

1.ª edição — 1981

© Copyright
Fábio Konder Comparato

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Comparato, Fábio Konder.

C731n Novos ensaios e pareceres de direito empresarial / Fábio
Konder Comparato. — Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1981.

Bibliografia

1. Direito empresarial I. Título

81-0003

CDU — 347.72
/342.22/

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE
Av. Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

ÍNDICE SISTEMÁTICO

<i>Explicação Necessária</i>	VII
I	
O DIREITO BRASILEIRO NA VISÃO DE TULLIO ASCARELLI	1
II	
SOCIEDADE ANÔNIMA	
<i>Titulos Acionários</i>	16
1. As ações de sociedade anônima como valores mobiliários — Natureza e efeitos do registro acionário	16
2. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: <i>nova</i> <i>et vetera</i>	32
<i>Acordos de Acionistas</i>	52
1. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução espe- cífica de suas estipulações	52
2. Eficácia dos acordos de acionistas	74
<i>Administração</i>	88
1. Competência privativa do conselho de administração para a designação de diretores, em companhia aberta — Ineficácia de cláusula do contrato social da <i>holding</i> , ou de eventual acordo de acionistas, para regular a matéria	88
2. A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabi- lidade das regras legais de <i>quorum</i> nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração	116
<i>Dividendo</i>	132
1. Resultado obtido na alienação de imóvel, com aproveitamento de isenção fiscal — Exclusão da base de cálculo do dividendo obrigatório	132

Ora, conforme se vê da leitura do contrato social da consulente, anteriormente à transformação, o critério de cálculo do valor de reembolso das quotas dos sócios retirantes e a forma de pagamento estavam cumpridamente previstos, nas cláusulas X e XI. Logo, não há por que se invocar, supletivamente, a lei de sociedades por ações para a solução do caso.

Dir-se-á que a forma de pagamento do valor de reembolso das quotas, fixado naquele contrato social, não atende ao interesse do sócio retirante. Mas ele aceitou essa regra do jogo no momento da constituição da sociedade ou do seu ingresso nela. Não pode, agora, insurgir-se contra o pactuado, como se fora letra morta.²

É o que nos parece.

São Paulo, 16 de junho de 1978

² Discutindo a impugnabilidade, pelo sócio retirante, do valor de reembolso fixado no estatuto ou no contrato social, assim discorreu Ascarelli, com a sua habitual lucidez:

“Quando, no entanto, o valor do reembolso tenha sido fixado no ato constitutivo (com o consentimento, portanto, do sócio que se retira, se ele é um subscritor; ou com o seu conhecimento prévio desse valor, se adquiriu as ações depois da constituição da sociedade), entenderia não ser cabível a impugnação. Nessa hipótese, a sociedade e o sócio, consensual e conscientemente, fixaram e aceitaram um determinado valor de reembolso; o funcionamento sucessivo da empresa pode tornar esse valor inferior ou superior ao valor real, mas esse é um risco que ambas as partes conscientemente aceitaram. Não há motivo para se dar ao sócio que se retira (assim como não haveria motivo para dá-la à sociedade) a possibilidade de fugir ao aceite. Se assim se procedesse, não se recorreria mais ao conceito anterior (isto é, à tutela do sócio perante a maioria), mas a um conceito diverso.

Este diverso conceito assenta, porém, no pressuposto de que uma das partes, pela sua condição econômica, não se tenha encontrado em situação de contratar com a mesma liberdade da outra. Esse pressuposto não ocorre relativamente àquele que, entrando como sócio numa sociedade, aceitou previamente ser reembolsado com uma determinada quantia, e que, sucessivamente, deseja dissolver o seu vínculo social e não continuar a participar da sociedade”.

(*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.^a ed., São Paulo, p. 403.)

C — Da licitude da participação de sociedade de capitais em sociedade de pessoas

1. A distinção entre sociedades comerciais de capitais e sociedades de pessoas é puramente doutrinária, não tendo sido acolhida, em parte alguma, pelo legislador. Até mesmo no plano doutrinário, ela não foi unanimemente admitida. É, assim, conhecida a crítica de Vivante, considerando tal distinção “mais brilhante do que sólida”.¹ Em primeiro lugar, dizia o grande mestre, porque as assim chamadas sociedades de pessoas possuem, todas, um capital social, cujos bens componentes respondem, sempre, pelos débitos sociais, antes dos bens particulares dos sócios; sendo certo que por trás da sociedade por ações estão os acionistas, sem os quais não há vínculo social. Em segundo lugar, porque tal distinção leva a crer que, nas sociedades ditas de pessoas, os sócios exercem coletivamente o comércio, quando na verdade, também aqui, a atividade empresarial é exercida por um ente autônomo, separado da pessoa dos sócios. Mesmo na anônima, é perfeitamente lícito, embora pouco freqüente, que os acionistas sejam obrigados a prestações pessoais, além do pagamento das ações subscritas.

Sem dúvida a crítica de Vivante é em grande parte correta. Mas para que os conceitos jurídicos sejam admitidos, na norma ou na argumentação, não há necessidade de se lhes demonstrar uma base ontológica, uma verdade lógica. Basta que apresentem um valor pragmático, isto é, que sejam funcionais ou operacionais, auxiliando na aplicação da norma aos casos concretos.

¹ *Trattato di Diritto Commerciale*, II, 5.^a ed., n.º 352.

