

TÍTULO II DA SOCIEDADE

Capítulo Único DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

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

COMENTÁRIOS

51. Breve esboço histórico

A união de pessoas para a realização de um objetivo comum é o substrato da sociedade. As sociedades apareceram em passado remoto, fruto do espírito associativo do homem, como situações de fato impostas pela necessidade de agir em comum na busca dos bens necessários à sua sobrevivência.

Só mais tarde, com o surgir da propriedade individual, foi que nasceram as "agregações com finalidades claramente determinadas, umas colimando fins interesseiros, a bem de seus associados, outras propondo-se a finalidades impessoais ou idealísticas" (HERNANI ESTRELLA, *Curso de direito comercial*, n. 131, p. 272).

Com feição contratual e já então separando-se da comunhão, por sua base voluntarista, a sociedade foi recepcionada pelos romanos e se diversificou em várias espécies: a *societas omnium bonorum* (ou sociedade universal, que ainda mereceu referência no nosso CC/1916); a *societas universorum quae veniunt* (sociedade de todos os ganhos futuros); a *societas unius rei* (de uma coisa só) e a *societas alicuius negotiati-onis* (de algum negócio). Além dessas, destacaram-se a *societas publicanorum* (formada por concessionários de obras públicas e de cobrança de impostos) e que já teria alcançado personalidade jurídica por não se extinguir nem se alterar com o ingresso e a saída de sócios) e a *societas vectigalium* (reunindo cobradores de

impostos, que, mesmo com a morte de sócio, prosseguia entre os remanescentes).

A esse tempo, porém, apenas começaram a se definir os traços mais elementares que vieram a identificar o instituto. "O peso específico da *societas* no quadro jurídico-econômico da sociedade romana, nunca chegou a sobressair das outras figuras, entre as quais se cotou sempre num plano da mais modesta mediania" (JORGE H. PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades*, n. 1, p. 14).

Na Idade Média, floresceram as sociedades com fins econômicos, nas quais o pai exercia seu ofício auxiliado pelos filhos, "sentados à mesma mesa e comendo do mesmo pão". Falecendo o pai, a atuação comum prosseguia com seus herdeiros, só mais tarde sendo admitidos estranhos ao grupo familiar, quando adveio a necessidade de formalizar o ajuste por contrato. A idéia de atuação em comum levava à solidariedade dos sócios pelo cumprimento dos negócios que eram celebrados com terceiros. A solidariedade entre os sócios, por isso, era a regra. O comércio da época deu impulso à criação de diversos institutos societários, como a exigência de celebração de contratos escritos para registro nas corporações de ofício com a finalidade de tornar a sociedade de conhecimento público; a criação de um sinal identificador ou distintivo da sociedade (*signum societatis*), de que se originou a firma social, formada pelo

nome civil de um ou mais sócios, com o objetivo de separar os negócios celebrados em comum daqueles que cada qual realizasse individualmente etc. Daí a origem da expressão *em nome coletivo*, a designar a atuação coletiva, em sociedade, que veio a identificar uma das espécies de sociedade comercial – a sociedade solidária, geral ou livre, porque sem restrições e sem regramento especial, senão aquele normalmente resultante da negociação comum. Novas formas societárias ganharam destaque, datando dessa época, em contraste com a sociedade coletiva ou solidária dos primeiros tempos, a *comenda*, que, na sua evolução, inspirou a criação das sociedades em comandita, de capital e indústria e em conta de participação, em reação ao princípio da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios (do autor, *Lições de direito societário*, v. 1, n. 1, p. 4 e nota 3).

A limitação da responsabilidade de todos os sócios relativamente às obrigações da sociedade, embora esboçada no século XV, com o Banco de São Jorge, veio consolidar-se em momento ulterior, com o aparecimento das grandes companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, especialmente constituídas para a exploração do comércio marítimo e, mais tarde, para as conquistas da navegação (verdadeiras sociedades de economia mista, formadas pela aglutinação de recursos públicos com os coletados do povo), que deram origem às atuais companhias ou sociedades anônimas.

Porém, à semelhança do que ocorreu em Portugal, também no Brasil só no século XIX, com a codificação do direito comercial, e no início do século XX, com a promulgação de nosso primeiro Código Civil e da Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, foi que se estruturaram e definiram os tipos legais de sociedades atualmente existentes.

O fenômeno societário tornou-se, e tão cedo não deixará de ser, o centro das atenções do direito e da economia. Sua magnitude, como destaca JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, “revela-se sob dois aspectos: a frequência de sua utilização na atividade econômica e a dimensão dos capitais que mobilizam e fazem reproduzir. É, com efeito, um fato elementar dos nossos dias a rarefação do empreendimento individual e a sua circunscrição às tarefas mais elementares da atividade econômica do setor privado, pas-

sando a maior parte destas a ser conduzida por sociedades que se tornam extremamente úteis ou mesmo essenciais aos empreendimentos de dimensão considerável” (*Curso de direito das sociedades*, n. 1, p. 15).

Embora quantitativamente o empresário individual guarde lugar de destaque nas estatísticas (n. 3 *supra*), o fato é que, do ponto de vista macroeconômico, sua participação no mercado resta bastante reduzida.

Hodiernamente, os conglomerados ocupam a atenção da doutrina, revelando uma tendência de abandono da técnica de participação societária como forma de concentração empresarial em prol de uma estrutura de controle societário externo (FÁBIO KONDER COMPARATO, Estado, empresa e função social, RT 732/38). As chamadas empresas multinacionais têm constituído, nos diversos países onde atuam, novas sociedades sob controle e administração da sociedade-mãe. Assim, ao invés de abrir filial no Brasil, a sociedade estrangeira cria uma outra sociedade, dita brasileira, sob seu severo controle, estabelecendo idêntico procedimento em outros países e criando, com isso, uma rede de atuação conjunta, ou uma sociedade de sociedades (sociedade de segundo grau). Formam-se, assim, grupos de sociedades, num desdobramento da figura societária para compreender novas estruturas, propícias ao desenvolvimento do tráfico mercantil globalizado.

Sobre a importância dos conglomerados no cenário internacional atual, sua natureza, seus reflexos em matéria de responsabilidade civil e o que representam em volume de negócios nesse mercado, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES (*Os grupos de sociedades*, p. 31-46).

52. A unificação do direito societário

A matéria relativa às sociedades comerciais foi tratada e sistematizada, inicialmente, pelas disposições dos arts. 287 a 353 do Código Comercial de 1850 e em leis esparsas posteriores. A sociedade civil passou a ter seu estatuto com o Código Civil de 1916 que a regulou nos seus arts. 1.363 a 1.409.

O atual Código Civil dá tratamento unitário a toda matéria societária, inserindo-a no Título II do Livro II da Parte Especial. Começa por conceituar sociedade e segue com disposições gerais sobre os diversos tipos. Dispõe sobre o modo de aquisição da personalidade e, em seguida, trata das sociedades não personificadas (sociedade em comum e em conta de participação), estruturando e sistematizando posteriormente as personificadas e outros institutos que lhes são inerentes.

Nesse contexto, sobressai a sociedade-tronco ou sociedade-base, que é a sociedade simples, detalhadamente regulada. Isso é assim porque, excetuando as sociedades por ações, que possuem disciplina própria, as demais sociedades são tratadas exclusivamente no que têm de especial, aplicando-se-lhes, em complemento normativo, as disposições previstas para a sociedade simples (CC, arts. 1.040, 1.046, 1.053 e 1.096).

No que se refere à sociedade anônima (CC, art. 1.089) e a outros tipos que são tratados em legislação extravagante, como a sociedade de garantia solidária, a Itaípu Binacional etc., aplicam-se, no que na respectiva normativa não estiver regulado, as disposições do Código Civil, desde que com as respectivas normas sejam compatíveis.

No que se refere à sociedade de garantia solidária, a respectiva lei de regência deixou de vigor por revogação expressa da Lei Complementar 123, de 2006. Assim, preservadas as eventualmente existentes, não será possível a criação de novas sem o advento de lei que volte a regular o tipo. O tema será abordado adiante, nos comentários ao art. 1.088 (n. 421 *infra*).

É pena que a unificação não tenha sido mais completa, porquanto o Código Civil manteve a dicotomia em matéria de registro, determinando que a vinculação da sociedade simples ao Ofício de Registro das Pessoas Jurídicas e as demais ao Registro Público de Empresas Mercantis. Nada há o que justifique esse tratamento diferenciado, a não ser a força política dos cartórios. A unificação da disciplina é não só conveniente como necessária, principalmente em matéria de registro, como se verá nos comentários ao art. 1.150 (n. 636 *infra*).

Pode ser criticada a orientação de inserir a matéria societária no contexto das normas relativas ao Direito de Empresa, já que engloba a sociedade simples, que não está inserida dentre as empresárias (CC, art. 982), o que justificaria seu tratamento no Livro I, da Parte Geral, junto com as associações e fundações. Entretanto, numa análise mais detalhada, verifica-se que a essência da regulação envolve matéria pertencente ao direito de empresa e que a própria sociedade simples está sujeita ao regime jurídico empresarial, exceto no tocante ao registro (e à falência).

