirme a distinção das personalidades — do sócio e da sociedade — até há bem pouco, tomando-se o exemplo do direito brasileiro, a falência da sociedade acarretava a do sócio... O Prof. Waldemar Ferreira tachou de absurda a solução dada pela antiga Lei de Falências, que declarava que os sócios, solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais, não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida...⁵.

4. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, pretende regular a personalidade jurídica no Capítulo II do Título I do Livro II, arts. 125 e segs., determinando que a sociedade empresária adquira personalidade jurídica com o arquivamento de seu ato constitutivo no registro público de empresas, perdendo-a com a partilha de bens remanescentes, após dissolvida e liquidada. O mesmo ocorrerá quando houver sua incorporação, fusão ou cisão total.

5. A crítica de Waldemar Ferreira foi atendida pela Lei nº 11.101/2005, a nova Lei de Falências, que no art. 81 determina a falência do sócio de responsabilidade ilimitada no caso da declaração da falência da sociedade. O mesmo artigo impõe a citação dos sócios daquela qualidade, para contestar o pedido de falência. Decretada a falência, em fim, o sócio de responsabilidade ilimitada estará sujeito aos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida. Note-se que aqui a lei

Não menos sério é o confronto da teoria em relação à morte e à interdição do sócio. Manara, na sua grande autoridade, reagia contra a personificação, argumentando que “fazer depender a existência da pessoa jurídica da existência, da capacidade e do estado de certas pessoas físicas seria certamente coisa anormal, porque, se de pessoa jurídica se trata, vale dizer de um sujeito de direito diverso da pessoa física, criada e reconhecida pela lei, fatos concernentes exclusivamente à existência, à capacidade ou ao estado das pessoas físicas não deveriam repercutir sobre o sujeito de direito diverso deles; caso contrário, sob esse ponto de vista, pelo menos, seria inútil a criação ou o reconhecimento por parte do legislador de uma pessoa jurídica”.

Embora defensor da personificação das sociedades mercantis, Vivante não ficou insensível às críticas ao sistema, e, no caso específico do direito italiano antigo, admitia que em uma reforma legislativa uma lei solícita deveria dar estabilidade às empresas sociais, determinando que a morte do sócio não dissolveria a sociedade, e esta, reembolsando os herdeiros do defunto, poderia continuar entre os sócios *superstites*.

Mais recentemente, o Prof. De Benito resolveu o tema, tendo em vista o Código espanhol (art. 22), que, como o nosso, apresenta como motivos determinantes da dissolução os mesmos fatos personalíssimos já indicados, comentando que “a doutrina que fundamenta esse artigo deita por terra todas as consequências que decorrem da existência de personalidade nestas sociedades”, para, em seguida, insistir a fundo: “Vemos, pois, neste caso, que a declaração da personalidade jurídica destas sociedades nelas não teve nenhuma repercussão, isto é, não existe essa personalidade, pois está condicionada à existência de *todos* os seus progenitores”.

Nas sociedades de pessoas, em que o conjunto dos sócios é titular dos direitos e ações que correspondem à sociedade, sustenta o professor madrileno: “... o patrimônio a todos pertence e as obrigações gravitam em torno dos sócios. Não necessitam de personalidade distinta dos sócios, pois a razão social, sob a qual se apresentam, é suficiente para que se lhes reconheça a personalidade de adquirir direitos e contrair obrigações, podendo, inclusive, comparecer em juízo. As sociedades de capitais, entretanto, por estarem desvinculadas dos indivíduos que as compõem, e por causa da instabilidade e

estabelece a hipótese de falência de quem pode não ser empresário, como exceção ao princípio de que o instituto está reservado ao empresário e à sociedade empresária (art. 1º). Os bens particulares do sócio de responsabilidade ilimitada falido serão arrecadados (art. 108), ressalvados aqueles que, nos termos da lei processual civil, forem impenhoráveis (art. 108, § 4º). O art. 160 autoriza ao sócio de responsabilidade ilimitada pedir a extinção de suas obrigações na falência no caso de prescrição ou extinção das obrigações da sociedade falida.

mutabilidade de seus sócios, dos órgãos de administração, de base impessoal e capitalista, e da sua fisionomia jurídica especial, levam a atribuição da personalidade a esse tipo de sociedade”.

Recentemente, porém, tendo em vista fraudes promovidas através da personalização de sociedades anônimas, seja em problemas de âmbito privado, seja em relações de direito público, se foi elaborando por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados. Surgiu, assim, a doutrina do *Disregard of Legal Entity* no direito anglo-saxão, espalhando-se para o direito germânico e mais recentemente repercutindo na literatura jurídica da Itália. Esse palpitante assunto merece uma análise especial, pois será inevitável sua influência em nosso moderno direito societário.

218. A DOCTRINA DA SUPERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (“*Disregard of Legal Entity*”).

Mesmo nos países em que se reconhece a personalidade jurídica apenas às sociedades de capitais surgiu, não há muito, uma doutrina que visa, em certos casos, a desconsiderar a personalidade jurídica, isto é, não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios. Por isso também é conhecida por *doutrina da penetração*. Esboçada nas jurisprudências inglesa e norte-americana, é conhecida no direito comercial como a doutrina do *Disregard of Legal Entity*. Na Alemanha surgiu uma tese apresentada pelo Prof. Rolf Serick, da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, que estuda profundamente a doutrina, tese essa que adquiriu notoriedade causando forte influência na Itália e na Espanha. Seu título, traduzido pelo Prof. Antonio Polo, de Barcelona, é bem significativo: “*Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles — El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*”. Pretende a doutrina penetrar no âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio.

Não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar *nula* a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos.

Em sua monografia *Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali*, o Prof. Piero Verrucoli, da Universidade de Pisa, oferece-nos a origem dessa doutrina, que teria surgido na jurisprudência inglesa, nos fins do século XIX. Em 1897, a justiça inglesa ocupou-se com um famoso caso — *Salomon vs. Salomon & Co.* — que envolvia o comerciante Aaron Salomon. Este empresário havia constituído uma *company*, em conjunto com outros seis componentes da sua família, e cedido seu fundo de comércio à sociedade que fundara, recebendo em consequência vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros membros coube

apenas uma ação para a integração do valor da incorporação do fundo de comércio na nova sociedade. Salomon recebeu obrigações garantidas no valor de dez mil libras esterlinas. A sociedade logo em seguida se revelou insolvente, sendo o seu ativo insuficiente para satisfazer as obrigações garantidas, nada sobrando para os credores quirografários.

O liquidante, no interesse dos credores quirografários, sustentou que a atividade da *company* era atividade de Salomon, que usou de artifício para limitar a sua responsabilidade e, em consequência, Salomon deveria ser condenado ao pagamento dos débitos da *company*, devendo a soma investida na liquidação de seu crédito privilegiado ser destinada à satisfação dos credores da sociedade. O Juízo de primeira instância e depois a Corte acolheram essa pretensão, julgando que a *company* era exatamente uma entidade fiduciária de Salomon, ou melhor, um seu *agent* ou *trustee*, e que ele, na verdade, permanecera como o efetivo proprietário do fundo de comércio. Era a aplicação de um novo entendimento, *desconsiderando* a personalidade jurídica de que se revestia Salomon & Co.

A Casa dos Lordes reformou, unanimemente, esse entendimento, julgando que a *company* havia sido validamente constituída, no momento em que a lei simplesmente requeria a participação de sete pessoas, que haviam criado uma pessoa diversa de si mesmas. Não existia, enfim, responsabilidade pessoal de Aaron Salomon para com os credores de Salomon & Co., e era válido o seu crédito privilegiado. Mas a tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do *disregard of legal entity*, sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus.

Como acentua Rolf Serick na sua excelente monografia, a doutrina tem acentuada aplicação no terreno do direito tributário, para coartar a sonegação e evasão de impostos, quando se usa a personalidade da sociedade comercial como anteparo.

O ponto mais curioso da doutrina é que sempre os Tribunais que lhe dão aplicação declaram que não põem dúvida na diferença de personalidade entre a sociedade e os seus sócios, mas no caso específico de que tratam visam a impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da personalidade jurídica, como, por exemplo, a transmissão fraudulenta do patrimônio do devedor para o capital de uma pessoa jurídica, para ocasionar prejuízo a terceiros.

Não temos dúvida de que a doutrina, pouco divulgada em nosso país, levada à consideração de nossos Tribunais, poderia ser perfeitamente adotada, para impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o Fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade.

Em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela *teoria da fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*.

Esse fascinante tema foi objeto de nosso estudo em “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” (*Rev. dos Tribs.*, 410/12), que mereceu a atenção da Comissão Revisora do Código Civil, presidida pelo Prof. Miguel Reale, inspirando o art. 49 do Anteprojeto. Apenas o dispositivo aludido pretendia a radical medida de dissolução da pessoa jurídica, quando for ela desviada dos fins que determinaram a sua constituição, enquanto a doutrina exposta objetiva somente que o juiz desconsidere episodicamente a personalidade jurídica, para coartar a fraude ou abuso do sócio que dela se valeu como escudo, sem importar essa medida dissolução da entidade. Em face da sugestão nossa, o art. 49 foi modificado, não ainda de modo satisfatório. Na esteira dos estudos procedidos desde então, várias leis adotaram a Teoria da Superação da Personalidade Jurídica. O Código do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, no art. 28, expressamente expõe a teoria dispondo: “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”. A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica, no art. 18, dispõe: “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração”⁶. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, que dispõe sobre a tutela do meio ambiente, estabelece no art. 4º que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Finalmente, o princípio foi adotado pelo novo Código Civil, que, no art. 50, dispõe: “Em caso de abu-

6. A Medida Provisória nº 1.761, várias vezes reeditada e substituída pela Medida Provisória nº 1.883/16, de 27 de agosto de 1999, foi convertida na Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, que trata da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis. No art. 18, o § 3º estabelece mais uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, no caso das empresas fornecedoras ou transportadoras de petróleo, seus derivados, gás natural e álcool combustível, diante da responsabilidade pelos prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis.

so 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”^{7 e 8}.