Praticamente, há um consenso geral de que a sociedade anônima ou companhia entra na categoria das “sociedades de capitais”. Aceita-se, também, sem discussões, que as “sociedades de pessoas” são as reguladas no Código Comercial. Discute-se, tão-só, quanto à qualificação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada e da comandita por ações, tendo em vista as suas características ambivalentes, pelo menos no direito brasileiro.

A questão proposta para discussão neste artigo é, pois, a da possibilidade jurídica de participação de uma sociedade anônima em sociedade em nome coletivo.

Tal questão, na verdade, embora ainda não discutida em profundidade no direito brasileiro, até agora, tem sido largamente, e de há muito, debatida em outros países, havendo até recebido soluções legislativas expressas. Parece, pois, conveniente, antes de discutir o problema com base em nosso Direito, verificar como foi ele proposto e resolvido no direito estrangeiro.

I

Direito Estrangeiro

2. Na resenha do direito estrangeiro sobre a questão, iniciaremos pelos países em que a lei contém expressa solução negativa, como é o caso da Argentina e da Suíça.

A) *Legislação argentina e suíça*

O Decreto-Lei argentino n.º 19.550, de 1972, declara, em seu art. 30, que “as sociedades anônimas e em comandita por ações só podem participar de sociedades por ações”. A ementa marginal do artigo indica que se trata de uma questão de capacidade social.

A “exposição de motivos” procura justificar a solução adotada, invocando os artigos 32, 33 e 35 do Código Civil argentino, que tratam das pessoas jurídicas em geral, bem como a norma do art. 2.º do próprio Decreto-Lei, que define a sociedade como “um sujeito de direito com o alcance fixado nesta lei”. Bem se vê, portanto, que a filiação jurídica da norma do art. 30 não está no “direito continental de formação similar” ao argentino, como declara a mesma “exposição de motivos” do Decreto-Lei, e sim no direito anglo-saxônio, com o princípio da limitação da capacidade das *companies* ou *corporations* em função do objeto social (teoria dos atos praticados *ultra vires societatis*).

Ora, essa filiação é extemporânea. Sem falar no fato de que, nos países anglo-saxônios, a doutrina do *ultra vires* já foi praticamente abandonada, nos Estados Unidos — único país de *common law* a adotar a solução negativa para a questão em exame — a jurisprudência reconsiderou sua posição, nos últimos anos, como será exposto mais abaixo.

Na Suíça, o art. 552 do Código das Obrigações (versão de 1936) explicita que “a sociedade em nome coletivo é a que contratam *duas ou mais pessoas físicas*, sob uma razão social e sem restringir sua responsabilidade perante os credores da sociedade, para comerciar, explorar uma fábrica ou exercer sob forma comercial qualquer outra indústria”.

A restrição quanto à qualidade dos sócios aparece, no contexto, como autêntica regra de exceção. Em primeiro lugar, porque, na vigência da versão de 1881 do Código das Obrigações, interpretava-se a omissão da norma em precisar a natureza jurídica dos sócios desse tipo de sociedade como a admissão implícita de sócios pessoas jurídicas.² Ademais, porque é essa mesma a interpretação que se dá, ainda hoje, à norma do artigo

² Cf. Robert Patry, *Précis de Droit Suisse des Sociétés*, vol. I, Berno, 1976, p. 273/274.

530 do Código, sobre a sociedade simples,³ cuja disciplina serve de direito comum em matéria societária, como sabido.

B) *Direito italiano*

3. Na Itália, a questão da possibilidade jurídica da participação de uma sociedade de capitais em sociedade de pessoas tem sido amplamente debatida, desde um artigo polêmico de Sraffa e Bonfante, publicado em 1921,⁴ em que essa possibilidade era vivamente contestada.

Passado mais de meio século, verifica-se que a jurisprudência daquele país seguiu, sem discrepâncias, a opinião dos citados autores, enquanto a maior parte da doutrina se pronunciou em sentido afirmativo.

Fundamentalmente, os argumentos levantados na Itália contra a constituição de sociedades de pessoas com a participação de sociedades de capitais são de três ordens: 1 — a impossibilidade de combinar o *intuitus personae* de umas com o *intuitus pecuniae* das outras; 2 — o risco criado para os terceiros credores com a confusão entre responsabilidade limitada e responsabilidade ilimitada; 3 — a incompatibilidade entre esse tipo de combinação societária e as normas que regem a administração social.

Em relação ao primeiro argumento, Ascarelli observou, agudamente, que as expressões *intuitus personae* e *intuitus rei vel pecuniae* são meras criações doutrinárias, exprimindo, em fórmula condensada, uma disciplina normativa. Se, com a aplicação de tais expressões, se pretendesse indicar uma impossibilidade “de fato” de contrato social entre uma sociedade de

³ *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.*

⁴ *Società in nome collettivo fra società anonime?*, *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1921, I, p. 609.

capitais e uma pessoa física ou outra sociedade de pessoas, o problema em causa não teria chegado nem mesmo a ser proposto. Se o problema se põe, é justamente porque não existe essa impossibilidade de fato.⁵ Por outro lado, observa Alessandro Graziani,⁶ o argumento parte de dupla petição de princípio: a de que o *intuitus personae* existia indefectivamente em todas as sociedades ditas de pessoas, e a de que esse *intuitus* não possa existir em relação a uma sociedade anônima, como se esta fosse, sempre e em todas as hipóteses, desvinculada da pessoa dos acionistas.⁷

