

TEMAS DE DIREITO SOCIETÁRIO E EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEOS

Liber Amicorum

Prof. Dr. ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

Coordenação de

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

Alcides Tomasetti Jr. • Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Aline de Menezes Santos Aragão • Amir Achcar Bocayuva Cunha
Antônio Carlos Malheiros • Arnaldo Malheiros Filho
Arthur Bardawil Penteadó • Caetano Lagrasta Neto • Carlos Klein Zanini
Daniella Neves Reali Fragoso • Eduardo Secchi Munhoz
Erick Corvo • Erik Frederico Oioli • Evandro Fernandes de Pontes
Evy Cynthia Marques • Fábio Nusdeo • Flávio Luiz Yarshell
Francisco Antunes Maciel Müssnich • Francisco Satiro
Gilberto Morelli Andrade • Gustavo Akkerman • Herbert Wiedemann
João Pedro Barroso do Nascimento • José Alexandre Tavares Guerreiro
José Carlos Moreira Alves • José Ignácio Botelho de Mesquita
José Marcelo Martins Proença • José Virgílio Lopes Enei
Julian Fonseca Peña Chediak • Luiz Antônio de Sampaio Campos
Luiz Gastão Paes de Barros Leães • Manoel de Queiroz Pereira Calças
Manoel Justino Bezerra Filho • Marcelo Fernandez Trindade
Marcelo Roberto Ferro • Marcelo Vieira von Adamek
Marco La Rosa de Almeida • Maria Eugênia Finkelstein
Maria Isabel de Almeida Alvarenga • Maria Isabel do Prado Bocater
Mauro Bardawil Penteadó • Modesto Carvalhosa • Nelson Eizirik
Newton De Lucca • Otto Carlos Vieira Ritter von Adamek
Patrícia Barbi Costa • Paula A. Forgioni • Paulo Cezar Aragão
Paulo Fernando Campos Salles de Toledo • Paulo Salvador Frontini
Pedro Testa • Roberto Delmanto • Sérgio I. Eskenazi Pernidji
Sheila Christina Neder Cerezetti • Valdo Cestari de Rizzo • Walter Ceneviva

**MALHEIROS
EDITORES**

A UNICIDADE DO REGRAMENTO JURÍDICO DAS SOCIEDADES LIMITADAS E O ART. 1.053 DO CÓDIGO CIVIL. USOS E COSTUMES E REGÊNCIA SUPLETIVA

PAULA A. FORGIONI

1. O estudo do direito comercial, em sua perspectiva histórica, demonstra ser impossível a revogação a penas de suas tradições. Nele, a força dos usos e costumes é de tal sorte que, embora ignorada por muitos, acaba por enformar não apenas a atuação dos agentes econômicos, mas principalmente as *decisões dos tribunais*. Em que pese às críticas – muitas vezes injustas – desferidas contra a jurisprudência comercial brasileira, é inegável que as decisões, vistas com a distância do tempo, não apenas guardam entre si certo sentido, mas também apontam o caminho da evolução da disciplina jurídica do mercado.

A prática mercantil vai muito além do papel que lhe é tradicionalmente reservado pela manualística, invocada, quando muito, como resquício histórico relacionado ao nascimento medieval do direito comercial. Os usos e costumes ligam-se não apenas ao poder criador da classe mercantil, que constantemente faz surgir novas soluções para problemas econômicos, mas também à resposta dada a essa atividade pelos tribunais. O direito comercial não existe sem os julgados, e, por sua vez, o resultado dessa corrente de decisões condiciona a atuação dos agentes econômicos, fechando um ciclo que não pode ser ignorado pelo intérprete do Direito.

O texto legal inicialmente interpretado pelos empresários (e por seus assessores), as práticas que estes implementam nos limites deixados à autonomia privada pelo direito objetivo, a reação dos tribunais a esses comportamentos e a interpretação que os juízes dão aos mesmos textos normativos trazem como resultado a formação da ordem jurídica do mercado. Assim, os usos e costumes não surgem apenas da atuação livre dos comerciantes, mas de seu comportamento *condicionado* pelas características do ambiente em que desempenham seus negócios, pelos textos normativos e pelas decisões dos tribunais.