A questão de a sociedade simples estar ou não sujeita à falência não é assunto de direito material e envolve outros valores que precisam ser analisados fora do critério utilizado pelo Código Civil. Reportamo-nos, nesse ponto, aos comentários ao art. 982 (n. 59 *infra*).

53. Conceito de sociedade

O art. 1.363 do Código Civil de 1916 foi o primeiro documento legislativo brasileiro a formular o conceito de sociedade: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”. O texto era extremamente aberto e comportava qualquer ajuste entre pessoas com propósitos comuns, mesmo não lucrativos, o que fazia com que nele não se distinguíssem as sociedades de outras figuras afins, como associações, participações associativas etc.

O Código Comercial não forneceu um conceito de sociedade, o que levou nossos comercialistas à utilização daquele mesmo conceito genérico, particularizando-o com o objeto mercantil: fins comuns “de natureza comercial” (Por todos, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 1, n. 206, p. 327).

O Código Civil de 2002 reproduziu o enunciado, com mínima variação. Não precisou distinguir sociedades quanto ao objeto, eis que na sistemática adotada deixou de existir o contraste entre sociedade civil e comercial. Elucidou, entretanto, a finalidade econômica de sua constituição e a partilha do resultado entre as partes, para bem distingui-la de associações.

Contudo, ainda assim, não está a cavaleiro de críticas, visto que enuncia, como já observei, “um conceito singelo, incompleto e arcaico. A evolução do instituto não permite mais enformar a sociedade como uma espécie do gênero dos contratos nem exigir a presença de, pelo menos, duas pessoas para caracterizá-la. Do mesmo modo, o preceito em destaque não se referiu, sequer de passagem, à criação de um ente, ao surgimento de uma entidade ou de um mecanismo daí resultante, capaz de direitos e obrigações para realizar os fins por ele almejados” (*Lições de direito societário*, v. 1, n. 2, p. 7).

A sociedade unipessoal é uma realidade, não só no Brasil (com a consagração legislativa da subsidiária integral) como no exterior, e a teoria institucionalista, que afasta a natureza contratual das sociedades, tem sido cada vez mais prestigiada, não sendo recomendável que o legislador opte por uma das correntes contestadas por expressiva parte da doutrina. Pode-se argumentar que o substrato da sociedade está na união de duas ou mais pessoas; nesse caso, a sociedade unipessoal seria outra figura, mas visando o mesmo fim. Por isso, a doutrina a considera espécie do gênero sociedade. Outra designação poderia afastá-la do regramento próprio da matéria societária.

A sociedade é um *negócio jurídico* que tem por propósito criar um novo sujeito de direito, distinto das pessoas (ou da pessoa) que o ajustam, capaz de direito e de obrigações na ordem civil, para facilitar o intercâmbio no mundo do direito, interpondo-se entre seus criadores (ou seu criador) e terceiros na realização de negócios. Normalmente esse negócio jurídico é bilateral, mas pode ser unilateral quando sua criação ocorre por vontade de uma só pessoa. O que importa é vincular a criação da sociedade a uma ação humana tendente à produção do resultado pretendido. Com isso, afastam-se as orientações que não enxergam a sociedade como fruto da vontade humana e outras figuras que podem surgir sem a atuação da vontade ou sem a intenção de produzir aquele preciso resultado, mas dotadas de alguns traços semelhantes, como é o caso da comunhão, do condomínio etc.

O propósito de criar novo *sujeito de direito* é essencial; sem ele não há sociedade. Como

sujeito de direito, dotado ou não de personalidade jurídica, a sociedade passa a ter, em maior ou menor grau, patrimônio e vontade próprios, distintos das partes que a constituem. Trata-se de particularidade marcante da sociedade, que a isola dos demais negócios jurídicos, principalmente daqueles que, sem obter tal resultado, buscam, como a sociedade, a reunião de recursos ou esforços para a realização de empreendimento comum, como é o caso dos consórcios, dos grupos de sociedade, dos ajustes de participação e assim por diante.

É preciso destacar, ainda, na busca de um conceito mais consistente, o *fim econômico* que particulariza a sociedade, para apartá-la de outras estruturas jurídicas que, à sua semelhança, são igualmente criadas pela atuação da vontade humana e às quais o ordenamento também outorga capacidade de direito ou atribui personalidade jurídica, como as fundações, as associações, as autarquias e, enfim, as pessoas políticas de nossa federação.

Com essas observações, e pondo em evidência a principal particularidade da sociedade, que é a criação de um ente, de um sujeito de direito, que visa a atuar como se fosse uma pessoa natural no preenchimento da função que justificou a celebração de tal negócio jurídico, entendendo que se pode dizer que “sociedade é a organização resultante de um negócio jurídico produzido pela formação da vontade de uma ou várias pessoas, para se interpor nas relações entre elas e terceiros, que o ordenamento chancela como modo de preencher uma determinada função – qual seja a de facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos por elas pretendido” (*Lições de direito societário*, v. 1, n. 2, p. 9).

54. Distinção de figuras afins

A sociedade não se confunde com a *comunhão* nem com o *condomínio* (enquanto espécie de comunhão). Na sociedade há a intenção de criar um ente para fins determinados; na comunhão e no condomínio, não há a criação de ente algum e não lhes é da essência a intencionalidade. Nestes últimos falta o propósito de atuação em comum, embora possa a atuação comum ser consequência da indivisão. Também apontam-se outras particularidades, como: a transitoriedade da comunhão, contrastando

com a tendência de a sociedade ser permanente, salvo raras exceções; a sociedade caracterizar-se como uma comunhão (estática) em movimento (dinâmica) e a ausência de autonomia patrimonial na comunhão (patrimônio próprio), essencial na sociedade (*Lições de direito societário*, n. 3, p. 9-11).

Antes de o Código Civil de 2002 entrar em vigor, o tratamento jurídico da sociedade civil e da *associação* era comum, o que fez com que uma parte da doutrina sustentasse não existir critério legal para a separação entre elas. Agora, a distinção legal é nítida não permitindo mais essa discussão. A associação é uma entidade sem fins econômicos (CC, art. 53) e a sociedade é destinada, precipuamente, ao exercício de uma atividade econômica (CC, art. 981). Sociedade sem fins lucrativos não é mais sociedade, mas associação. Além disso, pode-se acrescentar que na associação é inafastável o pressuposto da pluralidade de associados, pelo menos para sua constituição, podendo a sociedade, consoante o tipo, ser e, eventualmente, permanecer unipessoal.

Enquadram-se “no conceito de associação (união de pessoas organizada para fins não econômicos), mas hoje têm designação própria, as organizações religiosas e os partidos políticos, por força da Lei 10.825, de 2003, que os inseriu destacadamente nos incisos IV e V do art. 44 do Código Civil e os dispensou da adaptação às suas disposições” (do autor, *Lições de direito societário*, n. 4, p. 13).

Também a *fundação* distingue-se da sociedade. De comum com esta tem a criação de um ente, de uma pessoa jurídica. Mas, ao contrário do que ocorre com a sociedade, a fundação não pode originar-se da aglutinação orgânica de pessoas, sendo sempre constituída por bens. Quando esses bens migram do patrimônio de uma só pessoa para a formação da fundação, esta aproxima-se da sociedade unipessoal, isto é, da subsidiária integral (Lei 6.404/1976, art. 251) que, em sua essência, não deixa de ser, também, a afetação da parcela do patrimônio de uma pessoa para a realização de um determinado fim. Entretanto, na subsidiária integral essa dotação patrimonial visa a produzir lucros, ao passo que na fundação o fim é, necessariamente, não lucrativo. No mais, a fundação, ao contrário do

que ocorre com a sociedade, não se curva à vontade de um controlador; uma vez constituída, busca a realização dos seus fins, orientada por seu órgão gerencial, desprendido de qualquer interesse patrimonial próprio, sob aprovação do Ministério Público, quando se tratar de mudança estatutária.

Visto isoladamente, o art. 981 sob análise comporta em seu conceito as *participações associativas*, isto é, estruturas que, embora resultem da contribuição de pessoas, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, não são sociedades. Refiro-me, exemplificativamente, aos grupos de sociedades, ao consórcio de empresas, aos centros comerciais (*shopping centers*) e aos ajustes de rede de distribuição de produtos (cf. *Lições de direito societário*, v. 1, n. 6, p. 14-16). Nestes não há a formação de patrimônio próprio, nem a supressão da individualidade das partes que os integram. Neles não há, também, a criação de um sujeito de direito, embora possam ser dotados, em certas circunstâncias e para fins específicos, de algumas faculdades inerentes à personalidade jurídica.

Pela mesma razão, não é sociedade, embora esteja assim classificada, a *sociedade em conta de participação*, que não se alça à qualidade de sujeito de direito nem tem patrimônio próprio, sendo sua atividade exercida pelo sócio ostensivo em seu nome pessoal (n. 83 *infra*).