Relativamente ao pretense risco criado para os terceiros com a alegada confusão entre responsabilidade limitada em determinadas sociedades e a responsabilidade ilimitada em outras, ele provém, como já havia observado Vivante,⁸ de um evidente contra-senso. Essa limitação de responsabilidade não é da sociedade — pessoa jurídica, e sim dos seus sócios ou acionistas. Perante terceiros, qualquer que seja o tipo societário, a pessoa jurídica responde com todo o seu patrimônio pelas obrigações

⁵ *Ancora sul Socio Sovrano e sulla Partecipazione di una Società di Capitali a una Società di Persone, Problemi Giuridici*, II, Milão, 1950, p. 469.

⁶ *Diritto delle Società*, 5.^a ed., Nápoles, 1963, p. 85.

⁷ A esse respeito, escrevia Ascarelli em nota de jurisprudência publicada em 1931, não se pode olvidar que “mesmo as sociedades anônimas têm uma individualidade própria, e que podem, elas também, ter uma tradição de correção e de integridade — naturalmente baseada na dos homens que as compõem — de tal forma que, mesmo ao se celebrar contrato social com uma companhia, podem assumir um peso decisivo considerações tiradas da individualidade do sócio, além daquelas ligadas ao montante de sua contribuição de capital” (*Confusione del Patrimonio della Società e del Socio; Società con una Società Anonima e Società Anonima Simulata, Studi in Tema di Società*, Milão, 1952, p. 57). No mesmo sentido, G. Ferri, *Delle Società*, no comentário do Cód. Civil italiano de Scialoja e Branca, 2.^a ed., 1900, p. 321.

⁸ *Trattato*, cit., II, p. 20.

contraídas em seu nome. Sob esse aspecto, não há diferença alguma entre sociedades de capitais e sociedades de pessoas.⁹

No tocante à alegada incompatibilidade entre esse tipo de combinação social e as normas que regem a administração das sociedades, os argumentos apresentados foram de duas ordens. Em primeiro lugar, a participação societária de uma anônima em sociedade de pessoas implicaria uma extensão indevida dos poderes dos seus administradores, do patrimônio da anônima para o da sociedade de pessoas. Ademais, sendo a anônima sócia gerente de outra sociedade, esse poder de gestão seria, de fato, atribuído aos administradores da companhia, isto é, a pessoas não nomeadas no contrato social, não substituíveis nem demissíveis por decisão dos sócios.

Ainda aqui, redarguiu a doutrina, os argumentos são extremamente fracos. Quanto ao primeiro deles, como observou Giuseppe Ferri,¹⁰ porque prova demais. Se a participação de uma sociedade anônima em outra sociedade de pessoas implicasse um excesso de poderes administrativos dos seus diretores, então não se vê por que seria lícita a participação de uma sociedade anônima em outra sociedade anônima, que o Código Civil italiano expressamente prevê e disciplina. O problema seria idêntico, não podendo merecer soluções discrepantes. Por outro lado, argüir esse tipo de participação de incompatível com a estrutura administrativa das sociedades de pessoas é afastar, arbitrariamente, o fato de que gerente da sociedade de pessoas não é o administrador da sociedade anônima e sim esta mesma, enquanto pessoa jurídica, isto é, enquanto centro autônomo de imputação de relações jurídicas. É esta pessoa jurídica, nomeada gerente social, que pode ser excluída da gerência. Os diretores da sociedade anônima gerente são meros delegados ou órgãos da pessoa jurídica.¹¹

⁹ Sic, Ascarelli, *Problemi Giuridici*, cit., II, p. 469.

¹⁰ *Le Società*, Turim, 1971, p. 93.

¹¹ Caterina Stolfi, *Transformazione di società e partecipazione di una persona giuridica quale socio accomandante*, *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1969, II, p. 295.

C) *Direito alemão*

4. Convém, agora, relatar a solução favorável que mereceu o problema em outro sistema jurídico, no qual também se verifica uma omissão legislativa a respeito.

No direito alemão, interpretando o Código Comercial de 1897, omisso quanto ao assunto, a jurisprudência decidiu, pacificamente, que nenhum obstáculo de ordem jurídica impede a participação de uma sociedade por ações, ou de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em qualquer das sociedades comerciais de pessoas (*offene Handelsgesellschaft*), disciplinadas naquele Código. Aliás, no direito germânico, a classificação das sociedades segue outro princípio: o da existência ou não de personalidade jurídica. As sociedades reguladas no Código Comercial não têm personalidade jurídica, diferentemente das sociedades por ações e das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

A doutrina alemã que, a princípio, manifestara certas dúvidas quanto à solução jurisprudencial, veio depois, em sua grande maioria, a adotá-la, com argumentos semelhantes aos que foram excogitados pelos autores italianos.¹²

Aliás, por razões de ordem fiscal, a prática alemã criou, com grande êxito, um novo tipo de sociedade que utiliza essa combinação de limitação e ilimitação de responsabilidade, com

