

VIII

DIREITO ADMINISTRATIVO

41. Contrato administrativo: nulidade de cláusula de reajuste de preço	501
42. Quotas de exportação de café	519
43. Enriquecimento indevido de administrado, provocado pela Administração Pública	526

IX

DIREITO PENAL

44. A exigência do dano material, no peculato por desvio ou malversação de bem público	543
--	-----

I

***REFORMA DO DIREITO
EMPRESARIAL***

O direito ao lucro nos contratos sociais

1. Elemento essencial dos contratos ditos plurilaterais, em contraste com os de intercâmbio, não é apenas o aspecto exterior de aqueles poderem, e estes não, contar com mais de duas partes. É também a comunhão de objeto e de objetivo, própria dos contratos plurilaterais. A comunhão de objeto diz respeito à atividade a ser desenvolvida no quadro do contrato, que assume, sob esse aspecto, um caráter nitidamente instrumental. A segunda incide sobre o escopo ou finalidade do exercício dessa mesma atividade.

A comunhão de escopo, como elemento essencial dos contratos plurilaterais, acarreta a aplicação de uma série de regras particulares, referentes à validade ou à eficácia do contratado. O Código Civil italiano as contempla nos arts. 1.420, 1.446, 1.459 e 1.466. A invalidade de uma ou algumas das prestações não implica a de toda a relação contratual, salvo se as prestações inválidas são consideradas essenciais, vale dizer, são indispensáveis à consecução do escopo do contrato. Da mesma forma, no tocante à inexecução de uma ou algumas das prestações individuais.

Na sociedade — protótipo dos contratos plurilaterais — o objeto social corresponde à atividade a ser desenvolvida pelos sócios; essa atividade, por sua vez, definirá o caráter mercantil ou civil da sociedade. A atividade é comum, não necessariamente no sentido de que todos os sócios deverão exercitá-la diretamente, mas porque ela é supostamente exercida em benefício de todos os sócios, e não de alguns deles apenas. A atividade empresarial é, em qualquer hipótese, um meio para a consecução do resultado por todos esperado: a produção de lucros. Daí decorre a proibição implícita, inerente a todo contrato de sociedade, de que os sócios façam concorrência a ela. O eventual prejuízo daí decorrente para a empresa comum seria, manifes-

tamente, um *damnum iniuria datum*, acarretando a sanção civil de perdas e danos, além de outras especificamente estipuladas no contrato, como a exclusão do sócio faltoso.

Mas o objetivo específico do contrato de sociedade é, sempre, a produção e partilha de lucros entre os sócios; ou melhor, a distribuição dos lucros sociais. Não é sociedade o pacto que estipulasse fossem os lucros da atividade comum totalmente reinvestidos no negócio, sem jamais serem distribuídos entre os sócios, nem direta nem indiretamente.

É nesse ponto que o contrato de sociedade se distingue do de associação civil, que lhe é aparentado. A associação apresenta a mesma estrutura da sociedade, a mesma organização plurilateral; mas o escopo associativo, ainda que de caráter econômico (pense-se, p. ex., nos sindicatos ou associações profissionais), não é a partilha de lucros entre os associados. Ultimamente, porém, nota-se uma tendência no direito positivo no sentido de se alargar esse conceito de fim lucrativo. A Lei francesa n. 78-9, de 4-1-1978, por exemplo, dando nova redação ao art. 1.832 do Código Napoleão, passou a admitir que no contrato de sociedade os sócios possam ter por objetivo “partilhar os lucros ou aproveitar da economia” resultante do exercício da atividade social.

2. Seja como for, o objetivo de lucro é sempre comum aos sócios. Por isso mesmo, diz-se que no contrato de sociedade as partes não se postam uma em frente da outra, mas uma ao lado da outra em redor do fim comum. O benefício econômico de uma das partes não resulta da prestação da outra, ou das outras, mas da conjugação dos esforços ou recursos de todas, em vista do objetivo social.

