

**JOSÉ MARIA DA COSTA**

**A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO  
DIREITO DE EMPRESA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**MESTRADO EM DIREITO**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
SÃO PAULO – 2006**

**JOSÉ MARIA DA COSTA**

**A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO NO  
DIREITO DE EMPRESA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito Civil), sob orientação da Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier.

**SÃO PAULO**

**2006**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## *DEDICATÓRIA*

*À Rita de Cássia Lelis Saito da Costa*, companheira de quase três décadas na vida e na fé, a quem devo creditar pelo menos metade dos méritos pela realização deste trabalho.

*À Ana Saito da Costa* e *à Carolina Saito da Costa* – a primeira ultimando e a segunda iniciando o Curso de Direito – rogando a Deus que as conserve filhas tão especiais e as ilumine e guarde em seu caminho pessoal e profissional.

## AGRADECIMENTOS

*Ao Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Neto* que, lá na década de oitenta, foi meu primeiro incentivador para levar a cabo este Mestrado e aceitou ser meu orientador, em tarefa que então não se concretizou, por eu, ao depois de cumprir os créditos, não haver conseguido escrever a dissertação, em virtude de meu ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo.

*À Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier* que, ante o novo cumprimento dos créditos, aceitou ser minha orientadora neste trabalho, com solicitude, lhanza e dedicação ímpares.

*Ao Professor Doutor Márcio Pugliesi*, por sua decisiva contribuição científica no cumprimento dos créditos.

*À Doutora Rita de Cássia Lelis Saito da Costa*, querida esposa, que resgatou praticamente das cinzas os créditos cumpridos em nova fase, tratou das dificuldades burocráticas, superou os entraves de ordem administrativa e possibilitou que, a par de meu intenso trabalho na advocacia, pudesse dedicar-me apenas à tarefa de pesquisar e elaborar este trabalho.

## RESUMO

Pela Lei n. 10.406, de 10.01.2002, adveio ao nosso país um novo Código Civil, para substituir o Código Beviláqua, vigente desde a segunda década do século passado (Lei n. 3.071, de 1º.01.1916). Além de profundas modificações no campo do direito civil, a nova codificação unificou, em mesmo tratamento, as obrigações civis e mercantis, extinguiu a distinção entre sociedades civis e comerciais e criou as sociedades empresárias.

Dificuldades imensas, todavia, se põem para delimitar a extensão e os efeitos dessa junção entre direito civil e direito comercial, sobretudo quando se vê que, no alvorecer da nova legislação, os civilistas se têm omitido no tratamento do direito de empresa inserido no Código, como se apenas se tivesse acrescentado azeite à água em mesmo recipiente, mas tais líquidos continuassem imiscíveis.

Tendo, entretanto, a citada junção de matérias a autoridade de direito posto, uma reflexão aprofundada se faz necessária para a exegese e a aplicação do novo sistema legal, quer para que não haja uma *comercialização* do direito civil, quer para que não haja uma *civilização* do direito comercial, ambas obviamente indevidas. Veja-se, apenas para exemplo, que, por um lado, o novo Código conferiu a seus dispositivos uma redação mais aberta, para viabilizar um trabalho mais profícuo dos magistrados. O direito comercial, todavia, por seu lado, requer normas claras e regras firmes. Num panorama como esse, a aplicação de princípios como o da socialidade e da operabilidade, no campo do direito comercial, pode gerar insegurança, com custos sociais talvez maiores do que os benefícios que possam advir das novidades.

Mesmo com o tratamento unificado, é preciso haver uma hermenêutica própria do fato comercial, diversa da que interpreta os fatos de natureza civil, sobretudo quando se fala na boa-fé a ser considerada nos negócios jurídicos de natureza mercantil, com suas diferenças da boa-fé que rege os negócios entre não-comerciantes (CC, art. 113); é preciso considerar em que extensão se há de aplicar, no campo do direito comercial, o princípio da liberdade de contratar, que se exerce nos limites da função social do contrato (CC, art. 421); deve-se sopesar como haverá de incidir, na esfera do direito comercial, o novel instituto da lesão (CC, art. 157), que possibilita a anulação de um negócio por inexperiência, sobretudo num campo em que a inexperiência faz parte do jogo.

Para essa reflexão de como vêm os institutos e as sociedades do vetusto Código Comercial de 1850 para o Código Civil de 2002, além das próprias inovações trazidas, escolheu-se a mais peculiar de todas as sociedades – a conta de participação – com suas novidades e diferenças em relação ao ordenamento anterior.

Por meio de uma análise de feição dedutiva, partiu-se das noções históricas sobre o comércio e a evolução do direito comercial, passou-se pelas considerações sobre o Código Civil de 2002, deteve-se na questão da unificação e nos principais aspectos de interpretação do novo direito de empresa, analisou-se o modo como foram trazidas as sociedades para o novo ordenamento, e se tratou da sociedade em conta de participação, não com intenção de exaurir a matéria, mas sobretudo com a preocupação de realçar os aspectos de maior relevo para a atualidade e de postá-la como centro em cujo entorno gravitam outras discussões sobre aspectos genéricos de maior relevo.

Com essas ponderações, acredita-se firmemente que este estudo poderá contribuir para estimular e servir de começo a outros trabalhos que intentem situar e discutir, com toda a propriedade, vastidão e reflexos, a unificação a que se procedeu da matéria obrigacional nos campos civil e comercial, e o próprio direito societário, a partir da análise específica dessa tão ágil, atual, útil e *sui generis* modalidade societária – a conta de participação.

## ABSTRACT

Through the Law Nr. 10.406, of 10.01.2002, merged in our country a new Civil Code, to substitute the Beviláqua Code, effective since the second decade of last century (Law Nr. 3.071, of 01.01.1916). Besides deep modifications in the field of the civil law, the new Code unified, in same treatment, the civil and mercantile obligations, extinguished the distinction between civil and trade societies and created the entrepreneur societies.

Immense difficulties, however, are set in delimiting the extension and effects of that junction between civil and commercial laws, mainly when is seen that, in the dawning of the new legislation, the civilists are self-neglecting the treatment of the enterprise law inserted in the Code, as if one just have added oil to water in same recipient, but such liquids continue not blending.

However, having the mentioned junction of matters the authority of put right, a deeper reflection is necessary for the exegesis and application of the new legal system, so that there is not a commercialization of the civil law, or a civilization of the commercial right, both obviously improper. Just as an example, one can see that, on one side, the new Code gave to its devices a more open composition to make possible a more useful work of the judges. The commercial right, however, on its side, requests clear norms and firm rules. In a panorama as that, the application of principles as sociability and operationability in the field of the commercial right can generate insecurity, with social costs perhaps larger than the benefits that can be produced from the innovations.

Even with the unified treatment, it is necessary to exist an peculiar hermeneutics of the commercial fact, different from that one that interprets the facts of civil nature, mainly when one treats the good-faith to be considered in the juridical businesses of mercantile nature, with its differences relative to the good-faith that governs the businesses among non-merchants (CC, art. 113); it is necessary to consider in what extension must be applied, in the field of the commercial right, the principle of the freedom of negotiation, that is exercised within the limits of the social function of the contract (CC, art. 421); one must check how will incise, in the sphere of the commercial law, the new institute of lesion (CC, art. 157), that makes possible the annulment of a business by inexperience, above all in a field that the inexperience is part of the game.

For that reflection of how the institutes and the societies of the ancient Commercial Code of 1850 come for the Civil Code of 2002, besides the own brought innovations, the most peculiar of all the societies was chosen – the participation bill – with its innovations and differences in relation to the previous ordering.

An deductive feature analysis started from the historical notions of the trade and the evolution of the commercial law, went by the considerations on the Civil Code of 2002, stopped in the subject of the unification and in the principal aspects of interpretation of the new enterprise law, and analyzed how the societies were brought for the new ordering, and treated the society in participation bill, not with intention of exhausting the matter, but above all with the concern of enhancing the aspects of larger relief for the present time and of posting it as a center around which other discussions gravitates on generic aspects of larger relief.

With those considerations, it is believed firmly that this study can contribute to stimulate and serve as a beginning of other works that attempt to place and to discuss, with the whole property, vastness and reflexes, the unification that took place in the obligation matter in the civilian and commercial fields, and of the own corporation law, starting from the specific analysis of that so agile, current, useful and sui generis society modality – the participation bill.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O COMÉRCIO.....	20
1.1 Nota introdutória .....	20
1.2 Origem e evolução do comércio.....	20
1.3 O comércio na Antigüidade.....	22
1.4 O comércio na Idade Média .....	22
1.5 O comércio na Idade Moderna .....	23
1.6 O comércio no Brasil.....	23
1.7 O comércio nos dias atuais .....	24
1.8 O comércio e a origem das sociedades.....	24
2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL.....	25
2.1 Observação inicial .....	25
2.2 As regras de comércio na Antigüidade.....	26
2.3 Sistematização do direito comercial .....	28
2.4 Idade Média .....	29
2.5 Tempos modernos .....	30
2.6 O direito comercial no Brasil .....	32
2.7 A matéria comercial no Código Civil de 2002.....	36
2.8 Conclusão oportuna .....	37
3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	38
3.1 Esclarecimento importante .....	38
3.2 Reflexão sobre o Código de 1916 .....	39
3.3 Indagação pertinente.....	39
3.4 Um pouco de História.....	40
3.5 Critérios da nova codificação .....	42
3.6 Inovações no âmbito do direito comercial.....	43
3.7 O princípio da socialidade .....	44
3.8 O princípio da eticidade.....	46
3.9 O princípio da operabilidade .....	47
3.10 O conceito de função social.....	49
3.11 Os novos princípios e o direito comercial .....	50
3.12 A linguagem do novo Código.....	52
4 A QUESTÃO DA UNIFICAÇÃO .....	57
4.1 Precedentes no direito comparado.....	57
4.2 Tentativas no Brasil .....	58



4.3 Pequenas observações .....	60
4.4 Abrangência da unificação .....	61
4.5 Preponderância entre os componentes.....	62
4.6 Críticas e opiniões .....	64
4.7 Conclusão .....	68
5 SOCIEDADES: ORIGEM, EVOLUÇÃO E ESTÁDIO ATUAL .....	70
5.1 Noções históricas.....	70
5.2 As sociedades no Código Comercial de 1850 .....	71
5.3 As sociedades no Código Civil de 2002.....	72
5.4 Sociedade em comum.....	73
5.5 Sociedade em conta de participação.....	74
5.6 Sociedade simples .....	75
5.7 Sociedade em nome coletivo .....	77
5.8 Sociedade em comandita simples .....	77
5.9 Sociedade limitada.....	78
5.10 Sociedade anônima.....	82
5.11 Sociedade em comandita por ações.....	82
5.12 Sociedade cooperativa .....	83
5.13 Sociedades coligadas .....	84
5.14 Sociedade de capital e indústria .....	84
5.15 Sociedade entre cônjuges .....	85
5.16 Anotações adicionais .....	86
6 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE EMPRESA.....	89
6.1 A necessidade de exegese específica.....	89
6.2 Teoria subjetiva: mudança de foco.....	90
6.3 Hermenêutica do nosso direito comercial .....	92
6.4 O novo Código e a exegese do direito comercial .....	93
6.5 O princípio da boa-fé e o direito de empresa.....	94
6.6 A função social do contrato.....	96
6.7 O instituto da lesão e o direito comercial .....	97
6.8 Conclusões.....	99
7 LIMITES E ATRIBUTOS DO DIREITO DE EMPRESA .....	102
7.1 Direito civil e direito comercial.....	102
7.2 Abrangência do direito de empresa .....	103
7.3 Evolução do sentido de empresa .....	104
7.4 Características do direito de empresa .....	106
8 O EMPRESÁRIO E A EMPRESA .....	108
8.1 Notícia histórica.....	108

8.2	Observação inicial .....	109
8.3	Terminologia do Código.....	110
8.4	Conceito de empresário .....	110
8.5	Conceito de empresa.....	112
8.6	Elementos e características do empresário .....	113
8.7	Elementos e características da empresa.....	115
8.8	Primeira exceção: os profissionais intelectuais .....	117
8.9	Sociedades de advogados .....	119
8.10	Segunda exceção: a sociedade cooperativa .....	119
8.11	Exceção facultativa: o empresário rural .....	120
8.12	O pequeno empresário .....	120
8.13	A prestação de serviços .....	121
9	ORIGEM DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O PARECER DOS JURISTAS.....	122
9.1	A conta de participação na Antigüidade.....	122
9.2	Seu uso na Idade Média.....	123
9.3	Origem recente da conta de participação.....	123
9.4	A conta de participação nos tempos modernos .....	125
9.5	Observações importantes .....	126
9.6	Opinião de autores contrários .....	127
9.7	Opinião de autores favoráveis .....	128
9.8	Conclusão .....	130
10	USO E ABUSO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.....	131
10.1	Casos de boa aplicação do instituto.....	131
10.2	Casos legais de aplicação .....	134
10.3	A conta de participação e as <i>joint ventures</i> .....	135
10.4	Instituto vitorioso.....	136
10.5	Casos de desvirtuamento do instituto .....	137
11	CONCEITO E ATRIBUTOS DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO ...	141
11.1	Conceito.....	141
11.2	Ao menos um dos sócios era comerciante.....	142
11.3	Atributos característicos .....	143
11.4	Duração da sociedade .....	144
11.5	Uma sociedade <i>ad intra</i> .....	147
11.6	Efeitos da publicidade .....	150
11.7	Conseqüências do registro .....	152
12	A CONTA DE PARTICIPAÇÃO COMO SOCIEDADE .....	155
12.1	Os que lhe negam natureza societária .....	155
12.2	Constitui verdadeira sociedade.....	157
12.3	É sociedade regular.....	158

12.4 A questão da personalidade jurídica.....	159
12.5 Singularidade não é atipicidade.....	161
12.6 Sociedade empresária ou não?.....	162
12.7 Regramento legal.....	164
13 A CONTA DE PARTICIPAÇÃO E AS OUTRAS SOCIEDADES.....	169
13.1 Observações iniciais.....	169
13.2 A sociedade em comum.....	170
13.3 A sociedade simples.....	171
13.4 A sociedade em comandita.....	173
13.5 A sociedade de capital e indústria.....	174
13.6 A parceria.....	176
13.7 O consórcio.....	177
13.8 A joint venture.....	179
14 AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.....	182
14.1 Ausência de personalidade jurídica.....	182
14.2 Legitimação processual.....	183
14.3 Inviabilidade da falência.....	187
14.4 Término da sociedade.....	188
15 ESTRUTURA SUBJETIVA DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO.....	189
15.1 A convenção de sociedade nos dias de hoje.....	189
15.2 A <i>affectio societatis</i> na conta de participação.....	191
15.3 Vícios da vontade.....	192
15.4 Elementos do contrato.....	193
15.5 Observações sobre os sócios.....	194
15.6 O sócio ostensivo.....	195
15.7 Possibilidade de mais de um sócio ostensivo.....	195
15.8 O sócio participante.....	197
15.9 O estrangeiro como sócio participante.....	198
15.10 Governança corporativa como proteção.....	199
16 O CONTRATO SOCIAL DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO.....	201
16.1 Observações iniciais.....	201
16.2 A informalidade da conta de participação.....	202
16.3 Formas de celebração do contrato de sociedade.....	203
16.4 A denominação social da conta de participação.....	205
16.5 A sede social da conta de participação.....	206
16.6 O objeto social da conta de participação.....	207
16.7 O estabelecimento da conta de participação.....	208
16.8 O foro da conta de participação.....	209

17 A NATUREZA DO CAPITAL NA CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....	210
17.1 Não tem patrimônio próprio.....	210
17.2 ... mas é sociedade .....	210
17.3 Espécies de contribuição social .....	211
17.4 A especialização patrimonial.....	212
17.5 Natureza jurídica do capital .....	213
17.6 O patrimônio e as dívidas da sociedade .....	217
17.7 O capital como limite da responsabilidade.....	218
17.8 Direito de preferência na conta de participação .....	219
17.9 Alienação de capital e outorga conjugal.....	220
18 ADMINISTRAÇÃO E RESPONSABILIDADES NA CONTA DE PARTICIPAÇÃO..	221
18.1 Responsabilidade do administrador: História.....	221
18.2 A responsabilidade e o Código de 2002 .....	222
18.3 A desconsideração da pessoa jurídica .....	223
18.4 Atos dos administradores e seus efeitos .....	225
18.5 O administrador testa-de-ferro .....	228
18.6 A sociedade e os atos do administrador .....	230
18.7 Inexistência de solidariedade.....	231
18.8 Tempo de duração das responsabilidades.....	232
18.9 Os poderes na conta de participação .....	234
18.10 Fiscalização pelos sócios participantes .....	236
18.11 Observações sobre a conta de participação .....	236
19 EFEITOS E PROVA DE ATIVIDADE NA CONTA DE PARTICIPAÇÃO.....	239
19.1 Limitação da responsabilidade .....	239
19.2 Lucros e prejuízos.....	239
19.3 Benefício de ordem.....	240
19.4 Exclusão de sócio .....	241
19.5 Escrituração na conta de participação .....	241
19.6 Prova de existência da conta de participação .....	244
19.7 A questão da prova escrita.....	246
20 A CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O FISCO .....	249
20.1 Considerações iniciais .....	249
20.2 Premissas importantes .....	250
20.3 Evolução legislativa.....	254
20.4 Debate importante .....	260
20.5 O Código Civil de 2002 e o Decreto-Lei n. 2.303/86 .....	262
20.6 Luta sem fim.....	264
20.7 Tributação dos lucros .....	264

21 O TÉRMINO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....	266
21.1 Observação inicial .....	266
21.2 Dissolução da sociedade.....	267
21.3 Prestação de contas.....	269
21.4 Apuração de haveres na conta de participação.....	273
21.5 Falência da conta de participação.....	274
21.6 Falência do sócio participante .....	275
21.7 Falência do sócio ostensivo .....	276
21.8 Reflexos da falência do sócio ostensivo.....	277
21.9 Os bens do sócio participante na falência do ostensivo .....	278
CONCLUSÃO.....	281
REFERÊNCIAS .....	305

## INTRODUÇÃO

Pela Lei n. 10.406, de 10.01.2002, que tramitou por quase trinta anos e previu, em seu bojo, uma *vacatio legis* de um ano (CC, art. 2.044), instituiu-se em nosso país um novo Código Civil, saudado pelo coordenador da comissão que o elaborou como legislação civil “talvez a mais atualizada de nosso tempo”<sup>1</sup>. Veio para substituir o Código Beviláqua, que vigera desde a segunda década do século passado (Lei n. 3.071, de 1º.01.1916).

Além de efetivas novidades no campo do direito civil, incrustaram-se nele modificações profundas no âmbito do direito comercial, como é de fácil verificação: I) na Parte Especial, criou-se o Livro II, que trata do Direito de Empresa e disciplina a figura do empresário, da empresa, do estabelecimento e dos institutos complementares da atividade empresarial; II) trocou-se a expressão *direito comercial* por *direito empresarial*, e *comerciante* por *empresário*, na esteira do pioneiro Código Civil italiano de 1942; III) unificou-se o tratamento das obrigações civis e mercantis; IV) extinguiu-se a distinção entre sociedades civis e comerciais e se criaram, em substituição, as sociedades empresariais, com natureza econômica; V) editaram-se normas gerais para os títulos de crédito, ao mesmo tempo em que se manteve a legislação específica das diversas figuras já existentes, como letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque, etc.; VI) no campo societário, de modo mais específico, inovou-se com a criação da sociedade simples, atualizou-se a sociedade de responsabilidade limitada, e modificou-se o tratamento dispensado à sociedade de fato, ou irregular, que passou a ser denominada sociedade comum, com o tratamento específico normalmente conferido às sociedades não personificadas; VII) eliminou-se o rol enumerativo das atividades que caracterizavam o empresário comercial e passou-se a fazer do efetivo exercício de um mister econômico com escopo lucrativo a tipificação da figura legal da atividade empresarial, mediante a implementação dos requisitos da habitualidade no exercício com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços, o intuito de lucro e a organização.

No alvorecer desse novo ordenamento, todavia, dificuldades imensas se põem ao estudioso que queira alcançar, com adequação, a natureza, a extensão e os efeitos dessa junção entre o direito civil e o direito comercial, a começar pela perceptível omissão dos autores de cursos de direito civil, que anunciam obras atualizadas de acordo com a nova

---

<sup>1</sup> Cf. REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 808, p. 18, fev. 2003.

legislação, como se tivessem reescrito efetivamente seus livros com a inserção das novidades, mas simplesmente silenciam por completo acerca do tratamento sobre o direito de empresa (CC, arts. 966 a 1.195), como se tivesse havido a introdução de um corpo estranho, de um estorvo que não lhes diz respeito, ou como se considerassem tal unificação a mera junção de líquidos imiscíveis, de inviável mescla, que circunstancialmente se encontram em mesma codificação, mas a cada qual se reserva seu próprio espaço, sua análise e sua vida. O espanto é maior, quando se vai às coleções dos comentários sobre a nova legislação codificada, em diversos volumes, de artigo por artigo, e se percebe que, em quase todas, já estão disponíveis praticamente todos os volumes anteriores ao art. 966, bem como os posteriores ao 1.195, mas ainda não foram publicados os intermediários.

Dessa omissão doutrinária, da ausência de parâmetros reais de análise e de estudos conclusivos sobre a novidade, nasceu o anseio por uma reflexão séria e detida, que, a partir de uma observação estrutural do código substituído e da legislação substituidora, começasse por fixar a real amplitude dessa unificação, até porque, para balizar a questão, enquanto alguns preconizam ter havido o fim da histórica dicotomia civil e comercial do direito privado, com sua total unificação<sup>2</sup>, outros afixam ter havido tão-somente a junção do direito das obrigações, com o conseqüente fim da bifurcação entre as obrigações civis e as comerciais.<sup>3</sup>

No âmbito dessa junção consumada, importava meditar sobre os cuidados necessários para não haver uma *comercialização* do direito civil, nem uma *civilização* do direito comercial, nem influência indevida sobre este por qualquer das vertentes mais significativas que influenciam aquele, como a *consumerização* e a *ambientalização*.<sup>4</sup>

Sabia-se que, em razão das características que distinguem ambos os ramos, até se poderia repetir a conduta de Cesare Vivante que – conforme notícia histórica de João Eunápio Borges – em primeira edição de sua obra, propôs a unificação do direito privado, mas algumas edições mais tarde, reconhecendo o equívoco doutrinário de sua posição, concordou com a

---

<sup>2</sup> CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 828, p. 44, 58 e 74, out. 2004.

<sup>3</sup> Cf. REALE, Miguel, *Visão geral do novo Código Civil*, cit., p. 13.

<sup>4</sup> *Consumerização e ambientalização*, porque hoje os direitos do *consumidor* e as preocupações com o *meio ambiente* são aspectos de grande influência sobre o direito civil e sobre seu modo de aplicação.

manutenção da divisão do direito privado, aduzindo, basicamente, a “diversidade de espírito” entre o comerciante e o civil.<sup>5</sup>

Viu-se, mais, que essa reflexão deveria passar pelo fato de que o novo Código buscou conferir a seus dispositivos uma redação aberta, com o argumento de que mudanças da atividade social levariam à alteração do conteúdo da norma jurídica<sup>6</sup>. Ante tal proposta da legislação codificada, viu-se a necessidade de refletir sobre o temor de que, precisando o direito comercial de normas claras e regras firmes, a aplicação indistinta de princípios como o da socialidade e da operabilidade para reger tanto as relações individuais como as atividades econômicas pudesse acarretar significativa insegurança durante algum lapso temporal, ao menos até se sedimentarem parâmetros de julgamento e firmeza da jurisprudência, e tudo com elevados custos de transição e resultados piores para a sociedade do que supunha o legislador.

Essa reflexão também haveria de incidir sobre o fato de que, mesmo com a eliminação da duplicidade de tratamento para as matérias sob exame, é imprescindível uma exegese específica do fato comercial e de sua subsunção à legislação agora unificada, em conduta que se diferencia daquela que se há de ter quando da aplicação da mesma lei a um fato de natureza civil. Em verdade, só um idealismo ingênuo e exagerado em torno das inovações trazidas pelo Código de 2002 poderia cegar o intérprete, a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente normas de abrangência geral (ou mesmo de inspiração *consumerista* ou *ambientalista*, por exemplo) a contratos empresariais, olvidando sua especificidade em relação a contratos de natureza diversa.<sup>7</sup>

Ainda no campo da hermenêutica, importava refletir sobre a natureza e a extensão da boa-fé com que se deve interpretar os negócios jurídicos (CC, art. 113), até porque a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha função distinta daquilo que cerca a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.

Também nessa seara, se a regra genérica é a de que a liberdade de contratar se exerce em razão e nos limites da função social do contrato (CC, art. 421), importava sobremaneira

---

<sup>5</sup> BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 55 e seguintes.

<sup>6</sup> Cf. REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 14.

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 130, p. 9, abr./jun. 2003.



refletir sobre o assunto, até porque é de se imaginar a dificuldade para situar os exatos moldes em que se há de aplicar a disposição no campo do direito comercial.

Mas não é só: introduziu-se no sistema, como inovação, o instituto da lesão (CC, art. 157), que possibilita a anulação de um negócio por inexperiência. Sem necessidade de maiores justificativas, era preciso refletir como os tribunais avaliarão essa matéria, no campo dos negócios comerciais, sobretudo quando se verifica que, até por conceito, o empresário traz, em sua atuação, o atributo da profissionalidade, e a inexperiência não deixa de ser elemento de significativa importância, que premia ou pune no meio empresarial, e serve até mesmo de importante instrumento de seleção no mercado.<sup>8</sup>

Para seguir nessa reflexão e tocar nas sociedades e na maneira como foram trazidas do vetusto Código Comercial de 1850 para o Código Civil de 2002, escolheu-se a mais peculiar de todas, despida de patrimônio e de personalidade jurídica, e cujo contrato tem eficácia tão-somente entre os sócios: a sociedade em conta de participação, instituto que já se incrustava no Código Comercial de 1850, inserido entre as sociedades comerciais (capítulo III), regrado pela seção V, com quatro artigos (325/328).

Viu-se a necessidade de ressaltar, no estudo desse peculiar instituto, o positivo didatismo da nova legislação codificada, que abriu subtítulo específico para a *sociedade não personificada* e nele, após discriminar a *sociedade em comum* (Capítulo I), passou a tratar da *sociedade em conta de participação* (Capítulo II), distribuindo o regramento por nada menos do que sete dispositivos (arts. 991/996 e 1.162), quase o dobro da legislação revogada, que lhe reservava apenas uma seção com quatro artigos (325/328).

Além disso, percebeu-se que essa reflexão deveria explorar o aspecto de que o novo sistema legal de regência do assunto não apenas repetiu as regras antigas, mas, a par de especificar melhor tais determinações, trouxe novas normas, sem correspondência na legislação anterior: a) explicitou a questão da produção de efeitos do contrato exclusivamente entre os sócios (art. 993, *caput*); b) erigiu em dispositivo de lei o conceito de que eventual registro não confere personalidade jurídica à sociedade (art. 993, *caput*); c) registrou a vedação de o sócio participante tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros,

---

<sup>8</sup> Faz lembrar significativo provérbio já vigente no tempo dos nossos ancestrais: “*Quem não tem competência, que não se estabeleça*”.

sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais (art. 993, parágrafo único); d) dirimiu dúvidas, ao determinar que a contribuição dos sócios, em tal espécie de sociedade, constitui patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais (art. 994, *caput*); e) vedou, de modo taxativo, a possibilidade de admissão de novo sócio pelo sócio ostensivo, sem consentimento expresso dos demais (art. 995); f) estipulou a aplicação subsidiária das regras atinentes à sociedade simples (art. 996, *caput*); g) delimitou a forma de prestação de contas, ao conferir-lhe as mesmas disposições da legislação processual (art. 996, *caput*).

Por outro lado, viu-se que era importante meditar sobre o significativo fato de que, na legislação anterior, enquanto se designava normalmente um dos integrantes dessa modalidade societária como *sócio ostensivo* (art. 326) ou *sócio gerente* (art. 328), ao outro não se conferia nome algum, e a ele se referia o texto de lei apenas como *outro sócio* (arts. 326 e 328). Para suprir essa ausência de denominação, a doutrina, por sua vez, passou a nomear tal sócio como *sócio oculto*, o que reforçava a confusão entre esse instituto, reconhecido pela lei como efetiva *espécie de sociedade*, muito embora despersonalizada, e a mera *sociedade de fato*, ainda não reconhecida por lei como sociedade, a não ser para efeitos de responsabilização e de penalização de seus integrantes. Vale dizer: tal como estava no ordenamento anterior, sempre era possível o equívoco de se pensar a *sociedade em conta de participação* como algo escuso, clandestino, de gaveta, destinado a fraudar a lei e a prejudicar credores.

Pois bem. A nova lei deu a esse *outro sócio* um nome compatível com a espécie de sociedade em discussão: *sócio participante* (arts. 991, parágrafo único, 993, parágrafo único, 994, *caput*, e 994, § 3º). Ao agir assim, a par de manter a *sociedade em conta de participação* como real e efetiva *sociedade*, reconhecida regularmente por lei, só que *sem personalidade jurídica*, a nova legislação a resgatou da aparente marginalidade e do dúbio posicionamento e lhe conferiu não apenas a essência de legalidade, mas também a aparência de atuação permitida.

Ainda para adequada abrangência de análise, viu-se a necessidade de começar o estudo por uma notícia histórica do comércio e da evolução do direito comercial; de continuar pela observação do Código Civil de 2002 em contraste com a legislação codificada anterior; de seguir pelo esmiuçar da amplitude da unificação a que se procedeu das matérias civil e

comercial; de se deter na reflexão sobre a exegese a ser conferida ao direito comercial, agora unificado ao direito civil em matéria obrigacional; de se conceituar e posicionar o empresário e a empresa, com os principais reflexos daí decorrentes; de se centrar, por fim, na análise da sociedade em conta de participação, sobretudo no que há de mais importante em sua apresentação pelo novo Código.

Tendo em vista os aspectos expostos, acredita-se firmemente que este estudo poderá contribuir para estimular e servir de começo a outros trabalhos que intentem situar e discutir, com toda a propriedade, vastidão e reflexos, a unificação a que se procedeu da matéria obrigacional nos campos civil e comercial, e o próprio direito societário, a partir da análise específica dessa tão ágil, atual, útil e *sui generis* modalidade societária – a conta de participação.

# 1 NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O COMÉRCIO

## 1.1 Nota introdutória

Não há, verdadeiramente, como conhecer as origens e a evolução do direito comercial<sup>9</sup>, sem um prévio escorço histórico e uma amostragem do que tem sido o comércio desde os primórdios da civilização. Este, afinal, precedeu àquele e constitui-lhe a razão de criação e de existência.

## 1.2 Origem e evolução do comércio

Embora seja difícil precisar quando surgiu o comércio, é intuitivo perceber que, desde o princípio, o homem teve a necessidade primária de conseguir as coisas indispensáveis a sua subsistência e à de seus mais chegados. Um intuitivo retorno ao cotidiano dos ancestrais mais remotos há de mostrá-los na luta pela sobrevivência de si próprios e de seus familiares.

Nesse afã, o homem passou a encontrar alguns dos bens de que necessitava e a produzir outros. Ao cabo de algum tempo, percebeu que não encontrava nem produzia tudo aquilo de que precisava. E, quando passou a encontrar e a produzir bens além do necessário ao atendimento das próprias exigências e do sustento de si e de sua família, percebeu que o excedente podia ser trocado por outros alimentos ou objetos de invenção e produção dos vizinhos. Passou, então, a permutá-lo com o excesso do que outrem produzia e que lhe faltava para satisfação de suas necessidades. Nasceu, desse modo, o comércio em rudimentar forma de escambo.

A prática das trocas pelos mais variados modos, entre famílias e grupos, começou a se alastrar, e pessoas passaram a viajar para lugares mais distantes, oferecendo seus produtos em troca de outros bens. Não tardou que surgissem os de maior iniciativa ou dotados de espírito de aventura, que se dispunham a adquirir aqui o que faltava acolá, e trocar mais

---

<sup>9</sup> Neste trabalho, segue-se a tradição brasileira de tomar como sinônimas e intercambiáveis as expressões *direito mercantil*, *direito comercial* e *direito empresarial*, sem esmiuçar-lhes as eventuais peculiaridades semânticas ou nichos próprios de significação.

adiante, e levar, assim, para mais longe gêneros e utensílios de interesse a outros consumidores, ao longo das estradas e dos povoados.