¹² Confira-se, por exemplo, o que escreve Alfred Hueck em seu conhecido manual *Gesellschaftsrecht*, 13.^a ed., Munique e Berlim, 1965, p. 54: "Pelos adversários (da tese da participação de sociedades personificadas em uma sociedade comercial sem personalidade jurídica) tem sido principalmente objetado que, se pessoas jurídicas de direito privado, cujos membros têm sempre responsabilidade limitada, como as sociedades por ações ou por quotas de responsabilidade limitada, pudessem ser sócias de uma sociedade comercial de pessoas (*offene Handelsgesellschaft*), na verdade não haveria responsabilidade ilimitada dos sócios desta. A objeção desconhece o fato de que a pessoa jurídica constitui um ente autônomo (*eine selbständige Einheit*), e que, portanto, a participação de uma pessoa jurídica em uma sociedade comercial de pessoas significa, simplesmente, que o seu patrimônio, e não o de seus membros, responde ilimitadamente."

a existência ou inexistência de personalidade jurídica: a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. Kommanditgesellschaft*, abreviadamente *GmbH & Co. KG*, isto é, sociedade por quotas de responsabilidade limitada & companhia, em comandita. Comanditada é sempre a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.¹³

D) *Legislações que admitem, implícita ou explicitamente, a participação de sociedades de capitais em sociedades de pessoas*

5. Atualmente, já um bom número de legislações admite, de forma implícita ou expressa, que uma sociedade de capitais seja sócia de sociedades de pessoas.

Assim, por exemplo, na Grã-Bretanha, o *Partnership Act* de 1890, ao definir a *partnership* como uma *relationship which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit* (art. 1.º), deixou aberta a porta para a admissão de *partnerships* entre *companies*, pelo emprego do termo genérico *persons*,¹⁴ que significa, usualmente, pessoas físicas e jurídicas. O *Registration of Business Names Act*, de 1916, veio confirmar essa conclusão ao dar a seguinte interpretação para o termo *firm*: "*Firm*" shall mean an unincorporate body of two or more individuals, or one or more individuals and one or more corporations, or two or more corporations, who have entered into partnership with one another with a view to carrying on business for profit (art. 22).

Nos Estados Unidos, os Tribunais se pronunciaram, inicialmente, contra a licitude da constituição de *partnerships* com *corporations*, entendendo que o poder dos *partners* de gerir em conjunto os negócios sociais e de obrigar a todos com uma

¹³ Cf. A. Hueck, op. cit., p. 10; e, também, Thomas Gros, *La GmbH & Co. KG, forme particulière de société commerciale du droit allemand. Revue des Sociétés*, 1972, n.º 4, p. 657.

¹⁴ Cf. P. W. D. Redmond, *Miles Taylor's Partnership Law*, Londres, 1966, p. 11.

única assinatura, seria incompatível com a regra legal de que a *corporation* é administrada pelo seu *board of directors*. Tal argumento, como salientou um autor,¹⁵ implica, por um lado, uma visão muito superficial da extensão dos poderes administrativos dos dirigentes de sociedades anônimas; por outro lado, ele ignora as limitações de poderes dos *partners*, decorrentes do objeto social, bem como o poder de dar por finda a sociedade a qualquer tempo.

Mas desde o início do século, nos Estados Unidos, o *Uniform Partnership Act* e o *Uniform Limited Partnership Act*, elaborados sob o patrocínio dos *Commissioners on Uniform State Laws*, passaram a admitir, claramente, a solução repudiada pelos Tribunais. Ora, esses modelos legais foram, ao depois, adotados como lei por quase todos os Estados da federação norte-americana. Em seu art. 6.º, o *UPA* define a *partnership*, nos moldes da lei britânica de 1890, como *an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit*; sendo que *persons*, de acordo com uma das definições preliminares desse modelo legal (art. 2.º), *includes individuals, partnerships, corporations, and other associations*.

Desde então, os tribunais norte-americanos, sem repudiar expressamente a sua orientação anterior, passaram a admitir a licitude de *partnerships* entre *corporations*, quando aquelas se denominam *joint ventures*. Bastou, portanto, como salienta Bromberg, simples troca de etiqueta, pois a diferença jurídica entre *partnerships* e *joint venture*, se existente, é mínima.¹⁶ Em qualquer hipótese, mesmo não se denominando *joint ventures*, as *partnerships* com um sócio pessoa jurídica (*corporation*) são plenamente válidas e incontestáveis, quando a *corporation* possui todos os poderes de gestão como *partner*, máxime se ela é a única sócia gerente. Por outro lado, se se trata de um *limited partner*, ou seja, sócio com responsabilidade limitada, a juris-

¹⁵ Alan R. Bromberg, *Crane and Bromberg on Partnership*, W. Paul, 1968, p. 53.

¹⁶ Op. cit., p. 54.

prudência entende que essa limitação de riscos está incluída nos poderes administrativos dos diretores da *corporation*, não havendo delegação alguma.¹⁷

É de se salientar, aliás, que a maior parte das legislações estaduais já aderiu ao *Model Business Corporation Act*, elaborado pela *American Bar Association*, o qual prescreve que, independentemente de expressa autorização estatutária, toda *corporation* tem poderes para associar-se a *other domestic or foreign corporations, associations, partnerships or individuals* (art. 4.º, "g"). Na verdade, a extensa enumeração de poderes, incluídos na capacidade da *corporation* mesmo na ausência de disposição estatutária, conforme se lê nesse art. 4.º do *Model Business Corporation Act* (nada menos do que dezessete alíneas), bem como a norma geral do seu art. 7.º,¹⁸ tornaram praticamente caduca a tradicional doutrina do *ultra vires*.