7. Parte da doutrina atribui ao Prof. Fabio Konder Comparato (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Revista dos Tribunais, 1977, pág. 271) a contribuição traduzida no art. 50 do Código Civil. O autor citado desenvolve a tese no sentido de que, de “tudo o que se vem de expor, decorre esse efeito jurídico fundamental da personalização — separação de patrimônio — ... deve ser normalmente afastado, quando falte um dos pressupostos formais estabelecidos pela lei; e, também, quando desapareça a especificidade do objeto social de exploração de uma empresa determinada, ou do objetivo social de produção e distribuição de lucro — ou ainda quando ambos se confundem com a atividade ou o interesse individual de determinado sócio”. Acrescenta o autor, ainda, que “a sanção jurídica, em tais casos, não deve ser, indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio ou da relação, mas a ineficácia. Não deve ser a destruição da ‘entidade’ pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in casu*”, para concluir que “um dado, porém, é certo. Essa desconconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É esse o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes” (pág. 273). O autor citado supõe, então, que “por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento da personalidade com as noções de abuso de direito e de fraude à lei”, elementos que considera insuficientes. Considerações como estas resultam, para alguns estudiosos em companhia de Fabio Konder Comparato, na análise da teoria conforme negócios *interna corporis* (em que ocorrerão os fenômenos de desvio de poder e fraude à lei) ou de negócios *externa corporis* (havendo a confusão patrimonial entre o controlador e a sociedade controlada). Alexandre do Couto e Silva (*RT*, 780/47) descreve o estágio dos estudos sobre a desconconsideração da personalidade jurídica no Brasil, desenvolvidos pelos objetivistas e subjetivistas. O Superior Tribunal de Justiça tem-se valido da teoria da desconconsideração para manter às demais sociedades integrantes de um grupo de sociedades a extensão dos efeitos jurídicos da falência de um de seus membros. Tal entendimento tem sido objeto de consideráveis críticas (p. ex., Jorge Lobo, em artigo publicado em 13-4-2009, “Grupo de Sociedades e a Extensão da Falência”) em razão das repercussões econômicas, jurídicas e sociais que promove e por desvirtuar o conceito de grupo de sociedades, no qual ele mantém autonomia jurídica, embora unidade de direção econômica. O entendimento do Tribunal também implica, segundo tal análise crítica, o desvirtuamento da teoria da desconconsideração da personalidade, pois o seu escopo é envolver os bens do sócio ou acionista na satisfação do credor prejudicado e não promover a liquidação ou mesmo a falência da sociedade supostamente utilizada como instrumento de fraude e, pior, de outros membros do grupo econômico que poderão ser perfeitamente solventes. Sobre a repercussão judicial da aplicação da teoria da desconconsideração, ver nota de rodapé 9, do Capítulo XIV.

8. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, sugere um regime específico para o reconhecimento e a decretação da superação da personalidade jurídica, determinando, por exemplo, que a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam em presunção relativa de fraude; que a simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade não autoriza a desconconsideração; impõe-se assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório ao sócio ou administrador a quem se pretende imputar responsabilidade pelas obrigações sociais. Tais ideias decorrem dos efeitos de certa ligeireza e sofreguidão de decisões judiciais que manejam a desconconsideração da personalidade jurídica sem qualquer fundamento doutrinário e legal.

219. AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*Sociedades irregulares*).

A sociedade adquire personalidade jurídica por concessão da lei. O art. 44 do Código Civil declara que são *peessoas jurídicas de direito privado*, entre outras entidades, *as sociedades*. No art. 45, dispõe que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”, regra reiterada no art. 985. O antigo Código Civil tinha norma equivalente no art. 18.

Está perfeitamente claro, no próprio texto legal, que a existência das pessoas jurídicas, e entre elas a das sociedades, começa com a inscrição de seus atos constitutivos no registro que lhes é peculiar. A sociedade empresária tem um registro peculiar, que é o Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

No regime do antigo Código Civil se justificava a regra do § 2º do art. 16, pela qual as sociedades mercantis continuavam a reger-se pelo estatuído pelas leis comerciais. Não tinha qualquer efeito na aquisição da personalidade das sociedades mercantis, cujo reconhecimento, como se vê, lhes era concedido pelo Código Civil; deve-se entender, outrossim, que o parágrafo preservava os dispositivos do Código Comercial sobre a *estrutura e constituição* das sociedades comerciais. Com o novo Código Civil o esclarecimento contido no artigo citado do antigo Código se fez desnecessário, dada a unificação do sistema do direito privado.

As sociedades empresárias que arquivam seus contratos ou atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis adquirem, assim, personalidade jurídica. São chamadas, por isso, sociedades *regulares*. Ao revés, as que não o fazem, tenham ou não contrato escrito, eram chamadas sociedades *irregulares*, hoje sociedade em comum (art. 986 do novo Código)⁹.

J. X. Carvalho de Mendonça propôs uma distinção conceitual entre sociedades *irregulares* e as chamadas sociedades *de fato*: as primeiras seriam as que funcionam sem o cumprimento das solenidades legais da constituição, registro e publicidade; as segundas seriam as afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte, pois, apesar de degeneradas, vivem enquanto admitidas.

9. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, no art. 125, regula a aquisição da personalidade jurídica, estabelecendo que ela ocorre com o arquivamento do ato constitutivo no registro público de empresas.

Preferimos, todavia, a distinção defendida por Waldemar Ferreira, pela qual os sócios às vezes deixam de reduzir a escrito seu ajuste, e “a sociedade, assim constituída, vive, funciona e prospera. Mas vive de fato. Como sociedade de fato se considera”; e, “outras vezes, ela se organiza por escrito. Articulam-se os dispositivos da lei social. O contrato, porém, não se arquivava no Registro do Comércio. A sociedade é, por isso, irregular”.

A nosso ver, com efeito, são mais convincentes essas noções, pois a sociedade que não está documentada, que viceja no mundo fático, se pode chamar de sociedade *de fato*, provada sua existência por meio de presunções que eram catalogadas no art. 305 do Código Comercial; ao passo que a sociedade constituída por instrumento escrito, mas não o tenha legalizado com o arquivamento no registro competente, permanece *irregular* em face da lei.

Tanto as sociedades *de fato* como as *irregulares* não possuem personalidade jurídica, pois lhes falta a inscrição no “registro peculiar”, que é o Registro Público de Empresas Mercantis. Convém esclarecer que essas entidades não perdem a sua condição de *sociedades empresárias*, valendo a advertência de Pedro Lessa de que “a sociedade irregular é *menos* que a sociedade regular e *mais* que a *comunhão* de bens, tomada esta expressão em sentido restrito”. A responsabilidade dos *sócios* da sociedade irregular, hoje dita *em comum*, no regime do Código Comercial era ilimitada, porém, subsidiária. Os credores particulares dos sócios só podiam executar os fundos líquidos que o devedor possuísse na sociedade se não tivesse outros bens desembargados ou se, depois de executados, os que tivesse não fossem suficientes para o pagamento (Cód. Com., art. 292). O credor da sociedade devia primeiro, pelas dívidas sociais, executar a sociedade, para, na falta de bens, realizar a responsabilidade ilimitada do sócio, que por isso era subsidiária (art. 350 do Cód. Com.) O art. 990 do Código Civil alterou em parte o regime descrito, pois estabelece que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Concede-lhes, entretanto, o benefício de ordem. Ficou mantido o caráter subsidiário da responsabilidade do sócio da sociedade irregular ou em comum. Mas fica excluído deste benefício de ordem, previsto no art. 1.024, o *sócio que contratar pela sociedade*. Donde se conclui que os demais sócios responderão de modo subsidiário, pelo que se exigirá que o credor primeiro execute os bens da sociedade em comum para depois, se insuficientes, alcançar os bens dos sócios que não contrataram pela sociedade¹⁰.

10. O art. 1.134 do Código Civil dispõe: “A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressaltados os casos expressos em lei, ser acionista de

A sociedade anônima, sem atos constitutivos registrados, não passa a ser *irregular*, apenas não se constitui, e seus diretores são responsáveis pelos atos que praticarem¹¹.

220. EFEITOS DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Adquirindo personalidade jurídica, diversas consequências úteis ocorrem à sociedade comercial. Entre elas podemos catalogar as mais expressivas no seguinte elenco:

1ª) Considerar-se a sociedade uma pessoa, isto é, um *sujeito* “capaz de direito e obrigações”. Pode estar em juízo *por si*, contrata e se obriga. “A sociedade *adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente*, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”¹². É o dispositivo do art. 1.022 do Código Civil, estabelecendo a legitimidade contratual, a responsabilidade patrimonial e a legitimidade processual da sociedade personificada¹³.

sociedade anônima brasileira”. Era comum o estabelecimento de sociedades estrangeiras no Brasil por via da constituição, por estas e sócios nacionais, de sociedade de responsabilidade limitada, visto que não havia impedimento para tanto. Mas desde a sanção do Código Civil de 2002 tal solução tornou-se ilegal, ensejando a declaração de irregularidade da sociedade, o que tem sido adotado por decisões judiciais, que passam a responsabilizar os sócios de modo ilimitado e solidário ou então negando pedido de falência, por parte de credor estrangeiro, de empresa devedora brasileira. O tema tornou-se controvertido. Argumenta-se que a regra apenas impediria a abertura de filial da sociedade estrangeira no Brasil, não alcançando a hipótese de se tornar sócia de sociedade de responsabilidade limitada brasileira. Argumenta-se também que a aplicação do impedimento provocaria violação constitucional, visto que a Constituição proíbe a distinção entre sociedade brasileira e estrangeira, agravada ainda pelo fato de que o próprio Código Civil estabelece como requisito do contrato social a indicação da nacionalidade do sócio, admitindo por isso a presença de sócio estrangeiro, no caso sociedade estrangeira. Curioso é que o mesmo art. 1.134 permite expressamente a participação da sociedade estrangeira no capital de sociedade anônima brasileira.

11. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, nos arts. 132 e segs., define a sociedade irregular, estabelecendo que o será quando explorar atividade empresarial sem o prévio arquivamento do ato constitutivo no registro público de empresas; não adquire personalidade jurídica e seus sócios respondem pelas obrigações sociais direta, solidária e ilimitadamente. Entre os sócios a sociedade só se prova por escrito que retrate contrato social. E, por quaisquer meios, tais sociedades serão provadas pelo terceiro (art. 136). Ficarão impedidas de requerer falência de outro empresário; requerer recuperação judicial e homologação de recuperação extrajudicial; pedir registro de documentos no registro público de empresas. O seu estatuto será o das sociedades limitadas, no que não contrariar o Capítulo III do Título I do Livro II. No art. 227, o projeto propõe que seja considerada irregular a sociedade limitada que continuar explorando atividade econômica após vencido o seu prazo de duração.

12. Trecho citado no acórdão proferido no Recurso Especial nº 866.521-SC, Rel. Min. Sidney Beneti.

13. A Lei nº 12.402, de 2 de maio de 2011, em seu art. 1º, determina que as empresas que integrem um consórcio não personalizado respondem pelos tributos decorrentes das operações

2ª) Tendo a sociedade, como pessoa jurídica, individualidade própria, os sócios que a constituírem com ela não se confundem, não adquirindo por isso a qualidade de comerciantes. (Na reforma da lei das sociedades comerciais, verificada em 1966, na França, nas sociedades em nome coletivo, todos os sócios adquirem a qualidade de comerciantes).