Por outro lado, com o evolover dos tempos, a estrutura se aperfeiçoou a partir de uma nova equação, oriunda do crescente aumento do contingente humano somado à diversidade de interesses, desejos e necessidades: nem sempre o que um tinha em excesso interessava ao outro; e, muitas vezes, o que faltava a um, o outro não tinha para ofertar. Além disso, se, até então, as trocas se faziam com a dispensa de consideração do valor econômico dos bens permutados, não importando o que cada uma delas valesse objetivamente, e tudo dependia apenas do interesse do adquirente, o certo é que, à dificuldade de encontrar alguém a quem interessasse exatamente o que sobejava a outrem, veio aliar-se um novo complicador, representado pela falta de sincronia entre os valores pessoalmente atribuídos por cada qual dos interessados. E essa dificuldade muitas vezes resultava na impraticabilidade da troca.

Foi de dois fatores, portanto – (I) da necessidade básica de adquirir o homem aquilo que precisava para sua existência e bem-estar, e (II) da produção maior do que o necessário à satisfação de suas necessidades – que nasceu o comércio, havendo antecedentes históricos de formas primitivas de escambo ainda na idade da pedra polida.

Em certa época, contudo, percebeu-se que as trocas já não bastavam, quer por não atenderem de modo adequado às necessidades surgidas no relacionamento direto, quer pela difícil coincidência de um recíproco interesse pelas mercadorias ofertadas, quer, ainda, pela defasagem de valores entre os bens em cotejo. Por isso, evoluiu-se para um mecanismo comum, que dispensasse a troca direta e permitisse a imediata aquisição dos bens necessários, e isso por meio da simples entrega de um bem de aceitação geral. Surgiu, desse modo, um denominador comum, que se introduziu nas trocas e as aperfeiçoou: a moeda.<sup>10</sup>

Inaugurou-se, então, nova fase nas relações interpessoais, com a evolução da troca para a compra e venda, mediante pagamento em dinheiro, muito embora sem o desaparecimento daquela, que continua sendo praticada em nossos dias.

---

<sup>10</sup> No ano 269 a.C., a Lei Fábria-Ogúlnia criou a moeda de prata entre os romanos.

### **1.3 O comércio na Antigüidade**

Após toda uma série de manifestações históricas que atestam a existência da prática de atos de comércio desde os primeiros tempos, credita-se a Alexandre Magno a surpreendente expansão da atividade comercial na Grécia, com esplendor maior na cidade de Atenas. Sobretudo em virtude das condições naturais, o desenvolvimento mercantil mais se expandiu, então, nos extensos limites do mar do que em terra. Tornou-se intenso e crescente o intercâmbio marítimo.

Em Roma, a prática do comércio se deu sobretudo por meio dos escravos e dos estrangeiros, então cerca de noventa mil apenas na cidade grande. Os nobres consideravam desprezível o exercício dessa atividade, motivo pelo qual a ela não se dedicavam, ao menos de modo direto.

### **1.4 O comércio na Idade Média**

Mais tarde, já no século VII, com o início da alta Idade Média, que se estendeu até o século XII, teve lugar a invasão da Europa pelos bárbaros e a queda do Império Romano, e deu-se a conquista do Mediterrâneo pelos árabes, com a conseqüente opressão sofrida pelo Ocidente, que se manteve em constante fragilidade, em razão da divisão de suas forças políticas.

Fruto do enfraquecimento da autoridade e da incompetência do poder constituído para atender à crescente demanda criada pelas relações comerciais, começaram a surgir ligas, irmandades e associações de classe: confrarias religiosas, comunas, corporações de artes e ofícios, associações comerciais, todas em defesa da celeridade e do desenvolvimento das atividades mercantis e da liberdade individual, tudo sem intromissão do Estado. Uniram-se mercadores, industriais, artesãos, banqueiros e outros, sobretudo nas cidades maiores da Itália, formando suas entidades corporativas, cujo objetivo era desempenhar livremente suas profissões.

Rigorosas nos princípios e na disciplina, essas agremiações regulavam seus próprios interesses e os de seus associados. Dirigindo feiras e mercados, governando cidades,

protegiam seus membros e lhes prestavam assistência religiosa e caritativa. Por outro lado, reunindo profissionais de igual ou semelhante ofício, também os tornavam reféns de seus interesses, de tal modo que tudo resultava em mera substituição da ingerência estatal pela intervenção de órgãos privados. Todavia, em termos de resultado, essas corporações comerciais contribuíram grandemente para o crescimento da economia e do comércio, este já mais capitalizado e independente.

No século XII, início da baixa Idade Média, os árabes foram expulsos, e as portas do continente se abriram para um novo mundo europeu. Com o florescimento do comércio, da indústria e do tráfego marítimo, surgiu um novo modelo econômico, o artesanal, e a burguesia alastrou-se pelas cidades e estimulou o consumo. As cidades da orla marítima tornaram-se ricos centros comerciais. Os proprietários feudais abandonaram suas glebas e se transferiram para as cidades, onde passaram a fazer parcerias com seus servos. Com as Cruzadas, desenvolveu-se ainda mais o intercâmbio mercantil, e novos centros voltados ao comércio floresceram às margens das estradas.

### **1.5 O comércio na Idade Moderna**

Em fins do século XV e começo do século XVI, época de grandes navegações, durante a denominada Era Manuelina, Portugal passou a ser grande centro comercial. Seus navios singraram mares conhecidos e desconhecidos, em busca de novos rumos e de uma rota para as Índias, à cata de especiarias e de produtos que pudessem ser vendidos na Europa, do que resultavam grandes lucros para os empreendedores, ainda que sob o risco de um ou outro barco naufragar em meio às tempestades.

### **1.6 O comércio no Brasil**

Em nosso país, pode-se dizer que a especulação mercantil da produção nativa local antecedeu a atividade comercial, pois, mesmo antes de uma atuação específica nesse setor por aqui, o patrimônio nativo, sobretudo o pau-brasil, já era vendido em Portugal e em outros países da Europa. Com precária organização da atividade comercial, a Coroa reservava para si, sob severas sanções, o monopólio dessa madeira, das especiarias, das drogas e dos

escravos. Além disso, era-lhe devido o quinto dos metais e das pedras preciosas, mais o dízimo de todos os produtos da terra.

Em 1808, aqui chegou a família real, afugentada de seu local de origem por ameaça do exército de Napoleão. Aportou inicialmente na Bahia, onde se alojou com ânimo de permanência demorada. Em 28 de janeiro de 1808, o rei declarou abertos os portos brasileiros para o comércio das nações amigas, do que resultou enorme expansão comercial e industrial em nossos limites. O comércio externo, em última análise, constituía reserva da Coroa. Em 23 de agosto de 1808, criou-se a Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, com a finalidade de incentivar o desenvolvimento da economia da Colônia.

### **1.7 O comércio nos dias atuais**

Após evolução por parâmetros similares aos de outros setores, que também ditaram seu crescimento em todo o mundo, acompanhando o aperfeiçoamento dos produtos obtidos com elevada tecnologia, o comércio de nossos dias também se tem modificado, chegando à sofisticação dos leilões a distância, às discussões negociais em salas virtuais e à celebração de contratos por via da informática. Perduram, todavia, ainda que sob nova roupagem e aparência de sofisticação, os princípios que têm conduzido o mercado ao longo dos séculos.

### **1.8 O comércio e a origem das sociedades**

Por fim, é importante anotar que, em busca de maior domínio e melhor aproveitamento das forças da natureza e dos meios a seu dispor, nem sempre o homem agiu sozinho. Mesmo no âmbito mais modesto, desde tempos imemoriais, contou com o apoio dos familiares e dos vizinhos na colheita dos frutos, na obtenção da caça, na lida com a terra. Depois, ultrapassando as fronteiras domésticas, principiaram as associações de esforços com outros grupos, mediante trabalho coletivo de exploração e produção, tudo em regime de partilha dos resultados obtidos. Nasceu, assim, a sociedade.



## 2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

### 2.1 Observação inicial

Atenta análise da reiteração e do aprimoramento das relações de comércio – como aplicação mais primitiva do que se tem hoje como princípio jurídico de que do fato nasce o Direito<sup>11</sup> – conduz à instintiva conclusão da necessidade de existência de um subsequente sistema de leis. Nessa linha, em determinado momento histórico, nasceu o direito comercial, caracterizado como um direito especial, exigido pelas necessidades dos comerciantes, que reclamavam normas jurídicas aptas a regular-lhes a atividade, não encontradas no direito comum, então composto por normas voltadas à regulação da matriz econômica preponderante à época, a saber, a atividade agrícola, fortemente vinculada à terra e à propriedade imobiliária.

Ao falar sobre o modo particular de criar direito representado pela regulação normativa das relações comerciais, Francesco Galgano denominou-o *lex mercatoria* ou *ius mercatorum*, tanto porque regulava a atividade dos *mercatores*, como também, e sobretudo, porque era o direito criado pelos mercadores, que nascia das corporações mercantis, do costume mercantil, da jurisprudência dos mercadores, sem mediação da sociedade política, e era imposto a todos em nome de uma classe, e não em nome da comunidade inteira. “As regras do comércio foram, assim, subtraídas à *compromissória* mediação da sociedade política; elas puderam, ao mesmo tempo, ultrapassar os confins comunais e expandir-se, como regras profissionais da classe mercantil, até onde se estendiam os mercados.”<sup>12</sup>

Acresça-se que, de todo modo, o direito comercial nasceu no bojo do direito civil, até porque conceitos basilares, como vontade, pessoa, personalidade, obrigações, coisas e bens, são comuns a esses dois ramos do Direito.

---

<sup>11</sup> *Ex facto oritur jus.*

<sup>12</sup> GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 129, p. 224, jan./mar. 2003.

## 2.2 As regras de comércio na Antigüidade

Costuma-se dividir a história do direito comercial em três épocas: Antigüidade, Idade Média e Tempos Modernos, estes com abrangência sobre a história contemporânea.

Do passado mais remoto, quase nada se sabe, até por falta de registros sobre o comércio e sobre os comerciantes, o que leva alguns autores a afirmar que, nessa época, nem mesmo teria existido o direito comercial. Até os fenícios, considerados aqueles que exerceram o comércio em larga escala, não possuíam regras especiais aplicáveis às relações comerciais.

Sem anteriores registros mais relevantes no plano das disposições legislativas sobre o comércio, uma das mais antigas manifestações dessa natureza foi o Código de Hamurábi<sup>13</sup> – única notícia histórica sobre legislação na Babilônia – com seus 282 dispositivos, dentre os quais regras consuetudinárias de natureza comercial, que regulavam as atividades primárias da agricultura e da pecuária, bases da economia na época. Oito desses dispositivos relacionavam-se à sociedade e, mesmo sem defini-la e sem especificar-lhe os limites, já constituíam uma tentativa de traçar seus contornos jurídicos.

Na Grécia antiga, começaram a aparecer alguns contratos que, mais tarde, foram aceitos no direito comercial, como o de câmbio marítimo, referido em discursos de Demóstenes.<sup>14</sup>

Para a maioria dos autores, todavia, o direito comercial teve sua real origem em Roma, muito embora a importância do direito romano não consista em ter sido a fonte e a origem do direito, já que sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que fez experimentar o pensamento jurídico e nas indelévels marcas legadas ao modo moderno de pensar o Direito.

---

<sup>13</sup> Hamurábi foi o sexto monarca da primeira dinastia da Babilônia. Afirmava haver recebido o conjunto de disposições legais do próprio deus sol. Esse Código foi encontrado em escavações feitas por arqueólogos franceses nas ruínas da cidade islamita de Susa (Pérsia), entre 1897 e 1901, e é mantido no Museu do Louvre, em Paris. Trata-se de gravação que data do século XIII a. C, feita em pesado bloco de diorito, uma rocha de 2,25 m de altura e 1,90 m de circunferência na base.

<sup>14</sup> Cf. GARCIA, Ayrton Sanches. Noções históricas de direito comercial. *Âmbito Jurídico*, mar., p. 7, 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcom0015.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2005.

Em Roma, a par do comércio praticado por escravos e estrangeiros, já que os nobres o consideravam atividade desprezível, havia também um comércio interno exercido pelos filhos-famílias e pelas mulheres, do que adveio o *jus gentium*, instituto destinado aos comerciantes e aplicado pelo *praetor peregrinus*, que passou a ter importância tal, que exercia competência quase que legislativa. Separaram-no do *jus civile*, destinado a regular as relações jurídicas entre os cidadãos romanos, muito embora não se tenha notícia de que, a essa época, o direito comercial tenha sido autônomo, independente do direito civil.

Considerado, todavia, o aspecto de que se tratou do povo que mais se dedicou à agricultura, à pecuária, aos serviços públicos e à guerra, forçoso é concluir que poucas foram as normas jurídicas de caráter mercantil em Roma. Talvez se possa explicar esse fato pela circunstância de que os cidadãos romanos não praticavam o comércio, mas o deixavam para os estrangeiros e escravos. Estes o exerciam como que por delegação, para suprir as necessidades do povo romano. Nesse mister, o *pater familias* se fazia representar por um de seus escravos ou filhos. Dessa representação, não raro, advinham abusos: por serem os *alieni juris* incapazes de se obrigar, embora capazes de adquirir, os negócios que intermediavam, na maioria das vezes, resultavam em proveito exclusivo do *pater familias*.

Também entre os romanos, o cumprimento da obrigação, no início, recaía sobre a pessoa do devedor. Na ausência de recursos patrimoniais para pagar a dívida, devia apresentar-se voluntariamente, para servir de escravo ao credor, até pagar a dívida com seu trabalho. Em determinadas circunstâncias, podia até mesmo ser esquarterado e entregue ao credor prejudicado.

Anote-se, por fim, que o direito romano clássico não conheceu um direito comercial diferente do direito civil. Jamais se preocuparam os juristas da época em separar doutrinariamente esses dois ramos. Faltou-lhes até mesmo um vocábulo específico para designar o comércio, ao qual ora identificavam como *negotiatio*, ora como *mercatura*. Mesmo assim, enorme é a importância do direito romano na história do direito comercial, até porque institutos significativos do direito moderno – como presunção de solidariedade, onerosidade, materialização das obrigações, simplificação do processo e redução do formalismo – já se encontravam, ainda que em forma embrionária e imperfeita, no direito comercial romano.

## 2.3 Sistematização do direito comercial

Quando se considera em sua efetiva sistematização, mesmo que rústica em princípio, costuma-se dividir a história do direito comercial em quatro períodos: a) de meados do século XII à segunda metade do século XVI; b) da segunda metade do século XVI até fins do século XVIII; c) do início do século XIX até quase o final do segundo quartel do século XX; d) de 1942 (edição do Código Civil italiano) em diante.

No primeiro período (do século XII ao século XVI), a península itálica, em razão de sua localização estratégica e da importância de suas cidades para o comércio internacional, serviu de pano de fundo para as transformações que estavam ocorrendo. As normas específicas se aplicavam aos integrantes da corporação de ofício, a dos comerciantes. Adotava-se, assim, um critério subjetivo para definir tal âmbito de incidência das leis. As letras de câmbio, os bancos e o seguro são institutos que já existiam àquela época.

No segundo período (do século XVI ao século XVIII), deu-se a explosão do mercantilismo, tornando-se a França e a Inglaterra o centro comercial do mundo à época. Nesta, a *common law* regravava as situações e dirimia os casos, sem distinguir entre atividade comercial e atividade civil. Naquela, começavam a ganhar força os tribunais do estado nacional. Como aspecto importante, avultou o surgimento e a fixação definitiva da sociedade anônima, que veio como resposta à demanda por vultosos aportes de capital em contraposição à limitação dos riscos.

O Código Napoleônico (1804) deu início ao terceiro período (do início do século XIX até meados do século XX), pondo fim ao corporativismo e abrindo espaço à teoria dos atos de comércio. Pela nova situação, facultava-se a qualquer cidadão o exercício da atividade mercantil, e não apenas aos membros das corporações de ofício.

Iniciou-se o quarto período da história do Direito Comercial com a edição do Código Civil italiano (1942), que reuniu em uma única lei as normas para reger todo o direito privado, abarcando os ramos do Direito Civil e do Direito Comercial. Nesse período, o núcleo conceitual do Direito Comercial deixou de ser o ato de comércio e passou a ser a empresa.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 16-17.

## 2.4 Idade Média

Pode-se afirmar, então, que apenas na Idade Média o direito comercial se afirmou como direito autônomo. Se antes havia algumas regras de caráter rudimentar, a regular uma ou outra atividade econômica, o certo é que não se chegou a formular um corpo sistemático, que se pudesse denominar direito comercial. Este apenas começou a sedimentar-se quando os comerciantes, por necessidade de união, se organizaram em corporações capazes de alcançar grande poderio político e conquistar autonomia em grandes centros comerciais daquela época. Até então, o direito comercial consistia em assentos jurisprudenciais de decisões proferidas por cônsules designados pela corporação para julgar disputa entre comerciantes, mister esse em que aplicavam um direito de caráter costumeiro, até porque o direito comum não se aplicava às lides formadas em razão da prática do comércio.

Com o surgimento das corporações comerciais, a regulação se fazia, de início, com obediência aos costumes e às normas internas e não escritas. Ao depois, passando as corporações a ser dirigidas por cônsules, eram estes constituídos mandatários das entidades que chefiavam, com juramento de respeitar-lhes os costumes, a que chamavam *Brevi dei Consuli*, verdadeiras normas a que prestavam obediência. Nessa fase, o direito comercial despontou como um conjunto de regras jurídicas especiais, distintas daquelas previstas no direito civil.

Não se olvide, contudo, que, com a invasão dos povos bárbaros e a queda do Império Romano, surgiram novas formas de regramento jurídico. Nasceu novo critério de execução contra devedores, com o surgimento da execução individual, passando a recair a obrigação sobre a pessoa ou sobre os bens móveis do devedor, com a exclusão dos imóveis, os quais, em virtude do caráter corporativo que se conferia à propriedade imobiliária, ficavam excluídos da execução.

Na baixa Idade Média, a partir do século XII, com um comércio, uma indústria e um tráfego marítimo florescentes, além da instituição do modelo econômico artesanal, nasceu o instituto jurídico do seqüestro, segundo o qual o devedor que fugia sem cumprir seus contratos, tinha seus bens tomados para garantir o cumprimento da obrigação.

Nessa época, surgiu também a comenda, embrião da sociedade em conta de participação de nossos dias. Por ela, donos de grandes fortunas emprestavam somas em dinheiro a risco e com altos juros aos comandantes das embarcações. Apesar da reprovação do clero, por vedação do direito canônico, o negócio prosperou e, do mar, estendeu-se também ao comércio em terra.

Ao norte da Itália, em cidades como Veneza, Gênova, Florença e Milão, vigia o processo de execução coletiva, um conjunto de normas que mais tarde serviram de modelo ao direito falimentar de vários países, dentre os quais o Brasil. Também nessa época, surgiu a penhora, que gravava o patrimônio do devedor em garantia ao credor, e se instituiu o princípio da proporcionalidade para pagamento aos credores, na hipótese de não haver bens suficientes para o pagamento de todas as dívidas. E se formulou o princípio da retroatividade, com a sanção de nulidade para os atos fraudulentos praticados pelo devedor antes da data em que declarada sua insolvência.

Durante esse período, o direito comercial impregnava-se de um caráter estritamente subjetivista, dissociado do direito civil. Aos poucos, entretanto, essa marcante característica subjetivista do direito comercial, que colocava a figura do comerciante como sua base, foi perdendo terreno, culminando com a orientação de caráter objetivista do Código Napoleônico de 1807, em que os chamados atos de comércio figuravam como sustentáculo do direito comercial. Posteriormente, esse conceito objetivista – que via o ato de comércio de forma isolada – evoluiu para a figura do empresário. O Código Comercial alemão foi pioneiro nesse aspecto, ao fazer desaparecer a figura do ato comercial isolado e conferir novos contornos à figura do comerciante, do que surgiu, assim, a empresa mercantil.

## **2.5 Tempos modernos**

Formado na baixa Idade Média, a partir dos usos e costumes dos comerciantes, o direito comercial era eminentemente um direito consuetudinário. Evoluiu de forma rápida e uniforme entre os povos, em clima de ausência do monopólio legiferante dos Estados nacionais, que ainda não se haviam formado. Para atender às suas necessidades, os comerciantes organizavam-se em corporações, por meio de tribunais consulares, e resolviam os conflitos entre si por aplicação de normas constituídas pelos usos e costumes mercantis.

O caráter dessa aplicação era de natureza subjetiva, porquanto tais normas apenas incidiam sobre os comerciantes regularmente matriculados na corporação. Mais e mais, contudo, passaram a ocorrer negócios entre comerciantes e não-comerciantes, o que exigiu a ampliação da jurisdição consular para essas relações, então chamadas de negócios mistos. Logo após a Revolução Francesa, as regras corporativas desapareceram por determinação legal de 1791, e, em 1807, foi promulgado o Código Comercial francês, que encerrou a fase subjetiva do direito comercial e inaugurou sua fase objetiva.

As normas de direito comercial, a partir daí, passaram a ser aplicadas não mais àqueles regularmente matriculados numa corporação, mas aos que praticassem habitualmente os atos de comércio.

Nos tempos modernos, a França teve a primazia de assumir a liderança do grande movimento de ordenação e sistematização legislativa do direito comercial. Assim, sob o reinado de Luís XIV, em 1673, surgiu a primeira das ordenações, o *Código de Savary*<sup>16</sup>, que regulava, entre outros assuntos, agentes de bancos, negociantes, sociedades, notas promissórias, letras de câmbio, juros comerciais moratórios, preclusão, falências e bancarrotas, e que viveu por mais de um século. Na criação, em seu bojo, das *lettres de répit*, que concediam moratória na execução, os autores vêem a origem da moderna concordata.

Posteriormente, em 1791, com a supressão das corporações *les jurandes et les maîtrises*, em decorrência da lei *Le Chapelier*, além dos movimentos que resultaram na liberdade para o trabalho, surgiu a necessidade de uma reforma na legislação comercial daquele país. O primeiro *Código Comercial* foi, então, editado na França, promulgado pelo próprio Napoleão Bonaparte em 15 de setembro de 1807, para vigorar a contar de 1º de janeiro de 1808. Antes disso, há tão-somente notícias de meras tentativas de compilar regras relativas às relações mercantis, inclusive as marítimas.

Nessa primeira legislação comercial codificada, conferiu-se marcante caráter objetivo à disciplina ali prevista. Conferindo autonomia ao ato de comércio, o código o desvinculou da pessoa do comerciante, de modo que o ato não era comercial pelo simples fato de haver sido praticado pelo comerciante. Ao contrário, reconhecia-se como comerciante

---

<sup>16</sup> Nome dado em homenagem ao trabalho de um comerciante de mesmo nome.

aquele que exercesse profissionalmente os atos de comércio. Centrou-se, portanto, no ato, e não na pessoa, o caráter da atividade comercial, em semente de princípio que germinou nos principais sistemas do direito comercial contemporâneo. Ampliou-se o campo de atuação desse ramo do direito, que foi dotado de meios capazes de corresponder à dinâmica dos negócios comerciais. Simplificou-se o sistema de produção de provas e buscou-se a celeridade processual, com o intuito de agilizar as decisões judiciais. Alguns autores reputam mesmo ser ele o marco inicial da autonomia científica do direito comercial. Apesar da queda de Napoleão, persistiu ele em vigência e em reflexos, a ponto de modelar, em seguida, a legislação comercial de diversos povos, incluindo a nossa.

A grande inovação do código francês foi imprimir um caráter objetivo ao direito comercial, ao romper com a tradição que via nele o direito de uma classe, a dos comerciantes, e objetivar apenas os atos de comércio. Ao desprender-se da pessoa do comerciante, o ato de comércio adquiriu autonomia, objetivou-se e passou a figurar como a base do direito comercial. Daí por diante, as pessoas apenas seriam comerciantes, se e quando praticassem profissionalmente atos de comércio.

Apesar de suas conquistas e de seus méritos, todavia, conforme lição de João Eunápio Borges, o legislador francês não conseguiu vencer o peso da tradição, nem traduzir exatamente no Código de 1807 a concepção puramente objetiva imposta pela ideologia revolucionária de 1789.<sup>17</sup>

## 2.6 O direito comercial no Brasil

Com o descobrimento em 1500, foram aplicadas em nosso país, também no campo do direito comercial, as Ordenações Afonsinas, nascidas em 1446, sob o reinado de Dom Afonso V, e então vigentes em Portugal. Com notável influência romana e do direito estatutário italiano, essas Ordenações também apresentavam alguns princípios do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (século VI), além das *Decretais* do Papa Gregório IX (1148-1241). Vigeram até 1514, quando substituídas pelas Ordenações Manuelinas, elaboradas por

---

<sup>17</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 98.



determinação do rei Dom Manuel, ainda sob forte influência do direito romano e portadoras de normas de caráter rígido.

Em 1569, durante o reinado de Dom Sebastião em Portugal, fez-se nova compilação de leis, com efêmera duração, já que preterida em face da adesão de Portugal ao Concílio de Trento. Com a morte de Dom Sebastião, ascendeu ao trono português Filipe II, rei da Espanha, o qual, em 1598, foi substituído por seu filho, Filipe III. Visando ao retorno da influência romana na legislação portuguesa e, por conseqüência, no Brasil, entraram em vigor, em 1603, as Ordenações Filipinas, mandadas organizar ainda no reinado de Filipe II. No campo do Direito, como em outros, devolviam tais regras a força quase absoluta que a Coroa vinha perdendo para a Igreja, especialmente durante o reinado de Dom Sebastião.

Em termos de análise valorativa, oportuna é a observação de João Eunápio Borges, para quem, na época anterior a 1640 – abrangendo, assim, todo o reinado de Filipe II – não havia propriamente legislação comercial em Portugal e, por conseqüência, no Brasil, e se desconhecia na totalidade o que vigorava no plano internacional sobre o assunto, em brutal alijamento das regras praticadas na navegação oriental.<sup>18</sup>

Vale ressaltar, em seqüência, que, em 1756, foi editado em Portugal um alvará que disciplinava as falências, o qual, em face do domínio da Coroa portuguesa, também foi aplicado no Brasil durante o período colonial.

Desse modo, do período que vai do Descobrimento até a chegada de Dom João VI, em 1808, as relações jurídicas no Brasil, também as de cunho comercial, regulavam-se pela legislação portuguesa. Ao longo de todo esse tempo, o acervo legislativo aplicado em Portugal descia das embarcações lusas que aqui aportavam, e sua obediência era exigida dos nativos e daqueles que com estes contratavam<sup>19</sup>: do Descobrimento até 1514, as Ordenações Afonsinas; depois, até 1569, as Ordenações Manuelinas; em seguida, as Ordenações Filipinas. E, assim, durante os mais de três séculos, até a chegada de Dom João VI, não há, por aqui, registros significativos de diplomas comerciais que possam despertar interesse para a ciência do Direito, e muito menos do direito comercial.

---

<sup>18</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 35.

<sup>19</sup> Cf. GARCIA, Ayrtton Sanches, *Noções históricas de direito comercial*, cit., p. 19.

Com a chegada da família real ao Brasil e a conseqüente abertura dos portos brasileiros ao comércio das nações amigas, tudo em 1808, adveio enorme expansão comercial e industrial em nossos limites, já que o comércio externo, em última análise, até então, constituía reserva da Coroa. Além de atender às necessidades reais, a abertura dos portos satisfez as pressões da Inglaterra que, em troca de proteção contra Napoleão, exigiu a entrada de seus produtos com taxa inferior à portuguesa. Paralelamente a esse crescimento e aprimoramento do comércio interno e externo, surgiu a necessidade de uma legislação respectiva. Além de outras manifestações menores, expressou-se nessa época, pela primeira vez, o interesse em criar um código comercial brasileiro, com a construção de um diploma que regulasse as relações mercantis aqui realizadas. Designado o Visconde de Cairu para proceder aos estudos preliminares, a empreitada, todavia, não logrou êxito, em razão do movimento político que desaguou na proclamação da Independência.

Proclamada a Independência em 1822, convocou-se uma Assembléia Constituinte e Legislativa no ano seguinte, e sobreveio a Constituição de 1824, que previu um Código Civil e um Código Penal, mas não se referiu a um Código Comercial, o que faz pensar que, ao menos até então, não era premente a necessidade de legislação específica. Além disso, mandou a Constituição aplicar no Império as leis portuguesas, incluindo a Lei da Boa Razão, a qual, em matéria comercial, adotava as leis das nações cristãs iluminadas e polidas. Exatamente por isso, pelo singular fato da penetração do direito estrangeiro no corpo do direito lusitano e, por extensão, no direito brasileiro, o Código Comercial francês, de 1807, e, num plano secundário, o Código Comercial da Espanha (1829) e o de Portugal (1833) passaram a constituir a verdadeira legislação mercantil nacional.

Em 14 de março de 1832 – estando o Brasil no período transitório da Regência, entre a abdicação de Dom Pedro I e a maioridade de Dom Pedro II – foi nomeada comissão para estudar a criação de um código comercial, a qual remeteu o projeto à Câmara em 1834. Após tramitação de cerca de dezesseis anos, o documento se transformou na Lei n. 556, sancionada em 25 de junho de 1850, como o Código Comercial brasileiro, documento esse detentor de valor científico capaz de causar inveja a muitas nações adiantadas. Esse Código tem como fontes o Código francês de 1807, o espanhol de 1829 e o português de 1833.

Promulgado o Código, editou-se o conseqüente Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, com vigência a partir do início do ano seguinte. A perfeição técnico-legislativa desse diploma regulamentador foi alvo de elogios de muitos juristas, como Joaquim Nabuco, Carvalho de Mendonça e Rubens Requião.<sup>20</sup>

Para sintetizar um juízo de valor a seu respeito, pode-se repetir a apreciação da própria comissão mista do Congresso, que assim se manifestou sobre ele: “O Código do Comércio do Brasil nada tem a invejar à legislação da França, da Inglaterra, de Portugal e da Espanha: apresenta em um todo sistemático o que há de melhor nesses códigos, modificadas as suas doutrinas segundo as opiniões dos escritores mais entendidos nessas matérias, e adaptadas às circunstâncias do Brasil”.<sup>21</sup>

Em termos específicos de conteúdo, o Código Comercial de 1850, afastando-se do modelo francês, não enumerou os atos de comércio, no propósito claro de filiar-se à corrente subjetivista do direito mercantil, buscando ser um código da profissão mercantil. Todavia, logo após a promulgação do referido código, sobreveio o Regulamento 737, o qual, em seu artigo 19, arrolou os atos de comércio e dentre eles incluiu: “as empresas: 1) de fábricas, 2) de comissões, 3) de depósitos, 4) de expedição, 5) de consignação e transportes de mercadorias, e 6) de espetáculos públicos”.

Além disso, como é a lei da vida – também da vida do direito – vencidos os primeiros anos, o Código começou a sofrer alterações, como a modificação da parte que trata da qualificação do comerciante (Decreto n. 1.597/1855) e da facultatividade de emprego do juízo arbitral, antes obrigatório (Lei n. 1.350/1866). Em 1875, autorizou-se o governo a “suprimir os Tribunais e Conservatorias do Comércio, e a organizar Juntas e Inspetorias comerciais” (Decreto n. 2.662, de 09.10.1875). No ano seguinte, firmou-se a competência dos juízes de direito para conhecer das causas comerciais, suprimindo-se, assim, a jurisdição comercial (Decreto n. 6.385, de 30.11.1876). Vale dizer: as causas comerciais passaram a ser conhecidas pelos mesmos juízes e tribunais de causas civis, embora mantida a dualidade

---

<sup>20</sup> GARCIA, Ayrton Sanches, *Noções históricas de direito comercial*, cit., p. 22.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 19.

processual<sup>22</sup>. Advieram, ao depois, as regras para o estabelecimento de empresas de armazéns gerais (Decreto n. 1.102/1903) e outras para a circulação de cheques (Lei n. 2.591/1912).

Essas e outras normas foram dando nova fisionomia ao Código, que se foi adaptando, modificando e atualizando gradativamente. Cada vez mais, todavia, prosperavam idéias favoráveis à elaboração de um novo diploma, sem esquecer até mesmo as idéias de alguns de que o Código de 1850 já nascera velho. Com isso, após longas discussões e longo período de tramitação, adveio o Código Civil de 2002, que veio para unificar o direito das obrigações.

## **2.7 A matéria comercial no Código Civil de 2002**

O direito comercial de hoje não é mais aquele do século XIX ou do início do século XX, mas tipifica um sistema que incorpora correções de rota, sobretudo no que concerne a um liberalismo excessivo e, portanto, jurídico e socialmente inadequado, razão por que deságua na articulação de três principais feixes de normas, que podem ser assim sintetizados: a) repressão ao abuso do poder econômico e tutela da concorrência; b) preocupação com o direito ambiental; c) preocupação com o direito do consumidor.

Nessa linha, o Código Civil brasileiro de 2002 – que passou a tratar de assuntos de direito comercial – incorporou diversos princípios de correção de dogmas liberais, positivando em textos normativos tendências já esboçadas pela doutrina e pela jurisprudência comerciais. Tal é, por exemplo, a questão da boa-fé objetiva, como fundamento do sistema, sedimentada há séculos pela tradição mercantil.