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ "§ 7. DEFENSE OF ULTRA VIRES

No act of a corporation and no conveyance or transfer or real or personal property to or by a corporation shall be invalid by reason of the fact that the corporation was without capacity or power to do such act or to make or receive such conveyance or transfer, but such lack of capacity or power may be asserted:

(a) *In a proceeding by a shareholder against the corporation to enjoin the doing of any act or the transfer of real or personal property by or to the corporation. If the unauthorized act or transfer sought to be enjoined is being, or is to be, performed or made pursuant to a contract to which the corporation is a party, the court may, if all of the parties to the contract are parties to the proceeding and if it deems the same to be equitable, set aside and enjoin the performance of such contract, and in so doing may allow to the corporation or to the other parties to the contract, as the case may be, compensation for the loss or damage sustained by either of them which may result from the action of the court in setting aside and enjoining the performance of such contract, but anticipated profits to be derived from the performance of the contract shall not be awarded by the court as a loss or damage sustained.*

(b) *In a proceeding by the corporation, whether acting directly or through a receiver, trustee, or other legal representative, or through*

Na França, a lei sobre as sociedades mercantis de 1966, superando as hesitações que se manifestaram por ocasião de sua elaboração, acabou reconhecendo a admissibilidade de uma pessoa jurídica ser sócia em nome coletivo. O art. 12 dessa lei, após declarar que nesse tipo social todos os sócios têm poderes de gerência, salvo cláusula contrária dos estatutos, acrescenta: *Si une personne morale est gérant, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent*. Resolveu assim, de modo rigorista, o problema especioso que se levantou na Itália a respeito da "substituição" do sócio pessoa jurídica, nos poderes de gerência. Como foi observado,¹⁹ essa permissão legal tende a facilitar sobremaneira o emprego da sociedade em nome coletivo como forma jurídica das subsidiárias de grandes sociedades.

No México, a lei geral de sociedades mercantis de 1934, ao declarar em seu art. 6.º, I, que "o ato constitutivo de uma sociedade deve conter os nomes, nacionalidade e domicílio das pessoas físicas ou jurídicas que constituem a sociedade", parece haver reconhecido, sem limitações, a participação de sociedades no capital de outras.

¹⁹ René Roblot, *Traité Élémentaire de Droit Commercial de Georges Ripert*, t. I, 8.ª ed., 1974, n.º 840, embora falando em "anomalia jurídica".

shareholders in a representative suit, against the incumbent or former officers or directors of the corporation.

(c) *In a proceeding by the Attorney General, as provided in this Act, to dissolve the corporation, or in a proceeding by the Attorney General to enjoin the corporation from the transaction of unauthorized business".*

No direito inglês, como informa Gower, inúmeros expedientes são utilizados para corrigir o formalismo do princípio, redundando na sua revogação prática (cf. *The Principles of Modern Company Law*, 3.ª ed., Londres, 1969, p. 87 e segs.).

No direito colombiano, o recente Código Comercial de 1971 deu resposta positiva ao problema em exame. Declarou, em seu art. 295, que "qualquer sociedade mercantil poderá participar de sociedades em nome coletivo, quando assim decida a assembléia ou reunião dos sócios, por votação unânime".

6. Do exame comparativo do direito estrangeiro, verifica-se a diversidade de respostas dadas ao problema, bem como a diferença de forma nas soluções apontadas. Ora é a lei que regula a questão; ora a doutrina e a jurisprudência, diante da omissão legal. Há legislações que proíbem a participação de sociedades em geral (direito suíço) ou de sociedades de capitais (direito argentino) em sociedades de pessoas. Outras há, como a inglesa, a norte-americana, a francesa ou a colombiana, que contêm dispositivo expresso, autorizando esse tipo de participação. Face à omissão legal, na Itália a jurisprudência nega e a doutrina admite a possibilidade dessa participação social; enquanto na Alemanha, tanto a jurisprudência (sempre) quanto a doutrina (agora) são favoráveis à solução positiva.

Daí se podem extrair, segundo pensamos, duas conclusões preliminares, que guiarão o raciocínio para a análise do problema, no direito brasileiro. A primeira é de que não há nenhuma impossibilidade de natureza, ou essencial, em que uma sociedade de pessoas seja composta, total ou parcialmente, de sociedades de capitais como suas sócias. A segunda conclusão é de que, na omissão de regra legal expressa, a solução deve ser encontrada por meio da análise do sistema jurídico e, especificamente, da estrutura de cada uma das sociedades de capitais e de pessoas em causa.

II

Direito Brasileiro

Examinemos o problema, sucessivamente, à luz das normas próprias do direito acionário brasileiro, e em função das que regem, entre nós, a estrutura e o mecanismo das sociedades

em nome coletivo, paradigmas, respectivamente, das sociedades de capitais e das sociedades de pessoas.

A) *Direito acionário*

7. A norma do art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 6.404, de 1976 ("a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades"), muito mais do que a legalização das participações societárias de companhias (que nunca ninguém contestou, entre nós), veio antes admitir, de modo expresso, a possibilidade jurídica da *holding* pura, sob a forma de sociedade por ações.