Ora, os lucros sociais não constituem um resultado necessário da atividade empresarial, mas puramente aleatório. Nesse sentido, diz-se que a noção de risco é inerente a toda atividade de empresa. Afirmar essa obviedade não significa, porém, reconhecer que a sociedade faz parte do gênero contrato aleatório. Exatamente por que essa categoria contratual diz respeito a uma relação de intercâmbio de prestações, ela não se aplica à sociedade, que é contrato plurilateral, no sentido explicado linhas acima. Objeto do contrato social é a atividade empresarial em si mesma, não os resultados dessa atividade. Ora, a aleatoriedade dos contratos é ligada ao seu objeto — que são as prestações das partes —, não à sua causa.

A consequência desse axioma — a aleatoriedade dos resultados da atividade empresarial — é decisiva para o regime dos direitos e deveres dos sócios. Se os lucros sociais não constituem um resultado necessário da atividade social, é evidente que os sócios não têm direito nem pretensão à produção de lucros. Mais: toda e qualquer estipulação que garanta aos

sócios, ou a um só deles, a percepção de lucros em determinado montante é radicalmente estranha ao contrato de sociedade.

3. Se assim é, como definir a posição jurídica dos sócios no tocante aos lucros sociais?

Essa posição varia, conforme o estágio em que se encontra a produção de lucros, no patrimônio social. Numa primeira fase, os lucros ainda não foram produzidos, mas podem sê-lo. Num segundo estágio, os lucros já surgiram no patrimônio social, como excedente positivo no balanço de ingressos e dispêndios, mas ainda não se deliberou a sua distribuição entre os sócios. Finalmente, numa última fase, já houve deliberação social no sentido de se distribuírem entre os sócios os lucros apurados.

Direito dos sócios aos lucros sociais somente existe, propriamente, nas duas últimas fases: direito de participar dos lucros sociais já apurados e direito de crédito ao pagamento de sua quota-parte nos lucros cuja distribuição foi deliberada.

Na primeira fase, ou seja, quando existe tão-só a possibilidade ou expectativa de lucro, os sócios não têm direito subjetivo algum em relação a ele. Não podem exigir um resultado que é, pela sua própria natureza, aleatório. Aliás, de quem exigiriam esse resultado, senão uns dos outros? Ora, todos os sócios encontram-se na mesma posição de igualdade de direitos e deveres, nesse particular. Todos correm o risco da empresa. O que há, apenas, na pessoa de cada sócio, é o que se denominou “interesse legítimo”, ou, em termos menos ambíguos, “interesse ocasionalmente protegido”.

Essa categoria jurídica foi elaborada, pela primeira vez, no âmbito do direito administrativo, designando a posição do administrado que, embora não tendo direito a determinado bem, pode, no entanto, agir contra a Administração Pública pela inobservância das normas legais que regem a sua atividade, relativamente à produção daquele bem, ou à prestação de determinado serviço. Exemplo sempre citado é o da vista panorâmica de determinado imóvel, que pode ser eliminada pelo prédio vizinho, mas desde que se respeitem escrupulosamente as posturas municipais relativas à construção. Como se vê, a proteção jurídica a esse tipo de interesse é meramente indireta¹.

1. A elaboração é, predominantemente, da doutrina italiana. Da imensa bibliografia, citaremos apenas os autores mais recentes: Santi Romano (*Corso di diritto amministrativo*, 3. ed., Pádua, 1957, p. 145 e 151), Giannini (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milão, 1952, p. 276) e Renato Alessi (*Principi di diritto amministrativo*, 4. ed., Milão, 1978, t. 2, p. 569, 576, 583 e 764). Os “interesses legítimos”, nos autores italianos, costumam ser distinguidos dos “direitos enfraquecidos” (*diritti affievoliti*), sem que se colha com nitidez a diferença específica entre ambos.