2. Muitos sustentam existir espécie de “seleção natural” dos usos e costumes. Determinada prática, imaginada por um agente econômico, é co-

piada e novamente replicada até se transformar em regra, cujo seguimento é esperado daquele que atua em determinado mercado. Assim, as “invenções” eficientes prevaleceriam espontaneamente sobre as menos adequadas.

Essa afirmação encerra, contudo, apenas *meia* verdade: os usos e costumes são depurados pela prática, que pode mostrar aos agentes econômicos os caminhos mais “eficientes”, mas também são trabalhados pela pena nos tribunais ao interpretarem fatos e textos normativos. *Nunca é demais lembrar*: o julgador não se prende somente ao texto da lei, debruçando-se também sobre os fatos do caso concreto trazidos ao seu conhecimento. *Portanto, um costume não aceito pelos tribunais – isto é, por eles considerado violador de norma jurídica – acaba desautorizado ou simplesmente não se consolida.*

Dizendo-o de outro modo: suponha-se que uma empresa realize determinado negócio jurídico, até então pouco usual, que entende lícito. A prática mostra-se economicamente vantajosa e, rapidamente, outros agentes econômicos copiam-na. Passado algum tempo, os tribunais, interpretando/aplicando textos normativos, consideram que o original negócio é, na verdade, ilegal. No torvelinho do mercado, não mais será prudente adotar a prática – e, portanto, esta não se perpetuará, ainda que, em um primeiro momento, se tenha mostrado eficiente; diante da *orientação jurisprudencial*, há forte *desestímulo* à sua implementação por parte de outros agentes.

Em conclusão: os usos e costumes refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência.

3. Daí que as decisões jurisprudenciais ligam-se à dinâmica do direito comercial moderno mais do que se costuma supor. Em várias matérias, longe de serem julgados desconectados, mostram-se importante força que auxilia a modelagem das regras seguidas e criadas pelos comerciantes.

Não obstante, no Brasil o estudo da jurisprudência mercantil acaba relegado a segundo plano, muitas vezes vista como mera consequência do comportamento isolado de alguns agentes econômicos, e não como elemento fundamental do condicionamento desse mesmo comportamento. Nas últimas décadas, também como decorrência de um Positivismo exacerbado, a atividade jurisprudencial na área mercantil tem sido desprezada, ao mesmo tempo em que se destaca a “incontrolável discricionariedade” dos julgadores. A atividade dos tribunais acaba vista como “fator de desestabilização do sistema”, e não como possível sinalizador, para os agentes econômicos, dos comportamentos que serão admitidos e integrados à ordem jurídica. Ou seja, o estudo jurisprudencial acaba encarado como fator de aumento das incertezas, e não possível instrumento de sua redução.

4. Um dos mais eloquentes exemplos da visão equivocada da função dos usos e costumes e da jurisprudência comercial na formação do mer-

cado corporifica-se no tratamento doutrinário normalmente reservado às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. Introduzidas no Brasil pelo Decreto 3.708/1919, tornaram-se ao longo de quase nove décadas o tipo societário mais comum no País. Esse diploma, com menos de 20 artigos, foi sendo interpretado/aplicado pelos agentes econômicos e pelos tribunais de forma a dar lugar a disciplina jurídica bastante peculiar; *texto normativo, prática mercantil e decisões judiciais brasileiras mesclaram-se, determinando a formação desse tipo societário em nosso País*. Impossível, pois, conhecer o conjunto de regras e de princípios que regem as sociedades limitadas a partir apenas da lei: *exige-se o absoluto domínio de sua evolução histórica*.

Lembremos, a título exemplificativo, do longo processo que culminou na admissão da dissolução parcial da sociedade em virtude da vontade de apenas um de seus sócios. De início, o art. 15 do Decreto 3.708 autorizava a retirada do sócio somente na hipótese de discordância com a alteração do contrato social, garantindo o recebimento dos haveres, calculados “na proporção do último balanço aprovado”. Entretanto, os agentes econômicos, visando ao recebimento de sua participação em valores de mercado, insistiram na dissolução total da sociedade, buscando embasamento no art. 335, V, do Código Comercial. A jurisprudência nacional aos poucos consolidou a ideia de que, por um lado, o direito de retirada não poderia ser negado ao sócio e, de outro, que a preservação do ente produtivo exigia sua continuidade.