Observam alguns, todavia, que, contrariando tendências mundiais modernas, como a última reforma do Código Comercial francês, o legislador de 2002 não incorporou, por exemplo, ao código pátrio textos normativos ligados à dinâmica da concorrência e à repressão do abuso do poder econômico.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Apontamentos de direito comercial*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 67.

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula A., A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, cit., p. 8.

## 2.8 Conclusão oportuna

Nunca se teve dúvida de que o comércio surgiu antes da economia social, considerada esta em sua acepção científica, e antes das próprias manifestações legislativas, que, rudimentares no princípio, acabaram por resultar no direito comercial.

Além disso, se intuitiva é a noção do nascimento do comércio, não menos o é a necessidade de elaboração de um conjunto de regras nascidas da observação dos fatos para a condução da prática dos atos e da atividade comercial. Não é difícil perceber que o Direito – e, mais ainda, o direito comercial – não se arquiteta teoricamente nas idéias, não nasce de meras lucubrações desvinculadas da realidade, nem surge idealisticamente do encontro descompromissado em congressos legislativos, mas desenvolve-se no terreno da prática social, do fato histórico, de acordo com os usos e costumes e em atenção à necessidade de organização política das comunidades.

Por outro lado, não nasce ele pronto, consolidado e perfeito, mas atende, em princípio, a uma necessidade prática, num determinado momento e local, e se aperfeiçoa, para abarcar outras necessidades similares em outros locais, modificando-se, conforme as épocas, até que, constatada a necessidade de sua aplicação a uma base de incidência maior, chega-se ao ponto de sua obrigatoriedade e de sua definição, sob pena de tornar-se impraticável um mínimo de segurança, de confiabilidade e mesmo de viabilidade das relações.

## 3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002

### 3.1 Esclarecimento importante

Miguel Reale costumava dizer que a lei civil é a Constituição do homem comum, porque, em última análise, é a lei por excelência da sociedade civil, além do que o Código Civil fixa “as regras de conduta de todos os seres humanos, mesmo antes de nascer, dada a atenção dispensada aos direitos do nascituro, até depois de sua morte, ao fixar o destino a ser dado aos bens deixados pelo falecido”.<sup>24</sup>

Pode-se dizer, assim, que há duas leis fundamentais no país – a Constituição Federal e o Código Civil: aquela cuida da estrutura e das atribuições do Estado, tendo em consideração o ser humano e a sociedade civil; e este concerne à pessoa humana e à sociedade civil como tais e em si, abrangendo suas atividades essenciais. Não despropositado é, por isso, chamar ao Código Civil de Constituição do homem comum.

De um Código, espera-se que sedimente as normas gerais consagradas pelo tempo e pela aceitação comum, que contenha regras impregnadas de plausível certeza e segurança, que, enfim, sintetize a legislação matriz e deixe para leis esparsas e outros diplomas o regramento de aspectos e ramos especiais, até pela impossibilidade de codificação única de todos os assuntos e tendências.

Por isso, mesmo quando abraçou o direito de empresa, não era de se esperar que o Código de 2002 regresse assuntos mais específicos, complexos e extensos, como as sociedades anônimas, o mercado de capitais e as questões relativas à concorrência e ao consumidor. Estendendo a exemplificação para outras áreas, não era de se esperar que abrangesse questões dependentes de conhecimentos de rápida mutação e de exigências específicas, como as do campo da Medicina e da Engenharia Genética, além de questões mais tópicas, como as referentes à Bioética.

---

<sup>24</sup> REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 11-19.

### 3.2 Reflexão sobre o Código de 1916

Com seu anteprojeto escrito em fins do século XIX, o Código Beviláqua sofreu os influxos sociais de uma época em que prevaleciam princípios de marcante individualismo de uma sociedade predominantemente agrária, em contraposição aos dias atuais, em que predomina o sentido inverso da vida urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso. Do espírito individualista que preponderava no Código anterior, próprio de uma estrutura agrária, em que predominante a população rural, buscou-se adotar uma concepção social.

Por outro lado, no campo da ciência do Direito, avultava a preocupação oitocentista da escola francesa de exegese ou da germânica dos pandectistas, que buscava resolver as questões sociais tão-somente à luz das categorias jurídicas; em outra vertente, hoje se compreende o Direito em perene vinculação com valores sociais e éticos.<sup>25</sup>

### 3.3 Indagação pertinente

No mérito das modificações havidas na novel codificação civil, deve-se fazer observação oportuna: não é admissível que se mude apenas pelo gosto das novidades. É preciso verificar se o que se substitui tem real necessidade de mudança e se o que lhe toma o lugar é solução melhor do que a anterior. Se os benefícios a serem alcançados não forem significativamente maiores do que os sacrifícios suportados com as respectivas mudanças, não faz sentido alterar apenas pelo prurido da novidade.

Esse dilema não pode ser evitado pelo legislador, de modo que de total pertinência é que se ponha a indagação formulada por Rachel Sztajn em face do Código Civil de 2002 como um todo e que pode ser intensificada quando se tem em mente o fato de se haverem unificado, em mesmo Código, obrigações díspares em natureza e modo de interpretar, como as civis e as comerciais: “Questiono se os novos arranjos introduzidos cumprem uma função

---

<sup>25</sup> Cf. REALE, Miguel, *Visão Geral do Novo Código Civil*, cit., p. 11-19.

importante, que é aumentar o bem-estar social, ou, ainda, se eventual dispersão ou deslocamento dos custos de transação, cumprem igual ou semelhante função social”.<sup>26</sup>

Sem oposição sistemática, mas com os olhos abertos a essa indagação crítica é que se há de desenvolver este estudo até seu final.

### 3.4 Um pouco de História

O Código Civil de 2002 tramitou por cerca de trinta anos. Durante esse período, recebeu 1.063 emendas na Câmara dos Deputados e 332 no Senado. De 1972 a 1984, esteve na Câmara, e, de 1985 a 1997, no Senado. Retornou à Câmara em razão das modificações havidas no Senado, e ali permaneceu até agosto de 2001, quando foi aprovado e encaminhado à sanção presidencial, o que se deu em 10.01.2002, mediante a edição da Lei n. 10.406.

Durante os trinta anos de sua tramitação, o país e o mundo não permaneceram estáticos, mas mudanças significativas ocorreram no panorama: o Brasil, que desde 1964 estava sob regime militar autoritário e ditatorial, passou para um regime democrático; instalou-se a Assembléia Nacional Constituinte, da qual resultou a Constituição Federal de 1988; deu-se verdadeira revolução nos meios de comunicação, e a tecnologia evoluiu de modo cada vez mais rápido, desaguando no processo de globalização da economia, em cujo epicentro se vive na atualidade; regionalizou-se a economia, e se formaram blocos econômicos, como União Européia, Nafta e Mercosul.

A iniciativa de nova codificação, em realidade, principiou em 1941 e se estendeu por todo esse período: houve os projetos de Código das Obrigações, um primeiro de Orosimbo Nonato (1941) e um segundo de Orlando Gomes (1965); e houve um Projeto de Código Civil de 1963, pelo qual se abandonou a idéia de tratamento parcial e se voltou à sistematização unificada, tendo como ponto de partida o Código de 1916, que foi em boa parte preservado.

---

<sup>26</sup> SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 133, p. 11, jan./mar. 2004.



Em 1969, foi criada uma Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, na esperança de ser aproveitada a maior parte do Código Civil de 1916. Verificou-se, desde logo, todavia, a inviabilidade desse intento, porquanto a análise progressiva da matéria revelou que novos princípios e diretrizes deveriam nortear a codificação. Além disso, como em todo trabalho sistemático, a alteração de um artigo repercute necessariamente em outros pontos do Projeto.

O trabalho final não foi resultado da redação de um legislador solitário, mas de uma comissão de sete membros, e foi submetida a sucessivas revisões: Miguel Reale (Coordenador), José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Erbert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões). Com o falecimento dos quatro últimos, Miguel Reale continuou a substituí-los durante a tramitação, perante o Congresso Nacional, contando com a colaboração ativa de José Carlos Moreira Alves no tocante à Parte Geral.

Em 1975, o Presidente Ernesto Geisel submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 634-D, e isso após quatro redações do Projeto, todas publicadas no Diário Oficial da União em 1972, 1973, 1974 e 1975, para conhecimento de todos os interessados.

Na Câmara dos Deputados, houve a apreciação de mais de mil emendas, e, no Senado, quase 400, com posterior retorno à primeira casa de leis, em razão das modificações havidas. Ao longo de mais de três décadas, a redação original também se foi atualizando por força de fatos e circunstâncias supervenientes, como, por exemplo, as profundas alterações que a Constituição Federal de 1988 introduziu no Direito de Família. Anote-se, todavia, que, apesar dos anos de tramitação e do enorme número de emendas, não se tocou na estrutura original do projeto, quer quanto ao acréscimo de um livro na Parte Especial, de início denominado *Atividades Negociais*, e, posteriormente, *Direito de Empresa*, quer quanto à nova ordem das matérias, a exemplo das mais recentes codificações.

### 3.5 Critérios da nova codificação

De todo esse esforço, resultou o Código Civil de 2002, considerado pelo coordenador da comissão que o elaborou, em termos de modernidade, como legislação civil “talvez a mais atualizada de nosso tempo”.<sup>27</sup>

Miguel Reale realça a importância da análise dos novos paradigmas que condicionaram as mais relevantes conquistas introduzidas, assentadas nas seguintes diretrizes por seus elaboradores: I) preservação, no que possível, do código vigente, não só por seus méritos, mas também por todo o acervo de doutrina e jurisprudência que dele se originaram; II) inviabilidade de se ater a Comissão a uma mera revisão do Código Beviláqua, quer por sua defasagem em relação à sociedade contemporânea, quer por força das significativas conquistas alcançadas, ao longo de sua vigência, pela Ciência do Direito; III) prevalência, na elaboração do novo Código, de certos valores essenciais, com profunda alteração no que se refere a aspectos como eticidade, socialidade e operabilidade; IV) aproveitamento dos trabalhos desenvolvidos nas duas meritórias tentativas anteriores de reforma da lei civil, a primeira por Hahneman Guimarães, Orosimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o Anteprojeto do Código das Obrigações, e a segunda com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, em que se contou com a colaboração de Sylvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros; V) a inserção apenas de matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, deixando-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou que envolvam problemas e soluções que extrapolam o Código Civil; VI) a manutenção da parte geral do Código, além de nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações; VII) não propriamente a unificação do direito privado, mas sim do direito das obrigações, por obsolescência do Código Comercial de 1850, com a conseqüente inclusão de mais um livro na parte especial, de início denominado *Atividades Negociais*, e, posteriormente, *Direito de Empresa*.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Cf. REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 18.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 13.

### 3.6 Inovações no âmbito do direito comercial

Não pairam dúvidas sobre o fato de que o Código Civil de 2002 trouxe mudanças significativas para o direito comercial e, de modo específico, para o direito societário, com a discriminação do direito de personalidade da empresa, as mudanças estruturais em termos de representatividade de cotas para alteração de contrato social, um maior poder de fiscalização do mercado em torno dos atos praticados pelos sócios, a indenização por dano moral à pessoa jurídica e a responsabilidade proporcional dos sócios pelos atos de administração da sociedade. Evidente renovação, além disso, trouxe a algumas sociedades consideradas inativas por alguns doutrinadores desde a entrada em vigor do Decreto n. 3.708, de 10.01.1919, que instituiu a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

De modo mais minucioso, todavia, podem-se apontar as seguintes inovações no âmbito do direito comercial:

I) Criou-se o livro II, que trata *Do Direito de Empresa* e se trouxe a fusão entre o direito civil e o direito comercial, com disciplina da figura do empresário, da empresa, do estabelecimento e dos institutos complementares que regulamentam e disciplinam a atividade empresarial.

II) Trocou-se a expressão *direito comercial* por *direito empresarial*, e *comerciante* por *empresário*, na esteira do pioneiro Código Civil italiano de 1942, que adotou a moderna teoria da empresa e se constituiu em modelo de disciplina da atividade econômica.

III) Unificou-se o tratamento das obrigações civis e mercantis, e extinguiu-se a distinção entre sociedades civis e comerciais, criando-se, em substituição, as sociedades empresariais, com natureza econômica.

IV) Editaram-se normas gerais para os títulos de crédito, ao mesmo tempo em que se manteve a legislação específica das diversas figuras já existentes, como letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque, etc.

V) No campo societário, de modo mais específico, inovou-se com a criação da sociedade simples, atualizou-se a sociedade de responsabilidade limitada, e modificou-se o tratamento dispensado à sociedade de fato, ou irregular, que passou a ser denominada sociedade comum, com o tratamento específico normalmente conferido às sociedades não personificadas.

VI) Em aspectos mais específicos, na parte relacionada às sociedades, agora denominadas empresárias, regulamentou-se, de modo mais explícito e completo, o instituto do

estabelecimento e tratou-se mais claramente de outros institutos, como o registro da sociedade, seu nome, sua escrituração mercantil, adotando-se os instrumentos modernos da tecnologia da informática.

VII) Em termos de essência, eliminou-se o rol enumerativo das atividades que caracterizavam o empresário comercial e passou-se a fazer do efetivo exercício de um mister econômico com escopo lucrativo a tipificação da figura legal da atividade empresarial, desde que implementados os requisitos da habitualidade no exercício com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços, o intuito de lucro e a organização.

### 3.7 O princípio da socialidade

Três princípios nortearam a concepção do atual Código Civil: o da *socialidade*, o da *eticidade* e o da *operabilidade*.

Pelo primeiro deles, considerou-se que mudanças profundas se deram ao longo do século XX, e se mudou o enfoque do sentido individualista para o social, com a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda do foco central do ser humano. Nos dizeres do coordenador da comissão que redigiu o anteprojeto, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo Código. Para ele, até mesmo, “se não houve vitória do socialismo, houve o triunfo da *socialidade*, fazendo prevalecer valores coletivos sobre os individuais...”<sup>29</sup>

Em decorrência desse princípio norteador, há no novo Código uma constante preocupação em fazer predominar o social sobre o individual, em superar o caráter individualista da lei anterior, feita para uma população eminentemente agrária, com setenta ou oitenta por cento das pessoas morando no campo, contrariamente à realidade atual, em que essa proporção é exatamente inversa. O direito de propriedade, por exemplo, passou a ser disciplinado de nova forma, até para cumprir a disposição constitucional de que “atenderá a sua função social” (CF/88, art. 5º, XXIII).

---

<sup>29</sup> Cf. REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

Tem-se como exemplo, nesse campo, o aspecto da função social do contrato retratada no artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Reflexo claro também se espalha para o contrato de adesão, pelo que se vê no artigo 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Ainda por força dessa compreensão social do Direito, afasta-se o caráter absoluto da teoria da responsabilidade civil com base apenas no elemento subjetivo da culpa, e se passa à responsabilidade objetiva, quando a própria natureza da atividade do autor do dano implica grandes riscos para quem dela participa (CC, art. 927, parágrafo único). Também sob o pálio do princípio da socialidade é que se explica a redução de prazo para prescrição aquisitiva de bem imóvel pelo usucapião (CC, arts. 1.238/1.242).

Anote-se, todavia, que, de modo totalmente equivocado, também pela função social da propriedade, alguns têm buscado justificar a invasão de terras particulares por grupos organizados. Essa postura, todavia, marginaliza dois aspectos de fundamental importância em nosso ordenamento jurídico: primeiro, quando se busca tal justificativa como se fosse calcada em pressupostos jurídicos, esquece-se a vedação genérica da autotutela, do exercício de eventual direito pelas próprias mãos; ao depois, ainda que se intente reconhecer algum direito a assistir a tais grupos organizados ou a seus integrantes individualmente, de igual modo tem havido o esquecimento acerca da obrigatória necessidade de substituição do particular pelo Estado no que concerne à solução dos conflitos e ao exercício da jurisdição, tudo em regular e devido processo legal.

Mas não é só: em visão panorâmica da situação, é de mister trazer à reflexão o aspecto de que, a par das grandes necessidades das faixas menos favorecidas da população, o excesso de peso em um dos pratos da balança da Justiça, não importa qual seja, há de fatalmente levantar o outro em igual proporção. No caso considerado, à medida que se assegura o direito de propriedade, facilita-se sua regular circulação, em conseqüente azeitamento das relações sociais; inversamente, quanto menos seguro for esse direito e mais sujeito à fácil apropriação por outrem, menor há de ser o incentivo para se esforçar por obtê-lo. Por isso, a par da distribuição de renda e da busca de uma melhor divisão das riquezas, é preciso não esquecer que não basta o título de propriedade, mas é fundamental editar normas, além de reunir forças e vontade política que garantam sua manutenção.

Nesse exato sentido, aliás, é a síntese de Rachel Sztajn: “Se há restrições ao poder de usar a propriedade, é importante garantir que isso não se destina a facilitar condutas oportunistas como invasões de áreas agricultáveis a pretexto de que são improdutivas, ou sob o argumento de que alguns têm o que falta aos outros e que é preciso redistribuir os bens”.<sup>30</sup>

### 3.8 O princípio da eticidade

O princípio da eticidade funda-se na boa-fé e na equidade. Nesse aspecto, quando da elaboração do Código Civil de 2002, partiu-se da premissa de que o Código de 1916 fora elaborado com excessivo rigor formal, quer no plano técnico, quer no jurídico, como fruto do individualismo que o inspirou. Previam-se nele preceitos normativos expressos para a solução dos problemas, mas havia pouquíssima referência à equidade, à boa-fé, à justa causa e aos demais critérios éticos. Era a prevalência do espírito dogmático-formalista, em que se conferia excessivo valor à norma jurídica positiva. Em decorrência desse raciocínio, buscou-se, então, conferir maior poder ao juiz, para encontrar a solução mais justa ou equitativa ao caso concreto, não apenas suprindo lacunas, mas também invocando valores éticos nas hipóteses de deficiência ou desajuste da regra jurídica ao caso concreto. Abandonou-se a crença na plenitude hermética do direito positivo e passou-se a ter como princípio inspirador o da eticidade do ordenamento.

Dessa postura decorreu, muitas vezes, a opção por normas genéricas ou cláusulas gerais, com freqüente referência à probidade, à boa-fé e à correção, diversamente do Código de 1916, parcimonioso nessa matéria e mais apegado às determinações de caráter estritamente jurídico. No novo Código, assim, há menor preocupação com o excessivo rigorismo conceitual, para possibilitar adequada exegese, quer pelos advogados, quer pelos juízes, com vistas à contínua atualização dos preceitos legais.<sup>31</sup>

Importa observar que, por conta dessa nova postura, não mais se considera sem limites a possibilidade de fruição do próprio direito, e sim se reconhece que este deve ser exercitado em prol da pessoa, mas com respeito aos fins ético-sociais da comunidade a que

---

<sup>30</sup> SZTAJN, Rachel, Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil, cit., 13.

<sup>31</sup> Cf. REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 14-15.

pertence o titular. Não há, em suma, direitos absolutos, porém, mais do que nunca, se estrema que o direito de um acaba onde começa o de outrem.

Exemplo prático dessa postura é o artigo 113: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. E o artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. E, ainda, o artigo 422, que pode ser posto como um frontispício para toda a teoria dos contratos: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

### **3.9 O princípio da operabilidade**

Atribui-se a Ihering a verbalização do princípio de que o direito existe para ser executado. Para atingir esse escopo, a norma deve ser de fácil compreensão e aplicação, repelindo equívocos e outras dificuldades. Exemplo claro dessa complexidade e equivocidade da norma era a confusão que se fazia, no ordenamento anterior, entre prescrição e decadência. Diversas eram as teorias para distingui-las, e variadas eram as correntes doutrinárias e jurisprudenciais a seu respeito, nos diversos setores.

Por isso, quando da redação dos institutos pela nova codificação civil, fixou-se como norte o terceiro dos novos princípios – o da operabilidade – que parte da premissa de que os efeitos da norma devem ser os convenientes para uma aplicação prática, e não aqueles que a teoria preconiza. Segundo o coordenador da comissão redatora do anteprojeto, é importante que tal se dê por via de uma redação de normas abertas, já que mudanças da atividade social levariam à alteração do conteúdo da norma jurídica.<sup>32</sup>

Em atenção a essas dificuldades, buscou-se, na prática, quando da elaboração do Código, fixar soluções normativas com possibilidade de facilitar a interpretação e a aplicação pelo operador do Direito. Um primeiro cuidado prático foi eliminar dúvidas havidas durante a vigência do código anterior. Para evitar esse inconveniente, por exemplo para a distinção

---

<sup>32</sup> Cf. REALE, Miguel, *O projeto do novo Código Civil*, cit., p. 14.

entre prescrição e decadência, resolveu-se arrolar, na parte geral, em *numerus clausus*, os casos de prescrição, e deixar as hipóteses de decadência para uma imediata conexão com a disposição legal que a estabelece. De decadência, por exemplo, é o caso da responsabilidade do construtor de edifícios pela higidez da obra, prevista nos próprios dispositivos que tratam especificamente da matéria na parte especial (CC, art. 618). Em outros casos, como no artigo 575, parágrafo único, fixam-se hipóteses de “indeterminação do preceito”, deixando-se maior participação ao magistrado, para decidir o caso concreto à luz das circunstâncias de sua ocorrência. Insere-se aqui a faculdade que se concede ao juiz para atuar como árbitro, fixando, por exemplo, o valor de indenização por critérios de equidade, e não acolhendo pretensões irrisórias nem abusivas (CC, arts. 944 e 945).

Indagação importante deve ser feita a essa altura, acerca da adoção, pelo novo sistema codificado, desse princípio da operabilidade. Essa estruturação põe o operador do direito diante de uma novidade, já que, de um sistema positivista, a nova maneira o transfere para um esquema que guarda algo de similaridade com o sistema anglo-norte-americano. Ora, num sistema como o nosso, em que se dá reiterada remessa de questões ao Judiciário, o qual tem assumido o papel de guardião e avaliador de condutas já tipificadas, a indagação que se põe é se seus membros hão de estar preparados para os novos moldes de sua função, agindo similarmente aos magistrados dos sistemas da *common law*. Ou seja: atribuir aos juízes poder para arbitrar relações sem regras claras pode resultar em um tempo inicial de interpretações individuais distintas, a demandar um significativo período de assentamento e uniformização, para que haja relações mais uniformizadas, com a conseqüente segurança maior do jurisdicionado. E o que mais deve preocupar: se prejuízos podem decorrer no campo de aplicação do direito civil, imagine-se no campo do direito comercial, em que a dinâmica, a segurança e a certeza são aspectos de crucial importância.

A essa altura, vale lembrar as palavras de grande propriedade, proferidas por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, quando, ao tratarem do acesso à Justiça e do tempo razoável para duração do processo, afirmam que não basta proclamar direitos, mas “o Judiciário deve ter como *proteger e realizar* tais direitos”, com o acréscimo de que “cresce no mundo moderno a preocupação com a



*segurança jurídica e a estabilidade das instituições jurídicas*”<sup>33</sup>. Tais palavras concluem, por si sós, o pensamento sobre o tópico tratado.

### 3.10 O conceito de função social

O conceito de função social teria sido formulado pela primeira vez por Tomás de Aquino, quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar. No século XIX, Augusto Comte formulou o conceito de função social como dever de agir. Modernamente, para tal consideração, há quem não dê mais importância à divisão dos bens entre móveis e imóveis – distinção que seria fruto da época medieval, em que os bens da categoria por último citada conferiam poder político – mas estabeleça a distinção entre bens de consumo e bens de produção, fundando-se o critério diferenciador não mais na natureza ou consistência do bem, mas na destinação que se lhe dê.<sup>34</sup> E, nessa esteira, apenas os bens de produção deveriam exercer função social, expressão essa que pode ser conceituada como “o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência a determinados deveres positivos e negativos”.<sup>35</sup>

Em termos conceituais, o instituto da função social busca impregnar de maior grau de justiça as relações jurídicas e econômicas entre as pessoas e permite que se exija do empresário ou da sociedade empresária o cumprimento de deveres para com a sociedade, com ganho econômico mais justo para todos.

A Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404, de 15.12.1976) trata dessa função social da empresa no artigo 116, parágrafo único, ao fixar que o administrador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social. O artigo 154 também fixa que o administrador deve exercer suas atribuições legais e contratuais, com obediência às exigências do bem público e da função social da empresa. Essa

---

<sup>33</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 26-27.

<sup>34</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 63, p. 71-79, 1986.

<sup>35</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 810, p. 40, abr. 2003.

determinação volta a constar do artigo 165 da mesma lei, ao fixar os deveres do Conselho Fiscal das companhias.

O Código Civil de 2002, todavia, trilhando na esteira de seu antecessor, não fez, de início, referência a tal função social das empresas. O Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, busca acrescentar um § 2º ao artigo 966, com o seguinte teor: “O exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

Independentemente da aprovação ou não do mencionado aditamento, não há dúvida de que, embora o novo Código Civil não mencione a função social das empresas, isso não quer significar que ela não existe, e, assim, ao empresário e à sociedade empresária, resguarda-se o direito de auferir os benefícios de sua atividade, mas isso há de estar em compatibilidade com uma justiça social, que também remunere adequadamente os que contribuíram para o sucesso da atividade, que respeite os direitos do consumidor, que proteja o meio ambiente e os recursos naturais.

Exatamente nessa esteira, é oportuno observar que, mesmo antes do Código Civil de 2002, no que concerne à função social do contrato, a intangibilidade do pacto não era cânone interpretativo inafastável. Embora sem fazer desaparecer a autonomia privada, que continuava sendo uma viga-mestra do mercado, institutos ora sedimentados em lei – como a excessiva onerosidade, a lesão, a repressão ao abuso da dependência econômica – eram implementados por construção pretoriana, até mesmo no que tange a questões comerciais, mitigando, assim, o dogma sedimentado no brocardo *pacta sunt servanda*.

### **3.11 Os novos princípios e o direito comercial**

Há um fundado temor quanto à aplicação dos princípios que nortearam a elaboração do Código Civil de 2002 na seara do direito comercial, a começar pelo fato de que se buscou conferir a seus dispositivos uma redação aberta, sob o argumento de que mudanças da atividade social levariam à alteração do conteúdo da norma jurídica.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Cf. REALE, Miguel, *O projeto do novo Código Civil*, cit., p. 14.

Esse temor aumenta, quando se consideram os princípios da socialidade e da operabilidade, que também informaram sua redação. Em realidade, destinando-se as normas do novo sistema codificado tanto às relações individuais quanto ao exercício das atividades econômicas com relações continuadas, no que toca especificamente ao direito comercial, cuja aplicação exige regras claras e normas firmes, a situação, sem dúvida, pode gerar insegurança durante significativo lapso temporal de sua aplicação, até que se sedimentem os parâmetros de julgamento e se firme a jurisprudência. Até lá, podem ser elevados os custos de transição, com resultados piores para a sociedade do que supunha o legislador.

Quando se vê, na atualidade, tanto equívoco na invocação de princípios, quer em sua extensão, quer em sua propriedade, quer mesmo em sua eficácia no caso concreto, em verdadeiro tiroteio no escuro, emergem, como de necessária reflexão, as palavras de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: “Os princípios não são regras absolutas, daquelas que não comportam exceções. São regras, no sentido lato, que integram o sistema, que, por assim dizer, estão ‘por trás de tudo’, tendo inspirado o legislador a criar as normas postas em seus microssistemas ou subsistemas. Nada obsta, todavia, que um certo princípio seja afastado, em certa situação, em nome do atendimento a outros valores, consagrados em outros princípios.”<sup>37</sup>

Além disso, em determinados setores do direito comercial, como no da negociação de valores mobiliários, é de fácil percepção que ter informação é ter poder, e quem está informado detém posição mais confortável, quase privilegiada, nas negociações com outras pessoas. A possível iniquidade desse tipo de vantagem se reduz ou se elimina com a divulgação, que conduz ao equilíbrio entre desiguais. Em razão desses fatos, não apenas ao julgador incumbe decidir o caso à luz dos princípios expostos, mas também cabe ao legislador estar atento, para estruturar mecanismos que inibam abusos e eliminem a possibilidade de danos às pessoas desprovidas de informação, as quais, de boa-fé, se vejam sujeitas aos nefastos resultados dessa assimetria de informações. Nos moldes dos novos princípios, o da eticidade – valor social apoiado no respeito aos direitos e à dignidade de cada um em sua conduta – há de ter significativa importância na condução das decisões respectivas.

---

<sup>37</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a impugnação à execução de título judicial (arts. 475-L e 475-M do CPC)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 415.

### 3.12 A linguagem do novo Código

Segundo o coordenador da comissão elaboradora, optou-se, na redação do novo Código, “por uma linguagem precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos desusados, mas fiel aos valores de correção e de beleza” que distinguem o Código de 1916<sup>38</sup>. Em outras palavras, pretendeu-se buscar uma linguagem nova, mais simples, operacional, adequada e precisa, com o abandono dos arcaísmos, quer quanto aos vocábulos, quer quanto às estruturas.

O inesquecível Georges Ripert, logo após o primeiro quartel do século XX, já demonstrava, na França, seu desagrado quanto à redação das leis recentes em relação ao Código Civil daquele país. Aduzia ele bastar a comparação entre os artigos das leis modernas e os do então mais que secular Código, para averiguar a inferioridade de redação das disposições das primeiras<sup>39</sup>. E, complementando não ser isso o pior, realçava que o mal maior era que os parlamentares que faziam as leis eram pessoas ignorantes das regras fundamentais do Direito, desconhecedoras da organização civil e totalmente destituídas de alguma idéia do que fosse uma ordem geral.<sup>40</sup>

Lembrando sempre que o legislador atual de nosso país não difere, fundamentalmente, do legislador francês da época considerada, frise-se, desde logo, nesse campo, apenas para exemplificar, que, a par dos muitos acertos havidos na simplificação da linguagem, algumas modificações são questionáveis.

Mesmo sem intento de polêmica, mas apenas cingindo a observação a dois exemplos iniciais, vê-se, num primeiro caso, que o artigo 1º refere que “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. A expressão *toda pessoa* veio substituir *todo homem* da disposição correspondente do Código de 1916. E os noticiários saudaram com estrépito a mudança, justificando que, a partir de então, o vocábulo *homem* deixava o léxico jurídico do país como designação de cidadãos de ambos os sexos, cedendo seu lugar para *pessoa*. No afã de explicar o ocorrido, congressistas, em disputa dos holofotes da mídia, empertigaram-se diante das

---

<sup>38</sup> Cf. REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 16.

<sup>39</sup> RIPERT, Georges. *Le regime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: LGDJ, 1936. p. 12-13.

<sup>40</sup> No original e na íntegra: “*C’est exact sans doute, et il suffit de comparer les articles des lois modernes à ceux du Code Civil pour constater l’inferiorité de la rédaction, mais ce n’est pas le plus grand mal. Le plus grand c’est que les parlementaires qui font des lois sont des gens ignorants des règles fondamentales de notre droit et qui se ruent dans l’organisation civile en la saccageant, sans avoir aucune idée d’un ordre général qui pourrait remplacer celui qu’ils ébranlent sans merci*”. (RIPERT, Georges, op. cit., p. 12-13).

câmeras com postura premeditadamente grave, para afiançar que já ficara no tempo a era do machismo na legislação.

Esse pretense machismo, todavia, quer visto por leigos, quer apontado por parte da mídia, quer mesmo afirmado por alguns legisladores, não tem a mínima procedência. Não havia necessidade de mudança na redação, certo como é ser mais que de milenar ciência o postulado de que o masculino genericamente afirmado abrange seres de ambos os gêneros. Veja-se, apenas para exemplo, que, no tradicional raciocínio lógico de silogismo, quando se afiança, na premissa maior, que *todo homem é mortal*, nem por isso se está excluindo a mulher desse rol dos mortais, nem, muito menos, se está pretendendo consagrar a imortalidade feminina. O direito romano, aliás, pela voz do jurisconsulto Gaio, já ponderava que se continham na denominação *homem* tanto o masculino quanto o feminino<sup>41</sup>. No Digesto, de igual modo, se insculpia<sup>42</sup> que a enunciação de um vocábulo no masculino fazia estender sua compreensão também ao outro sexo<sup>43</sup>. Assim também sempre se entendeu no direito pátrio, como se pode verificar pelos *Axiomas* de Barbosa Lusitano e pelas *Regras de Direito* de Correia Teles.<sup>44</sup>

Carlos Maximiliano, um século atrás aproximadamente, já lecionava que, “quando um texto menciona o gênero, presumem-se incluídas as espécies respectivas”, de modo que, “se faz referência ao masculino, abrange o feminino”. E acrescentava tal autor em outra passagem: “Em geral, as normas são redigidas como se referindo ao masculino, o que não impede de as aplicar, em regra, ao feminino também: por exemplo, aludindo a *filho*, ou *filhos*, compreendem-se como amparando a *filha*, ou as *filhas*”.<sup>45</sup>

Em continuação, seguindo o mesmo critério que ocasionou a alteração anterior, o artigo 2º do novo Código registra que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Em vez de *personalidade da pessoa*, o velho dispositivo falava em *personalidade do homem*.