Por último, a sociedade difere dos chamados *contratos parciários*, porquanto nestes não surge, igualmente, uma entidade a se interpor entre os parceiros e aqueles com os quais surjam relações jurídicas em virtude da parceria. Na parceria marítima há um regime de compropriedade, que se resolve pelas regras da comunhão (CCom, arts. 485 e 486) e na parceria rural há contrato comutativo, semelhante ao de arrendamento, para a exploração da terra ou de semoventes por um dos parceiros (Estatuto da Terra, Lei 4.504/1964, art. 96).

55. O ato constitutivo de sociedade

Por ato constitutivo de sociedade deve-se entender a ação humana volitiva, a manifestação de vontade dirigida à sua criação, manifestada pelo meio legal admitido, com o preenchimento dos elementos essenciais à sua validade (agente capaz, forma legal e objeto lícito).

No tocante à *forma*, materializa-se em um documento, em um escrito, público ou particular (forma escrita), firmado pela pessoa que o produz ou pelas partes que o celebram (agente capaz) com o conteúdo mínimo previsto no art. 997 do Código Civil. A presença de testemunhas instrumentárias restou dispensada para os negócios jurídicos em geral (CC, art. 221), com o que deixou de existir a obrigatoriedade do cumprimento dessa formalidade para a constituição de qualquer sociedade e foi revogada a norma do art. 34, I, do Dec. 1.800/1996, na parte a elas referente.

A *capacidade das partes* é indispensável. Nos tipos societários em que é admitida a participação de incapaz (n. 25 *supra*), este é representado ou, se for o caso, assistido por seu pai, sua mãe, tutor ou curador, como se dá em qualquer outro negócio jurídico.

O *objeto social* também deve figurar de modo claro no instrumento de constituição da sociedade e consistirá na realização de uma atividade econômica lícita, isto é, não vedada por lei, e possível. Vigora, nesse ponto, o princípio da livre iniciativa, segundo o qual “é assegurada a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (CF/1988, art. 170, parágrafo único). Da mesma forma, sendo a sociedade um instrumento que visa a simplificação do relacionamento entre as pessoas, não há como atribuir a esse instrumento um objeto que jamais poderia ser alcançado. Possuindo a sociedade objeto ilícito ou impossível, ela deve ser considerada inexistente no mundo jurídico.

A *pluralidade de partes* é pressuposto para a constituição de algumas, mas não de todas as sociedades; mas pressuposto não é, necessariamente, para a manutenção de sua existência.

Como pressuposto do ato de constituição da sociedade boa parte da doutrina ainda aponta a chamada *affectio societatis*, entendida não como o consentimento, inerente a qualquer negócio jurídico, porém como um estado de ânimo continuativo de conviver em sociedade com outrem. Considero, entretanto, que essa figura não é pressuposto algum para a formação nem para a manutenção da sociedade ao longo de sua existência. Se o fosse, os sócios em maioria poderiam alijar os detentores da mino-

ria do capital a qualquer tempo, impedindo-os de participar dos bons negócios que se descorriam para o futuro. Só motivo justo, devidamente caracterizado, permite a exclusão de sócio; e por motivo justo entende-se aquele que está a afetar a vida em sociedade (CC, arts. 1.004, parágrafo único, 1.030 e 1.085). O sócio prestador de capital, sem participar da administração, não interfere na vida social e não pode ser desligado da sociedade pela só vontade da maioria, senão nos casos de inadimplemento de sua contribuição.

Nessa linha de raciocínio, COPPER ROYER, mostra-se contundente. Para ele a noção jurídica de *affectio societatis* é uma noção arcaica “que nos legou o direito romano e que os juristas desatentos gostam de manejar imprudentemente, dissimulando com maior ou menor êxito, na redundância das fórmulas de um direito remoto, um cruel desconhecimento de princípios”. Depois de afirmar que ela corresponde “inegavelmente à noção de consentimento”, pergunta: “Quais são as características que deve ter esse consentimento para que se lhe possa atribuir o valor de *affectio societatis*?” – conclui obtemperando que tal consentimento refere-se não somente a um contrato de sociedade, como também a contrato que retrate determinado tipo societário específico, porque “o caráter inconfundível desse consentimento estará sempre na maior ou menor liberdade que o ato social confira aos sócios quanto à transferência a terceiros de seus direitos sociais.” E isso é assim porque cada tipo societário “obedece a regras próprias e é segundo essas regras específicas que se deve formar o *animus societatis* necessário para a constituição da sociedade” (*Traité des Sociétés*, t. II, p. 627-636). Ainda sobre o assunto, com outros pormenores, do autor, *Lições de direito societário*, n. 23, p. 53-54.

56. Natureza do ato constitutivo

O Código Civil de 2002 manteve a classificação da sociedade no gênero dos *contratos*, enfatizando isso no enunciado do art. 981. Essa é uma orientação antiga, firmada com o advento dos Códigos do século XIX, que incluíram a sociedade na parte relativa aos contratos, à época considerados, exclusivamente, como acordos bilaterais de vontade.

Sustenta-se contra tal orientação que, ao contrário do que ocorre com os contratos (bilaterais e comutativos), não há o sinalagma com equivalência ou reciprocidade de prestações no ato constitutivo da sociedade; não há contraprestações das partes que se cruzem, visto que as prestações saem do patrimônio de cada qual para convergir na formação do patrimônio social comum. Nesse ato também não há partes com interesses contrapostos, mas uma só parte, integrada por todos os sócios e caracterizada pela busca de um mesmo interesse, com obrigações convergentes para tal desiderato.

Por decorrência, surgem inúmeras dificuldades para aplicar, ao negócio de constituição da sociedade, várias das disposições inerentes aos contratos (bilaterais), como, por exemplo, as relativas à sua resolução (dissolução) e à nulidade ou anulabilidade, por falta ou por defeito, respectivamente, de manifestação da vontade dos que integraram o negócio.

Ademais, diferentemente do que ocorre com todos os demais contratos, do ato constitutivo de sociedade nasce um ente, um sujeito de direito capaz de direitos e obrigações distintos dos de quem o constituiu.

Para uma boa parte da doutrina alemã e para alguns autores italianos, como FRANCESCO MESSINEO, o ato constitutivo da sociedade seria um *acordo coletivo* no qual várias pessoas, possuindo um mesmo interesse, atuam como uma só parte. Por essa designação, a noção clássica de contrato, como todo acordo de vontades tendente a criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações, teria de ser abandonada. Por isso, fala-se, também, em ato coletivo, embora não deixe de haver um “acordo” prévio entre os interessados, para daí resultar o ato coletivo de constituição da sociedade. Tratar-se-ia de um negócio jurídico unilateral sem a dualidade ou pluralidade de partes exigidas para a formação dos contratos (*Manual de derecho civil y comercial*, t. II, § 35, p. 346 *ess.*; e t. III, § 20, p. 163).

Derivando dessa teoria, há a do *ato completo*, pela qual se reconhece que várias vontades fundem-se, perdendo a individualidade, para expressar uma vontade unitária, mas não se desprezam as relações heterogêneas no âmbito interno da sociedade. Diferencia-se da anterior pelo fato de naquela, as vontades convergentes não se fundirem, permanecendo juridicamen-

te autônomas e diferenciáveis entre si (EFRAIN HUGO RICHARD e ORLANDO MANUEL MUINO, *Derecho societario*, § 33, p. 73).

Para OTTO VON GIERKE, a sociedade seria um *ato corporativo*: há uma única declaração de vontade, um ato corporativo, uma espécie antecipada da autonomia e da personalidade do novo ente. Essa declaração de vontade já emanaria como a vontade da nascente corporação, criando-se o ente, cujo regime jurídico estaria previamente estabelecido (*Natural law and the theory of society*, p. 184 e *ss.*).

MAURICE HAURIUO aperfeiçoou essa idéia com sua teoria da *instituição*. Para ele, a sociedade corresponderia a uma instituição, isto é, a uma “organização social, estável em relação à ordem geral das coisas, cuja permanência é assegurada por um igual equilíbrio de forças ou por uma separação de poderes e que constitui, por si mesma, um estado de direito”. Segundo o renomado jurista francês, ao firmar o ato constitutivo, a parte simplesmente manifesta sua vontade de aceitar a disciplina prevista para o modelo escolhido de sociedade – o que explicaria sua não resolução pela inexecução das obrigações dos sócios ou pela vontade de qualquer deles (*Teoria dell’istituzione e della fondazione*, cap. I, p. 5 *ss.*, e cap. VI, p. 171 e *ss.*). Tal teoria sensibilizou boa parte da doutrina nacional e há muitos autores, como LAMY FILHO e BULLHÕES PEDREIRA, que a reputam satisfatória para explicar as sociedades de capital, mais precisamente, as sociedades anônimas (*A Lei das S. A.*, p. 138-160). Nesse sentido, também, RUBENS REQUIÃO (*Curso de direito comercial*, v. 2, n. 285, p. 14-15).