Disseminada a criação pretoriana da dissolução parcial, o instituto ganha progressivo prestígio entre os magistrados, que alargam suas fronteiras. Consagra-se, assim, a possibilidade de expulsão de sócios do quadro societário, cuja motivação, em última instância, repousa sobre a preservação da empresa, como bem ressalta nosso mestre Avelãs Nunes: “Como consequência da evolução histórica da necessidade de conservação das empresas sociais, surgiu (...) um instituto (...) que depois passou para quase todas as legislações modernas: o direito de a sociedade excluir do seu seio o sócio que põe em perigo o normal desenvolvimento da sua empresa. A possibilidade de exclusão de sócios representa, na história das sociedades comerciais, um progresso jurídico traduzido na superação da linha tradicional de valoração individualista do interesse dos sócios e na afirmação do valor da empresa em si, com a necessidade consequente de defender sua continuidade”.¹

5. A observação da evolução jurisprudencial brasileira em matéria de sociedades limitadas leva-nos a identificar as vigas mestras de sua disciplina, ou seja, os temas principais ao redor dos quais foi sendo tecido o regramento jurídico desse tipo societário. Aqui, emergem não apenas a dissolu-

1. A. J. Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, 1ª ed., 2ª reimpr., Coimbra, Livraria Almedina, 2002, p. 17.

ção parcial, mas também a exclusão de sócio pela maioria do capital social, a possibilidade de alteração do contrato social por sócios que representam a maioria do capital (e não sua unanimidade), a penhora de quotas, a continuidade da sociedade com herdeiros do sócio premorto etc. Entremendo todas essas discussões colocava-se o questionamento sobre a melhor interpretação a ser dada ao art. 18 do decreto das limitadas, que dispunha: “Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anonimas”.

6. Outro aspecto que não podemos olvidar – e que muito auxilia a compreensão do regramento jurídico aplicável às limitadas – é que, em sua origem, a interpretação das questões a elas ligadas impregnava-se de espírito *individualista*, próprio do chamado *contratualismo* dominante no século XIX. Juridicamente, a sociedade limitada era apenas um *contrato*, com espírito não muito diverso dos outros disciplinados pelo Código Comercial.

Com efeito, em 1850 nosso Código Comercial apartava as sociedades comerciais em dois grandes grupos: as “companhias” e as “sociedades comerciais”. Estas, tidas como sociedades “contratuais”, eram vistas como mera corporificação da associação entre dois agentes econômicos que se uniam para comerciar em conjunto. Nesse prisma, nada mais natural que permitir que um deles, isoladamente, pudesse pôr fim ao contrato, se assim lhe aprouvesse.²

De outra parte, o Código Comercial disciplinava também as sociedades anônimas, que não poderiam se dissolver por vontade unilateral do acionista (cf. art. 295). O tipo de empreendimento ao qual a sociedade anônima seria destinada exigia que sua estrutura fosse dotada de maior *grau de estabilidade*: daí essa profunda diferença a apartá-la dos tipos societários “contratuais” previstos em nosso Código. Contava também – e muito – a possibilidade de limitação da responsabilidade da *totalidade dos acionistas* pelas obrigações sociais, conforme disposto no art. 298: “Os socios das companhias ou sociedades anonimas não são responsaveis a mais do valor das acções ou do interesse por que se houverem comprometido”.

7. Nesse quadro, por força de lei – e não da prática comercial – surgiu em 1919 as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. A vida mercantil reclamava tipo societário com limitação plena da responsabilidade

2. Em nossos dias, essa visão “individualista” ou “egoísta” poderia causar espanto em alguns, mas não podemos negar que ainda hoje aceitamos a mesma rota para outros contratos (não societários) que sustentam núcleos de atividade econômica. Tomemos, a título exemplificativo, o contrato de distribuição comercial: em que pese à disposição do art. 473 do Código Civil de 2002, em princípio, qualquer das partes pode lhe pôr fim. Há 50 não era muito diferente com as sociedades limitadas.

de dos sócios pelas obrigações sociais e que, ao mesmo tempo, se colocasse de forma mais maleável que as sociedades anônimas.

Diante do laconismo do texto do Decreto 3.708, seu art. 18, transcritas linhas acima, procurava indicar a forma de colmatação das lacunas da disciplina desse tipo societário. As discussões sobre a correta interpretação desse dispositivo foram bastante extensas, gravitando quase todas em torno da seguinte questão: prevendo o contrato social a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas em caso de lacuna, dever-se-ia completar os dispositivos do contrato social valendo-se dessa lei ou, ao invés, seria mais adequado socorrer-se antes da disciplina geral das sociedades mercantis, então previstas nos arts. 300 a 310 do Código Comercial?