O conceito de “interesse ocasionalmente protegido” foi, em seguida, ensaiado na teoria geral do direito privado e, especificamente, no direito societário². Reconheceu-se, assim, que os sócios têm esse tipo de interesse, não só em matéria patrimonial, mas também no campo extrapatrimonial. Exemplo deste último tipo é o interesse do acionista em eleger administrador: se se trata de um acionista minoritário, a única proteção ao seu interesse é a concernente ao respeito devido às regras legais e estatutárias que disciplinam a manifestação do órgão deliberativo: assembléia geral ou conselho de administração.

O interesse dos sócios em que a sociedade tenha lucros é, também, incontestavelmente, desse gênero. A lei o protege assegurando a todo e qualquer sócio, independentemente do valor de sua quota de capital, o direito de exigir sejam exercidas regularmente as atividades da empresa no sentido da produção de lucros: que os sócios controladores não façam concorrência à sociedade; que os administradores exerçam suas funções com a diligência com que cuidam, habitualmente, de seus próprios negócios.

4. Tudo isso no que concerne especificamente aos lucros sociais. Acontece que a aleatoriedade dos resultados da atividade empresarial significa que a sociedade, ao invés de lucros, pode também experimentar perdas.

Ora, a comunhão de escopo, que é o elemento diretor e unificador da relação societária, importa igualmente numa participação dos sócios nesses resultados deficitários. O risco inerente ao negócio de sociedade não é apenas a inexistência de lucros, mas também a ocorrência de prejuízos. O *status socii* acarreta, obrigatoriamente, a assunção de uma quota-parte desses valores negativos.

É este elemento, afinal, que marca a diferença específica da sociedade em relação aos contratos de intercâmbio ditos parciais, porque implicam a participação de uma das partes nos lucros ou benefícios resultantes da atividade da outra parte no negócio. Assim, por exemplo, o mútuo com participação do mutuante nos lucros do mutuário ou o contrato de trabalho com participação nos lucros da empresa. Nesses tipos de contrato participante, existe sempre uma contraprestação determinada pecuniariamente: o

2. Na teoria geral do direito, o assunto foi tratado por Alessandro Levi (*Teoria generale del diritto*, 2. ed., Pádua, 1967, n. 143) e também por Emilio Betti (Interesse — Teoria generale, in *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, t. 8, p. 838 e s.).

No direito privado em geral, deve-se apontar a monografia de Lina Bigliazzi Geri (*Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milão, 1967).

No direito societário, Alessandro Graziani (*Diritto delle società*, 5. ed., Nápoles, n. 27) e Vincenzo Buonocore (*Le situazioni soggettive dell'azionista*, Nápoles, s. d., p. 146 e s.).

capital mutuado ou o salário. A participação nos lucros da outra parte é um *plus* a essa contraprestação fixa. Por conseguinte, nem o mutuante nem o empregado assumem o risco do empreendimento, pois não participam das eventuais perdas que ele possa acarretar.

É também com base nesse elemento fundamental da participação nas perdas que se pode distinguir a posição jurídica do acionista, de um lado, e a do debenturista ou titular de partes beneficiárias, de outro. O acionista participa, em qualquer hipótese, das perdas sofridas pela companhia, na medida em que o valor patrimonial de suas ações vê-se afetado pelos resultados negativos que a sociedade venha a apresentar no correr dos exercícios (como, correlatamente, esse valor patrimonial é incrementado pelo acúmulo de reservas e lucros em suspenso). Declarando-se a insolvência da companhia e abrindo-se o concurso falimentar, o acionista, como qualquer sócio, só poderá ser reembolsado do valor de seu investimento acionário pelo *reliquat* eventualmente existente, uma vez pagos todos os credores sociais.

O debenturista, diferentemente, é um credor da companhia emissora das debêntures (Lei n. 6.404, de 1976, art. 53). Quanto ao titular de partes beneficiárias, embora não seja credor da companhia emitente dos títulos e se apresente, quanto aos lucros sociais, em posição análoga à do acionista, não tem o *status socii*, pois não participa das perdas sociais. O valor de resgate das partes beneficiárias não é afetado pela eventual insolvência da companhia; e sobre a respectiva reserva os titulares desses papéis têm preferência na hipótese de concurso (mesma lei, art. 48, § 3.º).