As participações sociais referia-se, incidentemente, o Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, ao regular o balanço das companhias. "Se a sociedade participar de uma ou mais sociedades, ou delas possuir ações", dizia-se em seu art. 135, § 2.º, "do balanço deverão constar, sob rubricas distintas, o valor da participação ou das ações e as importâncias dos créditos concedidos às ditas sociedades". Note-se a locução alternativa "se a sociedade participar de uma ou mais sociedades, ou delas possuir ações": ela já indica a expressa admissão de que essa participação social se fizesse não apenas em sociedades acionárias, mas também nas demais. Mas o revogado Decreto-Lei não parecia admitir, pelo menos explicitamente, que uma companhia tivesse por objeto unicamente participar de outras sociedades, como agora é reconhecido pela Lei n.º 6.404.

Essa ampla admissibilidade da participação societária não se verifica apenas com a norma citada no art. 2.º, § 3.º. Reconhecendo a grande realidade empresarial dos nossos dias, a nova lei de sociedades por ações disciplinou extensamente os grupos societários, como autênticas sociedades de sociedades, ou sociedades de segundo grau (capítulos XX, XXI e XXII).

Na realidade, nenhum obstáculo deparamos, no sistema da Lei n.º 6.404, para a participação de companhias em sociedades de pessoas, como as em nome coletivo. As objeções suscitadas no direito norte-americano, acerca de um suposto excesso de poderes dos administradores, ao representar a *corporation* em

outras sociedades, não encontram, em nossa legislação, o menor fundamento. Esses poderes administrativos dos diretores, no Brasil, são fundados mais no objeto social do que em autorizações específicas dos estatutos. "Ainda que não prevista no estatuto", diz o mencionado art. 2.º, § 3.º, da Lei n.º 6.404, "a participação (social) é facultada como meio de realizar o objeto social". Aliás, nos próprios Estados Unidos, como salientado acima, a teoria do *ultra vires* está desacreditada. Quando a nossa lei declara que "o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa" (art. 154), não está limitando, antes enfatizando os poderes do administrador social na realização do objeto social, que pode justamente consistir na participação em outras sociedades; ou então pressupô-la, como forma indireta dessa realização.

B) Normas específicas das sociedades em nome coletivo

8. Pela leitura das normas contidas nos arts. 315 e 316 do Código Comercial, percebe-se que, para o legislador de 1850, as sociedades em nome coletivo não tinham personalidade jurídica. Os sócios reunir-se-iam "para comerciar em comum". Embora alguns pudessem não ser comerciantes, nessa hipótese eles não emprestavam seus nomes para fazer parte da firma social.

Essa impessoalidade foi superada, como sabido, em nosso Direito. Com isto, perderam sentido essas regras específicas, que pressupunham, justamente, a ausência de constituição de uma pessoa jurídica. Pois, admitida esta, é a pessoa coletiva que exerce o comércio, não os sócios. A qualidade de comerciante destes últimos deixa, portanto, de ser indispensável à formação da sociedade.

Todavia, ainda que não tivesse havido, em nosso Direito, a personalização das sociedades em nome coletivo regulares, tal não seria obstáculo, por si só, a que suas sócias fossem pessoas

jurídicas. Recorde-se que as *offene Handelsgesellschaften*, no direito alemão, não têm personalidade jurídica e, nem por isso, a jurisprudência e a doutrina germânicas excluem a possibilidade de que tais sociedades sejam constituídas por pessoas jurídicas.

9. Igualmente sem importância para a solução do problema, a nosso ver, o fato de as normas dos arts. 315 e 316 do Código Comercial, como de resto todas as demais em matéria de sociedades, empregarem termos e expressões mais adequados a pessoas físicas do que a jurídicas, quando se referem aos sócios. Semelhante estilo é freqüente em normas jurídicas, em razão da nota de generalidade, que é uma de suas características.

Assim, por exemplo, a utilização de substantivos comuns de dois é abundante no Código Civil, como "homem", "cônjuge", "herdeiro", "devedor", "credor", "irmão", "adotante", "adotado", etc. Nada impede, obviamente, que a regra em que se encontram tais substantivos seja compreendida como englobando também o gênero feminino.

Analogamente, na Lei de Falências, onde se lê "falido", o intérprete sempre entendeu, também, "sociedade falida".

10. Tampouco impede a constituição de sociedade de pessoas com sociedades de capitais a suposta incompatibilidade entre o regime de responsabilidade limitada de um tipo societário e o de ilimitação de responsabilidade do outro. Tem inteira aplicação, entre nós, a observação da doutrina italiana, segundo a qual essa objeção procede de uma lamentável confusão entre responsabilidade da sociedade e responsabilidade do sócio. A alegada limitação é sempre deste, não daquela. Ora, quando uma sociedade por ações é sócia em nome coletivo, com pessoas físicas ou outras sociedades, não há limitação alguma de responsabilidade, nem da sociedade em nome coletivo nem dos seus sócios. Quanto à sociedade em nome coletivo, porque, como toda sociedade, sempre responde, com a integralidade do seu patrimônio, pelas obrigações em seu nome contraídas.

Quanto aos sócios, porque essa ilimitação é expressamente estabelecida em lei (Código Comercial, art. 316).