Opondo-se a essas teorias, TULLIO ASCARELLI retomou as concepções contratualistas a partir da evolução da teoria dos contratos e obtemperou que as figuras contratuais não se esgotam no modelo tradicional do contrato bilateral; no gênero dos acordos de vontade, há de estar incluídos, além deles, os contratos unilaterais e os *plurilaterais*. O contrato de sociedade estaria classificado entre esses últimos. ASCARELLI combate a idéia de que no contrato de sociedade não existam interesses contrapostos. Eles podem não se exteriorizar nas relações da sociedade perante terceiros, mas no relacionamento entre os sócios, certamente há interesses que se contrapõem e que necessitam de har-

monização (*Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 257).

Há inteira razão nessa assertiva, já que cada sócio, participante da sociedade, dela pretende obter a maior vantagem pessoal possível. Basta considerar a possibilidade de existência de cláusulas leoninas e outras sobrepondo os interesses de uns em relação a outros – cláusulas que justificam as normas destinadas à proteção dos sócios minoritários.

No desenvolvimento dessas idéias, mostrou ASCARELLI que a sociedade enfeixa vínculos jurídicos diversos:

a) os que unem a vontade dos sócios na exteriorização da vontade social perante terceiros (a sociedade, ao celebrar um contrato, manifesta a vontade dos sócios em conjunto);

b) os que se estabelecem entre cada qual dos sócios e a sociedade, nas suas relações externas (é com base nessas relações que a sociedade fica legitimada para agir contra o sócio inadimplente no pagamento das contribuições prometidas para a formação do capital social; é com base nelas, também, que o sócio pode agir contra a sociedade para reclamar seus dividendos); e

c) os que são gerados internamente (*inter-na corporis*) entre os sócios por força das deliberações que tomam na formação da vontade da sociedade (é o que ocorre no exercício do direito de voto de cada qual dos sócios para a formação da vontade social. A vontade da sociedade é alcançada pela manifestação da vontade dos sócios de acordo com a lei de sua regência. Se a lei prevê maioria qualificada ou unanimidade para determinadas deliberações, pode acontecer que um sócio minoritário acabe determinando a vontade social. Basta que vote contra o que querem todos os demais sócios, como na aprovação de retenção de todo o lucro do exercício ou na transformação de um tipo societário para outro).

A sociedade, como meio de facilitar a celebração de negócios jurídicos, interpõe-se entre os sócios (representando a somatória de suas vontades individuais, ou da maioria) para substituir o conjunto por eles formado e figurar em relações jurídicas que vier a manter com cada qual ou com terceiros.

Ao que se observa, é a teoria do contrato plurilateral a mais adequada para determinar a

natureza do ato constitutivo da sociedade e das relações que surgem entre ela e cada um de seus sócios ou entre ela e terceiros. O problema é que essa teoria não explica a sociedade em sua projeção dinâmica nem a possibilidade de constituição da sociedade unipessoal.

Quanto à sociedade unipessoal, o direito brasileiro contempla a figura da subsidiária integral, que não se explica na base contratual, já que todo contrato tem seu substrato no acordo de vontades, no ajuste de vontades que exige a intervenção de, pelo menos, duas pessoas.

Sabe-se que, perante o direito brasileiro só a subsidiária integral pode ser constituída por um único sócio. Essa permissão legal nada tem a ver com as demais hipóteses de sociedades unipessoais que, constituídas por dois ou mais sócios, podem, na prática, ser mantidas com um só, seja transitoriamente, como a sociedade anônima de um único acionista durante o interregno entre duas assembléias gerais (art. 206, I, d, da Lei 6.404/1976), seja indefinidamente, quando a totalidade de suas ações pertencer a um único acionista com usufruto de parte delas instituído em favor de terceiro (art. 40), com a variante, ainda, de uma só pessoa ser titular de algumas ações e usufrutuária das demais. Haverá unipessoalidade, igualmente, quando a sociedade for proprietária de parte de suas próprias ações (art. 30, § 1.º, b), havendo apenas mais um acionista, o que também pode ocorrer na sociedade limitada quando se tornar sócia de si mesma pela aquisição de parte de suas quotas sociais, tendo como titular das demais apenas um outro sócio.

Quanto à outra crítica, o contrato em si realmente não tem o condão de permitir a visualização de um sujeito de direito distinto dos que figuram na relação contratual que é geratriz dessa pessoa (da sociedade). Dito de outro modo, o contrato (plurilateral ou não) não possibilita compreender a sociedade no exercício das atividades para as quais foi constituída.

Modernamente, busca-se aprimorar a teoria do contrato plurilateral para enxergá-lo como *contrato-organização*, precisamente objetivando a compreensão da sociedade em movimento, isto é, na sua dimensão dinâmica. Trata-se de demonstrar, como sustenta CALIXTO SALOMÃO FILHO, que “o núcleo dos contratos as-

sociativos está na organização criada, enquanto nos contratos de permuta ou comutativos o ponto fundamental é a atribuição de direitos subjetivos”. Uma vez adotada essa teoria, é “no valor da organização, e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação” que se passa a identificar o elemento diferencial do negócio jurídico societário (*O novo direito societário*, n. 3.2, p. 33-34). Referida teoria, no entanto, tem seu ponto fraco no fato de não haver regramento próprio do denominado negócio jurídico de organização para subordinar a sociedade às suas normas.

Essas observações podem levar à constatação evidente de que nenhuma das diversas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do ato constitutivo da sociedade é suficientemente satisfatória para a busca da base do seu regime jurídico. E isso é assim por duas razões.

Por primeiro, deve-se pôr em evidência que se está diante de *duas figuras jurídicas distintas*, de mesmo rótulo, mas de formação diversa: a sociedade que tem como pressuposto a pluralidade de sócios e a sociedade unipessoal. À primeira aplicam-se as regras relativas aos contratos (plurilaterais); à outra, as disposições relativas aos negócios jurídicos unilaterais, de que também é espécie a fundação.

Em segundo lugar, deve-se considerar que as diversas teorias acima enunciadas não partem do *mesmo ponto de observação*. A sociedade pode resultar de um contrato; pode também ser criada por ato unilateral de vontade. De outro lado, é necessário também levar em conta que uma coisa é o resultado desejado (criação de um sujeito de direito); outra é o modo de produzi-lo ou de obtê-lo (por contrato ou por ato unilateral); outra, ainda, é a sociedade numa visão dinâmica, isto é, o comportamento da sociedade depois de constituída, como agente de negócios jurídicos (cabendo, aí, falar-se em instituição, em contrato organização e, a meu sentir, em contrato normativo).

Para cada qual dessas facetas com que se apresenta a sociedade, regras distintas, de categorias jurídicas diversas, são-lhe aplicáveis. Assim, tanto a teoria da instituição como a do contrato (plurilateral) como as anticontratualistas têm de ser consideradas. Trata-se de buscar uma solução que procure não ficar circuns-

crita a uma única categoria de negócios jurídicos para que o intérprete possa buscar em qualquer deles a norma que, no caso concreto, deva incidir para a resolução de uma lacuna da maneira mais adequada.

E isso é possível desde que se abandone a metodologia tradicional e se desprezem os conceitos rígidos para admitir a possibilidade de seccionamento do negócio jurídico (societário, no caso), enxergando-o, desse modo, pelos diversos ângulos com que se apresenta, o que permite extrair sua maior ou menor proximidade com outros tantos negócios típicos. Aplica-se-lhe, então, também em maior ou menor grau, a respectiva disciplina no ponto que lhes é comum ou em que tangenciam.

Esse é o viés da interpretação voltada à compreensão da realidade que subjaz aos negócios jurídicos em geral, mais complexa e menos esquemática do que gostariam os dogmáticos, porém a única capaz de encontrar soluções satisfatórias para a solução dos casos concretos que se apresentem aos doutrinadores e aplicadores do direito.

É oportuna a lembrança, neste momento, do estudo desenvolvido por LEONARDO SPERB DE PAOLA, para quem o contrato não mais deve ser analisado pelo método que leva ao seu isolamento a partir de um conceito de contornos rígidos, mas, pela sua inserção “numa ordenação de tipos contratuais, em que assumem importância as gradações, as formas intermediárias, os hibridismos, a implicar soluções igualmente graduais, combinadas, híbridas” (*Contratos de distribuição – Vida e morte da relação contratual*, p. 1-11.)

57. Atividade restrita a um ou mais negócios determinados

A sociedade tem por escopo o exercício de uma atividade econômica. Na expressão “atividade” está suposta a realização de um conjunto de atos, não a caracterizando a prática de um ato isolado. Ao dizer que a atividade social pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados, portanto, o parágrafo único do art. 981 está a admitir que o objeto social descreva uma atividade (sempre uma atividade) da qual resulte um único negócio jurídico ou mais de um, por ele devidamente determinados.