3ª) A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse *patrimônio*, seja qual for o tipo da sociedade, responde ilimitadamente pelo seu passivo.

4ª) A sociedade tem a possibilidade de modificar a sua estrutura, quer jurídica, com a modificação do contrato adotando outro tipo de sociedade, quer econômica, com a retirada ou ingresso de novos sócios, ou simples substituição de pessoas, pela cessão ou transferência de parte do capital.

A doutrina sempre se comportou indecisamente sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de infração penal, sobretudo em delito de difamação, comum em crime de imprensa. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento proferido em Tribunal Pleno, na Ação Penal nº 223-RJ, no voto do relator Min. Cordeiro Guerra, acolheu queixa-crime em relação àquele delito, mas excluindo-a em relação ao crime de injúria. Foram vencidos, nesse particular, os Mins. Thompson Flores e Eloy Rocha, que a admitiram em toda a extensão. O primeiro sustentou em seu voto que “ninguém negará que uma sociedade goze de conceito e reputação, no sentido jurídico de tais expressões. Renome, crédito, boa fama dispõem as sociedades comerciais. Podem até sofrer abalo de crédito quando o perdem. A vigente lei de imprensa, Lei nº 5.250/67, arts. 21, § 1º, a, 23, III, 29 e 40, refere-se a órgão, autoridade e pessoa jurídica, como sujeitos passivos dos crimes nela contemplados, inclusive injúria. Disposição semelhante se encontra no Decreto-Lei nº 314/67. Assim, peço vênia para receber a queixa, inclusive quanto ao crime de injúria”. O voto do Ministro Relator Cordeiro Guerra é monográfico, analisando profundamente na doutrina, inclusive estrangeira, a tese de poderem ser as pessoas jurídicas sujeitos passivos de crime contra a honra. Esse acórdão inserido na *RTJ*, 76/18, merece, pela erudição que contém e pelo seu alto conteúdo doutrinário e atual, ser lido atentamente pelos interessados no tema da personalidade jurídica.

Numa evolução do conceito de personalidade jurídica, o legislador a reconhece como sujeito ativo de delito penal, como se vê na Lei nº 9.605, de

realizadas pelos mesmos, na proporção de sua participação no empreendimento. A lei, havida como inconstitucional por introduzir obrigação tributária, tema que é privativo da lei complementar e por isso afeta o Código Tributário Nacional, permite uma “personalização” de entidade definida como não personalizada. Ver a respeito nota lançada no *item 469*, do volume 2.

12 de fevereiro de 1998, que tutela o meio ambiente, art. 3º, ao estabelecer que “as pessoas jurídicas serão responsáveis administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade”. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não afasta a das pessoas físicas, autoras, coautoras e partícipes do mesmo fato. As penas a que estarão sujeitas as pessoas jurídicas são restritivas de direitos, como suspensão total ou parcial de atividade; interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, restrições que terão o limite de dez anos; prestação de serviços à comunidade, tais como: custeio de programas e projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos, contribuições a entidades ambientais e culturais públicas¹⁴.

14. O fundamento constitucional para o dispositivo da lei referida está contido nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição de 1988. O primeiro reza: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. O art. 225, § 3º, dispõe: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A doutrina mostra que a responsabilização penal da pessoa jurídica foi introduzida no direito inglês, no início do século XIX, para punir atos culposos por omissão e alguns atos dolosos. Posteriormente, foi estendida a todas as formas de delitos penais. O direito norte-americano endossou a fórmula, punindo a pessoa jurídica pelo delito, se o ato que o gerou foi autorizado ou executado pela administração ou seus prepostos. Na França a técnica foi adotada, com efeitos restritos. O Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000, aprovada pelo Congresso por via do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 15 de março de 2004, pelo que se obriga a introduzir, em sua legislação interna, regras para responsabilizar pessoas jurídicas no campo penal para coibir a participação em grupo criminoso, a lavagem de produto de crime, a corrupção de agentes públicos e a obstrução à justiça. Em nosso meio, a solução da Lei nº 9.605/98 sofre críticas, com a doutrina apontando-lhe defeito por supostamente violar o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição de 1988), pois, se for punida a pessoa jurídica, os efeitos da pena se estenderão ao sócio ou sócios e ao administrador inocentes, aos empregados e aos credores, tudo em razão do impacto patrimonial que será sofrido pela empresa. Como se tal fenômeno não ocorresse no caso da condenação criminal do chefe da família, com relação aos familiares deste. O fato é que os dispositivos constitucionais referidos e a Lei nº 9.605/98 representam uma evolução, positiva ou negativa, do conceito da pessoa jurídica. O Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, na sequência do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005 (ambos introduziram no direito brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), no art. 26, determina que cada Estado adote medidas necessárias, de acordo com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a Convenção, responsabilidade que poderá ser de índole penal, civil ou administrativa, sem prejuízo da penal que incumbir às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. Exemplo da controvérsia que tem suscitado a introdução da responsabilidade penal da sociedade ou pessoa jurídica é o acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 564.960-SC, do Superior Tribunal de Jus-

tiça, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 2-6-2005: “Na hipótese, a pessoa jurídica de direito privado juntamente com dois administradores foram denunciados pelo MP em razão de crime ambiental por casuar poluição em leito de rio... (omissis) (art. 54, § 2º, V e art. 60 da Lei nº 9.605/1998 — Lei Ambiental). Note-se que o tema é controverso na doutrina e na jurisprudência. O juiz monocrático rejeitou a denúncia em relação à empresa, ao entendimento de que a pessoa jurídica não poderia figurar no polo passivo da ação penal com base no art. 43, III, do CPP, mas a recebeu em relação aos dois administradores. Já o Tribunal *a quo* entendeu que o *instituto* da responsabilidade penal da pessoa jurídica não poderia ser introduzido no sistema jurídico brasileiro, o que não significa deixar de haver punição, mas esta deveria ser de natureza administrativa e civil, não penal. A Turma proveu o recurso do MP, para determinar o recebimento da denúncia também em relação à microempresa. O Min. Relator destacou que, apesar de alguns obstáculos a serem superados, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é um preceito constitucional, não apenas como punição a uma conduta lesiva, mas como forma de prevenção. Após essa opção constitucional, veio regulamentá-la a referida lei ambiental... (omissis). Essa lei previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multa, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direito, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. Outrossim, a forma pela qual a pessoa jurídica é capaz de realizar a ação com relevância penal depende da atuação de seus administradores, se a realizaram em proveito próprio ou da empresa. A atuação em nome e proveito da pessoa jurídica significa a sua vontade. A citada lei ambiental, no parágrafo único do art. 3º, prevê que todos os envolvidos na prática delitosa serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. Em tese, são as pessoas jurídicas as maiores responsáveis pelos danos ao meio ambiente por meio de sua atividade de exploração comercial ou industrial”.

Mais recentemente o Tribunal, no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 20.601-SP (registro nº 2005/0143968-7), na pena do Relator Félix Fischer, entendeu que (ementa): “I — Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que *‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age como elemento subjetivo próprio’* (cf. Resp 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 13/06/2005 (Precedentes). II — No caso em tela, o delito foi imputado tão somente à pessoa jurídica, não descrevendo a denúncia a participação de pessoa física que teria atuado em seu nome ou proveito, inviabilizando, assim, a instauração da *persecutio criminis in iudicio* (Precedentes)” [destaques no original] (O acórdão cita os seguintes precedentes: REsp 610.114/RN, 5ª Turma, DJ, 19-12-2005; REsp 585.615/SC, 5ª Turma, DJ, 9-5-2006, ambos relatados pelo Min. Gilson Dipp). O Projeto de Lei nº 236/2012, que incorpora o texto de um novo Código Penal, inova na responsabilização penal da pessoa jurídica, em especial quanto à concorrência desleal, em suas várias vertentes. Reputa-se como insuficiente a formulação contida na Lei nº 9.279/96 — a Lei da Propriedade Industrial, que exige, segundo o princípio da individualização do delito e da pena, a precisa identificação da autoria “humana” do delito. O fato implica quase impunidade dos delitos concorrenciais, pois é bastante difícil ao investigador identificar o efetivo autor, dentro da estrutura da sociedade. Pretende-se, então, no Projeto, responsabilizar diretamente a pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade penal de seus dirigentes. O projeto, entretanto, exige que o ato delituoso ocorra por decisão do representante da sociedade ou empresa, ou de seu órgão colegiado, bem como seja praticado em favor da sociedade. As penas serão multas pecuniárias, suspensão de atividades, prestação de serviços à comunidade e vedação de contratos com o serviço público. Na vertente do direito administrativo e civil procura-se coibir eventuais desvios de conduta das empresas no seu relacionamento com o serviço público, tanto nacional como estrangeiro. Na esteira das grandes manifestações ocorridas no mês de junho de 2013, nas quais preponderaram críticas contra a ineficiência de serviços públicos e sua suscetibilidade à corrupção, o Congresso Nacional terminou as discussões sobre o Projeto de Lei n. 6.820/2010 (da Câmara Federal) e o Projeto de Lei n. 39/2013 (do Senado Federal), que se converteram na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. A lei dispõe sobre a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, mesmo que realizada no exterior. No que concerne aos dirigentes das pessoas jurídicas privadas, a

sua responsabilidade pessoal pelos atos e seus efeitos corruptivos será aferida segundo o dolo ou a culpa com que agiu (art. 3º, § 3º).