<sup>41</sup> No original: “*Hominis appellatione tam foeminam quam masculum contineri*”.

<sup>42</sup> Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 2, p. 386.

<sup>43</sup> No original: “*Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur*”.

<sup>44</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 1, p. 171.

<sup>45</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 258 e 272-273.

No caso, ainda que, ciente do rigor técnico da redação do legislador de 1916 e da integral correção do texto da legislação primeira, quisesse o codificador de 2002 expulsar do léxico do novo Código o termo *homem* para abarcar seres de ambos os sexos, tinha ele a seu dispor expressões mais felizes, por configurarem sinônimas perfeitas, como *ente humano* ou *ser humano*, ambas mais indicativas do gênero humano.<sup>46</sup>

A discussão nesse sentido não é nova, e alguns elementos históricos podem trazer aspectos que permitam elucidar com mais clareza o assunto. O *Projeto* do Código de 1916, tal como aprovado pela Câmara dos Deputados, registrava *todo ser humano* nos dispositivos referidos. Por emenda de Rui Barbosa, todavia, em seu *Parecer* no Senado, acabou-se alterando para *todo homem*. Diversa não foi a elaboração dos artigos 1º e 2º do novo Código Civil, em que o *Projeto 634*, redigido pelo Ministro Moreira Alves, consignava, respectivamente, as expressões *todo homem* e *personalidade civil do homem*, e assim foi o texto aprovado pela Câmara dos Deputados. Emenda do Senador Josaphat Marinho, todavia, sob o falso argumento de que o vocábulo *homem* já não era claramente indicativo da espécie humana, vale dizer, também da mulher, propôs a alteração para *todo ser humano* e *personalidade civil do ser humano*. De volta o projeto à Câmara dos Deputados, o parecer do relator parcial para a parte geral, Deputado Bonifácio de Andrada, opinou pela rejeição da emenda, por se haver elegido expressão consagrada no ordenamento jurídico, posição essa que obteve o aval do relator geral, Deputado Ricardo Fiuza. Após intenso debate, todavia, o Professor Miguel Reale, em audiência pública perante a Comissão Especial, sugeriu constasse *pessoa* em lugar de *ser humano*, e assim acabou obtendo o texto aprovação final na Câmara dos Deputados.

Com a devida vênia do saudoso coordenador da comissão elaboradora do Código, todavia, o termo *pessoa* era o menos indicado para a pretendida modificação. Primeiro, porque tecnicamente diz menos do que *homem*, do que *ente humano* e do que *ser humano*. Introduziu-se, no caso, uma acepção vulgar de *pessoa* como sinônimo de ser humano, contrariando a própria técnica jurídica. Veja-se, por um lado, que, se “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*” (CC, art. 2º), não se pode dizer, tecnicamente, que a pessoa exista antes de tal termo; por outro lado, se “*a existência da pessoa natural termina com a morte*” (CC, art. 6º), então se pode delimitar que a *pessoa* existe entre os

---

<sup>46</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

termos *nascimento* e *morte*. Ora, o nascituro é um ser humano já concebido, mas não nascido. O morto, por outro lado, é um ser humano que encerrou seu ciclo de vida aqui. Por conseqüência, a *pessoa* é um *ser humano* entre seu nascimento e sua morte. Nesse quadro, vê-se com facilidade que os direitos reconhecidos ao nascituro, a determinados casos de desvios da forma corpórea, ao corpo do falecido e a sua memória não advêm senão de uma acepção mais compreensiva e abrangente do *ser humano* em sua totalidade e plenitude, função essa que o vocábulo *pessoa* não pode preencher. E não importam, neste raciocínio, os argumentos objetivos de que os direitos reconhecidos de modo específico aos primeiros emanem da parte final do artigo 2º do novo Código Civil, nem que os direitos que assistem aos demais se insiram em disposições outras, protegidas até mesmo por sanções de natureza penal.

Mas não é só: a contra-indicação do vocábulo referido para tal despicienda modificação mais se patenteia, quando se nota que tanto *pessoa* quanto *personalidade* têm sua origem na mesma palavra latina *persona*. Ou seja: quando falou em *personalidade* da *pessoa* (CC, art. 2º), incidiu o legislador em uma daquelas expressões equivocadas e redundantes, vindas de mesmo radical, portadoras de tautologia, ou pleonismo vicioso. Muito embora *pessoa* e *personalidade* sejam substantivos, o certo é que, na estrutura sintática do período, a expressão *da pessoa* se acopla ao substantivo *personalidade* como locução que equivale a um adjetivo, emparelhando-se a torneios tais como *ação acionada*, *processo processado*, *inventário inventariado*, ou algo similar<sup>47</sup>. Ao se postar contra o emprego de expressões como *uso abusivo*, o gramático Domingos Paschoal Cegalla leciona que não se devem juntar vocábulos de mesmo radical em tais circunstâncias<sup>48</sup>. Houvesse, no Congresso de 2002, um cuidadoso Rui Barbosa a digladiar com seu mestre Ernesto Carneiro Ribeiro, talvez não houvesse uma polêmica digna de uma resultante *Réplica*, mas com certeza resultaria o novo Código Civil como peça de melhor redação.

Não se quer, com essas observações, embaçar o mérito que vem sendo ressaltado em loas infindáveis à edição do novo Código, até porque se está ciente de que os vícios da linguagem legal são um mal endêmico nos Estados contemporâneos, uma deformação da

---

<sup>47</sup> Cf. COSTA, José Maria da. *Manual de redação profissional*. Campinas: Millennium, 2002. p. 1.119.

<sup>48</sup> CEGALLA, Domingos Paschoal. *Dicionário de dificuldades da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 405.

relação de comunicação entre o poder e os cidadãos, que o Estado ainda não arrostou de modo adequado.<sup>49</sup>

Todavia, quando se dá com essa característica acumulação de pequenos vícios de clareza, de precisão e de afronta à Gramática, que ocorre, de um modo geral, nos textos de lei, sabe-se que, como, em substanciosa monografia, bem lembrou Jesús Prieto de Pedro, seus sintomas não são tanto uma questão de febre alta, mas ocasional. E a questão, todavia, é que essa somatória de pequenos vícios pode vir a formar uma cortina de obscuridade contra a própria capacidade do cidadão para entender o que, em última análise, dizem as leis.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Cf. PRIETO, Jesús Prieto de. *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid: Civitas, 1991. p. 152-153.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 151.



## 4 A QUESTÃO DA UNIFICAÇÃO

### 4.1 Precedentes no direito comparado

No final do século XIX, acentuou-se a crença em que não mais se justificaria um direito comercial para os comerciantes. Em 1892, na Itália, em aula inaugural na Faculdade de Direito de Bolonha, Cesare Vivante causou furor, ao defender a tese da unificação do direito privado, com as seguintes premissas: a) a autonomia do direito comercial resulta mais de tradição do que de boas razões jurídicas; b) a dicotomia causa danos de natureza social e de índole jurídica; c) a manutenção da dicotomia causa prejuízos ao progresso científico, já que os comercialistas não estudam as regras gerais, e isso acaba resultando que “improvisados juristas” falam, a toda hora, em contratos *sui generis*.

Mesmo assim, até meados do século XX, naquele país, conviveram dois códigos, o Código Comercial de 1882 e o Código Civil de 1865. Essa duplicidade refletia a própria divisão interna da burguesia: a fundiária se firmava no Código Civil, que regava os rendimentos originários da propriedade, o mais das vezes rural; a comercial e, por extensão, a nascente burguesia industrial regiam-se pelo Código Comercial. Se o contrato se dava entre um comerciante e um não-comerciante, também prevaleciam as regras do Código Comercial, o que demonstrava um predomínio da segunda burguesia sobre a primeira. Dos trabalhos de aperfeiçoamento científico de consideração da pessoa que exerce profissionalmente a atividade, e não do ato de comércio em si, e da visão de que era artificial a divisão entre direito civil e direito comercial, já que este, mais e mais, se integrava naquele, adveio a promulgação do pioneiro Código italiano de 1942, que enfeixou tais ramos do direito privado.

Anotese que, em termos de modificações nesse sentido, em 1881, a Suíça já implantara seu Código das Obrigações, seguindo em mesma esteira a Turquia (1926), o Líbano (1932) e a Polônia (1933), países esses em que, todavia, continuaram a vigor os respectivos códigos comerciais.

Em toda a efervescência que acabou precedendo a promulgação do Código italiano de 1942, uma das seqüelas da polêmica entre os favoráveis e os contrários à unificação foi o aperfeiçoamento da doutrina sobre as peculiaridades do direito comercial.

## 4.2 Tentativas no Brasil

Em 1867, menos de vinte anos após o início de vigência do Código Comercial de 1850, uma vez designado por decreto imperial de 1859, Augusto Teixeira de Freitas, em vez de uma reforma ou substituição do Código Comercial por outro mais moderno, preconizava a unificação do direito privado por intermédio da consolidação da legislação civil. Propôs a elaboração de dois diplomas: um geral, que abrangesse as regras relativas às pessoas, bens, fatos e efeitos jurídicos, e que unificasse o direito público e o direito privado; outro, chamado civil, que regulasse a matéria sobre os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais, e incluísse a matéria comercial. Adoentando seu autor, o trabalho paralisou.

No início do período republicano, em 1889, Coelho Rodrigues foi escolhido para elaborar o projeto de codificação das leis civis, juntando, assim, todo o direito privado, incluindo a matéria comercial. Com parecer contrário da Comissão Revisora, o trabalho não teve seqüência.

Em 1898, durante o governo de Campos Sales, deu-se nova tentativa de organização da legislação civil, desta feita excluindo de seu âmbito a matéria comercial. Preservando a autonomia do direito comercial, Clóvis Beviláqua apresentou seu projeto de Código Civil, que excluiu a matéria comercial e se consolidou no Código Civil de 1916, recentemente substituído pelo de 2002.

Pelo Decreto n. 2.378, de 4 de janeiro de 1911, Inglês de Souza – favorável à unificação do direito privado – foi autorizado a transformar o projeto de elaboração de um novo Código Comercial em projeto de Código de Direito Privado. Em seu trabalho, todavia, ampliou ele de tal sorte a matéria comercial dentro do projeto, que quase nada restou para ser regulado pela matéria de natureza civil. Apresentado ao Congresso Nacional, ali permaneceu por dezoito anos, até 1930, e não vingou, apesar do aperfeiçoamento técnico que recebeu em razão das emendas propostas.

Com a Revolução de 1930, que depôs o Presidente Washington Luís e dissolveu o Congresso, instalado o Governo Provisório, nomeou-se, pelo Decreto n. 19.459, de 6 de dezembro de 1930, uma comissão para elaborar nova lei; mas não se chegou a resultado

algum, sobretudo porque o Legislativo acabou sendo fechado no período, com a conseqüente abundante legislação de exceção.

Em 1936, a Câmara dos Deputados também nomeou comissão especial para elaborar novo projeto de Código Comercial. Todavia, com o fechamento do Legislativo em 1937, o trabalho somente retornou à apreciação do Congresso Nacional em 1946, quando da volta à normalidade institucional.

A partir dos modelos de Códigos das Obrigações da Suíça (1881), Turquia (1926), Líbano (1932) e Polônia (1933), países esses em que continuaram a vigor os respectivos códigos comerciais, surgiu em nosso país, em 1941, a idéia de um anteprojeto de Código das Obrigações, e isso num trabalho elaborado em conjunto por Philadelpho Azevedo, Hahnemann Guimarães e Orosimbo Nonato, respeitando, todavia a intangibilidade da matéria comercial. Fruto dessa elaboração doutrinária, em 1949, Florêncio de Abreu foi escolhido para compor um anteprojeto, que não chegou a ser concluído.

Em 1950, sob a presidência do Marechal Eurico Gaspar Dutra, foi nomeada comissão para construir projeto de reforma do Código Comercial. Havia o estímulo adicional de comemorar o centenário de promulgação do código vigente com a reforma à altura da importante obra jurídica. Todavia Getúlio Vargas, de volta ao poder, no início de seu último governo, não o prestigiou e nomeou Francisco Campos para organizar novo projeto.

Com o Decreto n. 5.005, de 10.07.1961, Jânio Quadros nomeou Comissão de Estudos Legislativos para elaborar anteprojeto de Código de Obrigações integrada por Castro Rebelo (para tratar da parte relativa à navegação), Teóphilo Azeredo dos Santos (para os títulos de crédito), Sílvio Marcondes (para as sociedades comerciais) e Caio Mário da Silva Pereira (para a parte das obrigações). Mesmo renunciando o Presidente da República e sobrevivendo um estado de exceção, a motivação não arrefeceu, e, com o estudo pronto, o trabalho foi enviado pelo Executivo ao Legislativo, resultando no Projeto de Lei n. 3.264 de 1965.

Houve outra tentativa durante o governo militar, sendo presidente o Marechal Castelo Branco, quando foi nomeada nova comissão, sob o argumento de que o tratamento conferido à matéria estaria desatualizado. Novo anteprojeto foi elaborado por comissão

integrada por Orosimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Sílvio Marcondes, Nehemias Gueiros e Theóphilo Azeredo dos Santos. Meses depois, ainda no governo do mesmo mandatário, por força da prioridade conferida ao projeto de revisão do Código Civil, foi preterido o estudo do Código das Obrigações. Os dois projetos acabaram encalhando.

Em síntese, como se verifica, não vingou nenhuma das iniciativas assim encetadas nesse sentido.

### 4.3 Pequenas observações

Em termos de uma análise do perfil de evolução da matéria, pode-se anotar que, muito embora tenha nascido no bojo do direito civil, onde hauriu conceitos de base, como vontade, pessoa, personalidade, obrigações, coisas e bens, o direito comercial foi, ao longo do tempo, adquirindo autonomia, em decorrência do conseqüente progresso econômico, com o surgimento de aspectos como os títulos de crédito e as sociedades, tornando mais complexas as relações pessoais e sociais. Chegou-se, por fim, à personalidade jurídica da sociedade, distinta da de seus sócios, com o que se pensou haver chegado a sua definitiva consagração como área independente do Direito. O legislador brasileiro, contudo, preferiu, mesmo assim, proceder à unificação.

Quanto à razão de sua ocorrência, alguns doutrinadores levantam a hipótese de que o principal motivo da unificação, ou, ainda, do reencontro de matérias, teria sido a necessidade premente de atualizar o Código Comercial, aproveitando os esforços de elaboração e aprovação do novo Código Civil brasileiro.<sup>51</sup>

Por fim, no que diz respeito às origens históricas e aos precedentes da unificação da matéria empresarial em nosso país, é oportuno salientar que o Código Civil de 2002 bebe claramente nas águas do Código Civil italiano de 1942. Diferentemente do modelo, contudo, não arrola as atividades consideradas empresariais ou mercantilistas, mas deixa a cargo do intérprete o exercício de enquadrar as diversas hipóteses de fato no conceito geral do artigo 966.

---

<sup>51</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira; WIEGERINCK, João Antonio. O direito societário e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 816, p. 13, out. 2003.

#### 4.4 Abrangência da unificação

Querem alguns ver, na inserção do *Direito de Empresa* no Código Civil de 2002, o fim da histórica dicotomia do direito privado e sua total unificação, ao extinguir a noção de comerciante, a dualidade de tratamento das obrigações e de diversos tipos contratuais e, por fim, ao extinguir as sociedades comerciais, ao menos com tal denominação<sup>52</sup>. Para tais autores, a teoria da empresa, assim, até mesmo teria posto fim à dicotomia civil e comercial.<sup>53</sup>

Uma atenta análise revela, porém, que o Código Civil de 2002 não realiza propriamente a unificação do direito privado, mas une tão-somente o direito das obrigações, findando com a dicotomia entre obrigações civis e obrigações comerciais, mediante a introdução do novo livro “*Do Direito de Empresa*”.

É de mister que se fixe, assim, a premissa de que a junção da matéria comercial com a civil, em tratamento único dispensado pelo Código de 2002, constituiu não propriamente a unificação do direito privado, mas sim do direito das obrigações, justificada pelo Coordenador da equipe de elaboração com a obsolescência do Código Comercial de 1850.<sup>54</sup>

Assim, conforme síntese de Vinícius José Marques Gontijo, “o Código Civil atual não unificou o Direito Privado, mantendo a dicotomia do Direito Empresarial e do Direito Civil, mantendo diversidade de regulamentos, princípios, institutos, etc.”<sup>55</sup>

O próprio presidente da comissão organizadora do Código Civil de 2002, por mais de uma vez, foi taxativo para explicitar que a intenção jamais foi realizar propriamente a unificação do direito privado, mas sim do direito das obrigações.<sup>56</sup> E uma análise adequada do proceder legislativo evidencia que a unificação realizada não veio para implantar um Código de Direito Privado, de modo que muita matéria privatista escapa, com efeito, de seu plano. Vale dizer: a unificação, em suma, significa apenas uma justaposição formal, em mesmo diploma, da matéria civil e da matéria comercial, esta apenas na extensão já noticiada.

---

<sup>52</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 44.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 58 e 74.

<sup>54</sup> Cf. REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 13.

<sup>55</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 135, p. 85. jul./set. 2004.

<sup>56</sup> Cf. REALE, Miguel, op. cit., p. 13.

#### 4.5 Preponderância entre os componentes

Independentemente de qual seja a amplitude da unificação entre as matérias civil e comercial, é imprescindível partir da premissa de que distintos são os princípios, a dinâmica e muitos outros aspectos de ambas, o que conduz a uma necessária e aprofundada reflexão sobre como se há de dar essa simbiose entre tais ramos.

Por um lado, é certo que “a economia mundial veio assumindo sempre mais marcadamente os caracteres de uma economia global, que tende a superar os confins políticos dos Estados e a reduzir o planeta à unidade econômica”.<sup>57</sup>

Nesse plano, o quadro que se desenha à nossa frente, no mundo de hoje, mostra que as grandes empresas assumem dimensões mundiais, de modo que os Estados soberanos, por potentes que sejam, não são mais tão soberanos como no passado e não governam senão um minúsculo fragmento do mercado global. Enquanto isso, as multinacionais assumem tal porte, que o controlam em sua inteireza: montam suas unidades de produção diretamente sobre os mercados de consumo dos produtos; articulam em países diversos, conforme critérios de conveniência; fragmentam as diversas fases e setores de sua atividade, auferindo vantagem das diversas oportunidades que possam encontrar, como, por exemplo, o mais vantajoso mercado de trabalho, o mais adequado mercado de capitais, o mais benéfico sistema fiscal, o menor risco e o maior lucro.

Exatamente nessa esteira, autores há que defendem a posição de que a unificação, no caso, não foi determinada pelo direito civil, mas configurou consequência da crescente influência do direito comercial, que teve como resultado uma decidida invasão e domínio sobre o direito civil.<sup>58</sup>

Talvez nesse sentido fosse a lembrança de Georges Ripert de que o mote da maioria das discussões acerca da unificação do direito das obrigações gira em torno da *comercialização do direito* (“*commercialisation du droit*”), vale dizer, cinge-se a verificar se

---

<sup>57</sup> Cf. GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, cit., p. 227.

<sup>58</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 24. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2.000. v.1, p. 21.

os princípios nascidos e desenvolvidos no seio do direito especial se espalharam para o restante do ordenamento.<sup>59</sup>

É preciso ter em mente que, embora constituam ramos do direito privado, o direito civil e o direito comercial têm natureza e fins distintos, razão por que não são norteados pelos mesmos princípios. Se não houver atenção para esse aspecto, poder-se-á cair na tentação da mesma proposta que, nos anos trintas, dividiu os juristas soviéticos sobre o tema “direito econômico”, havendo mesmo quem, de modo pragmático, propugnasse “a substituição do direito civil pelo direito econômico”. A quantos assim preconizavam, Visinski acusava de haverem “feito do ser vivente, com seus direitos pessoais e patrimoniais, um acessório do mecanismo econômico”, de não compreenderem que, em realidade, “o socialismo postula o desenvolvimento e o fortalecimento dos direitos pessoais e patrimoniais dos trabalhadores”, e, por fim, de ignorarem “a importância da propriedade individual”, do que resultava a imprescindível e urgente necessidade de “criar o mais rapidamente um novo código civil”.<sup>60</sup>

Vale dizer: sob pena de graves sacrifícios à noção do que sejam os direitos concernentes à individualidade do homem e ao conjunto de regras que deve regê-lo em seu relacionamento com seus semelhantes, não se pode reduzir o problema, quando dessa unificação, a uma simples equação econômica.

Por outro lado, não se pode olvidar que uma mola propulsora do direito comercial mostra que, quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas advindas do sistema, mais azeitado o fluxo das relações econômicas, já que a relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema é a razão determinante da própria gênese do direito comercial.

À luz de um postulado como esse, verifica-se que, se não houver uma visão conjunta dos ramos que se unificam, questões sérias hão de vir na aplicação das disposições da lei, sobretudo quando se está em presença de um direito civil mais e mais impregnado com duas outras preocupações: com o meio ambiente e com o consumidor. Em síntese: uma preocupação exclusivista com essas duas questões há de inviabilizar o desenvolvimento da

---

<sup>59</sup> RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: LGDJ, 1946. p. 330 e seguintes.

<sup>60</sup> Cf. GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, cit., p. 227.

atividade comercial; e uma proteção excessiva desta última há de abafar as conquistas que vêm sendo arduamente galgadas por aqueles.

É pertinente observar aqui que a relação entre o direito comercial e o direito civil, conforme ensino de Francesco Galgano, não deve ser posta em uma visão sincrônica do direito privado, apenas em uma relação *ratione materiae*, mas sim em uma perspectiva diacrônica, em que o direito comercial aparece como inovação jurídica introduzida na regulação das relações econômicas, no que tange à regulação especial que, nas diversas épocas históricas, a classe mercantil diretamente criou ou pretendeu do Estado, regras essas freqüentemente destinadas a se traduzirem, nas épocas sucessivas, nas normas de direito civil. E lembra tal autor a advertência de E. B. Pasukanis: “o direito comercial, com respeito ao direito civil, cumpre a mesma função a que é chamado a cumprir o direito civil em relação a todos os outros setores; ou seja, aquele indica a este a via do desenvolvimento”.<sup>61</sup>

Se não houver uma efetiva visão sistêmica das matérias unificadas, o caminho será uma possível deterioração exegética, com prejuízo para ambas e sem a obtenção das melhorias pretendidas com a reformulação. Aí, então, se deverá conferir razão àqueles que tomam um ensino de Tullio Ascarelli como verdadeira profecia de mau agouro. O mestre bolonhês, em certa oportunidade, asseverou que, no Brasil, por ser o Código Civil de 1916 mais moderno que o Código Comercial de 1850, teria havido aqui uma *civilização do direito comercial*<sup>62</sup>. Tal ensino, segundo alguns, seria predição do futuro em que houve a unificação, sobretudo se se trocar a palavra *civilização* por *consumerização*<sup>63</sup>. Ou, ainda, por *ambientalização*, ou por qualquer outra preocupação maior ou influência exercida sobre o direito civil pátrio.

#### 4.6 Críticas e opiniões

Um aspecto primeiro que se deve considerar no plano histórico é que a idéia que norteou a unificação no Brasil certamente foi uma proposta de unificação formal. Não foi, assim, a mesma que bafejou o sistema italiano no início do século XX, a saber, uma forte

---

<sup>61</sup> GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, cit, p. 225-226.

<sup>62</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 40.

<sup>63</sup> Cf. FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 32-33.



carga ideológica, inspiração fascista, de que a existência de dois Códigos dividiria a sociedade em classes, algo incompatível com aquela corrente, que buscava o equilíbrio entre a sociedade comercial e a civil. E mesmo com essa carga ideológica e essa nada recomendável inspiração, o Código italiano acabou prevalecendo em sua quase inteireza após a queda do Fascismo, e isso porque, em última análise, não foi obra dessa ideologia, mas resultou de debates de uma plêiade de juristas, distantes de qualquer polêmica política, que buscavam, em última análise, satisfazer as novas exigências da sociedade italiana.

Num segundo aspecto, vale ressaltar que, no plano histórico, atribui-se a Cesare Vivante o despertar a maioria dos povos para a idéia de unificar o direito privado. A partir da publicação de um estudo que defendia a unificação da matéria comercial e da civil num só diploma, ou num só direito comum (1888), surgiu destacado interesse na criação de um código de direito privado, que, adiante, evoluiu até desaguar na idéia de criar um código de obrigações. Para justificar a quebra da autonomia do direito comercial, argumentava-se que os atos de comércio tanto poderiam ser praticados por comerciantes como por qualquer outra pessoa, de modo que a autonomia se mantinha quase que exclusivamente por tradição. Seguiram-no, entre nós, Spencer Vampré, Bento de Faria, Clóvis Beviláqua. Opunham-se a ele, na defesa da autonomia do direito mercantil, entre nós, Carvalho de Mendonça, Alfredo Valadão, Inglês de Souza e Castro Rebelo.

O que é preciso adicionar, contudo, é que, mais tarde, o próprio Vivante, em conhecida retratação, repensando seus ideais, admitiu não ser oportuna a unificação do direito comercial e do direito civil, uma vez que isso traria prejuízos ao próprio desenvolvimento do direito privado. Tanto assim que, em 1919, foi criada na Itália uma comissão presidida pelo próprio Cesare Vivante, incumbida de apresentar proposta de reforma da legislação comercial. Quando todos acreditavam que o jurista italiano não deixaria escapar a oportunidade para implementar em definitivo e na prática suas idéias de unificação de direito privado, Vivante recuou, justificando que o momento não era oportuno para incorporar o Código Civil e o Código Comercial em um só diploma. Além disso, o processo de maturação e o estado de maturidade dos dois ramos do direito são muito distintos. Por fim, diversa a velocidade com que se elabora o conteúdo de ambos, o que sempre traz obstáculos à unificação.

E, assim, conforme sintetiza de modo brilhante João Eunápio Borges<sup>64</sup>, Cesare Vivante propôs a unificação do Direito Privado; Alfredo Rocco, porém, analisou e impugnou um a um os argumentos, demonstrando a impossibilidade de sua ocorrência à época. Em edições posteriores de seu trabalho, o próprio Vivante reconheceu o equívoco doutrinário de sua posição e concordou com a manutenção da divisão do direito privado, aduzindo, basicamente, a “diversidade de espírito” entre o comerciante e o civil.

É certo, por um lado, que há aqueles que, de longa data, como Sampaio de Lacerda, sustentam que a coexistência dos dois códigos é prejudicial à certeza do direito e traz dificuldades para se determinar se tal ou qual matéria pertence ao campo do direito civil ou do direito comercial. Além disso, segundo tais autores, essa divisão do direito privado exerce perniciosa influência sobre o progresso científico, porquanto o estudioso dos institutos do direito comercial perde de vista a atenção à teoria geral das obrigações. E, por fim, o aplicador acaba tendo dificuldade para combinar as disposições de ambos os códigos que regulem um mesmo instituto.

Por outro lado, não se pode olvidar, contudo, que essa unificação jamais teve aprovação unânime, pretendendo alguns a continuidade de separação entre o direito comercial e o direito civil como medida mais recomendável e sensata, pois, segundo eles, o que se faz na unificação é juntar o direito empresarial, específico de certos profissionais e de uma série de atividades, fruto de atuação no plano internacional, com um oposto, o direito civil, de natureza estática, formal, conservadora e nacional. Para essa corrente, melhor seria a separação entre as obrigações civis e as mercantis, atualizando-se, por um lado, o Código Civil, incorporando novos institutos surgidos do avanço da ciência e aperfeiçoando outros com a evolução da doutrina e da jurisprudência; por outro lado, que o Código Comercial fosse substituído por um código autônomo, que tratasse do empresário, das sociedades, do estabelecimento e dos institutos que lhes dão suporte, mais a legislação complementar.<sup>65</sup>

Existem, até mesmo, os que pensam que as transformações sociais rápidas fazem a unificação redundar em vã e ilusória pretensão. Para Fábio Konder Comparato, em posição

---

<sup>64</sup> Cf. BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 55 e seguintes.

<sup>65</sup> Cf. ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo Código Civil, de 10 de Janeiro de 2002, e o Livro II do “Direito de Empresa”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 803, p. 18-28, set. 2002.

reiterada por Newton de Lucca<sup>66</sup>, o novo Código não conseguiu harmonizar, em um só corpo normativo, a disciplina jurídica civilística do homem comum com o regime próprio do direito empresarial, específico de certo profissional e de atividade peculiar<sup>67</sup>. Em realidade, o direito de empresa é um ramo muito dinâmico e versátil do direito, que não se permite amarrar indefinidamente, à espera de tramitação legislativa quase sempre muito longa, como a do Código Civil, que foi de aproximadamente trinta anos.<sup>68</sup>

Mesmo quando se tende a uma codificação do direito privado, em que há prevalência da mediação do Estado na regulação de todas as relações sociais, Francesco Galgano vê ainda o direito comercial como direito dos códigos de comércio, separados dos códigos civis, e a jurisdição comercial separada da jurisdição civil. Em seu entender, “conquanto direito do Estado, como o direito civil, o direito comercial se separa deste por uma razão que diz respeito, ainda uma vez, a um diverso modo de criar direito: é tornado autônomo do direito civil por ser mais facilmente e mais rapidamente emendável, em consonância com as mutáveis exigências do comércio, e por ser um direito, o mais possível, *anacional*, em antítese à acentuada caracterização nacional do direito civil, aberto às exigências de uniformidade metanacional, funcional para as necessidades de um mercado interestadual”.<sup>69</sup>

Tendo como premissa a advertência que faz Paula A. Forgioni, com base em lição de Tullio Ascarelli, para quem um direito especial nasce em virtude da peculiaridade de seus princípios jurídicos, e não da especialidade da matéria tratada<sup>70</sup>, uma análise sistêmica dos ordenamentos diante do que são as multinacionais de hoje revela que se pode utilizar nada ou bem pouco das experiências político-constitucionais maturadas no seio das sociedades nacionais diante da globalização da economia e da nova *lex mercatoria*. Como lembra Francesco Galgano, é preciso nascer novas idéias e experiências de todo originais para enfrentar os novos problemas e ditar novas soluções<sup>71</sup>. E uma junção do direito civil com o direito comercial dificulta sobremaneira uma real e efetiva atuação nesse campo.

---

<sup>66</sup> DE LUCCA, Newton. A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 75.

<sup>67</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 546.

<sup>68</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 81.

<sup>69</sup> GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, cit., p. 224-225.

<sup>70</sup> FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo código Civil brasileiro*, p. 6.

<sup>71</sup> GALGANO, Francesco, op. cit., p. 228.

Além disso, o direito comercial é mais efervescente e mais mutável que o direito civil. Aspecto significativo dessa maior necessidade de alterações no direito comercial do que no direito civil se evidencia no fato de que, enquanto se editava apenas um Código Civil, eram aprovados dois códigos de comércio na Alemanha, dois na Espanha, dois na Itália, além de se observar com nitidez, na segunda metade do século XIX e no século XX, um início de processo de uniformização internacional de múltiplos setores do direito comercial, da concorrência, dos direitos de propriedade industrial, do cheque e da cambial.

#### 4.7 Conclusão

O próprio Cesare Vivante, que, em 1892, em aula inaugural na Faculdade de Direito de Bolonha, defendera ardorosamente a unificação do direito privado, na quinta edição de seu *Trattato di Diritto Commerciale*, desaconselhou-a por força dos seguintes argumentos: a) direito civil e direito comercial guardam profundas diferenças de métodos, pois, enquanto aquele lança mão do método dedutivo (partindo da premissa geral e chegando à conclusão individual), este se vale do método indutivo (extrai a regra a partir dos fatos, de modo que a regra é mais geral do que a premissa); b) o direito comercial é de índole cosmopolita, que decorre do próprio comércio; c) o direito comercial regula os negócios de massa, que dão origem a institutos típicos (títulos de crédito, circulação, portador de boa-fé, etc).

A esses aspectos lembrados pelo jurista italiano, outros podem acrescer-se, a evidenciar a singularidade do direito comercial diante do direito civil e de outros ramos do direito: a) reside no direito comercial um espírito diverso, que é o “espírito de especulação”, o intuito de lucro, mesmo que ele não venha a ocorrer no caso concreto; b) a velocidade com que se operam as tendências no direito comercial constitui obstáculo à fusão das matérias em um único código de obrigações, sendo mais aconselhável que se reserve ao código comercial a função de tecer livremente o ordenamento das regras que lhe são próprias, as quais, com o tempo, podem ser repassadas ao código civil.