5. Pelas explicações que acabam de ser dadas, percebe-se que a vedação de estipulações societárias que excluam algum sócio da participação nos lucros ou nas perdas da sociedade constitui mera aplicação do princípio da comunhão de escopo, essencial nos contratos plurilaterais e, especificamente, nos contratos sociais.

Essa ligação da regra ao princípio é assinalada por Alfred Hueck, na doutrina alemã: "Der Zweck muss allen Gesellschafter gemeinsam sein. Daraus folgert die herrschende Lehre mit Recht, dass ein Vertrag, der ausschliesslich im Interesse eines Beteiligten geschlossen wird, keine Gesellschaft ist"³. Seria preciso acrescentar que tampouco é sociedade — pelo menos em relação ao excluído — o contrato que desse participação nos lucros a todos os contratantes, menos um; ou o que excluísse todos da participação nas perdas, salvo um. Em todas essas hipóteses, deixando de haver comunhão de escopo, não se estabelece a relação societária.

3. *Gesellschaftsrecht*, 17. ed., Munique, 1975, p. 24.

6. É, talvez, da falta de expressa ligação da regra exclusória da sociedade leonina ao princípio da comunhão de escopo nos contratos societários, que se nota uma certa flutuação do direito positivo em relação ao assunto, na evolução histórica.

No direito romano, parece ter sido admitida a adaptação da partilha de lucros e perdas à natureza da contribuição de cada sócio, de tal modo que o sócio de indústria tivesse uma participação diversa da do sócio capitalista, nos resultados da atividade comum (*Gai.*, III, 149; *D.*, 17, 2, *fr.* 29). Neste fragmento do Digesto, porém, reproduz-se lição de Ulpiano, em comentário à opinião de Cássio com referência à sociedade leonina, do seguinte teor:

"Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum⁴, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet".

A hipótese examinada pelos *prudentes* foi, portanto, a de uma sociedade de dois sócios, na qual um deles ficaria com a totalidade dos lucros, não se esclarecendo se haveria ou não partilha das perdas.

No mesmo fragmento, porém, refere-se Ulpiano também à opinião de Cássio, sobre a possibilidade jurídica de se contrair sociedade em que os lucros são comuns, embora cada sócio arque com as perdas derivadas de sua própria atividade. Assim, se um só dos sócios navega por conta da sociedade, ou um só viaja, os riscos dessa navegação ou dessa viagem sobre ele recaem (*si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus*).

7. Nas Ordenações, dispôs-se que "não poderão os companheiros pôr tal pacto e condição, que hum companheiro leve o ganho todo, e na perda não tenha parte, porquanto o tal contracto, como este, he ilícito e reprovado" (Liv. 4.º, 49, 9, *in fine*). Aqui, como se vê, já se esclarece que a hipótese de incidência da proibição é a absurda divisão de todos os lucros, sem parte alguma nas perdas, para um dos sócios. Escusa salientar que situação tão aberrante dificilmente, se não nunca, se encontraria na realidade.

8. Sobrevindo o Código Comercial, em 1850, o seu art. 288 consagrou a regra tradicional, no seguinte teor:

4. Há unanimidade de opiniões entre os críticos quanto ao provável erro de copista do texto. A palavra certa é *totum*.

“É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social”.

Como se percebe, o Código alargou nitidamente o âmbito de aplicação da norma que vinha do direito anterior. Incluem-se na vedação não só as sociedades em que um dos sócios monopolize os lucros, mas também as que excluam da participação neles algum dos sócios. Além disso, existe também sociedade leonina quando um dos sócios for declarado isento de suportar as perdas havidas no trato comercial.

Mas a regulação da matéria, no Código Comercial, não se restringe a essa norma específica do art. 288. Muito importante, como afirmação de princípio, é o declarado em seu art. 330:

“Os ganhos e perdas são comuns a todos os sócios na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social; salvo se outra coisa for expressamente estipulada no contrato”.