Ampla é o espectro de pessoas coletivas alcançadas pela lei, regulares ou irregulares, mesmo que temporárias: a) sociedades empresárias ou simples, irrelevantes a forma ou o modelo societário adotado; b) fundações e as associações de entidades ou de pessoas; c) sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro. Vê-se que não escapa qualquer ente associativo, inclusive os sindicatos, federações sindicais e confederações e entidades representativas de classe e cooperativas. Os atos ou práticas estigmatizados, pelos quais tais entidades poderão ser objetivamente responsabilizadas, serão os seguintes: a) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceiro a ele relacionado; b) financiar, custear, patrocinar ou subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na lei; c) utilizar interposta pessoa, física ou jurídica, para ocultar ou dissimular o interesse no resultado do ato, bem como ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados. O foco da lei se especializa quanto aos concursos licitatórios públicos e contratos celebrados com a administração pública, pois estarão enquadrados no comando legal: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação ou celebrar contrato administrativo; f) obter benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos com a administração, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos contratos; g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; h) dificultar a investigação ou fiscalização procedida por órgãos ou agentes públicos, incluídos as agências reguladoras e órgãos de fiscalização do sistema financeiro, ou intervir em sua atuação. As sanções previstas são severas: as de natureza administrativa serão: a) pecuniárias, variando entre 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos; a multa não será inferior a vantagem auferida, se estimável; b) se não apurável o faturamento, a multa variará entre seis mil a sessenta milhões de reais; c) publicação da decisão condenatória, em meios de comunicação de grande circulação no ambiente de sua atuação, às expensas da pessoa jurídica, além de divulgação por editais no próprio estabelecimento ou local de exercício da atividade e na internet. Há a alternativa de publicação da decisão na imprensa de circulação nacional. As sanções judiciais poderão ser: a) perdimento de bens que representem proveito direto ou indireto com a infração, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé; b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; d) proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos públicos e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, por prazo variável entre um a cinco anos. Para aplicação das sanções o art. 7º da lei prevê uma série de critérios, como a gravidade, a consumação ou não, o grau ou o perigo de lesão, o efeito negativo, todos decorrentes da infração; a vantagem pretendida ou auferida e a situação econômica do infrator e os contratos que mantiver com o órgão público lesado. Elemento destinado a ter grande efeito no controle dos desvios de conduta dos agentes será a existência de mecanismos internos de controle e códigos de conduta ética, que orientem o comportamento da pessoa jurídica nos seus negócios com o poder público. Essa organização será considerada na fixação da eventual sanção da pessoa jurídica. No exame das infrações, tanto na esfera judicial como na administrativa será adotado critério da responsabilidade objetiva, ou seja, constatada existência do ato lesivo, a sanção será aplicada, independentemente da culpa ou do dolo da pessoa jurídica ou de seus agentes e da atuação individual destes (art. 2º), que também poderão ser responsabilizados pessoalmente (art. 3º). A alteração da estrutura jurídica do agente não afetará sua responsabilidade, sendo que no caso de fusão e incorporação a responsabilidade da sucessora se limitará a multa e reparação do dano causado, custo que será extremo no patrimônio transferido. A Lei n. 12.846/2013 estabelece, entre os arts. 8º e 15, o processo administrativo de apuração de responsabilidade, a cargo da autoridade superior do órgão afetado dos três poderes, cabendo à Controladoria Geral da União a iniciativa dos processos destinados à verificação

de delitos de corrupção praticados contra a administração pública estrangeira, observado o Decreto n. 3.678/2000, que incorpora a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros. No campo judicial o processo de responsabilização seguirá o rito da ação civil pública (Lei n. 7.347/85). E o art. 14 prevê a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sempre que esta for utilizada para encobrir, dissimular ou facilitar a prática dos atos ilícitos fixados na lei, estendidos os feitos desta aos administradores, sócios ou não, observando-se ampla defesa. Prevê-se acordo de leniência, sob controle da autoridade máxima do órgão público envolvido, desde que o querelado colabore na investigação e seu processo, propiciando: a) identificação dos demais envolvidos na infração; b) obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito, mediante os seguintes requisitos: i) que a infratora tenha a iniciativa de cooperar para a apuração do ilícito; ii) a partir da data da proposta do acordo, cesse o seu envolvimento na infração; iii) admita sua participação no ilícito e coopere plenamente na investigação e processo administrativo, que acompanhará até o final, às suas custas. O acordo de leniência isentará a querelada da publicação da decisão nos vários meios de comunicação, referidos no art. 6º, § 5º, do impedimento de obter incentivos, subsídios, empréstimos etc. de órgãos ou instituições públicos, reduzindo-se em dois terços a multa aplicável. Mas a obrigação de reparar o dano causado subsiste. O acordo fixará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e resultado útil do processo; seus efeitos se estendem aos integrantes do mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, desde o acordo em conjunto. As tratativas do acordo serão sigilosas, e seus termos só serão publicados após a celebração do acordo, salvo interesse do processo administrativo ou da investigação. A proposta rejeitada não implica confissão do ato ilícito. Se descumprido o acordo, o agente ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos contados do momento em que a administração pública tiver ciência daquele fato. O acordo tem o efeito de interromper o prazo de prescrição dos atos ilícitos fixados na Lei n. 12.846/2013, mas não afastará a responsabilidade verificada na via judicial. Os arts. 18 a 21 estabelecem os termos e efeitos da responsabilização pela via judicial, cabendo aos órgãos de representação judicial dos entes públicos e ao Ministério Público promover as ações que visem: a) o perdimento de bens que resultem direta ou indiretamente da infração, ressaltado o direito do lesado e do terceiro de boa-fé; b) a suspensão ou interdição de atividades; c) a dissolução da pessoa jurídica; d) a implantação da proibição de receber incentivos públicos ou de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. A dissolução dependerá da habitualidade na promoção ou facilitação da prática de atos ilícitos ou da ocultação ou dissimulação de interesses ilícitos ou identidade dos beneficiários. A indisponibilidade de bens poderá ser pedida pela autoridade que promover a ação. Na ação de iniciativa do Ministério Público poderão também ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, desde que se verifique omissão da autoridade administrativa. Cria-se o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas, identificando-as e às empresas punidas. Os acordos de leniência também serão registrados no CNEP, salvo sigilo. Os registros perderão pelo prazo fixado nos acordos. Em desnecessária duplicação, os mesmos dados registrados no CNEP serão cadastrados no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), mantido pelo Executivo federal. A multa e o perdimento de bens determinados nos termos da Lei n. 12.846/2013 beneficiarão preferencialmente os lesados. Há prescrição de cinco anos dos ilícitos previstos na lei aqui referida, a contar da ciência da infração, ou de sua cessação, no caso de infração permanente ou continuada. E ela se interrompe com a instauração do processo administrativo ou judicial. A autoridade pública que conhecer ilícitos como os elencados na lei ora descrita e não agir para apurá-los será responsabilizada civil, administrativa e penalmente. A Lei n. 12.846/2013 não inibe a ação das Leis n. 8.429/92 (que coíbe a improbidade administrativa), 8.666/93 (que regula as licitações públicas) e outras normas sobre contratações de interesse do Estado, como a Lei n. 12.462/2011, sobre o regime diferenciado de contratações públicas. Em suma, a Lei n. 12.846/2013 procura atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater a corrupção de agentes públicos e aos reclamos da população manifestados em junho de 2013, com inédita convocação, no país, por meio da internet e suas redes sociais, com foco na ineficiente ação estatal em seus inúmeros campos. Repetiu-se o fenômeno ocorrido em países do Oriente Médio em anos recentes, que sacudiu o jugo de regimes corruptos e autoritários. Como era de se esperar, a análise da

221. ELEMENTOS DO CONTRATO.

Assentado que a sociedade se constitui por um *contrato*, embora de natureza plurilateral, vale, agora, analisar os elementos que o integram. Pode-se classificar esses elementos em duas ordens: os *elementos comuns* a todos os con-

lei vem despertando críticas, como a suposta superposição ou redundância com a lei de improbidade administrativa, embora esta sancione o enriquecimento ilícito da autoridade pública. Mas há diferenças, como a responsabilidade objetiva, a defesa de administrações públicas estrangeiras e de entidades internacionais e a possibilidade do acordo de leniência. Elogia-se, no entanto, a introdução no direito objetivo dos programas de ética e de controle de legalidade internos nas empresas, o chamado *compliance*, que visa regular a ação das sociedades comerciais na realização de seus negócios. Nota-se, entretanto, o sucinto da regra que o empalmou tanto que não estabeleceu qualquer critério de avaliação de tais procedimentos. José Andrés Lopes da Costa e outro, em artigo proficiente publicado no periódico jurídico *Migalhas*, de 30 de junho de 2013, mostram inúmeras impropriedades da lei, que não atende princípios constitucionais e de direito comum respeitados no país. É o caso do princípio “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”; no entanto, a norma ultrapassa tal limite para alcançar a pessoa do sucessor quanto à obrigação de reparar o dano e ao perdimento de bens, embora observado o limite do patrimônio transferido. A multa é uma das consequências do ilícito e é imputada ao infrator pessoalmente; no entanto, no caso de fusão e incorporação, alcançará o sucessor integralmente. Mas quanto à obrigação de reparação integral do dano, nos dois casos, se limitará ao patrimônio transferido. Aqui se respeita a regra da pessoalidade da pena. Tal não ocorre quanto à multa e esta tem natureza penal, sendo indistinta a sua origem, administrativa ou penal. Crítica a falta de precisão de certos dispositivos, como os que endossam conceitos como patrimônio público nacional ou estrangeiro, princípios de administração pública, compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que não designam o bem jurídico protegido, exigindo socorro com invocação de outras Leis, como a de n. 4.717/65, que define patrimônio público como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético etc. Apenas os de valor econômico estarão protegidos ou também os imateriais? E o atentado a princípios da administração pública? Quais serão estes, já que são tantos e dependem do entendimento da autoridade sindicante? A Constituição apenas elenca os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência no art. 37, mas há outros, como oficialidade, vinculação e motivação, que também merecem consideração. Os princípios não oferecem densidade suficiente para concretizar o tipo decorrente da norma, que na verdade fica em aberto. E os compromissos internacionais? Serão os atuais ou futuros? Serão derivados de tratados ou meros pactos comerciais? Dependem ou não de ratificação interna? É norma sancionadora em branco, a depender de preenchimento futuro pelas tratativas resultantes em convenções e tratados firmados pelo país? A previsão da lei, em suma, é abertíssima, porque há carência da descrição objetiva dos ilícitos. O que se tem, na técnica adotada, é o espaço para o arbítrio. O sistema de sanções também é criticado, seja pela violência das penas, seja pela elasticidade, derivada do talante do sancionador. Neste espaço a falência da empresa condenada será fatal. A publicação da decisão sancionadora relembra as primitivas penas infamantes, em violência contra princípios que protegem a dignidade humana e defesa de direitos civis, que podem ser atribuídos às pessoas jurídicas. Questiona-se o processo administrativo, em que o direito de defesa recebe singela menção, a ponto de se invocar a Lei n. 9.784/99, que organiza o processo administrativo sancionador. Da decisão cabe algum recurso e a quem será dirigido? A defesa pode se manifestar sobre a prova produzida? O julgamento será público? Crítica-se o fato de que a tarefa de julgar caberá à autoridade superior do órgão que promover a investigação, geralmente um

tratos e os *elementos específicos*, que dizem respeito exclusivamente ao contrato típico de sociedade empresária.

Há a considerar os modelos ou cláusulas padronizadas oficialmente pelo Registro Público de Empresas Mercantis, como se esclareceu no nº 77-B *supra*.

222. ELEMENTOS COMUNS.

Os contratos, na sua formação, como negócios jurídicos que são, pressupõem *consenso, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei*. Convém recordar a noção de cada um desses elementos e sua adequação ao contrato societário.

a) *Consenso*. O contrato é fruto da vontade. A pessoa para se obrigar deve manifestá-la livremente. Precisa, além disso, ser *capaz*¹⁵ de manifestar

político ou titular de cargo comissionado, que não reúne isenção, independência e estabilidade. No caso da empresa de capital aberto, como conciliar o dever de informar com o caráter sigiloso do acordo de leniência? No balanço geral há o entendimento de que a lei é necessária, tardou em ser discutida e aprovada, embora pudesse ser dotada de melhor técnica.