Ante a consumada unificação das obrigações em um só código, porém, com a correspondente autoridade de direito posto, além do respeito devido às disposições legais, resta esperar, em prol do direito comercial (aparentemente o mais prejudicado com a unificação), por um lado, que o Legislativo pátrio possa estar sensível às necessidades de mudança de um desses ramos, de modo que não venha a engessá-lo, quer na esfera nacional, quer no plano internacional. Por outro lado, do Judiciário, espera-se igual sensibilidade na aplicação e na exegese da lei, que, embora una, tem por destinação dois ramos bem diversos do Direito.

## 5 SOCIEDADES: ORIGEM, EVOLUÇÃO E ESTÁDIO ATUAL

### 5.1 Noções históricas

Para se ver a importância da sociedade ao longo dos tempos e em todos os lugares, basta verificar que o ancião Código de Hamurábi, em meio a seus 282 artigos, trazia oito relativos à sociedade. Não a definia, nem lhe especificava os elementos constituintes, mas já iniciava uma tentativa de traçar-lhe os contornos jurídicos, o que é de relevo, sobretudo quando se lembra que é do fato que nasce a lei<sup>72</sup>, e, mesmo àquela época, não faria sentido regravar algo sem importância no mundo dos fatos.

Entre os romanos, o cultivo da terra e a colheita dos frutos se faziam sob as ordens do pai. Até a Lei das XII Tábuas, a morte do páter-famílias nada alterava nessa estrutura, nem causava a divisão das terras. Após a edição de tal lei, mesmo sendo permitido aos herdeiros pedir a partilha judicial da herança e receber nela seu quinhão, percebeu-se a necessidade de se manterem unidos, não em nome da união fraternal nem por outro motivo, mas porque a exploração conjunta das glebas propiciava maiores oportunidades de ganho. Surgia, assim, já com maior consciência de sua necessidade e de seu papel, a *societas* no direito romano.

Além dessas sociedades nascidas do interesse em não dividir bens maiores, surgiram também, entre os romanos, sociedades de caráter inverso, nascidas da real vontade de sua composição, formadas por cidadãos peregrinos ou por escravos a representar seus senhores, já que não era adequado à nobreza dedicar-se ao comércio.

Os romanos também viram nascer a sociedade vectigaliana<sup>73</sup>, formada pelo arrendamento que o Estado fazia de seus tributos a particulares, por meio de adjudicação pública, o que se dava no fórum, pelos censores. Ante o porte dos investimentos necessários à adjudicação, os licitantes reuniam-se e associavam-se. Essas sociedades também forneciam aos exércitos, empreendiam obras e serviços públicos, ou funcionavam como sociedades de crédito ou bancárias.

---

<sup>72</sup> *Ex facto oritur jus.*

<sup>73</sup> Nome advindo de *vectigal*, tributo com que se contribuía para as despesas públicas.

Desde essa época até os dias de hoje, a necessidade de associação mais e mais tem crescido, sua estruturação mais e mais se tem aperfeiçoado, e a respectiva legislação mais e mais tem procurado corresponder às necessidades de seu efetivo regramento.

## 5.2 As sociedades no Código Comercial de 1850

Em nosso ordenamento, o Código Comercial de 1850 reservava o título XV, para tratar *Das Companhias e Sociedades Comerciais*, a começar por uma parte introdutória em que se cuidava das *Disposições Gerais*, onde princípios importantes eram erigidos em disposições de lei: a) exigia-se a licitude do objeto e do fim da sociedade (art. 287); b) punia-se com nulidade a contratação de sociedade em que os lucros ficassem com um só ou com apenas alguns dos associados (art. 288); c) sedimentava-se em disposição de lei a faculdade de o sócio fiscalizar e examinar os livros, documentos, escrituração e correspondência da sociedade (art. 290); d) ordenava-se a aplicação tão-somente supletiva da legislação civil, para as hipóteses de falta de lei ou uso comercial (art. 291); e) fixava-se a autonomia do acervo de bens do sócio na sociedade em relação a seu patrimônio pessoal (art. 292); f) estabelecia-se a obrigatoriedade dos sócios administradores ou gerentes de prestar contas da administração aos demais sócios (art. 293); g) estipulava-se a obrigatoriedade do juízo arbitral (art. 293).

Em seqüência, tratava o Código Comercial das *sociedades anônimas* (arts. 295/299)<sup>74</sup> e, em seguida, das *sociedades comerciais*, principiando pelas *disposições gerais* (arts. 300/310), em que, dentre outras normas, eram regrados aspectos gerais importantes: a) obrigatoriedade genérica de prova escrita para o contrato de sociedade comercial (art. 300), com exceção do exercício de direitos contra a própria sociedade (art. 304) e na hipótese de sociedade em conta de participação (art. 325), e isso sob pena de inadmissão de demanda entre os sócios ou contra terceiros, na hipótese de não apresentação do instrumento probatório de existência da sociedade (art. 303); b) imprescindibilidade de arquivo do contrato social no registro do comércio (art. 301); c) rol de dados e requisitos para elaboração de um contrato social (art. 302); d) hipóteses de presunção de existência da sociedade (art. 305); e) responsabilização pessoal e solidária dos sócios ocultos, como se fossem ostensivos (art. 305).

---

<sup>74</sup> Tais dispositivos foram revogados pelo Decreto-Lei n. 2.627, de 26.9.1940, para dar lugar a novo tratamento de tais sociedades.

Em continuação, passava-se ao tratamento específico de cada qual das sociedades: I) *em comandita simples* (arts. 311/314); II) *em nome coletivo*, ou *com firma* (arts. 315/316); III) *de capital e indústria* (arts. 317/324); IV) *em conta de participação* (arts. 325/328).<sup>75</sup>

Em continuação, cuidava o Código Comercial dos direitos e obrigações entre os sócios (arts. 329/334), da dissolução da sociedade (arts. 335/343) e da sua liquidação (arts. 344/353).

### 5.3 As sociedades no Código Civil de 2002

Em termos estruturais, ao introduzir um novo livro para tratar *Do Direito de Empresa*, o Código Civil de 2002 especificou: a) a figura do empresário (arts. 966/980); b) a sociedade (arts. 981/985), com a especificação das personificadas (arts. 986/996) e das personificadas (arts. 997/1.141); c) o estabelecimento (arts. 1.142/1.149); d) os institutos complementares (arts. 1.150/1.195).

Quanto às sociedades, fixou, de início, parâmetros gerais significativos, a começar pelas disposições gerais: I) dividiu-as em *empresárias* e *simples*, conceituando aquelas como as que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967), e definindo, por exclusão, todas as demais como simples (art. 982); II) fixou o modo de constituição da sociedade empresária e o da sociedade simples (art. 983); III) facultou ao empresário rural constituir ou transformar sua atividade na consonância com um dos tipos de sociedade empresária (art. 984); IV) erigiu em disposição legal expressa a aquisição de personalidade por parte da sociedade (art. 985), diversamente do ordenamento civil anterior, que falava em existência legal da pessoa jurídica de direito privado (art. 18) e do Código Comercial de 1850, que omitia pronunciamento sobre a questão.

Ao final, tratou de aspectos significativos das sociedades, como a questão de sua liquidação (arts. 1.102/1.112), de sua transformação, incorporação, fusão e cisão (arts. 1.113/1.122), do específico problema da sociedade dependente de autorização (arts.

---

<sup>75</sup> A par da observação de que as sociedades anônimas tinham sido tratadas pelos artigos 295/299, oportuno é acrescentar, quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que estas apenas mais tarde foram introduzidas em nosso ordenamento, o que se deu por via do Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.



1.123/1.141), do estabelecimento (arts. 1.142/1.149) e dos institutos complementares, como o registro (arts. 1.150/1.154), o nome empresarial (arts. 1.155/1.168), os prepostos (arts. 1.169/1.178) e a escrituração (arts. 1.179/1.195).

No que concerne às sociedades em espécie, tratou, por primeiro, das não personificadas, dividindo-as em sociedade comum (arts. 986/990) e em conta de participação (arts. 991/996). Passou, em seguida, a regradar as sociedades personificadas, começando pelas sociedades simples (arts. 997/1.038), seguindo com a sociedade em nome coletivo (arts. 1.039/1.044), continuando com a sociedade em comandita simples (arts. 1.045/1.051), passando pela sociedade limitada (arts. 1.052/1.087), esquematizando a sociedade anônima (arts. 1.088/1.089), especificando a sociedade em comandita por ações (arts. 1.090/1.092), acrescentando a sociedade cooperativa (arts. 1.093/1.096) e falando das sociedades coligadas (arts. 1.097/1.101).

#### **5.4 Sociedade em comum**

Como interessante inovação, o Código Civil de 2002, no rol das sociedades não personificadas, passou a reconhecer, para efeitos legais, e não apenas para atribuição de responsabilidades, a figura da antiga sociedade de fato ou irregular, agora com a denominação de *sociedade em comum*. Conceituou-a como toda sociedade que explora uma atividade econômica e ainda não está registrada, apenas excepcionando as ações em organização. Ou seja, reconheceu-a como aquela que não inscreveu seus atos constitutivos no registro das atividades mercantis e afins, e a fez reger-se por determinações específicas (CC, arts. 986/990).

Conferiu-lhe, ademais, para aplicação subsidiária, no que compatível, as normas da sociedade simples (art. 986), e fixou que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, além de excluir do benefício de ordem aquele que contratou pela sociedade (art. 990).

Determinou, além disso, que os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade; mas os terceiros podem prová-la

por qualquer modo. E fixou que, nessa espécie de sociedade, a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada.

Quando se analisa seu perfil, vê-se, por um lado, que a sociedade em comum não configura sociedade empresária, pois lhe falta o registro como pessoa jurídica (art. 982). Por outro lado, quando se diz que se trata de sociedade irregular, não se lhe quer conferir a pecha de ilegalidade. Se, no passado, ela era vista como algo escuso, clandestino ou ilegal, a nova codificação a resgatou para um melhor patamar: embora a repute irregular – vale dizer, ainda não integralmente estruturada na consonância com as regras das sociedades empresárias, de modo que se encontra, assim, postada ainda em meio caminho rumo à estruturação legal – dá-lhe, todavia, um nome que a reconhece como amparada por lei e lhe estipula regras de existência e funcionamento em um capítulo encartado no rol das sociedades não personificadas (o que, no mínimo, implica o reconhecimento de sua legalidade), apenas atribuindo determinadas conseqüências a seu funcionamento em tais circunstâncias.

## 5.5 Sociedade em conta de participação

A segunda das duas sociedades não personificadas é a sociedade em conta de participação (arts. 991/996). Do extenso conceito do artigo 325 do Código Comercial, apenas se manteve a observação da ausência de formalidade para sua constituição e a faculdade de prova de sua existência por todos os meios de direito (art. 992).

Além disso, em seguida, ao repetir o teor do artigo 326 do Código Comercial, o novo ordenamento inovou, ao dar aos *outros sócios* do regime anterior um nome específico, a saber, *sócios participantes*. Nesse passo, afastou-se de toda a doutrina passada, que os denominava *sócios ocultos*. Talvez, com essa medida, o novo ordenamento tenha querido expungir toda e qualquer aparência de marginalidade, que, dentre outras origens, advinha da própria natureza *ad intra* da sociedade e da ineficácia de seu contrato perante terceiros.

Em demonstração de real vontade de reavivamento dessa modalidade societária, a lei inovou com a especificação dos efeitos do contrato social e do eventual registro de seu instrumento, além da proibição de figurar o sócio participante nas relações com terceiros, sob

pena de responder solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que intervier (art. 993).

Melhorando a redação do antigo artigo 328: a) atribuiu a condição de patrimônio especial à contribuição do sócio participante para a referida sociedade (art. 994); b) anotou que essa especialização somente produz efeitos em relação aos sócios (§ 1º); c) acrescentou que a falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, constituindo o saldo crédito quirografário (§ 2º); d) determinou que, em caso de falência do sócio participante, o contrato social se sujeita aos efeitos da falência nos contratos bilaterais (§ 3º).

Além disso, mandou aplicar subsidiariamente a essa espécie de sociedade, no que compatível, as regras fixadas para a sociedade simples (art. 996), o que confirma integralmente a idéia de que o novo regramento verdadeiramente quis reavivar essa espécie de sociedade.

## **5.6 Sociedade simples**

A primeira sociedade personificada de que cuida o Código Civil de 2002 é a sociedade simples, constituída mediante contrato escrito, particular ou público (art. 997), o qual, além das disposições clausulares convencionadas entre as partes, deve mencionar obrigatoriamente: a) o nome, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e a residência dos sócios, se pessoas naturais (inc. I); b) a firma ou a denominação, a nacionalidade e a sede dos sócios, se pessoas jurídicas (inc. I); c) a denominação, o objeto, a sede e o prazo de duração da sociedade (inc. II); d) o capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária (inc. III); e) a cota de cada sócio no capital social e o modo de realizá-la (inc. IV); f) as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços (inc. V); g) as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e atribuições (inc. VI); h) a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas (inc. VII); i) a determinação de que os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais (inc. VIII).

As alterações dessas matérias no contrato social dependem do consentimento de todos os sócios, enquanto as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime (art. 999).

Os bens particulares dos sócios poderão ser executados por dívidas da sociedade, mas apenas depois de executados os bens sociais, se estes não forem suficientes para o pagamento das dívidas. Para essa hipótese, os sócios responderão com seu patrimônio pessoal, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo se houver no contrato social cláusula estipulando a responsabilidade solidária (art. 1.023). O sócio que ingressa em uma sociedade simples já constituída não se exime de pagar as dívidas sociais anteriores a sua admissão (art. 1.025).

A uma sociedade simples faculta-se a constituição de acordo com um dos tipos erigidos pela lei (arts. 1.039/1.092); em caso de silêncio quanto ao tipo escolhido, haverá de subordinar-se às regras especificadas pelo próprio Código para a essa nova modalidade (CC, art. 983).

Ao tratar dessa espécie de sociedade, o Código inovou com as sociedades dedicadas à prática de atividades civis de natureza econômica, ou seja, as empresas prestadoras de serviços. Ao agir desse modo, extinguiu a diferenciação entre as sociedades civis e as sociedades comerciais e instituiu o princípio norteador de que as empresas passam a reger-se não mais pela prática de atos de comércio, mas pela “atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços” (art. 966). Abandonou, assim, o critério da prática de comércio e adotou o enfoque da empresa.

Outro aspecto importante é que esse novo modelo de sociedade empresarial, além de inovação, constitui um ponto de apoio para as demais espécies de empresas, certo como é que, quando houver omissão ou conflito na legislação, suas regras se aplicam às demais, e isso tanto nas sociedades não personificadas, como é o caso da sociedade em comum (art. 986) e da sociedade em conta de participação (art. 996), quanto nas sociedades personificadas, ou seja, na sociedade em nome coletivo ou com firma (art. 1.040), na sociedade em comandita simples (art. 1.046, *caput*), na sociedade limitada (art. 1.053, *caput*), na sociedade anônima (art. 1.089), na sociedade em comandita por ações (art. 1.090) e mesmo na sociedade cooperativa (art. 1.096).

## **5.7 Sociedade em nome coletivo**

Regulada anteriormente pelos artigos 315 e 316 do Código Comercial, a sociedade em nome coletivo era formada por duas ou mais pessoas, que respondiam subsidiariamente pelas obrigações sociais, de forma solidária e ilimitada.

Posta pelo atual Código como a segunda espécie de sociedade personificada, a sociedade em nome coletivo é praticamente idêntica à sociedade simples, exceto pelo fato de poder exercer atividade empresária. Apenas as pessoas físicas podem tomar parte nela, e todos os sócios, muito embora possam limitar entre si a responsabilidade, respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais perante terceiros e entre si (art. 1.039), de modo que, exauridos os bens da sociedade para a liquidação das dívidas sociais, todos os sócios respondem subsidiariamente, independentemente de ordem de escolha. Ao sócio executado cabe, apenas, regresso contra os demais.

Aplicam-se subsidiariamente a essa espécie de sociedade as regras fixadas para a sociedade simples (art. 1.040).

## **5.8 Sociedade em comandita simples**

Regrada antes pelos artigos 311/314 do Código Comercial, sua principal característica residia no fato de poder ser constituída por sócios com responsabilidade subsidiária, ilimitada e solidária – sócios comanditados – e sócios com limitação de sua responsabilidade à importância com que entram para o capital – sócios comanditários.

Na atual codificação, é posta como a terceira espécie das sociedades personificadas de que cuida o Código Civil. Desse tipo de sociedade fazem parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota, conforme minuciosa discriminação do contrato social (art. 1.045).

Ao sócio comanditário assiste o direito de participar das deliberações da sociedade e de fiscalizar-lhe as operações. A administração da sociedade, entretanto, toca sempre ao sócio comanditado, de modo que não pode o comanditário praticar ato algum de gestão nem ter o nome na firma social, sob pena de passar a também responder ilimitadamente (art. 1.047). Pode ele, contudo, ser constituído procurador da sociedade para negócio determinado e com poderes especiais, sem que tal conduta lhe altere a natureza no quadro societário (art. 1047, parágrafo único).

As sociedades em comandita simples são regidas supletivamente pelas normas da sociedade em nome coletivo, e aos sócios comanditados cabem os mesmos direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo (art. 1.046).

## 5.9 Sociedade limitada

Pela legislação anterior, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada formava-se de duas ou mais pessoas, e todas assumiam de forma subsidiária a responsabilidade solidária pelo total do capital social, consoante definia o Decreto n. 3.708, de 10.01.1919.

Embora mantida a mesma estrutura societária pela nova codificação na atualidade, o certo é que “o Decreto n. 3.708/19, que regulava as sociedades limitadas, encontra-se revogado em face da legislação civil em vigor, que trouxe uma maior consistência a esse tipo societário, haja vista que o instrumento normativo anterior caracterizava-se por omissões em pontos essenciais”.<sup>76</sup>

Hoje, configura a quarta espécie de sociedade personificada tratada pelo Código Civil de 2002, tendo simplificada sua denominação anterior, sociedade por quotas de responsabilidade limitada (arts. 1.052/1.087), para apenas sociedade limitada, e passa, pelo novo ordenamento, a ter um regime jurídico consolidado em apenas um diploma legal, o que antes se dava pelo Decreto n. 3.708/19, ora revogado, e, subsidiariamente, pela lei das sociedades anônimas, nos casos de omissão do contrato social (cf. Decreto n. 3.708/19, art. 18).

---

<sup>76</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira; WIEGERINCK, João Antonio, O direito societário e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil, cit., p. 21.

Pela nova legislação, aplicam-se-lhe as regras do Código Civil e, em suas eventuais omissões, incidem as normas das sociedades simples (art. 1.053). Acresça-se, todavia, que a aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas ainda é possível, desde que haja expressa previsão no contrato social (art. 1.053, parágrafo único). Tem-se, aliás, recomendado a inserção de disposição clausular específica nesse sentido, em razão de que as regras da lei das sociedades anônimas são mais claras e já contam com entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado.

Sempre entendida como um sociedade ora de pessoas, ora de capital, tudo conforme as diretrizes que possam emanar do respectivo contrato social, a sociedade limitada tem por característica fundamental o fato de que a responsabilidade dos sócios se restringe ao valor do capital social. Atribui-se sua grande difusão na sociedade moderna a alguns fatores importantes: a) é de formação mais simples do que, por exemplo, a sociedade anônima; b) a responsabilidade dos sócios restringe-se ao capital social, o que a distancia da sociedade solidária; c) é de funcionamento menos formal do que, por exemplo, a sociedade anônima, já que dispensa ônus significativos, como a publicação de balanços e outros atos; d) possibilita a opção entre a firma social e a denominação, o que significa possibilidade de sua aproximação, a um só tempo, quer da sociedade de pessoas, quer da sociedade de capital. A gerência da sociedade incumbe a qualquer dos sócios nomeados, e o sócio-gerente, quando age nos limites da lei e do contrato, não responde pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade. Por determinação expressa do Código Civil de 2002, em casos de omissão do contrato e da lei específica, aplicam-se subsidiariamente as regras da sociedade simples (CC, art. 1.053).

O novo Código trouxe novidades para a sociedade limitada. Aproximou-a da sociedade anônima, ao aumentar determinadas exigências, como a necessidade de realização de assembléia anual (art. 1.078). Ordenou maior responsabilidade aos administradores. Conferiu maior poder e maior proteção aos minoritários. Fixou formalidades mais rigorosas, como obrigar, ao término de cada exercício, a elaboração de inventário, balanço patrimonial e balanço de resultado econômico (art. 1.065), o que antes se exigia apenas para a sociedade anônima. Obrigou que as deliberações sociais se tomem em reunião ou assembléia, quando mais de dez os sócios, exigência essa que deve constar de contrato social (art. 1.072). Ante tais novas formalidades exigidas, preconizam alguns que, em determinados casos, talvez seja mais vantajoso abrir uma sociedade anônima de capital fechado.

A distinção fundamental foi a da sociedade com mais de dez quotistas, para a qual se exige uma administração mais complexa. Em caso contrário, segue-se o determinado no art. 1.060: a administração pode ser exercida “por uma ou mais pessoas designadas no contrato ou em separado”. Também para sociedades com mais de dez quotistas, as deliberações sociais serão tomadas em reunião ou assembléia (art. 1.072 e parágrafos). Dispensam-se, todavia, a reunião ou a assembléia, “quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas”.

Foram introduzidas formalidades específicas para a convocação de assembléias (art. 1.152, § 3º); tais requisitos, porém, foram dispensados, “quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia” (art. 1.072, § 2º).

Na defesa dos interesses da minoria, facultou-se a convocação de reuniões ou assembléias “por sócio, quando os administradores retardarem a convocação por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no contrato” (art. 1.073, I, primeira parte), e também “por titulares de mais de um quarto do capital social, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentada, com indicação das matérias a serem tratadas” (art. 1.073, I, segunda parte). E se facultou ao contrato social instituir um Conselho Fiscal (art. 1.066).

É de fácil percepção que, por um lado, as formalidades introduzidas visaram à possibilidade de que empresas de maior porte vistam o modelo das sociedades limitadas como estrutura de viabilização, raciocinando a lei que estruturas maiores não podem ter uma administração tão simplista e despojada, sem obediência a determinados requisitos mais complexos. A dispensa de formalidades, por outro lado, tem por destinatárias as empresas limitadas de pequeno ou médio porte. Além disso, diversas das providências cautelares destinam-se à proteção da minoria, que, de outro modo, não teriam como salvaguardar seus interesses.

A justificativa para uma série de modificações das regras até então contidas no Decreto n. 3.708, de 10.01.1919, foi que essas sociedades permitiam, em sua antiga estrutura, abusivas decisões da maioria e subordinavam a administração à vontade arbitrária dos sócios majoritários, não obrigados a prestar contas de suas decisões, sem que a minoria tivesse



condições de participar equitativamente dos lucros, ou mesmo pudesse fazer valer seus direitos. A nova lei, assim, teria vindo para corrigir esse estado de coisas, assegurando os direitos e interesses a todos os quotistas, pondo termo aos abusos até então praticados sem meios de defesa. Além disso, teria passado a prever novas estruturas sociais, como Diretoria, Conselho Fiscal e Assembléia Geral, respeitando o livremente disposto no contrato social e sendo obrigatórias apenas em casos que especificou. Com isso, teria evitado uma estruturação rígida e teria permitido uma ampla variedade de formas, com possibilidade de constituição desde os moldes da sociedade anônima até o da sociedade simples.

Para diversos autores, entretanto, essas profundas alterações havidas na sociedade limitada não se deram na direção da jurisprudência consolidada ao longo dos anos ao apreciar questões na vigência do Decreto n. 3.708/1919, já que, no ordenamento anterior, essa espécie societária aparecia como um modelo organizacional flexível, adaptável às diferentes necessidades, sem burocracias maiores, nem realização de assembléias e publicações de atas e demonstrações financeiras, apenas exigíveis para as sociedades anônimas.<sup>77</sup>

É certo que o coordenador da comissão elaboradora, em defesa do novo sistema, afirmou serem dispensáveis essas formalidades, “quando todos os sócios comparecerem ou declararem por escrito, cientes do local, data e ordem do dia”, ou quando decidirem por escrito sobre a matéria (CC, art. 1.072, § 3º)<sup>78</sup>. Mas – afirmam os opositores – unanimidade, declarações de todos, por escrito, acaso não constituem real e verdadeira burocracia?<sup>79</sup>

Além disso, abandonar a regra da maioria para adotar a unanimidade significa alteração que, em última análise, transfere o poder da maioria para a minoria, já que esta, se não quiser a alteração, simplesmente inibe sua ocorrência. Exatamente por isso argumentam alguns que, na preservação dos destinos das sociedades, a salvaguarda dos direitos da minoria não pode ser exercida de modo que signifique verdadeira supressão dos direitos da maioria e um real impedimento à vida da sociedade. E isso sem falar na possibilidade de criação de espaço aos oportunistas e de ensejo à elevação dos custos sociais.

---

<sup>77</sup> Cf. SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil, cit., p. 19.

<sup>78</sup> Cf. REALE, Miguel. Invenções sobre o Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 15 fev. 2003.

<sup>79</sup> SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 19.

## 5.10 Sociedade anônima

O quinto tipo de sociedade personificada de que tratou o novo Código Civil foi a sociedade anônima, ou companhia, em que o capital se divide em ações, e a responsabilidade do sócio ou acionista limita-se ao preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir. Tal tratamento do Código, todavia, deu-se para duas finalidades, possivelmente movido o legislador pelo intuito de firmar o princípio de que todo o direito de empresa há de ter suas pilastras fincadas no ordenamento civil: I) uma primeira, para caracterizar o que seja uma sociedade dessa espécie (art. 1.088); II) uma segunda, para determinar que ela continua sendo regida por legislação especial e, nos casos omissos, pelas disposições do Código Civil (art. 1.089).

A exegese dessas regras conduz à conclusão de que as sociedades anônimas, em suas minúcias, ficaram fora da regulamentação do Código e continuam sendo regidas pelas normas da Lei n. 6.404, de 15.12.1976, com as alterações posteriores, sobretudo as introduzidas pela Lei n. 10.303, de 31.10.2001.

Realce-se que a sociedade anônima é uma sociedade tipicamente de capital, que se divide em ações, e de caráter sempre mercantil. Constitui-se por assembleia geral e, para existir oficialmente, deve ter seus documentos arquivados na Junta Comercial. A responsabilidade dos sócios ou acionistas limita-se ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º). Reveste-se de duas formas – companhia aberta ou companhia fechada – conforme sejam ou não suas ações negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

## 5.11 Sociedade em comandita por ações

A sexta espécie de sociedade personificada de que trata o Código é a sociedade em comandita por ações (arts. 1.090/1.092). Nos três dispositivos que cuidam do assunto, são estruturados os seguintes aspectos: I) um primeiro lhe fixa a divisão do capital em ações e determina sua regência pelas normas da sociedade anônima, apenas com as modificações que explicita (art. 1.090); II) um segundo trata da administração da sociedade e da responsabilidade subsidiária e ilimitada do diretor pelas obrigações da sociedade (art. 1.091); III) um terceiro veda à assembleia geral mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe

o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures ou partes beneficiárias (art. 1.092).

Essa espécie de sociedade tem seu capital dividido inteiramente em ações, pode adotar firma ou denominação com os nomes dos sócios diretores ou gerentes, seguida do aditivo “comandita por ações”, e regula-se pelas normas das sociedades anônimas (art. 1.090). Diversamente, porém, do que ocorre com estas últimas, as decisões da assembléia geral sobre alteração do objeto da sociedade, aumento ou diminuição do capital, etc., ficam condicionadas ao consentimento dos diretores ou gerentes (art. 1.092).

Os diretores são nomeados no ato constitutivo da sociedade, sem limitação de tempo, e somente podem ser destituídos por deliberação de acionistas que representem no mínimo dois terços do capital social (art. 1.091, § 2º).

Essa espécie societária só pode ser administrada por quem seja acionista, sendo vedado atribuir sua direção a estranhos, e o diretor responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.091, *caput*). Na hipótese de mais de um diretor, todos respondem solidariamente, uma vez esgotados os bens sociais (art. 1.091, § 1º). Se eventualmente destituídos os diretores, sua responsabilidade pelas obrigações contraídas durante sua administração é de dois anos, contados da data da destituição (art. 1.091, § 3º).

## **5.12 Sociedade cooperativa**

Em seu intento de enfeixar toda a matéria, o Código Civil de 2002 dedicou quatro dispositivos à sociedade cooperativa (arts. 1.093/1.096).

Ressalvou, todavia, desde início, que elas continuam a ser regidas por normas autônomas (art. 1.093), a saber, pela Lei n. 5.764, de 16.12.1971, com as parciais modificações introduzidas pela Lei n. 6.981, de 30.03.1982. Apenas vinculou a validade das normas específicas à consonância com as pilastras do Código, ao determinar que a sociedade cooperativa reger-se-á pelas normas do ordenamento civil, ressalvada a legislação especial (art. 1.093). Ao conferir-lhe as diretrizes que reputou necessárias, especificou-lhe as características e a estrutura (art. 1.094), além da forma de responsabilidade dos sócios (art.

1.095), e determinou a aplicação subsidiária das normas da sociedade simples aos casos de omissão da lei específica (art. 1.096).

### **5.13 Sociedades coligadas**

Ainda na busca de conferir um tratamento sistêmico e unificado à matéria, o Código Civil de 2002, na seqüência, em bafejo de modernidade, acompanhando o fenômeno mundial da globalização, cuidou da moderna figura das sociedades coligadas (arts. 1.097/1.101).

Para estreimar-lhe a noção conceitual, dividiu em três espécies as sociedades dessa natureza: as controladas, as filiadas e as de simples participação (art. 1.097). E especificou o que seja uma sociedade coligada controlada (art. 1.098), uma filiada (art. 1.099) e uma de simples participação (art. 1.100).

Por esse sistema, haurido fundamentalmente nos artigos 243 e 244 da Lei das Sociedades Anônimas, as empresas podem associar-se umas às outras, com vistas à ampliação de suas atividades, visando a uma maior produtividade com menores custos. Permite-se, assim, o entrelaçamento de grandes empresas sob a veste das sociedades anônimas, dentro de determinados limites de participação que o próprio Código especifica (art. 1.101).

### **5.14 Sociedade de capital e indústria**

Tendo seu regramento anterior nos artigos 317/324 do Código Comercial de 1850, essa espécie societária era formada por duas ou mais pessoas, e, em sua estrutura, uma ou algumas contribuía para a formação do capital, e outras, tão-somente com o trabalho. Sua principal característica residia na formação capital-indústria.

Uma simples leitura das disposições legais atinentes ao direito de empresa, na parte que toca às sociedades, revela que o Código Civil de 2002, contrariamente ao Código Comercial, banuiu a sociedade de capital e indústria como forma personificada e específica de sociedade, vedando, assim, que, por ela, como forma autônoma e específica de sociedade, o

empresário possa exercer profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

No sistema do Código Comercial de 1850, ela se formava pelo sócio capitalista, que entrava com o dinheiro, e pelo sócio de indústria, que participava com o trabalho (CCo/1850, art. 317). Aquele tinha responsabilidade ilimitada e solidária, e a ele cabia a gerência da sociedade (CCo/1850, arts. 320/321). Além disso, emprestava seu nome para compor a firma ou a razão social. Já o sócio de indústria contribuía com o conhecimento técnico e, desde que não participasse com dinheiro, não tinha responsabilidade sequer limitada na sociedade (CCo/1850, art. 321). Não poderia ele, de qualquer modo, gerir os negócios da empresa, nem ter seu nome inserido na firma ou razão social (CCo/1850, art. 321). Não era, contudo, mero empregado, porquanto não dependia econômica nem hierarquicamente do sócio capitalista, e devia ser ouvido nas resoluções sociais, com direito a voto. Ao sócio de indústria cabia também receber como quota de lucro o que estivesse estabelecido no contrato ou, se omissivo, o que coubesse ao sócio capitalista de menor entrada (CCo/1850, art. 319).

Importa, por outro lado, observar que esse tipo de sociedade abria espaço a uma relação trabalhista encoberta sob o nome de sócio de indústria, e isso quando se configurasse algum dos elementos tipificadores da relação de emprego: retirada de salário, subordinação, habitualidade.

Para alguns, aliás, a motivação do legislador para excluir do rol das sociedades essa espécie societária talvez tenha sido exatamente essa razão de poder acobertar, em determinadas circunstâncias, uma relação trabalhista. Outros vêm como motivo primeiro de sua exclusão desse rol o fato de um pretense desuso dessa espécie societária nos dias atuais.

## **5.15 Sociedade entre cônjuges**

Em outra inovação, o Código Civil de 2002 facultou aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não sejam casados no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória (art. 977).