O problema muito se afastava de mero exercício teórico, pois, nos casos concretos que se apresentavam aos tribunais, a adoção de uma ou de outra linha levaria a resultados diametralmente opostos. Em 1950 importante julgado do STF discutiu se o sócio minoritário poderia exigir que os livros sociais lhe fossem exibidos a qualquer tempo.³ A aplicação da parte geral das sociedades comerciais, em face do art. 290 do Código Comercial, levaria a resposta necessariamente positiva: “em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração e correspondência e do estado da caixa da companhia ou sociedade, sempre que o requerer; salvo tendo-se estabelecido, no contrato ou outro qualquer título da instituição da companhia ou sociedade, as épocas em que o mesmo exame unicamente poderá ter lugar”.

Fosse outra a solução, e a Lei das Sociedades Anônimas chamada a complementar diretamente o contrato social, o direito de exame dos livros haveria de ser negado a sócios que não possuíssem ao menos 5% do capital social e não conseguissem embasar seu pleito em decisão judicial (cf. art. 57 do Decreto-lei 2.627/1940).

Naquela histórica decisão Orozimbo Nonato deixa claro que “a sociedade por quotas não é uma sociedade anônima simplificada. A Lei da Sociedade Anônima absolutamente não é a subsidiária da sociedade por quotas. Segundo o mencionado art. 18, ela é ‘apenas subsidiária do contrato de sociedade por quotas’, aplicando-se a esta ‘no que não for regulado no estatuto social’. A Lei da Sociedade Anônima é supletiva da vontade das partes contratantes da sociedade por quotas, quando possível a sua aplicação. Mas não supre a vontade do legislador que estatuiu a sociedade por quotas. Com efeito, a sociedade por quotas é regulada pelas normas da lei própria e pelos arts. 300 a 302 do Código Comercial”. “O subsídio será à vontade das partes, e não à do legislador. De resto, o art. 2º da Lei da Sociedade por Quotas

3. STF, RE 16.234.

refere-se aos arts. 300 a 302 do Código de Comercio, ao tratar do título constitutivo da sociedade”.

8. Não pretendemos, aqui, reproduzir em sua inteireza o debate que se travou na doutrina sobre a disciplina jurídica das sociedades por quotas. Entretanto, é importante deixar consignado que, após décadas de discussões, consolidou-se o entendimento de que, justamente por não poderem ser reduzidas a uma “sociedade anônima de menores dimensões”, o contrato social deveria, antes de tudo, ser complementado com as regras gerais das sociedades comerciais para, se e quando fosse o caso, invocar *posteriormente* a Lei do Anonimato.

Isso fez com que a disciplina jurídica *concreta* das sociedades limitadas fosse sendo construída a partir da conjugação entre o decreto que especificamente as regulava e a parte geral contida no Código Comercial. Na ausência de previsão expressa do contrato, ninguém esperaria impedir um sócio de ter acesso aos livros societários e tampouco negar-lhe o direito de despedir-se da sociedade recebendo seus haveres. Igualmente se entendeu que ninguém poderia ser imposto ou impor-se como sócio de uma limitada, a não ser que houvesse acordo prévio permitindo essa inclusão, de forma que a “livre circulação das quotas” jamais foi princípio norteador das limitadas.

9. É apenas com o conhecimento desse contexto histórico que se pode pretender explicar o art. 1.053 do atual Código Civil, tentativa frustrada de pacificar discussões havidas em épocas passadas. Diante de nossa história, conseguimos reconhecer que em muitos aspectos a disciplina das limitadas no atual diploma reflete retrato confuso de alguns estágios *já superados* de sua evolução. Por vezes, analisando seus dispositivos, tem-se a impressão de olhar uma fotografia dos anos 60, amarelada pelo tempo, que em muito pouco corresponderia à realidade das sociedades efetivamente existentes às vésperas da promulgação do atual diploma. Congelou-se um tipo societário que não mais existia, para trazê-lo à luz no século XXI. Não bastasse, o Código procura solucionar problemas inerentes a um tipo societário artificialmente mumificado, não à sociedade limitada *efetivamente* existente neste início de século.