15. Segundo o Professor Santoro Passareli, há uma forma especial de incapacidade que resulta da particular posição que o agente ocupa em relação a outra pessoa. Trata-se da falta de legitimação para o negócio, que é proibido para o sujeito em face da posição peculiar que ocupa no mundo jurídico, pelo que a lei proíbe o ato constitutivo da relação ou porque ela exclui de plano a mesma relação. No direito comercial há ausência de legitimação, p. ex.: I) para empresas ou capitais estrangeiros atuarem na assistência à saúde (CF, art. 199, § 3º, e Lei nº 8.080, de 19-9-1990, art. 23); II) para quem não seja brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos, deter a propriedade de empresas jornalísticas, de radiodifusão sonora e de som e imagens, aos quais se reserva a responsabilidade pela administração e orientação intelectual (CF, art. 222 e parágrafos, e Lei nº 6.015, de 31-12-1973, art. 122), negando-se à pessoa jurídica participação no capital, salvo quando for partido político ou cujo capital pertencer exclusivamente a brasileiros; III) para quem não seja brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos, a detenção de mais de 50% do capital de empresa de serviço de televisão a cabo ou sendo empresa que não tenha sede no país e cujo controle não pertencer a brasileiro nato ou naturalizado há mais de dez anos (Lei nº 8.977, de 6-1-1995, art. 7º, incisos I e II); IV) do estrangeiro, para pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento de potenciais de energia elétrica, pois estão reservados a brasileiros ou a pessoas jurídicas que tenham sede e administração no Brasil (CF, art. 176); V) do estrangeiro, para exploração de concessão de serviço de transporte rodoviário de carga, que é reservado a brasileiros ou pessoas jurídicas que tenham sede no Brasil, e dos 4/5 do capital com direito a voto devem pertencer a brasileiros a quem competirá sua direção (Lei nº 6.813, de 10-7-1980, art. 1º, I a III, e §§ 1º e 2º); VI) do estrangeiro, para concessão de serviço de transporte aéreo, que é reservado a pessoa jurídica brasileira, com sede no Brasil, cujo capital, em 4/5 com direito de voto, deve pertencer a brasileiros, proporção que deve ser respeitada nos aumentos de capital; a sua administração também é reservada a brasileiros (art. 69 do Decreto-Lei nº 32/66); VII) do estrangeiro, na faixa de fronteira, para as atividades de empresa jornalística, de radiodifusão sonora e de imagens, empresas de mineração, empresas de colonização e loteamentos rurais, pois há reserva dessas atividades para os nacionais, nos termos da Lei nº 6.634, de 2-5-1970, art. 3º, I e III, e Decreto nº 85.064, de 26-8-1980, arts. 10, 15 e parágrafos, 17, 18, 23 e parágrafos; VIII) da empresa estrangeira, para constituir subsidiária integral, pois se exige a

essa vontade. Daí por que muito interessa no estudo da formação do contrato social a capacidade das partes. Vamos analisá-la no que diz respeito *aos menores, às mulheres e aos interditos*¹⁶.

condição de empresa brasileira do único acionista, ou para constituir grupo de sociedades, cujo comando também não pode ser exercido por empresas estrangeiras (Lei nº 6.404, de 15-12-1976, arts. 146, 162, 251 e 264, § 1º). V., também, nº 53 *supra*, que registra alguns casos de falta de legitimação para o exercício do comércio.

16. O autor demonstra que o contrato social deve seguir os elementos essenciais próprios de todos os negócios jurídicos, como é o caso do consenso, a declaração de vontade mutuamente convergente destinada a produzir efeitos no mundo jurídico. Tal declaração deve observar, por sua vez, o requisito também essencial da boa-fé. Este conceito, na redação do novo Código Civil, ganhou *status* de norma de direito positivo, ultrapassando o conceito anterior, que o firmava como princípio jurídico, que paira sobre todas as manifestações de vida humana, sem que se lhe fosse exigida a concretização consequente da lei comum. Acentuou-se, por isso, o efeito do disposto nos arts. 113 e 422 do novo Código Civil na estrutura jurídica das sociedades empresariais, cujos protagonistas deverão interpretar as cláusulas dos contratos sociais ou estatutos “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, sendo determinado aos sócios e acionistas a obrigação de “guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Embora inseridos em capítulos distintos do Código, eles se sincronizam e imbricam na urdidura da organização, celebração e execução dos negócios em geral, assumindo, quanto às sociedades empresárias, função especial, pois estas são negócios de longa duração, que exigem dos participantes comportamento e comprometimento especial, como é o caso da *affectio societatis*, comprometimento que deve ser norteado pela boa-fé. Na análise em relação aos efeitos dos dispositivos sobre o comportamento do participante do negócio societário nota-se que já incide nas prévias, nos estudos e considerações que antecedem a celebração do contrato social. Não cabe, desde essa fase, a reserva mental, a informação equivocada, a meia verdade, destinada a conduzir o participante a uma manifestação de vontade precariamente formada, sem domínio de todos os dados que influenciam na composição da sociedade. A atitude proba e objetiva, fundada em dados reais, que apontem tanto as vantagens como os riscos da constituição da sociedade, é indispensável. As trocas de propostas travadas entre os futuros sócios, nas negociações preliminares, obrigam-nos, se celebrada a sociedade. Não poderão ser adulteradas, desviadas, descumpridas ou interpretadas de modo evasivo, na fase de vida da sociedade. Em razão do princípio da boa-fé que deve reger as tratativas contratuais, o próprio art. 427 do Código Civil passa a ter função na vida societária. E o comportamento leal e probó dessa fase se espalha da formação do contrato para sua execução. O comportamento probó, leal, a boa-fé em suma, influirá de modo permanente no relacionamento dos sócios com a sociedade que formaram e dos sócios em si. A continuidade do esforço comum para atingir o objetivo inicialmente determinado, que orientou a formação da sociedade, é exigência imperiosa, que se desrespeitada levará à extinção da sociedade ou à exclusão do sócio recalcitrante. Situações comuns, como aquela do sócio, que sem deixar de sê-lo, cria com outro nova unidade empresarial concorrente da primeira, são inadmissíveis. O desvio de bens e recursos da sociedade para atividades de interesse particular do sócio, do gerente, do diretor, é lesiva e condenável. A utilização de bens da sociedade, em proveito particular do sócio ou administrador ou pessoas a ele ligadas ofende a boa-fé. O não pagamento deliberado de obrigações, em especial as tributárias, onerando a sociedade, é ato de má-fé, que afeta o relacionamento do administrador responsável pela omissão com a sociedade e com os outros sócios. A distribuição de lucros não verificados, a não distribuição de lucros, se verificados, ofendem a boa-fé que orientou a celebração do contrato de sociedade e a violam na operação ou execução deste contrato. A não prestação de contas adequadas, com emissão de balanço fiel é ato de má-fé. A manipulação dos registros contábeis também é ato de falta de lealdade e probidade. Impedir que o sócio minoritário, ou majoritário, inspecione os livros e negócios sociais, nos momentos adequados, é também ato

1º) *Menores*. Sabe-se que os menores podem ser absoluta (menos de 16 anos) ou relativamente incapazes (de 16 a 18 anos incompletos). Com mais de 16 anos o menor, para comerciar, depende de autorização paterna. Se, porém, estiver estabelecido comercialmente, com economia própria (Cód. Civ., art. 5º, V), após cumpridos 16 anos de idade, emancipou-se, e como plenamente capaz pode exercer o comércio, inclusive associando-se em sociedade empresária. Ao estudarmos a situação jurídica do menor em face do exercício do comércio (nº 51 *supra*) tivemos oportunidade de esclarecer que o menor incapaz não pode pertencer à sociedade comercial, inclusive sociedade limitada (ver nº 268 *infra*), ainda que como resultante de sucessão hereditária. Exclui-se dessa solução o menor acionista, cuja ação esteja integralizada¹⁷.

2º) *Mulher casada*. Como demonstramos no nº 46 *supra*, a mulher, em face da reforma do antigo Código Civil (Lei nº 4.121, de 27-8-1962), deixou de ser relativamente incapaz. Tendo plena capacidade não necessita de autorização do marido para integrar uma sociedade comercial. Reitere-se, porém, que no exercício de sua atividade comercial, e pelas responsabilidades que assumir como sócia, responde apenas com seus bens particulares e, quanto aos bens comuns, “até o limite de sua meação”¹⁸.

3º) *Interditos*. Sobre esses incapazes dissemos no nº 52 *supra*. O interdito, mesmo pelo seu curador, não pode *ingressar* em sociedade comercial. J. X. Carvalho de Mendonça, como vimos, sustenta que, *advindo* a incapacidade do sócio, a sociedade prossegue, não se dissolvendo *ipso jure*. O sócio

desleal. A contratação de parentes ou amigos sem habilitação técnica apropriada ou sem obrigação de prestação de trabalho regular é ato de má-fé. Ao final, o art. 187 do Código Civil estabelece que comete ato ilícito o titular de um direito, que ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, impõe ao operador o comportamento inicialmente projetado pelos futuros contratantes e depois instituído pelo ato jurídico que criou a sociedade. Violadas estas propostas ou projeções, ou descumprido o contratado, por omissão ou abuso de direito, surge o direito à dissolução total ou parcial da sociedade ou o dever de indenizar, além de outros efeitos próprios do contrato social. A boa-fé, traduzida em bons propósitos, franqueza, clareza de posições e quanto aos fatos ou dados que envolvem o negócio, honestidade e cooperação (básico em todos os negócios, mas primordial em se tratando de sociedade), opera, como dito, tanto na fase embrionária da sociedade como durante sua vida útil, alcançando também os atos ligados a sua extinção.

17. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, admite a participação de incapaz na sociedade limitada, desde que seu capital esteja totalmente integralizado (art. 183). Na forma da redação do art. 183, portanto, a lei passará a admitir a constituição da sociedade por contratante incapaz.

18. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, aceita que os casados possam ser sócios, independentemente do regime de bens do casamento (art. 121). Não só sócios entre si, mas com terceiros.

interditado é representado pelo curador, que inclusive pode nomear gerente idôneo. Somos, porém, de opinião contrária, já enunciada¹⁹.

b) *Objeto lícito*. O objeto da sociedade deve ser lícito. Todas as atividades que não violem a lei e os bons costumes podem ser objeto de sociedade. As Juntas Comerciais não arquivam os contratos que contiverem matéria contrária aos bons costumes ou à ordem pública (Lei nº 8.934, de 18-11-1994, art. 35, I)²⁰.

c) *Forma prescrita em lei*. O direito comercial brasileiro não exige forma especial para constituição da sociedade. Ela pode ser provada por qualquer meio. Apenas para a sociedade gozar de certas vantagens concedidas pelas leis mercantis e tributárias, exige-se que seja constituída por escrito, e levado o seu ato constitutivo à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

O art. 305 do Código Comercial traçava normas para que se pudesse perquirir a existência de sociedade comercial quando não existissem atos constitutivos declarados. Era a sociedade tácita ou presumida. “Presume-se que existe ou existiu sociedade”, dispunha esse preceito, “sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social”. Acrescia que “dessa natureza são especialmente: a negociação promísnea e comum; aquisição, alheação, permutação ou pagamento comum; se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública; se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum; a dissolução da associação como sociedade; o emprego do pronome *nós* ou do possessivo *nosso* nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e demais papéis comerciais; o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social; o uso de marca comum nas fazendas ou volumes; o uso de nome com a adição — *e companhia*”. O Código Civil de 2002 não trouxe norma semelhante. O caso de sociedade tácita, irregular ou *em comum*, está regulado no art. 986. O art. 987 estabelece que os terceiros poderão provar a existência da sociedade em comum por qualquer modo, ou seja, os previstos no art. 212. O preceito do art. 305 do Código Comercial terá, doravante, função doutrinária, na pesquisa da sociedade tácita.

Assim, quanto à forma de que se reveste a sociedade, temos estas espécies: sociedade *regular*, quando seus atos são revestidos de todos os requisitos da lei e forem arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis ou

19. O Código Civil regulou a questão. A interdição do sócio não causa a resolução da sociedade, mas a maioria dos demais sócios poderão pedir, judicialmente, a exclusão daquele que sofreu incapacidade superveniente (art. 1.030). O contrato poderá estabelecer a resolução da sociedade em face do sócio interditado, ou a sua dissolução, em igual caso.

20. Sobre o conceito do objeto social ler o item 292 do vol. 2.

no Registro Civil de Pessoas Jurídicas; sociedade *irregular* (nº 219 *supra*) quando apenas existir contrato firmado entre os sócios, mas não levado a arquivamento; sociedade *de fato* quando não for reduzida a contrato escrito; e sociedade *tácita*, que ocorre na hipótese revelada no art. 305 do Código Comercial, não havendo expressa intenção de constituí-la.

As sociedades anônimas poderão ser constituídas por escritura pública ou escrito particular, e por subscrição pública ou subscrição particular. A Lei das Sociedades por Ações determina a forma de constituição da sociedade, quer por subscrição particular, quer por subscrição pública. Uma ou outra forma de subscrição pode ser efetuada em instrumento particular ou público. Essa matéria será esmiuçada quando abordarmos a constituição da sociedade anônima.

Alterando o direito anterior (art. 337 do hoje revogado Código Comercial), que indicava regra contrária, o art. 11 da revogada Lei nº 6.939, de 1981, que instituiu o regime sumário de registro e arquivamento no Registro Público das Empresas Mercantis, com o objetivo de desburocratização, estabeleceu que as alterações de contrato ou estatuto de sociedade poderão ser efetuadas por escritura pública ou particular, independentemente da forma de que se houver revestido o respectivo ato constitutivo. A Lei nº 8.934/94 incorporou a mesma regra, em seu art. 53.

223. ELEMENTOS ESPECÍFICOS.

Além dos elementos que informam o contrato em geral, para os contratos sociais surgem requisitos específicos próprios das sociedades comerciais, de que podemos enumerar os seguintes: a) pluralidade de sócios; b) constituição do capital; c) *affectio societatis*; d) participação nos lucros e nas perdas.

224. a) PLURALIDADE DE SÓCIOS.

O contrato é uma relação na qual se envolvem duas ou mais pessoas. Partindo dessa evidência a pluralidade de partes constitui um elemento essencial dos contratos de sociedade comercial. O art. 302 do Código Comercial, entre os elementos que deve conter o instrumento de contrato social, *aludia aos nomes, nacionalidade e domicílios dos sócios*, no plural, o que vale dizer que a lei exige pluralidade de sócios na constituição da sociedade, isto é, *dois ou mais sócios*. O art. 997 do Código Civil, entre os elementos contratuais, exige a presença de *sócios*, igualmente no plural. O art. 981, definindo o contrato de sociedade, estabelece que o celebram as *pessoas* que reciprocamente se obrigam a contribuir para o exercício de atividade econômica, visando à distribuição de resultados. Já afirmamos que o direito comercial brasileiro não admite, no âmbito privado, sociedade de uma só pessoa, ou seja, a chamada *sociedade uni-*

peçoal (nº 210 *supra*). Não obstante, a Lei de Sociedades por Ações acolhe a sociedade *subsidiária integral*, que pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista a sociedade brasileira (art. 251).

Tanto não se permitem sociedades unipessoais que, nos demais casos, quando falecia um sócio, de sociedade constituída de dois, ela incorria inexoravelmente em dissolução. Surpreendentemente o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Cordeiro Guerra, no RE nº 104.496-5, parcialmente provido (*DJU*, de 21-6-1985, fls. 10089), deferiu, em sociedade limitada de dois sócios, “dissolução parcial com a apuração exata dos haveres do sócio falecido, sem prejuízo da continuidade da empresa pelo sócio sobrevivente”.

Ainda tendo em vista a uniformização de procedimentos do arquivamento, a Instrução Normativa nº 29, de 18 de abril de 1991, revogada pela Instrução Normativa nº 46, de 6 de março de 1996, do DNRC, aludia a caso de dois sócios, quando um sai. Se a sociedade era constituída de apenas dois sócios, um morrendo ou se retirando, estava ela irremediavelmente dissolvida, porque a sociedade ficara com um sócio apenas, não se podendo fazer *a posteriori* o ingresso de novo sócio para recompô-la.

O art. 16 da Instrução nº 29 dispunha que o ingresso na sociedade, em decorrência de cessão de cotas, por atos *inter vivos* ou *mortis causa*, bem como nas situações jurídicas derivadas de modificação do estado civil dos sócios, dependia de instrumento específico de alteração contratual. O parágrafo único esclarecia que a falta de estipulação quanto à dissolução da sociedade, mesmo nos casos de sociedades de dois sócios, não seria considerada pelo órgão de registro como causa impeditiva de ingresso de novo sócio, em substituição ao anterior, quer por atos *inter vivos*, quer *mortis causa*. O Código Civil regula a questão, estabelecendo no art. 1.033 que a sociedade se dissolve no caso de falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias. A Lei Complementar nº 128/2008, entretanto, acrescentou parágrafo ao artigo citado, permitindo que a sociedade, que teve seu quadro social reduzido a um sócio, se transforme em empresa individual, tendo como titular o ex-sócio remanescente, mediante pedido apropriado apresentado ao registro Público de Empresas Mercantis²¹.

21. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, ao apresentar proposta para regular a sociedade limitada, no art. 192, sugere que esta será constituída por um ou mais sócios. Mas no art. 182 pede a identificação “dos sócios” no contrato social. Apesar da incongruência, o projeto, assim, rompe com o sistema tradicional que estabelece a pluralidade de sócios como elemento específico do contrato societário.

225. b) CONSTITUIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL.

Capital social é a soma representativa das contribuições dos sócios. Pode o capital ser constituído em *dinheiro* — a que os franceses chamam de *apport en numeraire* — ou em *bens* — *apport en nature*.

A lei brasileira regula a forma de integralização do capital ou parte dele em bens somente no caso de sociedades anônimas, quando a assembleia de constituição, ou a que autorize aumento de capital, se louva em peritos que procedam à avaliação. Na sociedade de pessoas a incorporação de bens depende de convenção entre os sócios.

Somos levados a reconhecer que grande parte das fraudes cometidas nas sociedades de pessoas, inclusive nas sociedades anônimas, decorre da facilidade com que se permite a integralização da contribuição do sócio no capital social, em bens, sejam corpóreos ou incorpóreos. Os bens incorpóreos, como patentes de invenção, marcas etc., são difíceis de avaliar com exatidão. Deixada a critério dos sócios, nas sociedades de pessoas, a atribuição de valor aos bens, sejam móveis ou imóveis, com que ingressam, abre-se oportunidade para que os mesmos abusem dessa facilidade, mencionando valores irreais, e, às vezes, fantásticos. Aliás, em suas lições na Faculdade de Direito de Paris, o Prof. Lagarde registra que “o inconveniente é a dificuldade da avaliação em dinheiro do *apport en nature*”.

Devemos esclarecer, ademais, que a contribuição em bens poderá impear na transferência de sua propriedade à sociedade, que é o que comumente ocorre, podendo ser, entretanto, constituída apenas do *uso* ou do *usufruto* de bens indicados. Avalia-se o uso ou usufruto concedido pelo sócio, que assim integraliza com o valor correspondente a sua parte-capital. Dissolvida a sociedade, o uso se reintegra novamente no domínio particular do sócio.

O Código Civil, no art. 1.055 e § 2º, visando a coibir os abusos e encaminhar solução para as dificuldades relatadas, estabelece que os sócios da sociedade limitada, solidariamente, respondem ao longo do prazo de cinco anos contados da data do registro da sociedade, pela exata estimação dos bens, que não sejam pecúnia, conferidos para formação do capital social. Os serviços não poderão ser levados à conta do capital (§ 2º). Impõe-se, portanto, a todos os sócios o dever de avaliar ou conferir o valor atribuído a todo bem ou direito destinado a compor o capital social, não importando que o objeto ou direito pertença a um ou poucos, apenas. A regra focaliza a hipótese de incorporação de bens na constituição da sociedade, ao referir “data de registro da sociedade” como ponto de partida do prazo de cinco anos da responsabilidade solidária do sócio. Pode ocorrer incorporação de bens no caso de aumento de capital social de sociedade empresária já constituída. O dever do sócio de velar, neste caso, pela exata estimação do valor do bem ou direito

conferido para compor o aumento de capital não desaparece, embora se possa sustentar que não haverá responsabilidade solidária. De qualquer modo, a responsabilidade dos sócios pela exata estimação do valor do bem conferido persiste, e caso não seja respeitada, os sócios responderão, por culpa, pelo prejuízo causado à sociedade e a terceiros. Observe-se que se os sócios optarem (art. 1.053, parágrafo único) pela regência supletiva das normas da sociedade anônima para orientar suas relações societárias, terão que ser respeitados critérios muito mais severos, para a incorporação de bens no capital, que aqueles previstos no art. 1.055 do Código Civil. O art. 1.005 estabelece que o sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso responde pela evicção, e o que transferir crédito responde pela solvência do devedor. Estas regras têm sua importância ressaltada quando se recorda que o capital social representa uma garantia genérica para terceiros, credores da sociedade.