11. Caberiam, porém, algumas precisões adicionais a esse argumento.

De acordo com a análise dualista da obrigação, a responsabilidade é apenas um dos elementos da relação obrigacional, do lado do sujeito passivo. Ela supõe a existência de uma dívida, que vem a ser o outro elemento componente da relação.²⁰ Quando se diz, em matéria societária, que o sócio é responsável, importa saber quem é o titular da dívida em função da qual existe essa responsabilidade. Há, aí, três possibilidades: 1. o próprio sócio; 2. os outros sócios; 3. a sociedade.

A responsabilidade por débito próprio do sócio é sempre ilimitada, tal como a responsabilidade da sociedade pelas dívidas sociais. Assim, quando a lei de sociedades por ações declara que “a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas” (art. 1.º), comete uma impropriedade técnica. A responsabilidade do subscritor ou adquirente de ações é sempre por dívida própria, não por débito social. Como tal, não há limitação alguma de responsabilidade: o subscritor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, pelo adimplemento da obrigação que assumiu de pagar o preço de emissão.

Nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pelo teor do art. 9.º do Decreto n.º 3.708 de 1919, os sócios quotistas tampouco respondem por dívidas sociais. A obrigação de integralizar quotas subscritas é, obviamente, dos próprios sócios. Apenas, contrariamente ao que ocorre em matéria de sociedade anônima, o quotista pode responder por débito dos outros quotistas, ademais de assumir responsabilidade por débito próprio. Ele é responsável “pela parte que faltar para preencher o pagamento das quotas não inteiramente liberadas”, sejam

²⁰ O nosso *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, Paris, 1964.

elas suas ou alheias. Aí sim, pode-se falar em limitação de responsabilidade.

Já nas demais sociedades de pessoas, os sócios chamados solidários respondem pelas dívidas sociais. Mas essa responsabilidade é sempre ilimitada, tal como a da própria sociedade: enquanto não solvido o passivo social e à falta de bens sociais (Cód. Comercial, art. 350), os credores da sociedade podem investir contra todos os bens componentes do ativo patrimonial do sócio. Por isso mesmo, na falência da sociedade, os chamados sócios solidários, embora não considerados falidos, ficam sujeitos a todos os efeitos da sentença de quebra, tendo seus bens particulares arrecadados para a formação de massas distintas (Lei de Falências, arts. 5.º e 71).

Ao assumir a qualidade de sócia de uma sociedade em nome coletivo, a companhia toma sobre si, *ipso facto*, uma responsabilidade por débito alheio. Representa isto uma violência ao mecanismo próprio da sociedade por ações, ou uma não-obe-diência à delimitação dos poderes dos seus administradores? Não nos parece. Já frisamos que o exercício dos poderes de gestão de conselheiros e diretores de uma companhia é julgado, primacialmente, em função do objeto social. Se o objeto da companhia não exclui a participação em outras sociedades, a subscrição de capital em sociedade de pessoas não pode considerar-se excessiva ou abusiva, em relação ao patrimônio da anônima. A assunção de responsabilidades em nome da companhia, por si só, não é matéria vedada aos administradores. O que a lei proíbe é “o ato de liberalidade à custa da companhia” (Lei n.º 6.404, art. 154, § 2.º, *a*) ou seja, o empobrecimento do patrimônio social, a alienação ou oneração sem contra-partida e não comandada pelo interesse social. O Decreto-Lei n.º 2.627, aliás, acrescentava, nesse particular, a proibição de “hipotecar, empenhar ou alienar bens sociais, sem expressa autorização dos estatutos ou da assembléia geral, salvo se esses atos ou operações constituírem objeto da sociedade” (art. 119). A nova lei suprimiu o acréscimo, por supérfluo, pois tudo o que se compreende no objeto social cai na esfera de atribuições adminis-

trativas dos diretores. Ora, o ingresso em sociedade mercantil não é, de forma alguma, confundível com um ato de liberalidade à custa da companhia. Esta última assume, com a condição de sócia, não apenas deveres, ônus ou responsabilidades; mas também direitos, poderes e faculdades. Não há, em tese, empobrecimento do patrimônio social, mas ato de comércio com intuito lucrativo.

12. A outra precisão que gostaríamos de trazer, neste assunto, diz respeito à evidente confusão que lavra, no espírito dos opositores à tese que sufragamos, quanto à natureza da responsabilidade do sócio. Confunde-se, claramente, *responsabilidade jurídica* com *capacidade econômica*, subentendendo-se que o ingresso de sociedades de capitais em sociedades de pessoas visaria a fraudar o princípio da garantia adicional que estas últimas oferecem perante os terceiros credores, consistente na responsabilidade subsidiária dos sócios. Imagina-se que a sociedade em nome coletivo seria constituída por companhias de reduzido patrimônio, ou já sem recursos, tornando portanto ilusória a garantia suplementar que esse tipo social confere aos credores.

Se assim fosse, é de se perguntar por que seria lícita a constituição de uma sociedade em nome coletivo por pessoas físicas de poucos recursos? O Código Comercial, em seus arts. 300 e seguintes, porventura põe como uma das condições essenciais do contrato de sociedade que todas as partes sejam abonadas ou economicamente poderosas?

Manifestamente, não se pode raciocinar com base na possibilidade de fraude para se estabelecerem princípios gerais, pois toda regra jurídica é suscetível de elusão, com maior ou menor habilidade, em sua aplicação concreta.