Antes permitida em sua totalidade, sem reserva alguma, a contratação de sociedade por cônjuges, entre si ou com terceiros, sofre, agora, dupla restrição: uma primeira, que o regime de casamento não seja o da comunhão universal; e uma segunda, que o regime de bens do casamento também não seja o da separação obrigatória.

Na vigência do Código Comercial, muito se discutia sobre a possibilidade da sociedade entre cônjuges. Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, concluiu-se pela admissibilidade dessa associação, ressalvada a possibilidade de anulação da sociedade, na hipótese de fraude ao regime de bens do casamento.

A justificativa da novel proibição é a proteção ao regime de casamento: no caso da comunhão universal, nem sempre haveria uma real e efetiva conjugação de patrimônios, ou seja, nem sempre haveria de fato dois sócios; na hipótese da separação total, haveria a união do que deveria estar separado. Em outras palavras e em síntese, o intento da proibição seria evitar a mudança do regime matrimonial. Vale dizer: em ambos os casos, a sociedade entre cônjuges redundaria em fraude ao regime de bens, porquanto o patrimônio de ambos os cônjuges passaria a integrar o da sociedade. Como resultado, significaria também alteração do regime de bens adotado quando do casamento.

Sem querer armar polêmica, até porque foge ao intuito deste estudo, a solução da lei, todavia, não parece justificar-se. Por um lado, não se esqueça de que há bens que, mesmo no regime da comunhão universal, não se comunicam (art. 1.668), além do que nem sempre é necessária a participação efetiva de todos os sócios na vida da sociedade. Por outro lado, aos casados no regime da separação obrigatória não se proíbe a aquisição de um bem em condomínio, de modo que injustificável parece ser aqui também a proibição.

## **5.16 Anotações adicionais**

Como observação geral para a questão da origem, evolução e estágio atual das sociedades, deve-se atentar a dois postulados: primeiro, o de que a sociedade pode ser empresária, se tiver por objeto atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços; segundo, o de que a sociedade será simples nos demais casos. E se

complemente: independentemente de seu objeto, a sociedade anônima é sempre empresária; e a sociedade cooperativa é sempre uma sociedade simples.

Além disso, anota-se que o Código Civil de 2002 não mais adota como critério de divisão das sociedades as atividades por ela exercidas, como era a regra do Código Comercial de 1850 e a do Código Civil de 1916. Deixa de existir, desse modo, a tradicional distinção entre sociedades comerciais ou mercantis e sociedades civis, e, pela nova legislação, incide o que se denomina “teoria da empresa”, passando-se a adotar como critério de classificação o aspecto econômico da atividade desenvolvida, e não mais a atividade em si.

Dessa ponderação, surgem duas conclusões em corolário. Como primeira conclusão, a unificação da matéria eliminou do ordenamento as sociedades civis regidas pelos artigos 1.363 e seguintes do antigo Código Civil, para classificar as sociedades em empresárias e simples (ou seja, empresárias e não-empresárias). Como segunda conclusão, a figura do comerciante foi substituída pela do empresário, assim considerado o sujeito que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, salvo aquele que exerça profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores.

Como segunda observação, vê-se que, pelo artigo 983 do novo Código, a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos artigos 1.039 a 1.092. Um manuseio das disposições atinentes às sociedades revela que, assim, podem ser constituídas sociedades empresárias a sociedade em nome coletivo (art. 1.039/1.044), a sociedade em comandita simples (arts. 1.045/1.051), a sociedade limitada (arts. 1.052/1.087), a sociedade anônima (arts. 1.088/1.089) e a sociedade em comandita por ações (arts. 1.090/1.092). Ressalva o artigo 983, parágrafo único “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”.

Pela dicção da lei, assim, excluem-se da possibilidade de constituir sociedades empresárias tanto as sociedades não personificadas – a sociedade em comum (arts. 986/985) e a sociedade em conta de participação (arts. 991/996) – como a sociedade simples (arts. 997/1.038).

Ora, a sociedade simples (salvo o caso de cooperativa e de determinadas atividades reguladas por leis especiais que imponham a adoção de tipo societário específico) pode constituir-se de conformidade com um desses tipos (exceto como sociedade por ações); não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias (arts. 997 a 1.038).

Além disso, quanto à primeira ressalva do parágrafo único, feita à sociedade em conta de participação, reside a justificativa de sua desconsideração como sociedade empresária no argumento de que se submete ela a uma disciplina que reclama a aplicação de princípios específicos e insuscetíveis de submissão a um regramento marcado pela generalização, não se havendo de olvidar o fato de que é despersonalizada, e seus atos não dependem de registro na Junta Comercial.<sup>80</sup>

No que tange à segunda ressalva do parágrafo único, referente à sociedade cooperativa, o certo é que ela é uma sociedade simples por determinação da própria lei (CC, art. 982, parágrafo único), devendo submeter-se, desse modo, aos ditames que norteiam a respectiva criação e funcionamento.

A essas duas exceções, soma-se a questão das sociedades que tenham que se formar, por força de lei, segundo um dos tipos existentes, por não ser dado a seus constituintes optar por configuração diversa.

---

<sup>80</sup> MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. São Paulo, LTr, 2003. p. 617.



## 6 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE EMPRESA

### 6.1 A necessidade de exegese específica

Com a edição do Código Civil de 2002, desapareceu, para efeito de tratamento legal, a diferenciação entre negócios civis e mercantis na lei brasileira. Mesmo com a eliminação da duplicidade de tratamento em matéria de obrigações, todavia, os princípios peculiares não foram sepultados e continuam informando a interpretação do direito comercial.

Um olhar atento a seu objeto, todavia, vai revelar que, embora alvo de um procedimento interpretativo geral, o direito de empresa regula e tutela os interesses das relações jurídicas de uma classe, a empresarial. E não se pode esquecer que uma das peculiaridades do direito comercial reside no que o estigmatizou desde a origem: trata-se de um direito *despoliticizado*, no sentido de que, independentemente de ideologias que possam caracterizar o Estado em que se dá sua atuação, ele não se associa a nada mais, senão à unidade do mercado.<sup>81</sup>

Exatamente em decorrência dessa circunstância, agregam-se a esse ramo específico do Direito um enfoque valorativo e uma jurisprudência de conteúdo axiológico próprio. E, assim como o direito do trabalho busca proteger as relações de emprego, o direito empresarial há de buscar conferir proteção às relações empresariais, ou, mais especificamente, ao empresário e à empresa. Em outras palavras: assim como no direito do trabalho, por exemplo, se aplica o princípio *in dubio pro operario*, no direito empresarial e na aplicação de suas normas que regulamentam a matéria, deve haver, na dúvida, uma exegese favorável ao empresário. Nesse aspecto, num sentido bem apropriado, a empresa “é um bem que urge ser tutelado como atividade geradora de riquezas, na medida em que, a partir dela, se implementam empregos e auxilia a diminuição da criminalidade; melhora-se tecnologicamente o País; recolhem-se tributos e auxilia o Estado, etc.”<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> GALGANO, Francesco., *Lex mercatoria*, cit., p. 227.

<sup>82</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 77.

Com essas premissas, vê-se que a nova ordem jurídica – não se esqueça em hipótese alguma – exerce influência diversa quando incide sobre as relações jurídicas entre empresários ou sociedades empresárias e quando rege as relações em que se envolvem pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. E, porque o direito empresarial possui lógica peculiar, os textos normativos exigem hermenêutica e técnica de aplicação diversa, para que se harmonizem à realidade que disciplinam.

Nesse panorama, só um idealismo ingênuo e exagerado em torno das inovações trazidas pelo Código de 2002 poderia cegar o intérprete, a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente normas de abrangência geral (ou de inspiração consumerista ou ambientalista, por exemplo) a contratos empresariais, olvidando sua especificidade em relação a contratos de natureza diversa<sup>83</sup>. Eventual postura distorcida que busque aplicar princípios conflitantes com a lógica comercialista aos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias, no mínimo, há de dificultar a concretização da função econômica deles esperada.

## 6.2 Teoria subjetiva: mudança de foco

Sempre se entendeu em ambos os sistemas revogados – do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850 – que havia grande diferença entre eles, no que dizia respeito à vontade a ser considerada quando da interpretação dos negócios jurídicos.

O artigo 85 do Código Civil de 1916<sup>84</sup> fundava-se em um sistema *subjetivista*, que mandava perquirir a vontade individual da parte quando da celebração do negócio. Já o artigo 130 do Código Comercial<sup>85</sup> falava em “uso” e “costume” do comércio, além de “modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar”. Em seqüência, o artigo 131, ao tratar da interpretação das cláusulas de um contrato mercantil, falava da “natureza do contrato” e do “espírito do contrato” (alínea 1) e estabelecia o comportamento das partes posterior ao contrato como cânone de interpretação de sua vontade no momento da celebração do negócio

---

<sup>83</sup> FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 9.

<sup>84</sup> Artigo 85 do CC/1916: “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*”.

<sup>85</sup> Artigo 130 do CCo/1850: “*As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa*”.

(alínea 3). Em continuação, fazia referência ao “uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução” (alínea 4). Como se vê, tratava-se de uma vontade *objetiva*, ou mesmo de uma vontade objetivada pelo mercado.

Ante tais aspectos, vê-se, a uma atenta análise de ambos os dispositivos, que o artigo 85 do Código Civil de 1916 (praticamente reproduzido no artigo 112 do Código de 2002) assumia posição subjetivista, enquanto os artigos 130 e 131 do Código Comercial de 1850 adotavam uma posição objetivista, fundada nos usos e costumes e na boa-fé.

Por outro lado, ao unificar o direito das obrigações e enfeixar em seu bojo o direito de empresa, o Código Civil de 2002 acolheu o mister de proteger os empresários e, por via de consequência, a empresa. E o fez mediante a adoção da *teoria subjetiva moderna*, de modo que, por via do direito de empresa, os acolhe a ambos como foco e deixa de camuflar-se sob a tipificação dos atos de comércio, como se dava até recentemente, para estabelecer um eixo central histórico, em que tutela assim os empresários em suas normais relações e a própria empresa como resultado (CC, art. 966).

Se se indagar se, com isso, houve a inserção do direito comercial no sistema *subjetivista*, em perigoso retrocesso que afronta a necessidade de segurança no tráfico do direito comercial, a resposta há de ser afirmativa, e não se compreende por que o artigo 131 foi mutilado em uma de suas principais bases, a saber, no reconhecimento de que o comportamento das partes é o melhor indício (objetivo, por conseguinte) da vontade que tiveram quando da celebração do negócio<sup>86</sup>. Fugiu, nesse ponto, a nova codificação da salutar disposição do artigo 1.362 do *Codice Civile* da Itália, que menciona a “intenção comum das partes” e liga sua determinação ao “comportamento geral inclusive posteriormente ao contrato”. Uma análise textual do artigo 112<sup>87</sup> evidencia que ele está impregnado de subjetivismo, cuja superação demandará de todos um grande esforço, quando se tratar da interpretação dos negócios mercantis, dos respectivos contratos e relações.

---

<sup>86</sup> Cf. FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 32.

<sup>87</sup> CC/2002, artigo 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

### 6.3 Hermenêutica do nosso direito comercial

Ressalvada a existência de alguns pontos no *Digesto* e nas *Ordenações*, pode-se dizer que a evolução das regras de hermenêutica contratual seguiu, em nosso direito, um caminho que vai de Pothier, passa pelo Visconde de Cairu, pelo Código de Napoleão e desemboca no Código Comercial de 1850, especialmente em seu artigo 131.

O artigo 130 do mencionado Código registrava que “as palavras dos contratos e convenções devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”. Pela simples leitura do dispositivo, é de fácil percepção que se inseria a exegese do direito comercial em um nicho próprio e distinto do “costume e uso recebido no comércio”, mesmo que para outro ramo do direito pudesse vir a ter significado diverso. Pelas próprias regras de exegese e pela singularidade de seus fundamentos, não havia a possibilidade da confusão de sua exegese com qualquer outro ramo do direito.

Mas não é só: às especificações do indigitado dispositivo, o artigo 131 determinava que, sendo necessário interpretar as cláusulas de um contrato dessa natureza, além das regras anteriores, a interpretação haveria de ser regulada pelas seguintes bases: a) a inteligência simples e adequada, que fosse mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deveria sempre prevalecer sobre a rigorosa e restrita significação das palavras; b) as cláusulas duvidosas seriam entendidas pelas que não o fossem e que tivessem sido admitidas pelas partes; c) as cláusulas antecedentes e subseqüentes, que estivessem em harmonia, haveriam de explicar as ambíguas; d) o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tivesse relação com o objeto principal, seria a melhor explicação da vontade que as partes tivessem no ato da celebração do mesmo contrato; e) o uso e a prática que tivessem geral observância no comércio nos casos de mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato devesse ter execução, prevaleceria sobre qualquer inteligência em contrário, que se pretendesse dar às palavras; f) nos casos duvidosos, que não pudessem resolver-se segundo as bases estabelecidas, a decisão deveria socorrer o devedor.

## 6.4 O novo Código e a exegese do direito comercial

Diga-se desde logo que, para alguns autores, o Código Civil de 2002, seguindo o de 1916, ignorou uma das principais “redescobertas” da ciência do século XX: a importância da interpretação, inclusive daquela que concerne especificamente aos contratos. Para eles, no Código Civil de 2002, as regras gerais declaradamente ligadas à interpretação dos negócios e dos contratos gravitam em torno de poucos artigos, principalmente os de número 112, 113, 114 e 423.<sup>88</sup>

Além de serem poucos tais artigos, parece não ter havido, nesse setor, avanços significativos, a partir de sua própria consideração. Assim, o 112<sup>89</sup> e o 114<sup>90</sup> correspondem, de modo aproximado, aos termos dos artigos 85 e 1.090 do Código Civil anterior; o 113<sup>91</sup> constitui efetiva inovação do novo sistema; e o 423<sup>92</sup> repete a norma de interpretação dos contratos já existente no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. Acrescente-se que os três primeiros inserem-se nas disposições gerais dos negócios jurídicos; e o último é o único deles que se inclui nas disposições gerais dos contratos.

No que concerne às necessidades do direito mercantil, ainda há mais a ser dito: o primeiro de tais artigos fala de perquirição de vontade subjetiva, e o segundo deles manda interpretar os negócios jurídicos conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração. Isso, sem dúvida, é muito pouco para interpretar negócios mercantis, já que o Código Comercial, além de “uso” e “costume”, falava em “modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar” (art. 130), em “natureza do contrato” e “espírito do contrato” (art. 131, alínea 1) e comportamento das partes posterior ao contrato (alínea 3), além de “uso e prática geralmente observada no comércio” (alínea 4). Ou seja: além de buscar encontrar, na interpretação, uma vontade objetiva, a legislação anterior era bem mais específica e minuciosa na própria exemplificação do rol a ser considerado em tais circunstâncias.

---

<sup>88</sup> FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 25.

<sup>89</sup> CC, artigo 112: “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”.

<sup>90</sup> CC, artigo 114: “*Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente*”.

<sup>91</sup> CC, artigo 113: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

<sup>92</sup> CC, artigo 423: “*Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*”.

Além disso, o terceiro dos dispositivos destina-se à exegese dos negócios jurídicos benéficos, ou seja, daqueles de cunho estritamente unilateral, em que as vantagens seguem todas para um dos contratantes, enquanto os ônus se destinam ao outro, como a doação, realidade essa muito distante dos contratos mercantis, revestidos de natureza totalmente bilateral e sinalagmática.

Por fim, tem-se o quarto dos dispositivos, com o escopo de reger os contratos de adesão, segundo o qual uma das partes aceita as cláusulas e condições impostas pela outra, sem que entre ambas haja efetiva discussão em torno de tais elementos. Uma simples reflexão acerca do que seja um contrato de adesão repele a plena incidência do mencionado dispositivo para direcionar a interpretação dos negócios mercantis.

Assim, desde logo, prenuncia-se que, no campo da hermenêutica, haverá dificuldades para interpretar os negócios de natureza comercial, quer pelo diminuto número das normas trazidas pelo novo Código para reger os negócios mercantis, quer pela diversidade de natureza dos negócios comerciais, quando confrontados com aqueles de cunho civil.

## **6.5 O princípio da boa-fé e o direito de empresa**

O artigo 113 do Código Civil de 2002 manda interpretar os negócios jurídicos conforme a boa-fé. A expressão é reiterada no artigo 164, que presume a existência desse componente em determinados negócios jurídicos, no artigo 422, que obriga os contratantes a guardá-la na execução dos contratos e em sua execução, no artigo 1.201, que fixa os requisitos para sua caracterização na posse, e no artigo 1.202, que regra as circunstâncias em que a posse perde esse atributo.

Ora, em termos conceituais, parece que pouco se alterou no direito comercial, em comparação com o regime anterior, no que concerne à determinação de observância da boa-fé na exegese do direito comercial. E isso porque, quando o Direito manda interpretar os acordos conforme a boa-fé, não está apenas dando guarida a uma antiga regra de exegese, mas vivificando uma tradicional norma de direito mercantil, extremamente útil aos mercadores e ao mercado.

Uma primeira observação importante, porém, a ser feita é que a boa-fé que se há de levar em consideração e assume relevo para fins de interpretação dos negócios comerciais, é a objetiva, na medida em que permite a objetivação da conduta esperada da outra parte e, conseqüentemente, um melhor cálculo, que aumenta o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado. Consiste ela na verificação do uso e costume da praça, segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em certo mercado, e não pinçada no íntimo dos partícipes da avença. O mesmo se há de dizer dos usos e costumes, tidos como fonte de direito e pauta de interpretação por qualquer manual de direito mercantil, aos quais a boa-fé se liga umbilicalmente, dando-lhes força.

Uma segunda e grave ponderação a ser aqui feita é que, no direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. Nesse campo, em realidade, um “erro de cálculo” do agente é instrumento que premia a eficiência do outro. Não é por outra razão que Paula A. Forgioni observa que, “no processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com *consumerismo*, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica do mercado”<sup>93</sup>. E isso porque a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha função diversa daquilo que cerca a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.

Uma terceira observação, não menos importante, é que a regra da boa-fé, que se estampa no artigo 422 do Código Civil, merece reparo, já que insuficiente para a completa disciplina dos negócios regidos pelo direito comercial. O dispositivo fala da necessidade de guardarem os contratantes os princípios de probidade e de boa-fé na conclusão do contrato e na sua execução; olvida-se, todavia, a menção ao período de negociações que antecede a contratação e aquele posterior à execução do contrato. Sem que signifique exclusão dos negócios de natureza civil, é inegável que a boa-fé há de abranger todo o procedimento do negócio de natureza comercial, incluindo as tratativas que antecedem sua efetiva celebração e o período que se segue após serem adimplidas todas as prestações das partes.

---

<sup>93</sup> FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 30.

## 6.6 A função social do contrato

O artigo 421 do Código Civil de 2002 fixa que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Não se pense, todavia, que, com a unificação, o Código Civil de 2002 tenha efetivamente inovado, por erigir em dispositivo de lei a função social do contrato. A *socialização* dos contratos de natureza comercial já se revelava como forte tendência jurisprudencial no direito mercantil, como se pode verificar pela sedimentação de novos modos de proceder, como nas hipóteses de dissolução parcial das sociedades limitadas e de decisões que passaram a aplicar o princípio da preservação da empresa, desvinculando-se as decisões de um espírito individualista e buscando preocupar-se com o impacto do contrato sobre o todo social, sem olvidar, com isso, a agilização do fluxo das relações econômicas.

Em decorrência dessas ponderações, alguns autores, no que concerne ao direito comercial, até mesmo temem que a inovação trazida pelo artigo 421 resida mais na retórica dos operadores do Direito do que em sentido de efetiva modificação da realidade jurídica.<sup>94</sup>

Por outro lado, ao se ter em mente a unificação havida no direito obrigacional, preocupa, no alvorecer do Código Civil de 2002, a introdução da noção de função social do contrato. Uma visão um tanto quanto distorcida do conteúdo semântico da referida expressão tem feito com que a concepção de função social de qualquer instituto jurídico venha a servir para justificar a intervenção do Estado nas relações entre particulares, quando não para determiná-la.

Veja-se, nesse sentido, que se invoca tal princípio para facilitar desapropriações, para incrementar as alíquotas de tributos, ou mesmo para impor tributos sobre um imóvel que não atenda a sua “função social”. No campo obrigacional, pode-se extrair a ilação de que o novo sistema confere ao magistrado a faculdade de, sob o manto da finalidade social do Direito, determinar, por exemplo, a equivalência das prestações e, em geral, aplicar conceitos éticos na integração dos negócios a eles submetidos. Ora, a par de constituir um bem extremamente valioso, o Direito se assenta na certeza e na segurança trazidas pela observância da norma.

---

<sup>94</sup> Cf. FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 34.



Essa certeza e essa segurança podem, eventualmente, ficar comprometidas em razão desse arbítrio ou dessa margem que se conferem aos juízes para, com base na função social do Direito, determinar a resolução dos contratos. Imagine-se o verdadeiro desastre que pode resultar um quadro como o desenhado no que concerne ao direito comercial.

## **6.7 O instituto da lesão e o direito comercial**

O artigo 157 do Código Civil de 2002 introduz em nosso sistema civil o instituto da lesão, configurando sua ocorrência, “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Uma atenta análise do referido dispositivo leva à conclusão de que o legislador brasileiro tratou do instituto da lesão e lhe deu como base um de dois requisitos: a) premente necessidade; b) inexperiência. Nesse passo, afastou-se da matriz italiana, que, no artigo 1.448 do Código Civil, considerou haver lesão apenas nas hipóteses de estado de necessidade.

Com a unificação do direito obrigacional entre nós, é difícil saber como os tribunais avaliarão, no campo dos negócios comerciais, a questão da inexperiência, quando se argüir a anulação de um negócio por lesão. Pode-se até mesmo temer pela adoção de uma visão consumerista, que veja no outro contratante a parte débil, sempre que contratar com profissional, seja este comerciante ou não. O temor há de ser muito maior, quando se verifica que, até por conceito, empresário traz, em sua atuação, o atributo da profissionalidade.

Em realidade, é facilmente perceptível, em toda a redação do Código Civil de 2002, uma tendência à proteção da parte mais fraca na relação contratual, o que se manifesta em diversos dispositivos, entre os quais está o artigo 157.

Com a unificação do direito obrigacional, todavia, é indispensável pensar no assunto com a atenção voltada para o posicionamento do instituto no direito comercial. Em nosso ordenamento jurídico, desde o Visconde de Cairu, tem-se entendido que, dentro do princípio da liberdade das convenções, se não houver fraude ou violência, o contratante, nos negócios do comércio, pode tirar a possível vantagem, e, por serem os negócios normalmente

acelerados e peremptórios, muitas vezes são feitos na confiança da boa-fé do vendedor, na suposição de que ele esteja a exigir um preço razoável e comum. Os comerciantes são, ou se presumem, hábeis, atilados e perspicazes nos negócios; “é-lhes, portanto, inadmissível alegarem lesão em tratos mercantis por escusa ou ignorância”<sup>95</sup>. Exatamente nessa esteira, estipulava o artigo 220 do Código Comercial de 1850, hoje revogado: “A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”.

Uma detida análise da situação revela que a reanimação do instituto da lesão em nosso sistema jurídico, agora unificado, pode vir a ter como conseqüência o aviltamento do comércio jurídico, que há de sofrer como um todo, pela instituição da insegurança como norma, pela infidelidade erigida em lei, que ameaça e abala todo o edifício do direito obrigacional, lançando o germe da desconfiança e do receio nos meandros da vida econômica, e muito mais no direito comercial.<sup>96</sup>

Não se pode esquecer a existência de uma normal álea nos negócios, com vulto maior nos negócios mercantis, de modo que o Código Civil de 2002 não pode ser aplicado de modo tal que seu texto neutralize as vantagens competitivas normais e desejáveis do mercado.

Assim, é fundada a preocupação sobre a interpretação e a aplicação que serão dadas ao texto do artigo 157, quando se tratar de negócio celebrado entre empresários. Se não houver muito cuidado e efetiva diferenciação de tratamento a ser dispensado aos negócios mercantis e aos relacionamentos de natureza civil, são fundados os receios de insegurança, como em um negócio que possa ser futuramente desfeito a pretexto de lesão. Que parceiro haverá de contratar com uma empresa em difícil situação econômica, a qual, como atrativo de captação, resolva conceder-lhe grandes vantagens? Ou então como considerar, sob o foco do instituto da lesão, a hipótese da empresa atacadista que comercializa produtos perecíveis e resolve liquidar seus estoques com data de vencimento próxima, vendendo-os a preços excessivamente baixos?

---

<sup>95</sup> FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 35.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 35-36.

## 6.8 Conclusões

Com a unificação do direito das obrigações, sem distinguir o homem comum do direito civil e o comerciante habitual, a interpretação dos negócios comerciais encontra-se em momento bastante delicado, já que o Código Civil de 2002 não parece haver percebido a diversidade das situações e a necessidade de tratamentos distintos e de exegese diversa.

É preciso haver detida análise e reflexão sobre a natureza e o papel da empresa e do comerciante em nosso meio. Avulta, mais do que nunca, a necessidade de abandonar o preconceito que subjaz em qualquer primeira emissão de juízo de valor, em que perceptível o ranço contra a hipotética figura do comerciante explorador, mesquinho, sovina e oportunista, perante quem todos os demais, em relação de total desigualdade, só podem ser enquadrados como hipossuficientes. “Não se imagine que empresários sejam seres angelicais; o que na se deve é demonizá-los”.<sup>97</sup>

É de mister que o legislador e o juiz despertem para essa realidade e para as implicações econômicas de suas decisões nas questões de índole comercial, sobretudo quando chamados a manifestar-se sobre o balanceamento entre o dano e o ganho, pois os reflexos se dão não apenas no campo individual dos respectivos relacionamentos, mas em esfera muito mais ampla, e os eventuais prejuízos poderão recair sobre toda a sociedade. Uma detida reflexão sobre o assunto mais se faz necessária, quando se tem a unificação do direito das obrigações, num código que se ufana de dizer que, se não houve vitória do socialismo, ao menos houve o triunfo da “socialidade”, com a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais.<sup>98</sup>

Uma adequada análise da situação, em verdade, revela que a nova ordem jurídica exerce influência diversa quando incide sobre as relações jurídicas entre empresários ou sociedades empresárias e quando rege as relações em que se envolvem pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. Não se trata de buscar, para o funcionamento do sistema comercial, a aplicação de um liberalismo sem fronteiras, inspirado no movimento do século XIX. Mas, porque o direito empresarial possui lógica peculiar, indispensável ao fluxo

---

<sup>97</sup> Cf. SZTAJN, Rachel, Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil, cit., p. 15.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 11.

das relações econômicas, os textos normativos exigem diversa hermenêutica e técnica de aplicação, para que se harmonizem à realidade que disciplinam. Há, em realidade, pressupostos teóricos e fáticos do direito empresarial que devem ser observados, quando se trata da interpretação dos negócios comerciais.

Para que se leve a bom termo o ideal adotado de que o direito privado deve ater-se a valores outros, que não os relacionados a um liberalismo exacerbado, não se pode permitir que esse ideal seja abortado pela impossibilidade de funcionamento adequado do sistema empresarial, quer por uma exegese que lhe imponha a aplicação de princípios próprios do direito civil, quer por uma inadequada e exclusivista preocupação com outros valores, como o *meio ambiente*, ou a *consumerização*. Uma exagerada aplicação das normas do direito civil, de proteção ao meio ambiente, do direito do consumidor ou mesmo de proteção excessiva do agente econômico mais fraco pode distorcer o mercado e enfraquecer a tutela do crédito.

Duas anotações devem ser postas, quando se pensa em hermenêutica de normas de direito comercial: a) a mesma lógica do direito comercial não pode e não deve ser aplicada às relações jurídicas de que participem terceiros não empresários, e não pode o direito comercial prestar-se nem a uma *civilização*, nem a uma *consumerização*; b) mesmo nas relações entre empresários – sem que isso signifique proteção civilista ao hipossuficiente ou premissa de que o direito comercial tenha por função corrigir os erros praticados por empresários – é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de se consagrar igualdade meramente formal, de se comprometer a concorrência e de se minuar a possibilidade de sobrevivência das empresas menos poderosas ou em posição de sujeição.

É importante refletir que, mesmo com a eliminação da duplicidade de tratamento em matéria de obrigações, os princípios peculiares não foram sepultados e continuam informando a interpretação do direito comercial, até porque os contratos empresariais obedecem a uma lógica diversa daquela que norteia os civis. E o valor da autonomia – como lembra Paula A. Forgioni com base em lição de Ferrara, consoante lição de Ferrara – “manifesta-se no campo da interpretação, porque importa a necessidade de, no âmbito daquele setor, antepor o

regulamento à aplicação do direito comum, que se deduz da analogia e dos princípios gerais do sistema autônomo”.<sup>99</sup>

Também importa refletir sobre oportuna ponderação de Paula A. Forgioni: “Uma primeira análise dos dispositivos do novo Código Civil que tratam da interpretação dos negócios comerciais faz entrever um horizonte instável e vários problemas a serem enfrentados. Seguramente serão resolvidos, e a jurisprudência exercerá papel fundamental como estabilizador do sistema. Mas a que preço? A que nível de insegurança serão submetidos nossos agentes econômicos?”<sup>100</sup>

A esperança que fica é que nosso ordenamento detém sólida tradição no assunto, e há uma consistente jurisprudência comercial em nossos tribunais, o que poderá servir de firme direcionamento para a sedimentação de um correto modo de ver tal assunto específico no alvorecer dessa unificação.

---

<sup>99</sup> FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 22.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 24.

## 7 LIMITES E ATRIBUTOS DO DIREITO DE EMPRESA

### 7.1 Direito civil e direito comercial

Uma primeira observação introdutória a ser feita nesta oportunidade é que, embora o direito civil e o direito comercial integrem o direito privado e, por expressa determinação legal, tenham sido alvo de parcial unificação em suas matérias pelo Código Civil de 2002, uma incontestável realidade é que eles nascem de situações diversas, têm naturezas diferentes e visam a finalidades distintas.

O direito civil surge do convívio entre os homens, da necessidade de regulação de suas múltiplas relações, e estas, mesmo quando de caráter patrimonial, não deixam de estar impregnadas de uma preocupação moral e altruísta. Já o direito comercial nasce do exercício da mercancia, em que as regras de natureza econômica têm valor preponderante, campo esse em que a vinculação jurídica entre os empresários parte de dois pressupostos fundamentais: a) a certeza de que a contratação os colocará em situação mais vantajosa do que aquela em que presentemente se encontram; b) a contratação se faz na esperança de que se atinjam determinados objetivos, com predominância do intuito de lucro.

Uma análise aprofundada de ambos os componentes dessa unificação vai revelar que, embora haja princípios norteadores comuns para ambos, inegável é, por exemplo, que a expectativa em relação ao proceder dos integrantes de uma comunidade, onde reina um mínimo de esperança em um comportamento altruísta, é diversa do que se pode esperar da racionalidade econômica, de cunho objetivamente egoístico, termo este que deve ser entendido de modo técnico, pelo próprio intuito de lucro que impregna a atividade mercantil. Não é sem razão, por isso, que, tendo em vista essa diversidade, Robert Frank, de forma jocosa, observa que não se pode eleger o *homo economicus* como um padrão comportamental<sup>101</sup>. Por aqui já se vê a dificuldade de convivência entre esses dois ramos do Direito, agora unificados em parte pela codificação civil.

---

<sup>101</sup> Cf. FRANK, Robert. *Microeconomics and Behavior*. 3. ed. Boston, Irwin/McGraw-Hill, 1997. p. 20.

De qualquer modo, não importando a diversidade de naturezas de ambos os direitos e a própria necessidade de diversa aplicação de normas e de hermenêutica, o certo é que, em termos de direito positivo, as matérias foram unificadas em tratamento, de modo que, doravante, cabe ao operador do Direito – legislador para aperfeiçoamento legislativo, advogado para ver com acuidade as situações adversas e magistrado para aplicar com propriedade a lei e os princípios de exegese às situações submetidas a sua apreciação e veredicto – conciliar as situações e ver a real extensão do Direito no caso concreto.

## 7.2 Abrangência do direito de empresa

Uma segunda ponderação inicial a ser feita é que, em termos históricos, uma volta ao passado vai revelar que o legislador do Código Comercial de 1850 já evitava o uso da expressão *ato de comércio* e adotava posição subjetivista em seu artigo 4º, ao considerar comerciante aquele que fazia da “mercancia *profissão habitual*”. Mas o posterior Regulamento 737, também de 1850, corporificando a tradição liberal, continha a enumeração dos atos que deveriam ser considerados tipicamente comerciais. Da miscigenação entre as determinações de ambos os diplomas legislativos para a área mercantil, nosso direito comercial é visto, do século XIX até meados do século XX, como um misto entre direito dos *comerciantes e atos de comércio*.