A regra, na verdade, já figurava no art. 325 do Código Comercial, quando previa a possibilidade de constituição de sociedade em conta de participação “para lucro comum em uma ou mais operações de comércio determinadas”. Também o Código Civil de 1916, na delimitação do objeto da sociedade particular, permitiu que compreendesse apenas “os bens ou serviços especialmente declarados no contrato” (art. 1.370) e que fosse “constituída especialmente para executar em comum certa empresa, explorar certa indústria ou exercer certa profissão” (art. 1.371), dispondo, ainda, que, enquanto esse negócio ou empresa não se ultimasse, os sócios teriam de manter a sociedade (art. 1.374).

No sistema anterior, a franquia ampla para a constituição de sociedades civis para a realização de um negócio único (uma sociedade de advogados criada para solucionar uma única causa) estendia-se às sociedades comerciais, eis que, à falta de vedação expressa, nada impedia que a disposição prevista para a sociedade em conta de participação fosse utilizada pelos demais tipos societários (constituição de uma limitada para a construção de uma determinada estrada, para o fabrico de um certo equipamento etc.).

O Código Civil, na norma sob análise, contém previsão genérica, suscetível de aplicação a qualquer sociedade, simples ou empresária. A

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

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

sociedade pode ser constituída tendo por objeto uma atividade econômica consistente na realização de um negócio determinado, como a construção de uma estação rodoviária, por exemplo; pode ser constituída, também, tendo por objeto uma atividade econômica que, além da construção da estação rodoviária, inclua a venda ou a primeira locação das lojas nela edificadas.

A importância da distinção entre as sociedades que têm por objeto um ou mais negócios determinados e as demais reside em que, ultimados o negócio ou os negócios discriminados no contrato social, a sociedade deve extinguir-se, porque exaurido seu fim (CC, art. 1.034, II).

Nessa linha de orientação, pode-se dizer que a norma abriga a modernamente chamada *sociedade de propósito específico*, que nada mais é do que uma expressão, importada da prática norte-americana, para designar qualquer dos tipos de sociedade contemplados no ordenamento jurídico brasileiro que tenha por fim a realização de um ou mais negócios determinados, como prevê o parágrafo único do artigo objeto destes comentários.

Sobre a sociedade de propósito específico, ver, do autor, *Lições de direito societário – Sociedade anônima*, v. 2, n. 160, p. 329-330, e, de LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ, *Direito de empresa no Código Civil de 2002*, n. 39, p. 209-212.

COMENTÁRIOS

58. Taxonomia da sociedade simples

No sistema anterior, havia a sociedade comercial, regulada pelas leis comerciais, e a sociedade civil, tratada pelas disposições do Código Civil de 1916. A distinção fazia-se quanto

ao objeto (civil ou comercial) que tinham por escopo realizar. Com a unificação da matéria societária, o Código Civil de 2002 eliminou a dicotomia de tratamento e, portanto, a distinção que havia entre sociedade civil e sociedade comercial.

Apesar disso, o art. 982 cria uma nova distinção quanto ao objeto: são empresárias as sociedades que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; são simples as demais.

A expressão “empresário sujeito a registro” remonta ao anteprojeto do Código de Obrigações de 1965, que, inspirado em regra do art. 2.195 do Código Civil italiano, arrolava os empresários que estavam sujeitos a registro separadamente dos empresários que não o estavam, submetendo somente os primeiros ao regime jurídico da empresa. Essa orientação foi abandonada, mas restou a referência a empresário rural nos arts. 970 e 971, que se sujeita ou não ao regime jurídico do direito de empresa consoante opte ou não por registrar-se. Melhor seria chamar o empresário rural não inscrito de rurícola (agricultor, produtor rural ou palavra equivalente) e eliminar essa aparente redundância, evitando-se, com isso, as críticas que a doutrina italiana fazia ao critério lá adotado (Por todos, FRANCESCO CORSI, *Lezioni di diritto dell'impresa*, n. 3.1, p. 27-30).

O conceito e o regime jurídico, tanto da sociedade civil, como da comercial, não correspondem aos da sociedade empresária e da simples. Inúmeras sociedades, que a doutrina nacional reputava civis, inserem-se hoje no regime da sociedade empresária (como as que exercem atividade imobiliária e de prestação de serviços, por exemplo).

O critério adotado para classificar a sociedade simples traz algumas dificuldades, porquanto, no regime implantado pelo Código Civil, ela é a estrutura que serve de base para os demais tipos societários e, ao mesmo tempo, uma espécie do gênero sociedade que contrasta com as sociedades empresárias.

59. Desnecessidade do regime diferenciado

De toda sorte, não se encontra, em lugar algum, a razão lógica da distinção entre sociedade empresária e sociedade simples, a não ser que a primeira exerce – e a segunda não – atividade própria de empresário sujeito a registro.

Certamente há diferenciação no que toca ao sistema de registro. Mas, em que isso é relevante? Acaso o fato de uma sociedade ser ins-

crita na Junta Comercial e outra no Ofício de Registro Civil de Pessoas Jurídicas implica a necessidade de um tratamento diferenciado? A resposta é, evidentemente, negativa.

Se a idéia era implementar dois regimes jurídicos diferentes, não há como identificá-los na preconizada proposta, até porque o codificador de 2002 buscou a unificação (das obrigações em geral e das matérias civil e comercial).

Como sociedade-tronco, a sociedade simples contém no seu estuário as normas aplicáveis às sociedades em geral, exceto no que se refere às regras que lhes são peculiares. Em contraponto, as normas do regime peculiar das sociedades empresárias (sobre estabelecimento, nome da sociedade empresária etc.), são aplicáveis à sociedade simples, como se verificava em rápida leitura de alguns preceitos da parte do Código Civil concernente ao direito de empresa:

(i) as disposições que compõem o regime jurídico da sociedade simples aplicam-se subsidiariamente à sociedade empresária (arts. 1.039, 1.045 e 1.052);

(ii) as disposições que particularizam o direito de empresa, a que se subordinam o empresário e a sociedade empresária, aplicam-se à sociedade simples, seja quanto ao estabelecimento (art. 1.142 e ss.), quanto aos institutos complementares, como nome empresarial (art. 1.155, parágrafo único), seja no que se refere às relações com prepostos (art. 1.169 e ss.) e quanto à escrituração (art. 1.179 e ss.); e

(iii) as disposições da sociedade empresária aplicam-se sempre à sociedade simples, salvo no que se refere a registro, quando esta adotar uma de suas formas (art. 983).

Pode-se argumentar que a sociedade empresária contém regras peculiares para efeito de determinação de seu regime de insolvência (falência, recuperação judicial ou extrajudicial, conforme a Lei 11.101/2005), que seria diverso daquele aplicável à sociedade simples (insolvência civil, de acordo com as normas dos arts. 748 a 786-A do CPC). No entanto, o Código Civil de 2002 não veio a lume para dispor a respeito do regime jurídico de insolvência em matéria societária. Embora aponte a falência como causa de dissolução exclusivamente da sociedade empresária (em dispositivo desloca-

do – art. 1.044), não trata, nem tinha como tratar de matéria falimentar. Cabe à lei especial, reguladora da insolvência de pessoas físicas e jurídicas (falência ou insolvência civil) dispor sobre quem está ou não está sujeito às suas disposições. A supressão da dicotomia do sistema pautado na distinção entre sociedade civil e comercial não basta para definir o regime mais adequado a ser aplicado à sociedade simples ou à sociedade empresária impossibilitada ou em dificuldades de pagar seus credores. E a sociedade simples – não custa acentuar – não corresponde ao que era a sociedade civil.

À altura, cabe perguntar: quais as peculiaridades que a sociedade simples oferece para não se sujeitar ao mesmo regime jurídico de insolvência previsto para as demais sociedades? Pode-se sustentar, com inteira razão, que as normas sobre falência e recuperação de empresas não seriam adequadas para reger a insolvência daquele que exerce atividade intelectual. É só imaginar um síndico para administrar um escritório de advocacia ou uma sociedade de médicos... O mesmo raciocínio não funciona, porém, quando se trata de um empresário rural ou de uma sociedade rural não inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis, ou de uma cooperativa. Ou seja, o regime jurídico adequado para solucionar a insolvência de alguém deve ser determinado pela análise da natureza da atividade exercida e não pela espécie de sociedade que a exerce, até porque há atividades que são exercidas por pessoas naturais e outras por estruturas sem forma societária (associações, fundações, partidos políticos e organizações religiosas).

Nesse ponto, convém mencionar que o Código Suíço das Obrigações, de 1911, foi o primeiro a adotar a expressão “sociedade simples” e o fez com o propósito específico de identificar a sociedade-base do regime unificado (arts. 530 a 551). A matéria societária foi lá sistematizada pela regulação dos diversos tipos societários em espécie desvinculados da dicotomia do direito privado (direito civil e direito comercial). Naquela concepção, a sociedade simples não foi tratada como espécie de sociedade, mas como modelo para a sociedade que não se enquadrasse em nenhum dos tipos legais – ou seja, sociedades comerciais e cooperativas devidamente tipificadas (arts. 552 a

596). Também no sistema italiano a concepção da sociedade simples foi de uma sociedade-base, não tipificada, reservada como modelo para ser ajustado no exercício de atividades diversas das reservadas para as sociedades comerciais (CCi, art. 2.249), cujo regime jurídico é aplicável a estas, se em nome coletivo ou em comandita simples (arts. 2.293, 2.315), tendo sociedades de capital (limitadas e anônimas) e cooperativas regime jurídico próprio.