13. Que dizer-se, então, da propalada incompatibilidade de convivência social entre sociedades *intuitu personae* e *intuitu pecuniae*? Seria lamentável, em primeiro lugar, que o intérprete contemporâneo voltasse a querer extrair regras concretas de simples conceitos ou, o que é pior, de meras fórmulas

simplificadoras, inexistentes nos textos legais. Ademais, com a transformação atual do direito acionário, conseqüente à introdução de considerações de caráter pessoal e mesmo personalíssimo, como a figura do controlador e os acordos de acionistas, pode-se ainda, com a mesma tranquilidade de antanho, afirmar que o mecanismo de funcionamento de uma companhia é sempre *intuitu pecuniae* e não *personae*?

14. Outra dificuldade a ser examinada é a questão da constituição e uso da firma social.

Característica essencial da sociedade em nome coletivo é a de ser uma sociedade com firma. Essa nota distintiva entra, aliás, na própria designação desse tipo societário, no Código Comercial: sociedade em nome coletivo ou com firma. Os sócios se unem “para comerciar em comum, debaixo de uma firma social” (art. 315).

“Firma ou razão comercial”, define o Decreto n.º 916, de 1890, “é o nome sob o qual o comerciante ou sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes” (art. 2.º). Característica da firma, como espécie do gênero “nome comercial”, por conseguinte, consiste em ser assinada.

Por outro lado, a sociedade anônima não pode ter firma, devendo designar-se, sempre, por uma denominação social. Para evitar possível confusão com sociedades de pessoas, a lei veda a utilização da expressão “companhia” ao final da denominação (Lei n.º 6.404, art. 3.º).

Como fazer-se, então para compor a firma ou razão de uma sociedade em nome coletivo constituída unicamente por companhias? “A firma de sociedade em nome coletivo”, determina o citado Decreto n.º 916, “deve, se não individualizar todos os sócios, conter pelo menos o nome ou firma de um com o aditamento por extenso ou abreviado — “e companhia” —, não podendo dela fazer parte pessoa não comerciante” (art. 3.º, § 1.º). Observe-se que a lei fala em “nome ou firma” dos sócios. Sem dúvida, o legislador quis, com isso, referir-se à possibilidade de existirem sócios não comerciantes. Mas, omitindo o qualifica-

tivo "civil" à palavra "nome", a lei enseja, legitimamente, a exegese ampliativa, no sentido de nome comercial também. Este, como sabido, é gênero, de que constituem espécies a firma ou razão e a denominação social.

Note-se que, embora composta de denominação ou denominações sociais, nem por isso a firma perderá essa sua característica. É a firma, enquanto nome comercial da sociedade em nome coletivo, que se inscreve no Registro do Comércio, não a denominação das companhias sócias. Estas últimas transmudaram-se naquela. Não há, pois, por que invocar-se a norma proibitiva do art. 13 do Decreto n.º 916, ou do § 3.º do art. 67 do Decreto n.º 57.651, de 1966.

Nem se alegue a existência de algum hibridismo no nome comercial assim composto, em razão da sua origem. A sociedade em nome coletivo, constituída por sociedades anônimas, terá sempre firma, composta dos nomes das suas sócias; e essa firma será assinada pelas sócias gerentes. Da mesma forma, o nome civil da pessoa natural entra a fazer parte da firma, sem que esta última perca a sua natureza de nome comercial.

15. Restaria, por derradeiro, a aparente dificuldade suscitada pelo fato de o sócio pessoa jurídica dever exercer seus direitos e poderes, no seio da sociedade em nome coletivo, por intermédio de representantes legais.

Tal fato não parece constituir obstáculo à solução do problema. Em matéria de sociedade anônima, sempre se admitiu que o acionista pessoa jurídica atuasse legitimamente, perante a companhia, por intermédio de seus representantes legais, até mesmo para o exercício de direitos não-patrimoniais, como voto (Lei n.º 6.404, art. 126, § 4.º). Por que haveria de ser diferente nas sociedades de pessoas?

Dir-se-á que a lei cria responsabilidades de cunho personalíssimo, que não podem ser atribuídas a patrimônios coletivos. Sem dúvida. Mas nos casos em que isto acontece, a própria lei dá a solução, que consiste em endereçar a norma ao próprio representante legal da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, "ressalvados os direitos reconhecidos aos sócios solidariamente

responsáveis pelas obrigações sociais, as sociedades falidas serão representadas, na falência, pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficarão sujeitos a todas as obrigações que a presente lei impõe ao devedor ou falido, serão ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido, e incorrerão na pena de prisão nos termos do art. 35" (Lei de Falências, art. 37).

Foi, sem dúvida, para individualizar esse tipo de responsabilidade na gestão social, que a Junta Comercial do Estado de São Paulo impôs, ao admitir a pessoa jurídica, natural ou estrangeira, como gerente da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, "que o exercício efetivo da gerência seja por ela atribuído expressamente a representante legal ou delegado, residente e domiciliado no Brasil, devidamente designado e qualificado no instrumento" (Deliberação n.º 2/74). Tal exigência é, sem dúvida, legítima, embora não indispensável ao funcionamento do mecanismo social. De qualquer forma, ela confirma, indiretamente, o acerto do entendimento de que as pessoas jurídicas podem ser sócias de qualquer sociedade mercantil, sem que a necessária representação legal constitua obstáculo jurídico a esse efeito.