Mesmo em tal quadro até certo ponto dúbio, por um lado, não se pode afirmar com amplitude que, considerado em sua feição tradicional, o direito comercial tenha coincidido, em sua abrangência, com os lindes do próprio comércio, porquanto “não regula, nem nunca regulou, *todo* o comércio; não foi nunca um sistema normativo auto-suficiente, ordenador de um inteiro setor da vida econômica; e, ao regular o comércio, sempre concorreu com as normas sobre obrigações e sobre contratos, também do direito civil”.<sup>102</sup>

Por outro lado, além de não abranger *todo* o comércio, o direito comercial também jamais foi apenas o direito do comércio, já que as atividades industriais são, desde o nascedouro de um ordenamento sistematizado para o assunto, matéria do direito comercial. Nesse sentido, na França, o *Code de Commerce* de 1808, primeiro código de comércio da era

---

<sup>102</sup> GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*, cit., p. 225.

moderna, considerava *ato de comércio* tanto a aquisição de mercadorias *in natura*, como sua *elaboração* ou *beneficiamento* (art. 632), além de fazer expressa menção, como praticantes de atos de comércio, às *empresas de manufatura* (art. 632, 2º parágrafo) e às *empresas de construção* (art. 663, 2º parágrafo).

Essas ponderações quanto aos limites valem, ainda hoje, para o direito de empresa, certo como é que, se, por um lado, o novo sistema unificou o direito das obrigações e o rol enumerativo das atividades que, no passado, caracterizariam o empresário comercial e passou a fazer do efetivo exercício de um mister econômico com escopo de lucro a tipificação da figura legal da atividade empresarial, desde que implementados os requisitos da habitualidade no exercício com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços, não menos certo é, por outro lado, que não há, no novo sistema, uma regulação efetiva de toda a atividade empresarial, certo como é que, por exemplo, as sociedades anônimas se subtraíram à regulamentação do Código e continuam sendo regidas pelas normas da Lei n. 6.404, de 1976, com as posteriores alterações da Lei n. 10.303/2001.

Para que se tenha a idéia da real abrangência do direito de empresa na atualidade, também não se pode esquecer que diversos doutrinadores definiram o ato de comércio como aquele praticado habitualmente, com o fito de lucro, para a mediação (circulação e intermediação) de bens e serviços<sup>103</sup>. Tal definição, todavia, como se verifica com facilidade, não inclui a atividade de produção, a não ser que se confira uma compreensão muito elástica e indevida ao conceito de mediação. Pois bem: o artigo 966 veio corrigir essa falha conceitual, ao incluir na abrangência da atividade econômica que caracteriza o empresário tanto a *produção* como a *circulação* de bens ou serviços.

### 7.3 Evolução do sentido de empresa

Como premissa importante para fixar a dificuldade do assunto que se está a tratar, pondere-se que, na doutrina brasileira, a questão dos atos de comércio sempre pôde ser sintetizada em frase autorizada: “problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 79.

<sup>104</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 34.



Com essa observação, anota-se que o artigo 4º do Código Comercial de 1850 fixava que “ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”. A ênfase, como se vê, reside no efetivo exercício profissional da mercancia, que era assim definida: “Considera-se mercancia: § 1º - A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou alugar seu uso; § 2º - As operações de câmbio, banco e corretagem; § 3º - As empresas de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos públicos; § 4º - Os seguros, fretamento, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; § 5º - A armação e expedição de navios” (Regulamento 737, de 25.11.1850, art. 19).

Tal disposição era uma tradução quase literal do art. 632 do Código Comercial francês, o qual, em seu § 3º, reputava de mercancia “as empresas de fábricas, de comissões de depósito, de expedição, consignação e transportes de mercadorias, de espetáculos públicos”. Vê-se, assim, que se aludia, pela primeira vez, a certas *atividades* como comerciais. Nesse mesmo rumo seguiu o artigo 3º do Código Comercial italiano de 1882, que reputava atos de comércio diversas espécies de empresas.

Também não se pode esquecer que, da inicial necessidade de estabelecer a jurisdição exclusiva sobre os inscritos na corporação para os negócios mistos havidos entre comerciantes e não-comerciantes, fixou-se o conceito de comerciante como aquele que exercesse atividade comercial. E a ênfase, que, de início, ainda residia no adjetivo “comercial”, foi gradativamente se deslocando para o substantivo “atividade”, à medida que se viu a necessidade de abarcar outras espécies de atividade econômica, como a agrária, a imobiliária e a de prestação de serviços, tal o relevo socioeconômico que ganharam e a necessidade que passaram a ter das soluções oferecidas para as atividades comerciais.<sup>105</sup>

Todavia, se, por um lado, o direito comercial, ao longo do tempo, ampliou seu âmbito de aplicação, por outro lado, os institutos de direito civil também foram incorporando princípios e institutos do direito comercial, em fenômeno que ficou conhecido como *comercialização do direito civil*, devido ao que se convencionou denominar *sociedade pós-*

---

<sup>105</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 48-49.

*industrial*, caracterizada pela superioridade do percentual de riqueza gerado pelo setor de serviços em relação àquele gerado pela indústria. Essa modificação teria ocorrido nos Estados Unidos em 1956, na Itália, em 1982, e, no Brasil, na transição da década de 80 para a de 90.<sup>106</sup>

Em síntese, no plano histórico, muito após a vetusta e sabida passagem do capitalismo comercial para o industrial, houve, recentemente, a transição deste para o capitalismo pós-industrial, a caracterizar a sociedade atual como uma sociedade de serviços.

Mas não é só: o direito comercial, por seu lado, na segunda metade do século XX, foi perdendo seu espaço de direito obrigacional especial para o direito do consumidor.

#### 7.4 Características do direito de empresa

Da leitura de diversos autores que tratam da matéria – a maioria deles lecionando antes da unificação levada a efeito pelo Código Civil de 2002 – pode-se extrair toda uma série de características encontradas por eles para o direito comercial, em figurino que deve vestir doravante o direito de empresa:

- I) *cosmopolitismo* ou *internacionalidade*, por se considerar que “*os comerciantes constituem um só povo*” e ser esse o caráter dos atos praticados nesse domínio;
- II) *onerosidade*, ou ao menos sua presunção, por ser esta a regra que norteia os atos praticados sob sua égide;
- III) *liberdade de formas*<sup>107</sup>, *informalismo* ou *simplicidade*, como regra geral, servindo as formalidades apenas para garantir a segurança no tráfico<sup>108</sup>;
- IV) *rapidez*, sobretudo se em comparação com outros ramos do Direito;
- V) *elasticidade*<sup>109</sup>, tendo em vista a necessidade do sistema de regras de adaptar-se constantemente a uma série de novidades quanto às situações de fato, do que resulta uma série de contratos *sui generis*;
- VI) *boa-fé*, que também constitui característica dos demais contratos e de todo o ordenamento jurídico;

<sup>106</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 50.

<sup>107</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*, cit., p. 50 e seguintes.

<sup>108</sup> Cf. FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 23.

<sup>109</sup> Cf. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 28. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 28 e seguintes.

VII) *preocupação com o abuso do poder econômico*;

VIII) *diminuição da discricionariedade contratual*, em razão da grande influência que gradativamente vem das normas publicistas;

IX) *proteção da aparência*, que é crucial para atribuir segurança e previsibilidade ao tráfico;

X) *tendência uniformizadora* das normas destinadas às atividades econômicas, quer no âmbito interno, quer naquele internacional.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Cf. FORGIONI, Paula A., *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 23.

## 8 O EMPRESÁRIO E A EMPRESA

### 8.1 Notícia histórica

No período de prevalência subjetiva, via-se o direito de empresa apenas a serviço dos comerciantes. Para esse sistema subjetivo, o comerciante ocupava o primeiro lugar, e o direito comercial era “essencialmente o direito do comerciante ou da profissão mercantil, e só acidentalmente o direito do ato de comércio”.<sup>111</sup>

Já no período objetivo, o sistema deslocou a base do direito empresarial da pessoa do comerciante para os atos de comércio, em proceder que “tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles”<sup>112</sup>. Nessa teoria objetiva, o ato de comércio passa a ocupar a posição anteriormente destinada aos empresários.

Essa modificação do foco central do direito empresarial – da figura do comerciante para os atos de comércio – foi teoria que orientou o Código Napoleônico e o nosso Código Comercial de 1850. Em sua origem, essa alteração de norte tem a justificativa de que, após a Revolução Francesa, não toleraria o povo daquele país um ramo do direito com a função primordial de tutelar diretamente os privilégios de uma classe.

Pela nova orientação, a competência dos tribunais de comércio não mais era ditada pela qualidade das partes, mas pela natureza do fato que desse origem ao litígio. Nesse sistema objetivo, os códigos, num rol fechado, listavam os atos que haveriam de submeter-se à jurisdição comercial, sendo os próprios comerciantes definidos por referência a tais atos de comércio. Bem por isso, para o Código de Comércio francês, são “comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e disso fazem sua profissão habitual”.

---

<sup>111</sup> Cf. BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 96.

<sup>112</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 21. ed., 1993, cit., v. 1., p. 12.

No que concerne, de modo específico, ao ordenamento pátrio, o direito empresarial do Código Civil de 2002 fez emergir uma *teoria subjetiva moderna*, que busca considerar tal ramo como o direito dos empresários e das empresas.<sup>113</sup>

Em síntese, uma análise estrutural mais ampla do que historicamente se deu com essa seção do direito revela um verdadeiro movimento de pêndulo, que, da extremidade de consideração subjetiva da figura do comerciante num primeiro momento, dirigiu-se à extremidade objetiva dos atos de comércio numa segunda fase. Por fim, embora retornando ao subjetivismo e buscando novamente ter por foco a figura do empresário, é indiscutível que, nesse retorno, não se despiu de preocupação para com o objeto de sua atuação e, assim, procura harmonizar sua proteção tanto à figura do empresário como à dos atos de comércio.

## 8.2 Observação inicial

Em termos de sua ubiquação formal no Código Civil, o direito de empresa abrange, de modo específico, os artigos 966 a 1.195. Espalham-se, todavia, por outros lugares do mesmo Código, diversas disposições sobre o assunto, como, para exemplificar, os artigos 45, 48, 49, 50, 51, 83, III, 89, 90, 91, 927, parágrafo único, 931, 932, III, 933, 2.031, 2.033, 2.035 e 2.045. Essas disposições ora repetem regras do ordenamento anterior, ora inovam em tratamento alguns aspectos da questão, ora, ainda, vêm sistematizar a legislação.

Quanto ao propósito de seu conteúdo, segundo o próprio coordenador da comissão que elaborou o anteprojeto, um dos objetivos postos para a elaboração do direito de empresa foi reestruturar as instituições empresariais regidas por leis superadas pelo desenvolvimento econômico-social, as quais pudessem estar servindo de cobertura a odiosos privilégios.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 77.

<sup>114</sup> Cf. REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 18.

### 8.3 Terminologia do Código

O Código Civil de 2002 não adotou terminologia uniforme para referir-se a cada um dos perfis da empresa. Esta, em seu perfil subjetivo, é o empresário individual, pessoa natural, ou a sociedade empresária, pessoa jurídica que exerce atividade econômica organizada própria do empresário.

Para identificar a pessoa natural que exerce a atividade empresarial, o Código empregou três expressões distintas: a) empresário (arts. 226, 967, 968, *caput*, e § 1º, dentre outros); b) empresário individual (art. 931); c) empresa (arts. 1.178 e 1.188).

Para referir-se à pessoa jurídica que exerce atividade empresarial, utilizou também três expressões: a) sociedade empresária (arts. 983, 984, 1.142, 1.144, dentre outros); b) sociedade (arts. 226, 1.187, parágrafo único, III, e 1.195); c) empresa (arts. 931, 1.178, 1.187, II, 1.188 e 1.504). Veja-se, porém, que, ao dizer empresa, o Código às vezes se refere o empresário individual, às vezes à sociedade empresária.

Para referir-se à atividade empresária, utiliza: a) empresa (arts. 974, 1.085, 1.142, 1.155, 1.172 e 1.184); b) atividade (arts. 966, 967, 972, 973, 975, 1.168, dentre outros); c) atividade negocial (art. 628).

Para identificar os estabelecimentos secundários, fala em sucursais, filiais e agências (arts. 969, 1.000, 1.136, § 2º, II, e 1.172), sem, contudo, informar qual a distinção entre tais vocábulos, motivo por que permanece válido o ensino de Waldemar Ferreira a respeito deles: “Nem doutrinária, nem legislativamente, existe diferença conceitual que os estreme”.<sup>115</sup>

### 8.4 Conceito de empresário

Anote-se, de início, que, mesmo antes do Código Civil de 2002, a mais abalizada doutrina moderna já demonstrava a superação do conceito de comerciante pelo de empresário.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1944. v. p. 36.

<sup>116</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, cit., 6. ed., 2002, cit., v. 1, p. 3 e seguintes.

Por sua vez, bebendo na fonte da pioneira legislação italiana<sup>117</sup>, o artigo 966 do Código Civil de 2002 assim conceitua: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Como deflui da lei, é a natureza da atividade que qualifica o empresário, e não, inversamente, a qualificação do sujeito que determina a atividade. E se nota, nessa relação da atividade exercida a qualificar o sujeito, a persistência de um elemento objetivo como critério de subsunção do executor da atividade à disciplina especial ditada para a matéria.

Tullio Ascarelli, por seu lado, ao se deter sobre a análise da figura do empresário, chama a atenção para o fato de que a doutrina jurídica tradicional, muito embora rica e refinada na elaboração dos conceitos de ato e de negócio jurídico, tem negligenciado a elaboração do conceito de atividade, motivo por que preconiza um estudo mais aprofundado das categorias jurídicas do direito tradicional a ela aplicáveis.<sup>118</sup>

Para os fins da conceituação legal, ademais, não se esqueça de que o conceito de atividade se vincula à probabilidade de ganho, e é com tais pressupostos que se há de raciocinar para a avaliação dos fenômenos respectivos, numa época caracterizada por uma economia tipificada pela produção industrial de massa.

Quanto à possibilidade de atuação, explicita-se que podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos. Nesse aspecto, vale lembrar que a idade na qual se atinge a capacidade civil foi reduzida pelo Código Civil de 2002 de vinte e um anos para dezoito. Além disso, o menor com idade entre dezesseis e dezoito anos poderá ser empresário, se emancipado.

---

<sup>117</sup> O artigo 2.082 do Código Civil italiano tem o seguinte teor: “É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, dirigida à produção ou à troca de bens ou serviços”.

<sup>118</sup> ASCARELLI, Tullio. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 109, p. 183-189, jan./mar. 1998. Extraído de: *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 145-160.

## 8.5 Conceito de empresa

Para Barassi, o conceito jurídico de empresa é um “tormento para a doutrina”; para Carnelutti, um “escabrosíssimo problema”; para Rocco, “serve mais para confundir do que para esclarecer as idéias”; para Rotundi, possibilita “tantas definições quantos são os pontos de vista diferentes nos quais podemos nos colocar ao estudá-lo”<sup>119</sup>. Ainda hoje, tantos e tão variados são os conceitos de empresa, que não é difícil encontrar posições conceituais contraditórias.<sup>120</sup>

A noção de empresa subordina-se à de comerciante na fase do capitalismo comercial; contudo, a partir do momento em que o comerciante passa a se apropriar dos meios de produção, dá-se o ingresso na fase do capitalismo industrial, e, então, a figura do comerciante entra em declínio e se obscurece, passando ao primeiro plano a figura do empresário, reconhecida pelo Código italiano de 1942, em seu artigo 2.082.<sup>121</sup>

Tal Código, que nos serviu de modelo, fez emergir o conceito de empresa da definição de empresário, considerando-o “*aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. E tal é o conceito adotado pelo artigo 966 do Código Civil brasileiro, devendo-se acrescentar que, desacompanhado de qualquer adjetivo – como *comercial, industrial, agrária* ou *de serviços* – o conceito de empresa acaba por abarcar todos os setores da atividade econômica.

Anote-se, todavia, que, para alguns, o resgate da concepção subjetiva do direito de empresa não conseguiu minimizar o problema da fixação dos contornos precisos da figura central. Se, antes, não havia entendimento adequado acerca dos atos de comércio, hoje continua não havendo precisão no que se refere ao conceito de empresário e de empresa. Por isso preconizam alguns “a necessidade premente de se compreender tecnicamente, no Código Civil brasileiro e no Direito nacional, o que vêm a ser empresário e sociedade empresária”.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1, p. 327-328.

<sup>120</sup> LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 82, jan. 2002.

<sup>121</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 52-53.

<sup>122</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 78.



## 8.6 Elementos e características do empresário

Por um lado, Vinícius José Marques Gontijo propõe que se confira ao artigo 966 do Código Civil uma leitura não conceitual, hermética e imutável enquanto não haja alteração legal, mas, sim, tipológica, com atenção específica à possibilidade de haver variações no tipo “empresário” e à reação dos fatos a que se aplica a norma, como normalmente se dá com um tipo, apenas com os olhos voltados aos respectivos elementos ou atributos: a) profissionalismo; b) atividade econômica; c) organização; d) produção ou circulação de bens ou serviços.<sup>123</sup>

Enquanto não se amadurece uma postura dessa natureza, uma leitura atenta do citado dispositivo faz com que dele se extraiam necessariamente três elementos para constituir um empresário: a) o exercício de uma atividade econômica organizada; b) que tal exercício se dê profissionalmente; c) que o exercício se dê para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

A organização referida combina o capital – incluídos neste os fatores produtivos mobiliários e imobiliários – e o trabalho, e abrange os grandes e os pequenos empresários. O exercício profissional não implica a posse de título de estudo, e sim a habitualidade do desempenho da profissão, excluindo do conceito o exercício ocasional. Por fim, a atividade empresarial precisa estar voltada à comercialização. A produção destina-se ao mercado, e a circulação também a ele se destina, sempre com a finalidade de lucro, que é objetivo, embora não requisito da empresa.

De um modo mais aprofundado, quanto aos elementos ou atributos do tipo *empresário*, retratado no artigo 966 do Código Civil, pode-se tecer algumas considerações importantes:

I) *Profissionalismo*: representa o oposto do amadorismo, que é o desenvolvimento de uma atividade por amor, portanto sem esperar contraprestação remuneratória. Ao revés do amadorismo, o profissionalismo, assim, é o exercício habitual de uma atividade com a finalidade de extrair dela as condições necessárias ao estabelecimento e desenvolvimento da pessoa natural ou jurídica. Para tanto, o

---

<sup>123</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 82.

exercício dessa atividade há de dar-se com *habitualidade*, razão pela qual não configura o profissionalismo o exercício esporádico ou gracioso da atividade. Na esteira da determinação legal, para que se caracterize o profissionalismo, o empresário há de exercer habitualmente a atividade em nome próprio, ainda que com concurso de auxiliares e prepostos, que praticarão a atividade por ordem, ou seja, em nome do empresário, que, assim, alcançará as condições econômicas para sua manutenção e desenvolvimento.<sup>124</sup>

II) *Atividade econômica*: Embora a obtenção efetiva do lucro não seja essencial ao exercício da atividade, o intuito de lucro o é. Pode ser que, eventualmente, o lucro não apareça, e pode ser que, num estágio terminal, haja até mesmo a insolvência do empresário, chegando-se à falência. Mesmo em tais circunstâncias, todavia, o intuito de lucro não terá desaparecido.

III) *Organização*. Talvez seja o elemento ou atributo fático-jurídico que mais gere discussões e divergências. A maioria dos autores busca explicação na doutrina italiana e limita esse elemento à exploração de mão-de-obra alheia; mas a organização há de ser entendida como o exercício da atividade de modo concatenado, articulado, e isso em oposição a um modo desconexo ou caótico de exercício dessa atividade. Ou seja: por mais rudimentar que seja, a atividade do empresário há de ser organizada, ou seja, bem orientada. Os reflexos dessa organização hão de estar nos registros (CC, art. 967), na identificação por um nome (CC, art. 1.155 e seguintes), na escrituração de livros e documentos (arts. 1.179 e seguintes).<sup>125</sup>

IV) *Produção ou circulação de bens e serviços*. Por esse atributo conferido por lei, vê-se um reflexo muito importante de inovação do novo Código, porquanto os prestadores de serviços, que anteriormente se revestiam de caráter exclusivamente civil, foram, por via de regra, absorvidos pelo direito de empresa. Sempre é bom lembrar que a própria legislação excepcionou os prestadores sem fins lucrativos, os não-profissionais e os ruralistas que não optarem pela atividade empresarial (CC, art. 971).

Importa realçar, neste ponto, que, por vezes, embora presentes todos os elementos ou atributos legais, a pessoa natural ou jurídica não será considerada empresária por força da exclusão determinada pelo parágrafo único do artigo 966 do Código Civil.

---

<sup>124</sup> Cf. GONTIJO, Vinícius José Marques, O empresário no Código Civil brasileiro, cit., p. 83.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 83-84.

## 8.7 Elementos e características da empresa

Alguns elementos e caracteres são de suma importância para a tipificação do que seja, para a lei, a atividade caracterizadora da empresa:

I) Pressupõe não a prática de um ato isolado, mas uma atividade reiterada, uma série de atos vinculados, coordenados e em execução continuada, com vistas a um escopo comum, equivalendo, desse modo, ao que vulgarmente se denomina “negócio”.

II) Os atos instrumentais do negócio não constituem a atividade econômica, sem as demais operações, às quais deve remontar. Em termos mais práticos, para exemplificar, a reiterada subscrição ou negociação de cambiais não representam, só por si, a atividade empresarial, que há de resultar das operações posteriores, como, por exemplo, a compra e a venda de mercadorias a crédito, a que as primeiras atividades servem como meios instrumentais. Nas pessoas jurídicas organizadas, essa atividade empresarial costuma coincidir com a descrição do objeto constante do contrato social.

III) Para fixar a natureza jurídica do sujeito da atividade (vale dizer, da imputação jurídica da noção de atividade), não se pode recorrer a um conceito meramente econômico, atribuindo a atividade a quem corre economicamente o risco dela. Essa correspondência normalmente se dá, mas não há uma necessária, constante e rigorosa coincidência.

IV) Em outras palavras, o empresário normalmente coordena os fatores de produção, corre o risco, detém o poder, organiza a atividade e dela tira lucro. Nem sempre, todavia, no caso concreto, pode o jurista identificar aquele que, economicamente, é o empresário, dita as regras e obtém o lucro. Aquilo que, no plano econômico, configura o empresário e o lucro pode assumir feições diversas, justamente porque o jurista deve defini-los à luz das emanações próprias do sistema normativo. Importa, assim, definir de quem é a vontade juridicamente relevante na conclusão dos vários negócios, de que risco se está falando e de quem vai assumir as obrigações daí decorrentes perante terceiros.

V) O relevo dessas distinções reflete-se na atribuição da qualidade de empresário às pessoas jurídicas, às quais, em realidade, incumbe uma responsabilidade jurídica e uma imputação jurídica, o que é diverso de uma atribuição econômica do risco (que toca, no campo prático, aos próprios sócios) ou mesmo de uma efetiva paternidade de iniciativa (que será sempre de homens, e não de pessoas jurídicas).

VI) Em suma, o sujeito da atividade econômica de que fala a lei para a consideração do que seja empresário só pode ser o sujeito que, com base nos respectivos atos integrantes, adquire direitos e assume obrigações. Com a fixação desses parâmetros, vê-se, assim, a possibilidade de entender como os sujeitos dessa atividade possam também ser pessoas jurídicas ou coletividades de pessoas, muito embora a iniciativa e o risco econômico seja das pessoas físicas.

VII) A qualificação do sujeito da atividade empresarial deriva do exercício da atividade (para a pessoa física) ou do escopo de exercê-la (para a pessoa jurídica).

VIII) É certo, assim, por um lado, que tanto a pessoa jurídica como a pessoa física podem tipificar a figura do empresário, tal como descrita na lei, desde que preenchidos os requisitos nela constantes (CC, art. 966). Importa observar, contudo, que, na pessoa jurídica, o simples escopo do objeto social basta para caracterizar a natureza da atividade, independentemente de seu efetivo desenvolvimento. Já na pessoa física, a atividade é um fato e somente pode ser imputada a qualificação de empresário em razão do efetivo cumprimento dos atos pelos quais aquela se desdobra.<sup>126</sup>

IX) E não se deve esquecer que a qualificação da sociedade não se confunde com a dos sócios, além do que a atividade de representação da sociedade não tem o condão de tornar o sócio ou gerente um empresário para os efeitos jurídicos. Mesmo nas sociedades em que o sócio responde pelos débitos sociais, a responsabilidade não o torna empresário, mas constitui apenas consequência da forma social escolhida para cumprir os fins especificados em disposição clausular. A qualificação da sociedade, em resumo, não se confunde com a qualificação dos sócios: o sócio ou gerente não deve, porque não é ele o empresário, mas pode responder pelos débitos sociais, em decorrência da legislação em vigor e da espécie de sociedade escolhida para implementar a atividade econômica. O alcance da lei, no caso, para a sociedade é um; para o sócio, ainda que ilimitadamente responsável, é outro e diverso.

X) A qualificação técnica de empresário constitui o pressuposto para a aplicação ao sujeito de uma disciplina especial, ou para a aplicação de uma disciplina especial aos atos por ele praticados no exercício da atividade. E, como lembra Tullio Ascarelli, a aquisição dessa qualificação dá-se a título originário, ou seja, para o exercício da

---

<sup>126</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio, O empresário, cit., p. 183-189.

própria atividade ou com o fito de exercê-la, justamente porque uma “atividade”, por si só, não pode ser transferida.<sup>127</sup>

XI) Do fato de que, na pessoa jurídica, o simples escopo do objeto social basta para caracterizar a natureza da atividade, independentemente de seu efetivo desenvolvimento, decorre a circunstância de que ela pode adquirir a qualificação de empresário mesmo antes do efetivo exercício. Por outro lado – como se dá em casos de falência – a persistência do escopo pode fazer persistir a qualidade de empresário, mesmo quando cessado o efetivo exercício da atividade empresarial.

### 8.8 Primeira exceção: os profissionais intelectuais

Após o conceito geral do que seja empresário, feito em seu *caput*, o artigo 966, parágrafo único, excepciona que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Por um lado, o conceito do *caput* veio trazer importante inovação no que tange ao conceito da figura do empresário, em substituição ao antigo conceito de comerciante, quer pessoa física, quer sociedade mercantil. Assim, se o comerciante se distinguia como aquele que praticava atos de intermediação com finalidade de lucro, o empresário hoje é aquele que exerce atividade econômica organizada, com vistas à produção ou à circulação de bens ou serviços.

Por outro lado, entretanto, na trilha do Código italiano, nosso Código Civil não considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único).

Por essa determinação, os profissionais liberais somente serão alcançados pela regulamentação da atividade econômica, se vierem a exercer sua profissão numa organização empresarial. Se não se identificar o elemento empresa, a atividade haverá de regular-se pelo regime próprio da respectiva categoria profissional.

---

<sup>127</sup> ASCARELLI, Tullio, O empresário, cit., p. 183-189.

Observe-se, contudo, que os profissionais intelectuais se excluem do rol dos empresários não porque falte este ou aquele requisito do conceito de empresário, mas porque eles usufruem de uma imunidade em relação ao estatuto do empresário, e essa sua imunidade é fruto de um privilégio, ou seja, de uma exceção do direito comum, que não a incluiu no âmbito empresarial, como concessão a uma específica classe, a dos profissionais liberais, em consideração à importância não só econômica da atividade intelectual. Registre-se, todavia, que alguns reputam que essa exceção, “sob qualquer aspecto, é um privilégio odioso, que prejudica o exercício intelectual”<sup>128</sup>. De qualquer modo, a exclusão da atividade intelectual do rol das atividades empresariais será certamente um ponto de muitas discussões entre os doutrinadores brasileiros.

Prossiga-se com a observação de que, se o profissional intelectual ou artístico passa a desenvolver outra atividade, diversa daquela intelectual ou artística, e considerada como atividade de empresa, então se transforma em empresário (art. 966, parágrafo único). Vejam-se, como exemplos, o médico que administra um hospital e o professor que dirige um instituto de educação privada: tornam-se empresários, porque desempenham uma atividade definida como empresa, a saber, a administração do hospital ou do instituto de educação. Em tal caso, o exercício de ambas as atividades, de profissional liberal e de administrador, não impede sejam reputados empresários.<sup>129</sup>

Exatamente nesse sentido, ao falar das exceções dos profissionais intelectuais do rol dos empresários no artigo 2.082 do Código Civil italiano – correspondente à determinação do artigo 966, parágrafo único, do Código Civil brasileiro – Tullio Ascarelli faz questão de observar que, se se excluem individualmente tais profissionais do grupo dos empresários, “a solução é oposta para uma sociedade que, no exercício da sua atividade, utilize, além disso, do trabalho de profissionais dos quais ofereça coisas e serviços, como, por exemplo, através de casas de saúde ou casas de cura, assim como ocorrerá a hipótese do empresário... quando a

---

<sup>128</sup> Cf. TRENTINI, Flavia. *O novo conceito de empresa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 813, p. 17. jul. 2003.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 18.

atividade profissional (mesmo que prevalente) constitua elemento (como, de novo, na hipótese das casas de cura) de uma atividade (empresarial)”.<sup>130</sup>

## 8.9 Sociedades de advogados

O Estatuto do Advogado (Lei n. 8.906/94), em seu artigo 16, proíbe, por um lado, às sociedades de advogados adotar “forma ou características mercantis”, ou realizar “atividades estranhas à advocacia”; por outro lado, o artigo 15 estabelece que “os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia”.

Ora, como não há mais no ordenamento a distinção entre sociedade civil e sociedade comercial, a expressão “sociedade civil de prestação de serviço de advocacia” deve ser lida como sociedade simples, ou seja, sociedade não-empresária, de prestação de serviços de advocacia. Ou seja: o advogado e a sociedade de advogados possuem, por lei, estatuto próprio e não estão sujeitos ao estatuto do empresário.

Acresça-se apenas que, também por estatuto próprio, o advogado e a sociedade de advogados devem registrar-se no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados (Lei n. 8.906/94, arts. 10 e 15, § 1º), e é até mesmo vedado o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia (Lei n. 8.906/94, art. 16, § 3º).

## 8.10 Segunda exceção: a sociedade cooperativa

Do mesmo modo que, por determinação legal, há a inclusão obrigatória de certas estruturas no rol dos empresários – a sociedade anônima será sempre uma sociedade empresária, independentemente de seu objeto (CC, art. 982, parágrafo único) – também, em certos casos, há a exclusão obrigatória de tal rol por disposição da própria lei.

---

<sup>130</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 42, n. 132, p. 207-208, out./dez. 2003.

Tal é o que ocorre com as cooperativas, como se pode ver pela dicção do artigo 982, parágrafo único: “Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”. Vale dizer, a cooperativa sempre será, por determinação legal, uma sociedade não-empresária.

### **8.11 Exceção facultativa: o empresário rural**

Seguindo as pegadas do direito italiano, o legislador brasileiro dispensou às pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade rural um tratamento especial e privilegiado, ao permitir-lhes, a seu talante, funcionar como sociedade empresária, ou não.

O artigo 971 assim determina: “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o artigo 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”.

Ou seja: por expressa disposição de lei, que adotou no caso um critério exclusivamente qualitativo, há uma sujeição voluntária, por critério facultativo, que permite àquele que desempenha atividade rural a inclusão no rol dos empresários.

### **8.12 O pequeno empresário**

Ainda na esteira do rumo tomado pelo modelo italiano, a nova codificação brasileira distinguiu o pequeno empresário, conferindo-lhe um tratamento específico e privilegiado, mediante adoção de um critério quantitativo, representado pela pequena renda bruta e exigüidade do comércio exercido, para, com isso, permitir-lhe mais facilidade de fixação no desempenho de sua atividade.



Com efeito, registra o artigo 970: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado (...) ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”.

Veja-se que, pela determinação da lei, o tratamento diferenciado há de dar-se em aspecto específico, a saber, no que diz respeito à inscrição como empresário e quanto aos efeitos desta decorrentes.

### **8.13 A prestação de serviços**

Anote-se que as sociedades civis estavam contempladas no inciso I do artigo 16 do Código Civil revogado, e podiam constituir-se para diversos fins, com ou sem finalidade de lucro, podendo, ademais, ser de caráter religioso, pio, moral, científico ou literário.

Pelo conceito que se extrai do artigo 966 do Código Civil de 2002, todavia, a prestação de serviços, antes considerada atividade civil, passou a ser, em regra, empresarial. Até mesmo os profissionais liberais poderão ser considerados empresários, se presente em sua atividade o “elemento de empresa”, ressalvadas, por óbvio, as especificidades decorrentes de legislação especial regulando determinada categoria profissional, como é o caso dos advogados.