Ao que se vê, conquanto traga incontáveis embaraços para a identificação de todo o regime jurídico que separa a sociedade simples da sociedade empresária, o critério distintivo do Código Civil – afora a questão da sujeição de uma ou outra ao processo falimentar ou ao de execução civil concursal, que é de natureza processual – serve, basicamente, para determinar o local onde a sociedade deve realizar sua inscrição (ou registro): inscrevem-se no Registro das Empresas as sociedades empresárias; no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, as sociedades simples (art. 998), exceto as cooperativas.

Não me parece possuir qualquer relevância jurídica essa dualidade de registros. A prova está na permissão legal de a sociedade simples poder livremente optar por se constituir de conformidade com um dos tipos de sociedade empresária, sujeitando-se ao respectivo regime jurídico (CC, art. 983) – exceto quanto ao registro! E o que dizer da sociedade rural que, (i) optando pelo registro na Junta Comercial, torna-se empresária, e que, (ii) revestindo-se da forma de sociedade empresária permanece como sociedade simples, se inscrita no Ofício de Registro de Pessoas Jurídicas? (ver, a respeito, os comentários ao art. 1.150, n. 636 *infra*).

60. Critérios distintivos entre sociedade simples e empresária

Pela dicção do art. 982, parece que há um objeto bem delimitado de sociedade empresária, consistente na atividade própria de empresário, e que o da simples é definido por exclusão, abrangendo toda e qualquer outra atividade que não se enquadre no conceito de atividade empresária. Mas não é assim. Aparentemente residual, é o objeto da sociedade simples que se erige em fator determinante da distinção. Ou seja, para se saber se uma sociedade é empresá-

ria ou não, é preciso verificar se a atividade econômica a que se propõe não está excluída do conceito de empresário, segundo as ressalvas dos arts. 966, parágrafo único, e 971. Isso, em outros termos, significa ter por objeto atividade que não se inclua na profissão intelectual ou rústica. Sendo assim, pode-se dizer, mais corretamente, que será empresária toda a sociedade que não tiver por objeto atividade que seja própria de sociedade simples.

Sociedade empresária, segundo a norma do art. 982, é, portanto, aquela que tem por objeto toda e qualquer atividade econômica que não se insere nas excluídas do conceito de empresário (arts. 966, parágrafo único, e 971); é – insistindo – toda sociedade que tiver por objeto o exercício de atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, que não envolva profissão intelectual ou exploração rural.

Claro que, para não prejudicar o raciocínio, não estamos aqui levando em consideração os desvios que a lei coloca em relação à atividade intelectual (elemento de empresa) e à rural (opção pelo registro), que serão abordados na sequência.

Essas observações resolvem uma série de dúvidas a respeito de atividades que, aparentemente, não são exercidas de modo organizado ou que não necessitam de estruturas para seu exercício. Refiro-me, por exemplo, às sociedades *holdings*, que têm por objeto participar de outras sociedades: são empresárias, porquanto não se dedicam à atividade intelectual nem à exploração de empresa rural.

Pelo enunciado, basta ter por fim o exercício de atividade própria de empresário para que a sociedade seja empresária. Aí não contam os fatores quantidade, intensidade de exercício e organização, porquanto a sociedade define seu objeto antes de atuar e não se tem como aferir, em tal momento, como será desenvolvida a atividade que orientou sua criação. Por isso, a sociedade que nasce para exercer atividade própria de empresário, ainda que não a exerça ou que a exerça esporadicamente, desorganizada, é empresária e se sujeita ao direito de empresa.

Em contrapartida, a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade intelectual

pura, mesmo organizada, não será empresária, por maior que seja sua organização, por mais intensa que seja sua produção, eis que a atividade intelectual (literária, artística ou científica) não se inclui entre as atividades próprias do empresário.

Estando isso claro, torna-se fácil compreender que a natureza empresarial de uma sociedade não é aferida pela sua esmerada organização, por sua estrutura nem pela intensidade com que desenvolve seu empreendimento. Uma sociedade de profissionais liberais, voltada, exclusivamente, para dar apoio ao exercício da atividade que motivou sua criação, na área médica ou da advocacia, por exemplo, é e sempre será uma sociedade simples. Aliás, fosse inserido o critério da estrutura ou da intensidade dos negócios na identificação de uma sociedade, ter-se-ia de admitir que, com a só expansão dos negócios, uma sociedade simples, em um determinado momento histórico, ver-se-ia obrigada a migrar de um regime para outro – uma situação de fato que levaria à absoluta insegurança jurídica.

Será empresária, porém, a sociedade que tiver por objeto, além do exercício de uma profissão intelectual, outra atividade organizada de produção ou circulação de bens ou de serviços, porquanto a atividade intelectual em tal caso caracteriza-se como elemento (parte integrante) da outra que a absorve, recaindo, por isso, na ressalva da parte final do art. 966, parágrafo único, do Código Civil. No exemplo dado, se a sociedade for constituída para o exercício da medicina combinado com hospedagem (*spa*, *hospital* etc.), a atividade médica passa a figurar como elemento do objeto social, que é mais amplo e a ela não se limita. Nessa sociedade não há o exercício exclusivo da medicina (da profissão intelectual), mas de um conjunto de atividades, que contam com o seu concurso. É preciso ressaltar que, em relação à sociedade de advogados o problema não se coloca, porquanto só pode ser constituída com o fim de congrega profissionais para o exercício exclusivo da advocacia, com a particularidade, ainda, de não poder apresentar “forma ou características mercantis” (Lei 8.906/1994, art. 16).

Sobre sociedades entre profissionais, é interessante registrar que o direito italiano, pela

Lei 1.815/1939, surgida no período de elaboração e promulgação do *Codice* (que se estendeu de 1938 a 1942), regulou as sociedades das chamadas profissões intelectuais protegidas (dependentes de habilitação ou autorização), não permitindo, de modo algum, a adoção de qualquer outro tipo societário, senão aquele por ela descrito. Nesse regime especial encontravam-se as chamadas sociedades profissionais puras, que tinham por objeto, essencial ou exclusivo, o exercício da profissão; nele não eram abrangidas as sociedades “nas quais o elemento da prestação profissional não assumia caráter preponderante, mas só instrumental, servindo a um complexo de atividades articuladas” (PRISCILLA PERTITI, *Le nuove società di professionisti. Rivista Del Diritto Commerciale*, nov.-dic. 1997, n. 11-12, p. 1.021-1.036). Assim, jamais alguém que se dedicasse a uma profissão intelectual poderia, isoladamente, (i) ser reputado empresário ou (ii) constituir sociedade empresária tendo por fim o exercício de tal profissão. O objetivo dessa lei era evitar que pessoas desprovidas da necessária habilitação ou autorização exercessem a profissão ou encobrissem seu exercício através de uma sociedade para operar sem as condições legais exigidas. Estavam à margem dessa lei as sociedades em que a atividade intelectual era, apenas, uma faceta da atividade própria da sociedade, como, por exemplo, a sociedade construtora, de que participava um engenheiro civil. Referida proibição vigorou por mais de sessenta anos, só tendo sido revogada pela Lei 266/1997. (Sobre o tema, antes da vigência desta lei, FRANCESCO GALCANO, *Diritto commerciale – Le società*, p. 9-15.)

61. Sociedade anônima e sociedade cooperativa

Influenciado pelo direito anterior, o Código Civil excepciona do critério distintivo acima exposto, dizendo no parágrafo único do art. 982

Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

que, independentemente de seu objeto, considerava-se empresária a sociedade por ações e simples a sociedade cooperativa.

A regra, no tocante às sociedades por ações, traz como consequência a impossibilidade de a sociedade simples adotar qualquer desses tipos porque, se o fizer, tornar-se-á empresária por força de lei. De fato, se a sociedade anônima e a comandita por ações são empresárias independentemente do objeto, uma sociedade que adote qualquer desses dois tipos será empresária, mesmo que tenha por objeto uma atividade que não seja própria de “empresário sujeito a registro”, como a de médico, dentista, contabilista etc.

Pode-se objetar que o mesmo ocorre quando a sociedade simples reveste-se de qualquer dos tipos de sociedade empresária, à vista do disposto no art. 983 que determina sua submissão, nesse caso, ao regime jurídico do tipo adotado. No entanto, o art. 1.150 mantém sua inscrição no Ofício de Registro de Pessoas Jurídicas, indicando que ela não se transmuda em sociedade empresária.

Já no tocante à sociedade cooperativa, o legislador optou por submetê-la ao regime jurídico da sociedade simples com o só intuito, ao que tudo indica, de excluí-la do regime falimentar (CC, art. 1.044, e Lei 11.101/2005, art. 1.º). Esse é, realmente, o único motivo de sua classificação como sociedade simples, já que seu registro (sua inscrição) é feito no Registro Público de Empresas Mercantis, consoante o determina sua lei de regência (Lei 5.764, de 1971, art. 18, § 6.º).