10. Para piorar ainda mais a situação, o Código de 2002 “cria” (ou, melhor, copia do *codice civile* italiano de 1942) o tipo da sociedade simples. Concebida para ser a típica sociedade de pessoas, *sua disciplina acaba por incorporar inúmeras regras gerais das sociedades comerciais, tal como vinham reguladas pelo Código de 1850*. Essa correspondência é inegável e exsurge cristalina da simples comparação dos textos normativos. Por exemplo, o art. 288 do antigo Código, que veda a sociedade leonina, encontra-se agora no art. 1.008. O direito à exibição dos livros comerciais, antes estipulado no art. 290, corresponde ao atual art. 1.021. Várias questões consolida-

das na jurisprudência sobre *limitadas* inspiraram artigos hoje constantes da disciplina da sociedade *simples*, como é o caso do art. 1.015.

11. Assim contextualizado o art. 1.053, voltemos ao seu teor. O *caput* parece bastante claro: a disciplina específica das limitadas há de ser completada com as regras das sociedades simples. Partindo da constatação de que a disciplina das sociedades simples “herdou” grande parte daquela que outrora constava da parte geral das sociedades comerciais de 1850, o texto normativo mostra sentido óbvio e mantém, *grosso modo*, nossa tradição: *aplicar as “regras gerais” naquilo que não conflitam (ou mesmo que puderem ser harmonizadas) com a disciplina específica das limitadas.*

Por sua vez, o parágrafo único do art. 1.053, que tantas discussões tem gerado, dispõe que “o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”. Interpretando esse dispositivo de forma sistemática e *de acordo com a realidade e tradição brasileiras*, não podemos chegar a conclusões outras senão as de que:

(i) A disciplina das limitadas é composta dos dispositivos específicos, que se complementam pelas regras gerais das sociedades simples que com eles forem harmonizáveis ou compatíveis. E:

(ii) Caso seja a vontade das partes, expressa no contrato social, a sociedade limitada (ou seja, o regramento da sociedade limitada, composto pelas regras específicas, por seu contrato social e pelas regras “gerais” das sociedades simples) clama pela disciplina “supletiva” (complementar) das sociedades anônimas.

Eis a verdadeira e única inovação com relação ao método de colmatação empregado pelo diploma anterior: agora, as partes podem decidir que a sociedade será eminentemente de pessoas e recusar a disciplina típica (suplementar) das sociedades de capitais. Mas essa regência supletiva vem suprir o regramento “total” das limitadas, construído conforme o comando do *caput* do art. 1.053, e não apenas na parte específica do Código.

12. Insistimos: tomando em conta de consideração a evolução da realidade brasileira, outra não pode ser a interpretação do referido art. 1.053: as regras das sociedades simples completam-se *sempre* com aquelas gerais postas na disciplina das sociedades simples, e somente após chamam a “regência supletiva” das sociedades anônimas.

Caso contrário teríamos um novo tipo societário, estranho à nossa evolução histórica e à nossa prática – e que em nada corresponde à nossa realidade –, no qual as regras e os princípios das sociedades anônimas haveriam de ser diretamente aplicados ao regramento específico das limitadas.

Assim fosse, e viveria entre nós um quasimodo sem passado, desconectado da evolução histórica, a zombar do competente trabalho doutrinário

e jurisprudencial desenvolvido ao longo de mais de 50 anos. Não há a “sociedade limitada simples” e a “sociedade limitada anônima”, mas *apenas a disciplina jurídica da sociedade limitada, composta da interação da parte específica do Código com sua parte geral* (hoje corporificada na sociedade simples) e que, se assim for a vontade das partes, pode ir além, chamando, naquilo que lhe for compatível, as regras e os princípios das sociedades anônimas.

A história das sociedades comerciais – dizia-o Sylvio Marcondes – corresponde à evolução da satisfação jurídica de necessidades econômicas. Assim, seria desprovida de sentido a criação de um novo tipo societário não reclamado pela prática. Não podemos nos embrenhar por estrada cuja embocadura evitamos há mais de 50 anos; ao contrário, mostra-se mais prudente ampararmos-nos na realidade societária existente, e seguir em frente, que voltar e reacender infundáveis discussões que somente aumentam o grau de insegurança e de imprevisibilidade a que estão sujeitos os agentes econômicos que atuam no Brasil.