Pode-se dizer que o capital constitui o patrimônio inicial da sociedade comercial. Após o início das atividades, o capital permanece *nominal*, expresso na soma declarada no contrato, ao passo que o patrimônio social — ou *fundo social* — tende a *crescer*, se a sociedade for próspera, ou a *diminuir*, se tiver insucesso. Esse patrimônio é que gera, em última análise, o lucro, que é periodicamente dividido entre os sócios.

226. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO DOS SÓCIOS.

Ainda no estudo da constituição do capital social, vale indagar da natureza jurídica da contribuição dos sócios. A contribuição social, ou cota, ou parte do sócio na composição do capital social, é um dos mistérios do direito comercial.

Em virtude do princípio da plena autonomia patrimonial da pessoa jurídica, quando o sócio confere ao capital os seus cabedais, seja em dinheiro ou em bens (móveis ou imóveis), procede à transferência da respectiva propriedade. Iniludivelmente a propriedade, mobiliária ou imobiliária, sai de seu patrimônio e se transfere para o da sociedade. Os imóveis são transcritos no respectivo Registro. Muito se discutiu, por sinal, no direito tributário, a incidência sobre essa transferência, assunto resolvido em virtude da disciplina imposta pelo Código Tributário Nacional (art. 36, I), que isenta de imposto sobre transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos à incorporação destes bens no capital social. Esta isenção foi confirmada pelo art. 156, § 2º, I, da CF, observado o impedimento previsto na parte final do dispositivo (atividade preponderante de compra e venda ou locação de bens imóveis, arrendamento mercantil). Por outro lado, se se tratar de sociedade anônima, os bens imóveis, mesmo de valor superior ao previsto em lei (Cód. Civil, art. 108), incorporados na sociedade para a constituição de capital ou parte dele,

não impõem a forma de escritura pública. Vale como instrumento da transferência a ata assinada pelo transmitente^{22, 23 e 24}.

Claro está, portanto, que os cabedais com que o sócio integralizar a sua cota-capital *saem* de seu patrimônio para *integrar* o patrimônio da pessoa jurídica. Indaga-se, então, qual a natureza jurídica do direito do sócio sobre a sua cota-capital. Eis, então, um intrincado problema para a doutrina deslindar.

O antigo comercialista, Ferreira Borges, em seu *Dicionário Jurídico-Comercial*, registrava que “os sócios têm senhorio e posse conjunta de todo o fundo social”. Ora, tal ideia somente poderia prevalecer se a sociedade fosse uma comunhão, e não tivesse personalidade jurídica. Desde que se admita a sociedade como *sujeito de direito*, em decorrência de sua condição de pessoa jurídica, tem ela, de forma exclusiva, a propriedade de todo o seu patrimônio. A *autonomia patrimonial* é um atributo da personalidade (nº 220 *supra*).

No Projeto de Código Comercial, de 1912, o Prof. Inglez de Souza inseria dispositivo a respeito, esclarecendo que, “se, no instrumento constitutivo da sociedade, o sócio não declarou que transferia somente o uso ou usufruto da coisa transferida, *entende-se que transferiu a propriedade*”. Desse entendimento, que é generalizado, advêm todas as naturais dificuldades doutrinárias: o sócio se despiu do direito à propriedade do bem conferido à sociedade na constituição de seu capital, mas qual a natureza jurídica do direito que detém, e do qual lhe advêm os lucros ou prejuízos?

22. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial e contém regime específico para as sociedades empresárias, mantém, como elemento central do contrato social, a fixação monetária do capital social (art. 182, III), que poderá ser formado por bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

23. A Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010 (arts. 24 e 25), trata da subcapitalização, que se traduz na excessiva oneração da sociedade, por via de endividamento, em confronto com o montante da participação dos sócios. Identificado o excesso de endividamento, a remuneração dos empréstimos não poderá ser deduzida para efeito de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. A mensagem legal visa inibir técnicas organizacionais que visam reduzir o impacto tributário sobre a operação da empresa, ou seja, o planejamento tributário. Critica-se o fato de que a lei estabeleceu presunção absoluta quanto à subcapitalização e seus efeitos tributários, sem permitir que se apurem as circunstâncias individuais que poderiam afastar a presunção. Aponta-se conflito da lei com o Código Tributário Nacional.

24. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, no art. 148, tratando da sociedade anônima, informa que o capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou qualquer espécie de bens avaliáveis em dinheiro, e, no art. 151, acentua que a principal obrigação do acionista é a de pagar o preço da emissão das ações que subscreveu ou adquiriu. O art. 141 assegura que a certidão expedida pelo registro público de empresas será o documento hábil para a transferência, no registro público competente, dos bens com que o sócio tiver contribuído para a formação ou o aumento do capital social.

Uma corrente considera que entre os sócios se forma um *condomínio*, isto é, um *direito de copropriedade*. A tese é insustentável, pois o patrimônio invertido pertence à sociedade. Como ensina J. X. Carvalho de Mendonça, o sócio não tem direito a partes determinadas nos bens da sociedade, mas somente a um quinhão em valor, apreciável depois de pago o passivo. Ferrara indaga com razão: “Para onde foi o condomínio? Que condomínio é esse que aumenta, diminui ou se anula, conforme a sociedade prospere ou entre em falência?”

Outra opinião sustenta que o direito é de propriedade, mas este fica suspenso durante a existência da sociedade. Ora, a solução é absurda, pois equivaleria a reconhecer dois proprietários: um em atividade e outro em estado letárgico. Teríamos o sócio como *proprietário em disponibilidade*, como se fosse um funcionário público...

Uma terceira posição define esse direito do sócio como *sui generis*, sem correspondência entre as categorias patrimoniais existentes e conhecidas pelo direito. Constituiria uma nova categoria. Como se vê, essa opinião nada explica.

O Prof. Georges Ripert observa que cada sócio se imagina e se diz proprietário de sua parte social; mas isso é impreciso. Em consequência, aquele comercialista considera o direito de cada sócio como *propriedade incorpórea*: o sócio é coproprietário do patrimônio social, considerado em sua universalidade, parecido com o direito do herdeiro sobre a sucessão aberta e ainda impartilhada. A propriedade incorpórea seria apenas um direito, e isso todos sabem que o sócio possui. Em Portugal, o Prof. Ferrer Correia ensina que não haverá direitos dos sócios sobre os bens sociais, e o que tão somente encontraremos, no patrimônio particular de cada associado, é a *sua parte, direito, posição, cota ou participação social* — “direito de conteúdo complexo e heterogêneo, que se analisa em subdireitos de várias ordens, assumindo primordial importância o de aquinhoar os lucros anuais da sociedade”.

A doutrina defendida por J. X. Carvalho de Mendonça parece-nos mais procedente. Ao analisar o direito do sócio, o grande comercialista ensina que a posição jurídica dos sócios se desdobra em duas partes: um direito *patrimonial* e outro *pessoal*.

O direito patrimonial é identificado por J. X. Carvalho de Mendonça como um direito de crédito consistente em perceber o quinhão de lucros durante a existência social e em particular na partilha da massa residual, depois de liquidada a sociedade. “Esse direito de crédito é, como se vê”, prossegue o tratadista, “*condicionado*, podendo ser exercido somente sobre *os lucros líquidos*, partilháveis conforme os termos do contrato social, e sobre o ativo líquido, a dizer, sobre o saldo verificado depois da liquidação. (...) Os sócios, sob qualquer pretexto, não concorrem com os credores da sociedade; têm um direito de crédito subordinado

inteiramente à liquidação social, de modo que este poderá ser igual a zero, ou ainda descer abaixo de zero, tornando-se quantidade negativa, passivo”²⁵.

Os *direitos pessoais do sócio* são os que decorrem do *status* de sócio. É o direito de participar da administração da sociedade diretamente como gerente ou como simples conselheiro, fiscalizando os atos de administração, isto é, todos os atos que as leis asseguram ao sócio²⁶.

227. INTANGIBILIDADE DO CAPITAL SOCIAL.

O capital social não se confunde com patrimônio social. A sua função precípua é constituir o fundo inicial, o patrimônio originário, com o qual se tornará viável o início da vida econômica da sociedade.

25. A integralização do capital, em dinheiro ou bens, tem natureza onerosa. Por isso, a transferência de terreno de marinha para compor o capital de sociedade anônima gera o pagamento de laudêmio, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por seu órgão Especial, revelado no REsp 1.104.363-PE, pelo voto do Ministro Teori Albino Zavascki. Trata-se de um custo de 5% sobre o valor venal do imóvel submetido à enfiteuse. A decisão centrou-se no conceito de que “A constituição de qualquer sociedade, inclusive da anônima, tem natureza contratual (CC/16, art. 1.363; CC/2002, art. 981). A prestação do sócio (ou acionista), consistente na entrega de dinheiro ou bem para a formação ou para o aumento de capital de sociedade se dá não por liberalidade, mas em contrapartida ao recebimento de quotas ou ações do capital social, representando assim um ato oneroso, que decorre de negócio jurídico tipicamente comutativo”. Sustenta que “a prestação do sócio (ou, no caso, acionista subscritor) destinada a formar o capital não se faz a título gratuito, pois tem a contrapartida da aquisição das quotas ou ações da sociedade”. Ainda, com base em Pontes de Miranda: “O vínculo dos sócios é recíproco. Todos têm o dever de atividade ou contribuição para que se obtenha o fim comum”. Este entendimento, adotado em embargos de divergência, alterou postura conhecida das 1ª e 2ª Turmas do STJ, cujas decisões foram resenhadas pelo Ministro Castro Meira, para quem a integralização do capital social “não importa em acréscimo patrimonial”.

26. A doutrina tem designado como direitos essenciais ou individuais do sócio aqueles estabelecidos por lei ou no contrato, que não podem ser eliminados ou alterados unilateralmente pela maioria do capital. São esses direitos, emprestando-se livremente o catálogo do Anteprojeto Jorge Lobo, sobre as sociedades limitadas, os seguintes: I — participar dos lucros sociais; II — votar em assembleia geral (ou em reunião de sócios), nos casos previstos na lei ou no contrato; III — ser informado, de forma precisa, ampla e completa, sobre os fatos, atos e negócios jurídicos passados, presentes e futuros da sociedade; IV — fiscalizar a gestão dos negócios sociais; V — ter preferência na subscrição de quotas em caso de aumento de capital social; VI — retirar-se da sociedade nos casos previstos na lei ou no contrato; VII — participar do acervo da sociedade no caso de sua liquidação; VIII — permanência do vínculo societário, com a exclusão do sócio sendo permitida apenas em caso de falta grave; IX — fixidez do tipo societário, impedida a transformação da sociedade, salvo outra previsão do contrato; X — permanência da relação quantitativa ou proporcional no capital social, vetada a redução do valor ou quantidade da quota do sócio, ou sua redução indireta por via de aumento de capital sem concessão de direito de preferência na subscrição.