Sobre a polêmica do órgão em que se deve registrar a sociedade cooperativa, já superada no âmbito das Juntas Comerciais com o Parecer Jurídico 17/2003 do DNRC/COJUR, ver, adiante, os comentários ao art. 1.093 (n. 438 *infra*).

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

COMENTÁRIOS

62. Tipos de sociedades empresárias

As sociedades empresárias, à semelhança do que se passava no regime anterior com as sociedades comerciais, podem ser constituídas segundo os tipos legalmente previstos, que estão regulados nos arts. 1.039 a 1.092 do Código Civil, a saber: a) sociedade em nome coletivo ou solidária; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade anônima ou companhia; e) sociedade em comandita por ações.

Tem-se, nessas disposições, a reafirmação do princípio da tipicidade, que já era consagrado pelo regime revogado, segundo o qual as sociedades empresárias devem adotar e só podem adotar um dos tipos previstos em lei. Trata-se de princípio que restringe a autonomia privada, no que respeita à liberdade contratual. As partes não têm a faculdade de constituir sociedades empresárias fora dos modelos oferecidos pela lei. Esse princípio justifica-se por razões de segurança jurídica, em favor de terceiros que contratam com a sociedade (para que tenham, de pronto, a visão da garantia proporcionada à satisfação de seus créditos) e no interesse dos próprios sócios (notadamente minoritários, quanto aos direitos que lhes são assegurados em cada qual dos tipos).

Para bem compreender o alcance desse princípio, vale a pena reproduzir aqui a lição de JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, quando chama a atenção para duas modalidades distintas de tipicidade. A primeira é a tipicidade *enunciativa*, que se caracteriza quando a lei “estabelece vários tipos legais e disciplina os respectivos regimes jurídicos, apresentando-os como fonte de inspiração da liberdade contratual, podendo então os particulares aproveitá-los, utilizando-os estritamente como estão desenhados, introduzir-lhes desvios próprios ou combiná-los entre si”, como se dá com os diversos tipos

legais de contratos. A segunda é a tipicidade por ele designada de *injuntiva* (imperativa), que arrola “os únicos modelos que as partes podem adotar, e que formam, assim, um *numerus clausus*, quanto ao qual apenas podem preenchê-los com os elementos específicos do caso, sem adaptações nem combinações de tipos entre si”, enquadrando-se, aí, as sociedades empresárias. “A única liberdade relevante que os particulares têm nesta hipótese é a da escolha de um, entre os diferentes modelos legais, ou, em alternativa, a de se remeterem a uma pura omissão de comportamento jurídico nesse domínio” (*Curso de direito das sociedades*, n. 4, p. 27-28).

A impossibilidade de mesclar os tipos não significa isolamento, porquanto é possível que um tipo tenha sua regulação básica a partir de outro tipo ou que a lei autorize (e aí a liberdade de combinação cessa nos limites da autorização) a adoção de particularidades de um tipo diverso.

No rol das sociedades empresárias, em comparação com o das sociedades comerciais que restou extinto, ficaram ausentes a *sociedade em conta de participação* e a *sociedade de capital e indústria*.

A sociedade em conta de participação, no sistema do Código, não integra o rol por não possuir personalidade jurídica e por ser tipo não mais exclusivo de sociedade empresária. No lugar próprio será demonstrado que não há aí propriamente um tipo societário que contrasta com os demais, porém, um contrato associativo (n. 84 *infra*).

A sociedade de capital e indústria, deixando de figurar como tipo autônomo de sociedade, traz à tona a questão de saber se pode ser adotada como sociedade empresária. Não há como negar que sua constituição como sociedade simples é expressamente admitida, quando o Código Civil prevê a possibilidade de sua formação com sócio prestador de serviços (art. 997,

V), estatui limitações à atuação desse sócio (art. 1.006) e dispõe a respeito de sua participação nos resultados (art. 1.007). E não há razão para que não seja uma sociedade empresária, porquanto pode ser constituída uma sociedade em nome coletivo com sócio prestador de serviços, dada a previsão de aplicação subsidiária a esse tipo societário das disposições referentes à sociedade simples (art. 1.040), dentre as quais estão as dos artigos logo acima referidos. Não custa lembrar que, em outras legislações, como a da Itália (CC de 1942, arts. 2.295, 2.263 e 2.286) e a de Portugal (CSC, art. 175 e ss.), a sociedade de capital e indústria é tratada como modalidade de sociedade em nome coletivo. Isso implica eliminação do tratamento especial que o sócio de indústria recebia no regime do Código Comercial de 1850, que o isentava de qualquer responsabilidade pelas dívidas sociais, já que na sociedade em nome coletivo, todos os sócios são por elas solidária e ilimitadamente responsáveis (art. 1.039). Também não há impedimento algum para que um sócio comandado preste sua contribuição com serviços, como se verá adiante (n. 270 *infra*).

63. Tipos de sociedades simples

A rigor, a sociedade simples não se desdobra em tipos. A norma faculta que ela (i) siga as normas que lhe são próprias, previstas nos arts. 977 a 1.038, ou (ii) adote um dos tipos de sociedade empresária, caso em que se subordina às regras do tipo escolhido, sem perder, no entanto, a sua qualidade de sociedade simples (MIGUEL REALE, *História do novo Código Civil*, p. 252).

Todavia, a *cooperativa* é catalogada como sociedade simples (CC, art. 982, parágrafo único) e possui um regimento próprio, que a diferencia profundamente do modelo básico regulado pelos arts. 977 e ss. do Código Civil. Prevista em seus arts. 1.093 a 1.096, que contemplam suas características e algumas disposições gerais, a cooperativa é regida quase integralmente por lei específica. Essas regras, de sua vez, não têm o caráter de generalidade e, por isso, não se aplicam supletivamente às sociedades empresárias.

Como sociedade que reúne profissionais que desenvolvem atividade intelectual, a *sociedade de advogados* é uma sociedade simples. Contudo, está sujeita a um regimento peculiar que: a) não lhe permite adotar qualquer dos tipos de sociedade empresária; b) determina seu

registro perante o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil onde se estabelece, com efeito atributivo de personalidade jurídica; c) proíbe seu registro em outro órgão com funções registradoras (Junta Comercial ou Ofício do Registro de Pessoas Jurídicas); d) só pode ter sócios advogados, isto é, de uma única categoria profissional, devidamente habilitados para seu exercício. (Sobre as demais características das sociedades de advogados, que as afastam dos outros tipos societários, ver, do autor, *Sociedade de advogados*, n. 8, p. 35-37.)

Essas considerações conduzem à conclusão de que há também tipos de sociedade simples: a simples propriamente dita, a cooperativa e a sociedade de advogados.

No regimento da sociedade simples há, ainda, a opção de esse tipo societário comportar *sócio prestador de serviços*, o que poderia dar azo a um subtipo, para abrigar a sociedade de capital e indústria. No entanto, o que aí se tem é mera opção de um peculiar ajuste societário previsto e inserido no regimento do mesmo tipo.

64. Outros tipos societários

Em razão da liberdade de contratar, os interessados podem normalmente escolher dentre os diversos tipos societários previstos no Código Civil aquele que lhes convém para o exercício da atividade econômica em comum. Mesmo em se tratando de atividade não empresária, é possível, como se viu, a constituição de sociedade simples segundo um dos tipos de sociedade empresária.

Contudo, é possível que existam regras imperativas determinando o modelo a ser adotado em razão da natureza da atividade a ser exercida ou do modo de exercê-la. O próprio Código Civil já ressalva, nomeadamente, no parágrafo único do art. 983, a sociedade em conta de participação e a sociedade cooperativa.

No que se refere à *sociedade em conta de participação*, tem-se que ela tanto pode ter por objeto o exercício de uma atividade própria de empresário, como outra qualquer. Essa evidência leva à conclusão que a sociedade em conta de participação, se sociedade fosse, poderia caracterizar-se como empresária ou simples, dependendo do seu objeto. Como se verá no lugar próprio, a sociedade em conta de participação não existe no mundo jurídico como sociedade, porque

quem age é sempre o sócio ostensivo.

A respeito, reportamo-nos aos comentários aos arts. 991 a 996, que revelam as peculiaridades desse ajuste de participação, cujas peculiaridades não permitem incluí-lo na lista das sociedades.

Já no que toca à *cooperativa*, a previsão legal quer dizer que, embora reputada sociedade simples, ela não pode adotar nenhum dos tipos de sociedade: empresária e, com isso, sujeitar-se à respectiva disciplina. Se há um ajuste cooperativo, os participantes desse ajuste são obrigados a adotar o modelo da Lei 5.764/1971, com as características do art. 1.094 do Código Civil e a escolha da limitação da responsabilidade dos sócios segundo as alternativas de seu art. 1.095. A liberdade de constituição desse tipo societário é limitada, porque contida pelos quadranes desse cenário.