A regra do art. 288 subordina-se, pois, a esse princípio fundamental de que “os ganhos e perdas são comuns a todos os sócios”. Vale dizer: nenhum sócio pode ser excluído dos lucros ou da partilha dos prejuízos. A ressalva da parte final do art. 330 não se refere, a toda evidência, ao princípio da comunhão de lucros e perdas, mas ao critério capitalista de partilha entre os sócios: o valor respectivo de suas quotas de capital.

9. O Código Civil, no entanto, veio restringir a proibição do pacto leonino, tanto em seu campo de incidência quanto em relação à sanção. O art. 1.372 declara “nula a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles à comparticipação nos prejuízos”. No âmbito civil, por conseguinte, a nulidade é da cláusula leonina, não de toda a relação societária.

10. Ora, essa aparente diferença na esfera de aplicação da norma proibitiva do pacto leonino, entre o Código Civil e o Código Comercial, não nos deve induzir a equívocos interpretativos. Não deparamos aí com uma regra de exceção, no sistema legal, a qual, por isso mesmo, seria sempre *strictissimae interpretationis*. Como já dissemos repetidamente, a *societas leonina* não é sociedade; a sua nulidade não decorre de uma regra especial, de ordem pública, mas antes da simples aplicação do princípio geral de que a sociedade é um contrato com comunhão de escopo, vale dizer, uma relação contratual cuja finalidade ou causa jurídica é a partilha de lucros e perdas.

Assim, ainda que não houvesse norma específica proibindo esse pacto iníquo, ele seria vedado por inferência lógica.

Por essa mesma razão, deve atentar o aplicador da lei para as características e circunstâncias concretas do caso em exame, renunciando à falsa idéia de encontrar na realidade uma estipulação leonina às escâncaras. Geralmente, se não sempre, as partes envolvem o pacto iníquo em aparências de sociedade, seja pela terminologia empregada, seja pela forma contratual. O que importa é analisar o mecanismo do contrato em sua essência, desmontando a fachada verbal com que as partes encobrem a realidade. Por exemplo, não obstante o art. 330 do Código Comercial abrir aos sócios a faculdade de uma partilha dos lucros e das perdas sem relação com a participação de cada um no capital social, é preciso verificar em concreto se a atribuição, ao sócio de maior quota de capital, de uma parte ínfima nos lucros a serem apurados não configura uma estipulação leonina disfarçada.

Da mesma forma, é indiferente que o pacto proibido seja parte integrante do contrato social, ou venha separado deste, em acordos parassociais. Esta última circunstância pode, até mesmo, exacerbar o aspecto fraudulento da relação pseudo-societária.

Em decisões antigas e fortemente criticadas, a Corte de Cassação italiana fundou-se no fato de que os pactos parassociais são estranhos ao contrato social, para admitir a validade de uma estipulação leonina feita em acordo particular de alguns sócios apenas. Argumentou, para tanto, que o pacto leonino acarretaria “uma nulidade nos reflexos da sociedade e de seus sócios, não extensível fora desse âmbito”⁵.

Giuseppe Ferri observou, a esse respeito, que “a autonomia do pacto de exoneração, ainda que contido em um instrumento separado, é meramente formal: substancialmente, com efeito, o pacto é intimamente coligado ao contrato de sociedade e deste dependente. Ele não apenas encontra a sua razão de ser na participação do sócio na sociedade, mas constitui, na verdade, um pressuposto dessa participação. O pacto tem, com efeito, uma função, somente enquanto aquele, em favor do qual a obrigação é assumida, é sócio e permanece tal; e, por outro lado, a assunção da obrigação tem sua causa na participação social, que não se realizaria sem a garantia de indenização das perdas. Nessas condições, resulta claro que não se pode argumentar com a autonomia formal para sustentar-se a validade de um pacto que, sob todos os aspectos, deve ser considerado um pacto social”⁶.

5. Giuseppe Ferri, *Le società*, Torino, 1971, p. 22, nota 6.

6. Delle società, *Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, 2. ed., Roma e Bologna, 1968, p. 167.