Os direitos sociais ou coletivos são aqueles cujo exercício é condicionado pela deliberação da maioria, como é o caso da distribuição de lucros.

Tem o capital social, expresso nominalmente em valor monetário, a precí-pua função de servir de base para aferimento dos resultados da exploração mercantil, dos lucros e prejuízos, em determinado período de tempo que se chama *exercício financeiro*; para cálculo de divisão proporcional dos lucros ou prejuízos verificados; ou, ainda, para verificação dos resultados finais da sociedade, na dissolução e liquidação, com a partilha dos lucros líquidos verificados ou prejuízos sofridos. Ainda resta outra função, das mais importantes, como observa o Prof. Ferrer Correia, qual seja, a de o capital constituir uma garantia para terceiros. “Efetivamente”, diz o professor português, “o capital social representa em certos termos uma segurança para os credores da sociedade: precisamente na medida em que a lei não permite a distribuição pelos sócios de quantias ou valores necessários para manter intato esse fundo. O capital social é intangível”.

Vários dispositivos do Código Comercial brasileiro deixavam antever a intangibilidade do capital social. O art. 302 dispunha que entre os elementos do contrato ficaria designada a cota, com que cada um dos sócios entraria para o capital, e a parte que teria nos lucros e nas perdas; o art. 349 dispunha que nenhum sócio poderia exigir que se lhe entregasse o seu dividendo, enquanto o passivo da sociedade se não achasse todo pago, no caso de liquidação final da sociedade. A Lei das Sociedades por Ações pune a distribuição de dividendos sem lucros correspondentes, quando no art. 201 dispõe que a companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros. No § 1º dispõe expressamente que “a distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber”. Prossegue o § 2º, afirmando que “os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com o resultado deste”.

O Código Civil tem disposição que guarda respeito ao histórico do direito comercial brasileiro quanto ao tema. O art. 1.059 estabelece que os sócios serão obrigados a reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizadas pelo contrato, quando tais lucros ou quantias se distribuírem com prejuízo do capital. A construção “os sócios”, no plural, está a indicar que esta responsabilidade se generaliza a todos, no caso de a retirada abusiva beneficiar um ou alguns dos sócios apenas, se o ato for do conhecimento e sem oposição dos sócios ou contar com sua aprovação. O art. 1.080 estabelece que as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente a aprovaram²⁷.

27. O art. 168, § 1º, IV, da Lei nº 11.101/2005, a nova Lei de Falências, elege como figura penal a simulação da composição do capital social.

A Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada, no art. 9º, dispunha também que “serão obrigados os sócios a repor os dividendos e valores recebidos e as quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, uma vez que tais lucros, valores ou quantias foram distribuídos com prejuízo do capital realizado”²⁸.

Eis por que se pode afirmar, com ênfase, o princípio da intangibilidade do capital social, no direito comercial brasileiro. É claro, entretanto, que a sociedade não está obrigada a manter indefinidamente imutável o seu capital. Como existe conveniência em aumentá-lo, também pode existir em diminuí-lo. Essa diminuição é cercada de muitas cautelas, como as determinadas pela Lei das Sociedades Anônimas, para assegurar o direito dos credores e dos acionistas dissidentes, que pedem seu recesso da sociedade. O art. 45, §§ 7º e 8º, regula os direitos creditórios dos acionistas que se retiram da anônima, e o art. 174 disciplina o direito de oposição dos credores, na hipótese de alteração do capital social. O Código Civil, no art. 1.084, § 1º, estatui regra semelhante, pela qual o credor quirografário da sociedade limitada, por título líquido anterior, no prazo de noventa dias contados da data da publicação da assembleia que aprovar redução do capital, poderá opor-se ao deliberado, o que implicará a suspensão da deliberação de reduzir o capital. A redução só será eficaz se não houver impugnação naquele prazo, ou se, havendo impugnação, for provado o pagamento da dívida ou depósito judicial do seu valor. A lei não prevê oposição por parte do credor detentor de garantia especial. Nas sociedades de pessoas, o sócio de responsabilidade limitada, que delas se despedir, retirando os fundos que conferir para o capital, fica responsável até o valor desses fundos pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida, que será o do arquivamento do respectivo instrumento no registro do comércio (Dec.-Lei nº 7.661, de 1945, art. 51), e os sócios de responsabilidade ilimitada são atingidos pelos efeitos da falência em seu patrimônio durante dois anos anteriores à despedida, no caso de não terem sido solvidas até a data da declaração da falência as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada (art. 5º, parágrafo único)²⁹.

28. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, ao dispor sobre as sociedades anônimas, no art. 147, garante a intocabilidade do capital social, dizendo que os dividendos, ainda que preferenciais, não poderão ser distribuídos em prejuízo do capital social. No art. 196, dispondo sobre a sociedade limitada, estabelece que a distribuição de lucro ilícito, fictício ou à conta do capital social acarreta responsabilidade solidária do administrador que a realizou e do sócio que recebeu, perante a sociedade e terceiros.

29. O tratamento legal, no que concerne à situação falimentar da sociedade, foi alterado pela nova Lei de Falências, a Lei nº 11.101/2005. O sócio de responsabilidade ilimitada, segundo o art. 81 e seus parágrafos, terá sua falência decretada juntamente com a da sociedade. Deverá ser citado pessoalmente para responder ao pedido de falência. Também ocorrerá a falência do sócio, daquela qualidade, que se tenha retirado, voluntariamente, ou excluído, até dois anos antes da data da declaração da falência. Sua responsabilidade, entretanto, se limitará às obrigações existentes antes da

Como se vê, a lei é severa em resguardar o capital social, tornando-o intangível, ou cercando-o de várias garantias, em proveito dos interesses e direitos dos credores.

228. c) “AFFECTIO SOCIETATIS”.

É uma antiga expressão latina, usada por Ulpiano, para distinguir a intenção de se associar em sociedade. Os autores têm procurado desvendar o verdadeiro sentido da expressão, tendo Thaller divisado nela “um elo de colaboração ativa entre os sócios”. Paul Pic escreve que “não há sociedade sem vontade, em todos os contratantes, de cooperar, direta ou indiretamente, na obra comum, sem a comunhão de capitais (*lato sensu*) e dos esforços pessoais dos membros”. Continua: “Todo contrato de sociedade pressupõe não somente a intenção de realizar benefícios por uma reunião de capitais, intenção que se pode descobrir num simples empréstimo, acompanhado de uma cláusula de participação, mas a vontade bem determinada, da parte de todos os sócios, de cooperar ativamente na obra comum. Discerne-se, em outros termos, em qualquer sociedade, um pensamento de cooperação econômica (Ripert) ou, mais exatamente, uma vontade de colaboração ativa (Thaller), em vista de um fim comum, que é a realização de um enriquecimento pela comunhão dos capitais e da atividade dos sócios”.

Após criticar esse conceito, que pretende identificar a *affectio societatis* como uma vontade de colaboração ativa, o Prof. Lagarde prefere dizer que a *affectio societatis* é caracterizada por uma vontade de união e aceitação das áleas comuns.

Esse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos. Esse parecia ser o critério de nosso Código, quando enumerava, no art. 305, os fatos aparentes que exteriorizavam a intenção de formar sociedade³⁰.

retirada, se sobreviventes no momento da falência. Quanto aos sócios com responsabilidade limitada, a Lei nº 11.101/2005 (art. 82 e §§) prevê apenas a determinação da indisponibilidade de seus bens, pelo juiz, para efeito de garantir a responsabilidade subjetiva do sócio e do controlador pelos atos que praticar havidos como contrários ao contrato, ou estatuto ou à lei. Esta responsabilidade será aferida segundo as leis que regulam os vários tipos de sociedades com aquele característico.

30. Atualmente, as antigas críticas ao conceito de *affectio societatis* têm encontrado incremento, afirmando alguns que está substituído pela ideia do “fim social” ou reduzido ao consentimento, elemento natural dos contratos, sem que tenha, na sociedade, um característico peculiar. Nos contratos comuns, em geral, a manifestação do consentimento tem efeito imediato, muita vez instantâneo; no contrato social, o consentimento tem efeito continuado, o ato é complexo, perdurando enquanto

229. d) COPARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E NAS PERDAS.

Era nula a sociedade que atribuía somente a um sócio a totalidade dos lucros ou das perdas. Era a chamada *sociedade leonina*, que o Código Comercial expressamente fulminava de nulidade, no art. 288: “É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social”. O Código Civil, no art. 1.008, tem determinação semelhante, embora mais restrita, pois não declara nula a sociedade, mas “a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas”. Assim, nula a cláusula, prossegue a sociedade, com tratamento igualitário dos sócios no que toca à distribuição de lucros e perdas.

É claro que a distribuição dos lucros, como a das perdas, pode ser efetuada não igualmente, fora da proporção da contribuição dos sócios para o capital social. A proporcionalidade de distribuição dos lucros pode, de fato, não ser pactuada de modo igual, mas sim atribuída a um sócio, por motivos particulares, participação nos lucros maior do que a conferida aos outros, embora o valor da contribuição seja o mesmo ou até inferior. Essa solução era conhecida e admitida desde o direito romano, tanto que as Institutas de Justiniano ensinavam que “nunca, com efeito, se duvidou da validade dessa convenção, em que, de dois associados, um tenha as duas terças partes dos ganhos e das perdas, e, o outro, somente a terceira”.

O que não se permite, como se acentuou, é a sociedade leonina, na qual os lucros ou perdas corram a favor ou a cargo de um sócio apenas, pois então inexistente a sociedade. Como decidiu um tribunal francês, “a sociedade comporta, essencialmente, como condição de sua existência, a repartição entre os associados dos lucros obtidos em comum”³¹.

230. PRINCÍPIO DA MAIORIA E A ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL.

A Instrução Normativa nº 7, de 16 de setembro de 1986, do DNRC, dispunha

durar a sociedade. E mesmo que tal consentimento seja rompido – a *affectio societatis* fique rota –, isso não basta para fundamentar a exclusão de um sócio. Há que se ultrapassar a mera alegação do rompimento da *affectio societatis*, para fundamentar a exclusão em justa causa, o profundo motivo que deu causa a ruptura da comunidade societária, que é soldada pelo interesse comum. Esse o entendimento da Ministra Nancy Andrigli, pronunciado no REsp 1.129.222, 3ª Turma do STJ.

31. O Projeto de Lei nº 1.572/2011, que propõe um novo Código Comercial, tratando da sociedade de responsabilidade limitada, nos arts. 194 e 195, estabelece que os sócios participarão dos lucros proporcionalmente à sua quota no capital social, podendo a convenção (contrato social ou acordo de sócios) dispor diferentemente, mas será nula a cláusula que exclua qualquer sócio daquela participação.