Por outro lado, é possível que a lei exija, para o exercício de certa atividade, a adoção de um tipo determinado de sociedade, como ocorre, por exemplo, com as *instituições financeiras* que só podem revestir-se da forma de sociedade anônima (Lei 4.595/1964, art. 25).

O parágrafo único do art. 983 ainda ressalva as disposições de leis especiais que prevejam outros tipos, além dos indicados no Código Civil, o que se dá, por exemplo, com a *Itaipu*

Binacional, que se reveste de tipo próprio, distinto daqueles.

Sobre esse tema, reportamo-nos à obra elaborada pela Diretoria Jurídica da Itaipu Binacional, compendiando pareceres da Consultoria Geral da República, da Advocacia Geral da União, de MIGUEL REALE, PAULO SALVADOR FRONTINI, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, EROS ROBERTO GRAU, e decisão do Tribunal de Contas da União (*Natureza jurídica da Itaipu*. Curitiba: Itaipu Binacional, Diretoria Jurídica, 2004).

Inserir-se nesse contexto, igualmente, a *sociedade de advogados* que, embora classificada como espécie de sociedade simples, é um tipo societário regido por lei especial que se enquadra na mesma ressalva.

É o caso de lembrar, por fim, mas em enumeração não exaustiva, a *sociedade de garantia solidária*, criada pela Lei 9.841/1999, que é um novo tipo de sociedade por ações (distinto da companhia e da sociedade em comandita por ações, por ser formada por dupla categoria de sócios, todos com responsabilidade limitada), destinado a garantir os negócios das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias (Sobre o conceito e as peculiaridades da sociedade de garantia solidária, ver, do autor, *Lições de direito societário – Sociedade anônima*, v. 2, n. 8, p. 16-20).

Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.

Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordinará, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

COMENTÁRIOS

65. Sociedade rural

No sistema do Código Civil, a sociedade que tem por objeto atividade rural não é empre-

sária; é sociedade simples, como se deduz do enunciado da norma.

Entretanto, à semelhança da faculdade contida no art. 971, relativa ao empresário rural, o

art. 984 contempla a possibilidade de essa sociedade revestir-se de um dos tipos de sociedade empresária e se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, atendidas as formalidades previstas para a inscrição do empresário (art. 968). Com isso, ela fica equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária. Equiparar-se em toda extensão, na verdade, significa tornar-se uma sociedade empresária.

Nesse particular, nosso Código Civil não segue o modelo que o informou. Pelo sistema italiano, só a empresa agrícola, quando exercida individualmente, é excluída da obrigação de registro no Registro das Empresas; se ela é exercida sob forma societária, deve nele registrar-se, subordinando-se às regras aplicáveis ao empresário sujeito a registro (CCi, arts. 2.136 e 2.200).

Observe-se que o simples fato de a sociedade rural adotar um dos tipos franqueados à sociedade empresária não basta para identificá-la como tal. A lei estabelece que, para tanto, além da forma, seja ainda obtida sua inscrição na Junta Comercial. Isso quer dizer que uma sociedade rural pode continuar como sociedade simples, ainda que se revista, por exemplo, da forma de sociedade limitada, com seu registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se sujeitando, nesse caso, à falência nem tendo direito à recuperação judicial ou extrajudicial, se cair em insolvência.

Como já observado nos comentários ao art. 982 (n. 59), as regras relativas às sociedades empresárias aplicam-se, quase todas, à sociedade simples, situando-se as distinções, basicamente, na diversidade de registros e de regimes de insolvência.

66. Conversão da sociedade rural existente em sociedade empresária

A sociedade rural pode ser constituída, desde logo, como sociedade empresária, observadas as disposições contidas no *caput* do art. 984. Mas é provável que ela já estivesse constituída

como sociedade simples e regularmente inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, com ou sem adoção de um dos tipos de sociedade empresária. Aliás, antes do regime jurídico implantado pelo Código Civil, muitas sociedades rurais encontravam-se nessa condição.

Nessas hipóteses, permite o mesmo dispositivo que a sociedade, observadas as formalidades pertinentes, requeira sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis para, assim, transformar-se em sociedade empresária. E aí, segundo prevê o parágrafo único, o pedido de inscrição subordina-se, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

A transformação é o ato pelo qual, independentemente de dissolução ou liquidação, a sociedade empresária muda de um tipo para outro (CC, art. 1.113). Na linha desse conceito, cumpre verificar se há verdadeira transformação na conversão de uma sociedade simples em sociedade empresária. É que, como já foi evidenciado, a sociedade simples pode constituir-se segundo um dos tipos de sociedade empresária – o que não a torna empresária (arts. 983 e 1.150), embora fique submetida às normas do tipo adotado. Ou seja, a sociedade simples, revestindo-se da forma de sociedade empresária, continua simples, não se transformando nesta. Ocorre, contudo, que o art. 984 contém regra de mudança de tipo, porquanto a sociedade rural simples, observadas as disposições ali contidas, passa a ser empresária, o que leva à conclusão de ser adequada a utilização da expressão “transformação” para identificar essa operação.

A transformação de uma sociedade rural simples em sociedade rural empresária deve ser decidida pela vontade unânime dos sócios, seja porque nesse tipo de operação a regra é a obtenção do consentimento de todos os sócios (CC, art. 1.114), seja porque o regime jurídico da sociedade simples o exige imperativamente (CC, art. 999). A única incompatibilidade estaria na previsão de cláusula de deliberação por maioria e, como consequência, na concessão de direito de recesso ou de retirada aos dissidentes (CC, art. 1.114, parte final). No mais, devem ser observadas, por inteiro as outras disposições pertinentes a essa operação.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

COMENTÁRIOS

67. Registro próprio

Para a sociedade ser regularmente constituída é necessário que obtenha sua inscrição perante o órgão registrador próprio. Com isso, ela adquire personalidade jurídica, tornando-se, assim, capaz de direitos e obrigações na ordem civil para a prática dos atos que determinaram sua criação, isto é, para preencher sua função no mundo jurídico.

Há sociedades que se constituem sem as formalidades legais exigidas; são as sociedades sem registro, às quais o Código Civil reserva tratamento específico (arts. 986 a 990). As sociedades tipificadas precisam do registro para que se subordinem à disciplina do respectivo tipo.

Pelo critério legal adotado, a sociedade simples deve ter sua inscrição realizada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 1.150), o primeiro a cargo das Serventias do Foro Extrajudicial e o segundo das Juntas Comerciais, vinculadas, respectivamente, ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo de cada Estado-membro da Federação. A sociedade cooperativa, conquanto considerada sociedade simples, deve registrar-se, em razão de sua lei de regência, no Registro Público de Empresas Mercantis.

As formalidades para a obtenção do registro variam. A sociedade simples precisa atender às disposições do art. 46, e a sociedade empresária as previsões do art. 968, ambos do Código Civil. Se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária, tem de cumprir as exigências previstas para o registro do tipo adotado (CC, art. 1.150, última parte).

A inscrição de sociedade empresária e de sociedade cooperativa implica a obtenção de um número seqüencial do NIRE – “Número de Identificação do Registro de Empresas”, já abordado nos comentários ao art. 968 (n. 11 *supra*), inexistindo controle semelhante nos Ófícios de Registro de Pessoas Jurídicas para

as inscrições das sociedades simples que a este último se vinculam.

O Departamento Nacional do Registro do Comércio baixou normas para as inscrições das sociedades limitadas, sociedades anônimas e sociedades cooperativas (Instrução Normativa 98, de 2003, contendo o “Manual de Registro de Sociedades Limitadas”; Instrução Normativa 100/2006, aprovando o “Manual de Atos e Registro Mercantil das Sociedades Anônimas” e Instrução Normativa 101/2006, com o “Manual das Cooperativas”).

68. Registro com efeito atributivo de personalidade jurídica

No dispositivo objeto destes comentários, o Código Civil mostra ter-se filiado à doutrina que sustenta ter o registro caráter atributivo da personalidade jurídica da sociedade. Segundo essa corrente, “o direito não reconhece a existência de uma pessoa jurídica como realidade fática para simplesmente regular-lhe a atuação, mas outorga personalidade a certos centros de imputação de interesses para que atuem na prática dos atos da vida civil à semelhança da pessoa natural, tanto que o faz em relação a alguns, deixando de fazê-lo em relação a outros aos quais, às vezes, em maior ou menor grau, concede algumas das faculdades inerentes à personalidade – e não todas –, como no caso da herança, da massa falida, do condomínio etc.” (do autor, *Lições de direito societário*, v. 1, n. 7, p. 17-18).

Isso é reafirmado pelos arts. 41 a 44 do referido Código que, inclusive, criou para as sociedades sem registro a categoria das sociedades não personificadas (sociedades em comum e em conta de participação, tratadas nos seus arts. 986 a 996), deixando inquestionável essa separação. É bom ficar registrado que a figura da sociedade não personificada já era contemplada em nossa legislação anterior. Por sociedade sem personalidade jurídica o Código de Processo Civil identificava e ainda identifica a