## 9 ORIGEM DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O PARECER DOS JURISTAS

### 9.1 A conta de participação na Antigüidade

O mais remoto registro escrito de uma sociedade comercial encontra-se nos artigos 100 a 107 do Código de Hamurábi, provavelmente dois mil anos antes de Cristo<sup>131</sup>. De modo específico no que concerne à sociedade em conta de participação, Alberto João Zortêa repete lição de Gabrielle Faggella no sentido de atestar sua existência, em forma de associação, nos primórdios da vida social, com a observação de ter sido usada por todos os povos em seu período incipiente de civilização<sup>132</sup>. Historiadores e comercialistas acreditam que tenha existido também em Atenas, nas associações entre certos capitalistas e banqueiros para provisão de dinheiro.

Embora faltem textos seguros e convincentes, os mais modernos estudos documentais levam a crer que ela também tenha existido entre os romanos, e o fato do silêncio no direito positivo deve ser creditado à realidade de que essa espécie de sociedade se adaptava aos estrangeiros e aos peregrinos, e era regulada apenas por seus usos. Outros acreditam que tenha servido de intenso instrumento no tráfico de escravos, nas empresas de construção, nos negócios marítimos, e tudo com a participação secreta dos senadores e patrícios romanos, para quem, ostensivamente, o comércio era desonroso.<sup>133</sup>

Carvalho de Mendonça até mesmo assinala que, embora as leis romanas não lhe fizessem referência especial, “houve quem reconhecesse em Roma essa espécie de contrato, afirmando o seu uso. Os imperadores Diocleciano e Maximiniano, por exemplo, falaram de uma participação num arrendamento de salinas”<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Cf. ZORTÊA, Alberto João. Sociedade comercial em conta de participação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, 380, out./dez. 1980.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 380

<sup>133</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>134</sup> Cf. MENDONÇA, Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 4, livro II, n. 1.424, p. 224-225.

## 9.2 Seu uso na Idade Média

Na Idade Média, essa espécie de sociedade foi usada na Itália e na França, de modo mais amplo nos empreendimentos marítimos e também terrestres na Itália, estendendo-se a todos os países europeus.

Nessa época, a conta de participação era preferida pelos capitalistas, uma vez que a Igreja proibia aos católicos o lucro excessivo, motivo por que contratavam às escondidas, movidos pelo desejo de não deixar improdutivo o dinheiro. Entregavam a gestão comercial ao sócio ostensivo, com frequência um judeu, de quem não se exigia obediência ao papa, a fim de que não viessem a ser impedidos tais negócios. Além desses aspectos, é de significativo relevo lembrar que a classe rica via a inconveniência de aumentar seu capital com trabalho pessoal, especialmente por via do comércio.

Além disso, essas sociedades foram largamente utilizadas, e com grande brilho, nas empresas marítimas do Mar Mediterrâneo, onde, apesar dos enormes riscos, ante os freqüentes soçobros navais, em razão da fragilidade das embarcações, mesmo assim rendiam enormes lucros aos investidores.

## 9.3 Origem recente da conta de participação

Na Idade Média, operou-se a separação entre o direito comercial e o *jus civile*, tornando-se aquele o direito da classe dos mercadores, de natureza tipicamente subjetiva. As formas societárias em uso na oportunidade eram as sociedades romanas – *societas panem et vinum*, posteriormente denominadas sociedades coletivas, e a *commenda*. Do desenvolvimento dessa rudimentar *accomenda* advieram duas outras modalidades societárias:

- a) a *comandita simples*, de natureza bilateral, com vínculo entre o sócio capitalista, prestador do dinheiro (*commendator*) e o gestor do negócio e sócio ostensivo (*trattor*);
- b) a *sociedade em conta de participação*, em que aparecia apenas o sócio ostensivo individualmente (*gestor*), e o sócio omissor (*oculto*), prestador de capital, que não aparecia perante terceiros, mas ficava na penumbra, não atuando nos negócios nem perante terceiros,

apenas participando dos lucros. Por sua natureza oculta, essa espécie de sociedade não era alvo de obrigatoriedade de registro nas corporações.<sup>135</sup>

Acredita-se, assim, que a *societate em conta de participação* tenha surgido da comenda, e seu desenvolvimento se deveu à proibição canônica das práticas usurárias e do fato de que à nobreza não ficava bem dedicar-se ao exercício do comércio. E esta, por essa espécie societária, podia fazer seu dinheiro multiplicar-se, sem ser conhecida.

Tal comenda, no início, constituía modalidade de contratação de simples empréstimo ou depósito sem vínculo associativo nem fundo social, em que o capitalista entregava ao negociante uma quantia em dinheiro ou mercadorias. Se houvesse lucros, estes eram divididos. Para o capitalista, o máximo de perda que poderia sofrer era não receber de volta o valor entregue ao negociante.

Com o tempo, o negociante passou a também contribuir com dinheiro e mercadorias. Em mesma esteira, de gerente passou a proprietário. E, assim, duas teriam sido as formas de comenda: a bilateral, que teria dado origem à comandita; e a unilateral, de que teria surgido a conta de participação.

Como a sociedade *partecipazione* não agia sob razão social, os comanditários não sofriam a ação direta de terceiros. Por outro lado, os sócios também nada podiam fazer contra os devedores da sociedade. O sócio oculto não era reputado sócio perante terceiros, mas era-lhe conferido tal atributo no âmbito do relacionamento entre os sócios, em razão de haver contribuído com capital, quer em dinheiro, quer em mercadorias, quinhão esse que entrava na sociedade e passava a fazer parte do patrimônio do sócio ostensivo. Por outro lado, ao sócio oculto não era permitido opinar nos negócios nem geri-los, mas apenas conhecer os resultados.

Não parece haver dissidência entre os autores, no que respeita a vincular a sociedade em conta de participação ao contrato de comenda, da qual também se originou a sociedade em comandita, entendendo-se que a comandita era pública, enquanto a conta de participação era oculta.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Cf. ZORTÊA, Alberto João, *Sociedade comercial em conta de participação*, cit., p. 382.

<sup>136</sup> Cf. BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades, empresa e estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 134.

Apenas se anota, com alguns autores, que a sociedade em conta de participação se confundia, de início, com a antiga sociedade em comandita, até que a Lei de Florença, de 1408, regulou detalhadamente esta última, caracterizando-a como sociedade com patrimônio diverso do patrimônio particular dos sócios.<sup>137</sup>

Para De Plácido e Silva, a sociedade em comandita simples, por seu lado, teria sido inspirada no célebre *contrato de pacotilha*<sup>138</sup>, realizado pelos patrícios romanos, avessos à prática do comércio, com os capitães de navios gregos, para partilha dos lucros escondidos. Daí porque o sócio que fornece o dinheiro ao outro sócio comerciante, marca o seu perfil por permanecer na sombra do anonimato.

#### 9.4 A conta de participação nos tempos modernos

Por volta do século XVII, já à espera de regramento pelo direito positivo, as sociedades comerciais eram de três ordens: a) uma de *responsabilidade ilimitada e solidária*, feita entre duas, três ou mais pessoas para o comércio coletivo; b) uma segunda, em forma societária de *comandita*, na qual um dos sócios era responsável ilimitadamente, e o outro tinha responsabilidade limitada; c) uma terceira, de forma *anônima*, destinada às grandes explorações do comércio colonial e internacional.

A primeira manifestação do direito positivo acerca das sociedades, todavia, deu-se na França, em março de 1673, pelo *Code Savary*, que acolheu a sociedade em conta de participação sob o nome de *société anonyme*. O Código de Comércio da França de 1807, que a recebeu legalmente como *associação em conta de participação* e lhe destinou quatro

---

<sup>137</sup> Cf. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 30. ed. rev. atual e ampl. por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro. Forense, 2005. p. 221.

<sup>138</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José, *Vocabulário jurídico*, cit., v. 3, p. 299. Derivado do francês, *pacotille* (fardinho, pequeno pacote), tecnicamente é a mercadoria que o capitão do navio ou seus tripulantes podem transportar gratuitamente, para vender nos portos por onde passa o navio. Segundo o referido autor, daí decorre o *contrato de pacotilha*, que se formava entre o capitão ou tripulante, denominado *tomador*, e um terceiro, normalmente comerciante, dito *dador*, em virtude do qual este entregava àquele certa quantidade de mercadoria (*pacotilha*), para ser vendida durante a viagem, repartindo-se entre ambos os lucros auferidos. De uso freqüente na Idade Média, notadamente na Itália, sob o nome de *accomanda* ou *accomandita*, dessa prática se originou a *société em comandita*.

artigos para tratamento, veio a reconhecer três espécies de sociedades: a) a sociedade em nome coletivo; b) a sociedade em comandita; c) a sociedade anônima.<sup>139</sup>

O Código de Comércio espanhol de 1829, em cinco artigos específicos, acolheu a sociedade em conta de participação com a denominação de *sociedades accidentales ó cuentas em participación*.

Em Portugal, essa espécie societária nasceu em 1833, com o Código Comercial português, que foi um dos primeiros a conferir o caráter de sociedade à conta de participação, destinando-lhe seis artigos e chamando-a *associação em conta de participação*.

O Código de Comércio espanhol (1829) e o português inspiraram-se no diploma francês, e os três serviram de fonte ao nosso ordenamento, que a reconheceu como específica sociedade pelo Código Comercial de 1850, que a regulamentou nos artigos 325/328, ainda no império, sob o reinado de D. Pedro II.

## 9.5 Observações importantes

Apenas por dever de informação, observa-se, por primeiro, que tanto a França como a Itália tratam hoje a conta de participação como associação.

Também se anota que nosso Código Comercial de 1850 lhe conferia o nome de *sociedade em conta de participação*, mas a tratava dubiamente, no artigo 325, como *associação*.

Por fim, parece interessante apontar algumas peculiaridades nas diversas legislações sobre a matéria: a) diversamente do nosso ordenamento, que permite a multiplicidade de sócios ocultos, na Itália e na Alemanha, só pode haver dois sócios – um ostensivo e outro oculto; b) na Argentina, fala-se em fundos sociais, enquanto na maioria dos ordenamentos, as quotas-partes se juntam ao patrimônio individual do sócio ostensivo.

---

<sup>139</sup> Cf. ZORTÊA, Alberto João, Sociedade comercial em conta de participação, cit., p. 382.

## 9.6 Opinião de autores contrários

Há autores que fazem a apologia das sociedades em conta de participação, mas nem todos lhe tecem elogios à existência e estrutura.

Para certos deles, como o nosso João Eunápio Borges, que busca atacar-lhe a essência e a natureza, a sociedade em conta de participação nada mais é do que “uma sociedade embrionária, cuja gestação não chega a bom termo e que, esta sim, constitui autêntica ‘esdruxularia’, digna das severas críticas que os nossos comercialistas costumam reservar, sem razão, para a sociedade de capital e indústria”. Em verdade, para o referido autor, “não tendo personalidade jurídica, não podendo adotar um nome comercial próprio” e “não tendo um patrimônio próprio”, já que este se confunde com o do próprio sócio ostensivo, “de sociedade tem ela apenas o nome, mas não é uma verdadeira sociedade”. E mais: “se o principal sentido da expressão sociedade é... o de pessoa jurídica gerada pelo respectivo contrato, dizer-se que a sociedade em conta de participação não é pessoa jurídica é o mesmo que afirmar-se que ela não é uma sociedade mercantil no genuíno sentido desta expressão”.<sup>140</sup>

Outros autores, sem questionar-lhe a validade e a aplicação em outras épocas do mundo jurídico, ao chamarem a atenção dos estudiosos para o fenômeno da “degenerescência” das sociedades, ou pelo menos de alguns dos seus tipos, mencionam expressamente a sociedade em conta de participação.<sup>141</sup>

Terceiros dos contrários, em busca de ver fragilidade em algumas de suas características, afiançam que essa espécie de sociedade só emerge à luz do sol, quando um dos sócios pretende demonstrar o que ficou durante algum tempo na sombra. Necessário, para tanto, a propositura de ação judicial para esclarecimento da verdade e apuração dos seus efeitos. Tal ocorre, também, quando há um terceiro, para efeito de responsabilizar a sociedade escondida, de sorte a apanhar a responsabilidade do participante, o qual se vê na contingência de precisar do Poder Judiciário para evidenciar o ajuste segregado aos olhos do mundo. Observe-se, todavia, que esse argumento, que busca atacar o caráter oculto dessa espécie societária, não prospera, uma vez que o atributo da publicidade, que reveste as demais

---

<sup>140</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 323.

<sup>141</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 5, out./dez. 1973.

modalidades, não elimina a possibilidade de busca de socorro das vias judiciais. E não parece desmerecê-la em hipótese alguma o aspecto de que algo oculto por natureza venha a ser revelado em um dado momento.

### 9.7 Opinião de autores favoráveis

A maioria dos doutrinadores, entretanto, manifesta entendimento favorável à sociedade em conta de participação, a começar por aqueles que, ante a ausência de burocracia e de formalidades legais, quer em razão de negócios urgentes e de ocasião, quer para as hipóteses de empreitadas incipientes, em que uma experimentação inicial tem grande importância, vêem que ela é sempre chamada a preencher o vazio jurídico, para reger situações novas decorrentes da contínua evolução das atividades mercantis.<sup>142</sup>

Carvalho de Mendonça alinha significativos aspectos pelos quais considera o fato econômico da sociedade em conta de participação “um dos mais conhecidos e valiosos no círculo do comércio”: a) o interesse de amparar os riscos que oferecem certas empresas; b) o desejo ou a necessidade de ocultar o próprio nome nas negociações ou operações mercantis; c) a conveniência de poupar despesas com a organização de uma das espécies de sociedade dotada com personalidade; d) a urgência da operação, que não permite o cumprimento de múltiplas e demoradas formalidades; e) a natureza do negócio, que exige total reserva.<sup>143</sup>

Em realidade, “hoje, dadas as condições econômicas reinantes, as sociedades em conta de participação estão revivendo. Capitalistas emprestam seus capitais a empresários para aplicação em determinadas operações, repartindo-se o lucro ao final. É comum nos negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação imediata de expressivos capitais... Como se vê, a sociedade em conta de participação constitui moderno instrumento de captação de recursos financeiros para o desenvolvimento econômico, tendo, além disso, amplas e úteis aplicações, dentro do moderno campo do direito comercial.”<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 5.

<sup>143</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 223.

<sup>144</sup> REQUIÃO. Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 423.



Vale dizer: “a velha e vetusta e muitas vezes esquecida sociedade em conta de participação é, portanto, um filão rico que a imaginação e a engenhosidade dos juristas podem explorar para resolver e reger tantos negócios jurídicos novos, que a revolução econômica dos últimos tempos vem impondo. Seus característicos principais que, afinal, se traduzem numa típica sociedade *intra partes* e oculta, para todos os efeitos, em relação a terceiros, têm resistido e persistido através dos séculos. E é isso, sem dúvida, que lhe dá a virtuosidade necessária para ser aplicada à extensa gama de atividades mercantis, no sofisticado mundo de negócios que caracteriza a época atual”.<sup>145</sup>

Os atributos que lhe são próprios e alguns questionamentos acerca de sua natureza – como a ausência de forma rígida para sua constituição, a ausência de patrimônio autônomo, o anonimato, a ausência de personalidade – nada disso obsta “a que seja, como de fato é, vera sociedade. Pouco importam as deficiências, pois também as antigas sociedades de comércio existiam e se comportavam do mesmo modo, apresentando, quando muito, indicação vaga do ente coletivo (...). O conceito de sociedade é completamente distinto do de personalidade jurídica, o que explica que as sociedades irregulares não deixam de ser reconhecidas como sociedades, mesmo por aqueles que lhe recusam a personalidade jurídica”.<sup>146</sup>

Quanto à própria acusação de que lhe faltam requisitos essenciais, rebate-se com o argumento de que “não falta à sociedade em conta de participação a concorrência dos pressupostos legais do contrato de sociedade, como: a) o concurso de vontade de duas ou mais pessoas; b) a contribuição de cada uma delas, em bens ou serviços, como base econômica para a realização de um fim comum; c) a divisão dos ganhos e das perdas”, além do que a sociedade “independe, realmente, da personalidade jurídica”. Ressalte-se, apenas, que, em face da inexistência de personalidade jurídica, de um patrimônio próprio, de firma ou razão social, essa espécie de sociedade “só existe como sociedade para os sócios que a integram – nunca para terceiros, no que se distancia fundamentalmente das demais espécies de sociedade”.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> MORAES, Francisco Chagas de. A equiparação da sociedade em conta de participação à pessoa jurídica. *Suplemento Tributário da Revista LTr*, São Paulo, n. 65, p. 363-364, 1987.

<sup>146</sup> ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; REIS, Maria Flávia Curtolo, Sociedade em conta de participação, cit., p. 736.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 738.

Em verdade, uma análise histórica aponta para a importância que, em todos os tempos, tem tido a sociedade em conta de participação, tantas as modalidades de que ela se reveste<sup>148</sup>. E hoje, mais do que nunca.

## 9.8 Conclusão

O Código Civil de 2002 trouxe inovações interessantes a algumas sociedades consideradas inativas por alguns doutrinadores desde a entrada em vigor do Decreto n. 3.708, de 10.01.1919, que instituiu a sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Pode-se afirmar, além disso, sem medo de erro, que a sociedade em conta de participação é a menos conhecida, sendo, todavia, a mais utilizada das sociedades extravagantes, embora, curiosamente, não venha recebendo a devida menção e atenção nos meios acadêmicos ou mercantis<sup>149</sup>. Uma de suas maiores vantagens é que ela preserva a identidade do investidor e lhe confere segurança legal, já que não lhe acarreta qualquer responsabilidade para com terceiros. Possibilita, ademais, a manutenção de segredos de negócios e estratégias de crescimento, além da preservação de patrimônios pessoais vultosos ou nomes célebres vinculados a tais negócios, em virtude da ausência de obrigatoriedade de registro e conseqüente publicidade do contrato constitutivo, onde se identificam os sócios.

Além disso, nos dias atuais, ante as dificuldades para obtenção de capital, sobretudo como resultado da elevada taxa dos juros, que teimam em manter-se em níveis estratosféricos no país, o crédito figura como principal objeto de desejo de um grande número de empresas. Em razão da própria lei da oferta e da procura, o que acaba sendo muito procurado costuma ter seu acesso dificultado, senão inviabilizado. Num quadro como esse, muitas empresas acabam fechando suas portas por inviabilização do crédito. E uma das alternativas de destaque para a capitalização das empresas, que também é verdadeiro método alternativo de investimento, reside na formação de uma sociedade em conta de participação.

---

<sup>148</sup> Cf. BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades, empresa e estabelecimento*, cit., p. 135.

<sup>149</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira; WIEGERINCK, João Antonio, *O direito societário e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil*, cit., p. 23.

## 10 USO E ABUSO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 10.1 Casos de boa aplicação do instituto

Um grupo de investidores deseja aplicar capital de giro em determinada atividade e, para tanto, elegem um administrador de absoluta confiança e habilidade irrepreensível no trato dos negócios, para que providencie os investimentos. Diversas hipóteses poderiam ser pensadas para a consecução do objetivo colimado. Todavia, se a atividade-fim não é momentânea e tende a se tornar habitual, a *joint venture*, ou contrato de parceria<sup>150</sup> – como traduzido em nosso país – não seria a melhor opção. De outra parte, a *sociedade limitada* também não seria a mais indicada, uma vez que não preservaria de modo eficiente a qualidade de investidores dos sócios partícipes. Por seu lado, a sociedade em *comandita* não traria consigo as vantagens do sigilo. A adequação do figurino societário ficaria, assim, com a conta de participação.

Todavia, porque essa espécie de sociedade não tem, normalmente, divulgação pela mídia, sendo, por natureza, oculta aos olhos das pessoas, acredita-se equivocadamente ser um tipo societário em extinção, ou mesmo extinto. Mas isso não corresponde à efetiva realidade. O que parece correto afirmar é que a adoção da sociedade em conta de participação é muito mais freqüente do que se imagina, e, para alguns, os reais números só não vêm à tona em virtude, precisamente, do caráter oculto dessa sociedade.

Para Waldirio Bulgarelli, “são inumeráveis as utilizações de que a sociedade em conta de participação pode revestir-se na prática”<sup>151</sup>. Como lembra Bernardo Lopes Portugal, “diante de uma oportunidade de negócios e a simplicidade da formatação de uma sociedade em conta de participação, este tipo de sociedade constitui-se como um instrumento jurídico capaz de viabilizar a participação de investidores, seja de pequeno ou grande porte, ainda mais numa economia cada vez mais globalizada e competitiva, principalmente no dinâmico

---

<sup>150</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira; WIEGERINCK, João Antonio, O direito societário e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil, cit., p. 24.

<sup>151</sup> BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades, empresa e estabelecimento*, cit., p. 138.

mercado de capitais. É, pois, um tipo societário cuja utilização vem crescendo, o que vai demandar um maior interesse no estudo de seus aspectos jurídicos”.<sup>152</sup>

Com frequência, ela é invocada para cobrir o vazio jurídico da regulamentação de novos negócios que as transformações da vida econômica impõem, até que a legislação, consciente de sua importância, os venha a subordinar a uma disciplina própria. Assim, se o que se quer é participar em um negócio à conta de outrem, sem necessidade de presença e atuação no negócio; se se intenta uma especialização patrimonial de contribuição dos sócios gerida por alguém em seu próprio nome, mas garantida aos sócios ocultos a prestação de contas e o direito de regresso; se o que se busca é a limitação da responsabilidade patrimonial do sócio oculto, nos termos das disposições clausulares do contrato, então o caminho mais indicado é o da contratação de uma sociedade em conta de participação.

Não é incomum, por isso, nos dias de hoje, que pessoas interessadas em fazer investimentos contratem com determinada sociedade, especialista na intermediação e gestão de capital, a configuração de uma sociedade em conta de participação, em que caiba aos primeiros (investidores ou sócios participantes) aportar recursos, conforme determinadas disposições clausulares de contrato, enquanto à segunda (sócio ostensivo) incumba gerir e aplicar tais recursos em empresa cuidadosamente escolhida.

Para Rubens Requião, dadas as condições econômicas reinantes nos dias de hoje, sociedades dessa natureza estão revivendo. “Capitalistas emprestam seus capitais a empresários para aplicação em determinadas operações, repartindo-se o lucro a final. É comum nos negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação imediata de expressivos capitais”.<sup>153</sup>

Oscar Barreto Filho entende não haver melhor forma associativa, nos quadros do direito vigente, para a atividade desenvolvida pelos *investments trusts* do tipo aberto. Waldemar Ferreira já preconizava a possibilidade de emprego da sociedade em conta de participação para o chamado *contrato de royalty*, pelo qual se regulamenta, por exemplo, uma

---

<sup>152</sup> PORTUGAL, Bernardo Lopes. A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 160.

<sup>153</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 423.

hipótese em que comerciantes ou industriais, detentores de fórmulas ou processos industriais, de patentes de invenção, ajustam com firmas brasileiras a fabricação de seus produtos aqui em nosso país, mediante porcentagem sobre o montante dos negócios ou dos lucros líquidos<sup>154</sup>. Pontes de Miranda aludia a uma série de atividades negociais que tinham seu melhor figurino nessa forma de sociedade. E ela pode ser o filão rico que a imaginação e a engenhosidade dos juristas podem explorar para resolver e disciplinar muitos negócios jurídicos novos, revelados pela criatividade dos empresários, no afã de acompanhar a revolução econômica dos tempos modernos. Além disso, a história da sociedade em conta de participação, longa e de inegáveis virtudes, evidencia que, não raro, ela é chamada para preencher o vazio jurídico decorrente de situações que surgem como lógica consequência da contínua evolução das sociedades mercantis<sup>155</sup>. Oculta que é, desprovida de personalidade jurídica, serve e tem servido a muitos e variados propósitos, que não se ajustam à rigidez e ao formalismo de outros tipos de sociedades.

Nos dias de hoje, um exemplo bastante comum de sociedade em conta de participação é o que se dá com a exploração de *flats* adquiridos por diversas pessoas ou entidades, desenvolvida nos empreendimentos administrados sob o regime de *pool* hoteleiro. Nele, a empresa hoteleira é a sócia ostensiva, enquanto os proprietários das unidades imobiliárias integrantes do *pool* são os sócios participantes.

Outro exemplo de sociedade em conta de participação são as empresas (sócios participantes) que, apostando em futuros lucros de uma atividade ainda pouco explorada – por exemplo, a Biotecnologia, associam-se a outra empresa (sócio ostensivo), para que esta exerça atividades de pesquisa para obtenção de novos medicamentos. Como, em regra, somente o sócio ostensivo assume obrigações perante terceiros, a sociedade em conta de participação significará para os sócios participantes considerável isenção em relação aos riscos do negócio e possibilidade de participação nos lucros, caso venham a existir.

Para Bernardo Lopes Portugal, a sociedade em conta de participação tem aplicação “nos mais diversos ramos da atividade econômica atual, como na administração de imóveis, execução de obras públicas ou exploração de concessões de serviços públicos, organização de

---

<sup>154</sup> Cf. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961. v. 3, n. 592, p. 544-545.

<sup>155</sup> MÉLEGA, Luiz. As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda. *Suplemento Tributário da Revista LTr*, São Paulo, LTr, v. 10, p. 57, 1988.

fundos de investimento, sindicatos financeiros, sindicatos acionários, acordos industriais e comerciais, e até mesmo para a aquisição de bilhetes de loteria”.<sup>156</sup>

Não se esqueça, ademais, a possibilidade de viabilização negocial, em determinadas circunstâncias especiais, por via da sociedade em conta de participação, como se dá com “as empresas de importação ou exportação, em determinados momentos cíclicos de uma economia, quando há demanda crescente por capital e não há tempo hábil para a burocracia de criação de empresas, registro, habilitação, etc.”<sup>157</sup>

## 10.2 Casos legais de aplicação

Em determinados casos, a opção pela sociedade em conta de participação, ou mesmo a definição de determinada situação como tal, provêm da própria lei. Uma típica aplicação da sociedade em conta de participação encontra-se nas relações jurídicas criadas entre as *sociedades de crédito e fiscalização* – que transplantaram para o Brasil o chamado fundo de *acceptance*, destinado a reunir capitais e formar um fundo para desconto de duplicatas de venda de bens duráveis em prestações –, originariamente disciplinadas pelo Decreto-Lei n. 2.585, de 25.05.1945, e depois sujeitas ao disposto na Lei n. 4.595, de 31.12.1968, e às resoluções que, nos termos dessa mesma lei, sejam alvo de edição por parte do Banco Central do Brasil.

Também já se aplicou a conta de participação para os fundos de investimentos originários dos Estados Unidos, chamados *mutual funds* ou *mutual investment trusts*, conforme Portaria n. 309, de 30.11.1959, do Ministro da Fazenda, ao depois referidos no § 4º do artigo 50 da Lei de Mercado de Capitais, de n. 4.728, de 14.07.1965.

Em 1968, quando o Banco Central do Brasil, pela Resolução 103/68, determinou a extinção dos fundos de financiamento mantidos pelas sociedades de investimentos ou financeiras, já se sustentava que, em sua maioria, tais fundos se organizavam como sociedades em conta de participação.

---

<sup>156</sup> PORTUGAL, Bernardo Lopes, A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários, cit., p. 159.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 160.

Vê-se, de igual modo, a expressa escolha do legislador pela sociedade em conta de participação para regular a aplicação dos incentivos fiscais em *empreendimentos florestais*, na consonância com a Lei n. 1.134, de 16.11.1970.

### 10.3 A conta de participação e as *joint ventures*

*Joint venture*, nome que não tem equivalente em nossa língua<sup>158</sup>, é figura jurídica originada da prática, que pode ser entendida como um contrato de colaboração empresarial.

Pode-se ter um contrato de *joint venture* como aquele pelo qual um conjunto de sujeitos de direito, nacionais ou internacionais, realizam aportes das mais variadas espécies, sem perda da identidade e da individualidade como pessoa jurídica ou empresa, para a realização de um negócio em comum, que pode constituir-se desde a criação de bens até a prestação de serviços, em atuação que se desenvolverá por um lapso de tempo limitado, com o intuito de benefícios econômicos financeiros, ou simplesmente valorização patrimonial.

Sua característica essencial é a realização de um projeto comum, em empreendimento de curta ou longa duração. Em determinadas circunstâncias, o uso da sociedade em conta de participação é extremamente apropriado até mesmo para reger *joint ventures* entre empresas estrangeiras e nacionais.

No plano formal, a *joint venture* pode apresentar-se sob duas modalidades: a) *corporate joint venture*, que é a associação de interesses que dá nascimento a uma pessoa jurídica, na forma de uma empresa, de uma sociedade; b) *non corporate joint venture*, a saber, a associação de interesses que não dá nascimento a uma pessoa jurídica. Nessa última modalidade, a *joint venture* pode ser entendida como uma sociedade em conta de participação.

Quanto ao tempo de sua duração, independentemente de sua estruturação formal em pessoa jurídica ou não, as *joint ventures* podem classificar-se em: I) *transitórias*, ou seja, pactuadas para uma duração determinada, como a sociedade em conta de participação e o

---

<sup>158</sup> Tradicionalmente, no direito inglês, *joint venture* tinha a acepção de uma aventura conjunta, ligada na origem a um contrato de direito de navegação, pelo qual se buscava obter lucro em negócios marítimos de importação e exportação. Nunca foi concebida na lei inglesa, todavia, como uma figura autônoma.

consórcio; II) *permanentes*, isto é, contratadas por prazo indeterminado, como é uma filial comum internacional, normalmente constituída sob a forma de sociedade anônima, por configurar sociedade eminentemente de capital.

Sobretudo quando enquadrada como subespécie do gênero *joint venture*, a sociedade em conta de participação constitui interessante alternativa para a contratação de parcerias internacionais, a serem constituídas entre sociedades nacionais e estrangeiras, mormente para empreendimentos que exijam maior flexibilidade de estrutura e simplicidade e rapidez de constituição, como – apenas para exemplificar – são os negócios de importação e exportação.

Ou seja: a sociedade em conta de participação, sobretudo em função de sua flexibilidade de estrutura, facilidade e rapidez de constituição, também é alternativa das mais interessantes para o revestimento de *joint ventures* internacionais entre sociedades brasileiras e estrangeiras.

#### **10.4 Instituto vitorioso**

Em conclusão, quer no Brasil, quer no exterior, podem-se encontrar inúmeras aplicações dessa modalidade, e os próprios participantes muitas vezes não se dão conta de que estão atuando nessa espécie. Resuma-se, apenas para exemplos, com as sociedades de investimento, que arrebanham fundos de inúmeros investidores, para aplicá-los em uma ou mais atividades, para obtenção de lucros e conseqüente distribuição entre os participantes. Nesse caso, a sociedade de investimento é uma empresa mercantil e configura o sócio ostensivo. Os sócios ocultos são os investidores, um conjunto de pessoas variadas, que nem se conhecem muitas vezes. Uma adequada análise da atuação há de revelar, todavia, sem muita dificuldade, a existência de uma real e efetiva sociedade em conta de participação. Ainda se podem citar outros exemplos de sociedades em conta de participação: a) os fundos de investimento (chamados condomínios); b) as *joint ventures* (em certas circunstâncias); c) a aquisição conjunta de bilhetes de loteria; d) os *pools* de investimentos.



## 10.5 Casos de desvirtuamento do instituto

Um aspecto negativo, porém, precisa ser apontado a essa altura, porquanto o modelo criado pelo legislador, que detém inúmeras vantagens e aplicações, está sendo usado de forma imoderada por pessoas e empresas (sócios ostensivos) que pretendem não mais que o lucro fácil, em total prejuízo de terceiros (sócios participantes).

Surgem, assim, no mercado empresas que, mediante forte propaganda, oferecem facilidades para aquisição de veículos ou de imóveis. A par da modicidade das prestações, não exigem comprovação de renda, nem ausência de restrição em órgãos de proteção ao crédito. A propaganda é muito sedutora e agressiva, o que facilita o convencimento de pessoas humildes e que têm pouco acesso à informação.

O consumidor, pensando estar diante de simples modalidade de empréstimo para comprar sua casa própria, é atraído pela publicidade e pelos depoimentos de figuras conhecidas, ou mesmo pela oferta direta do vendedor, com aparência grandemente vantajosa (juros baixos, desnecessidade de comprovação de renda, possibilidade de realização do sonho da casa própria em qualquer lugar do país). Nesse caso, a desinformação do consumidor é a alma do negócio.

Na realidade, porém, sem que se informe ao interessado, celebram tais empresas com os clientes contratos de verdadeiras sociedades em conta de participação, com o específico alvo de captar a poupança popular. Em sua realidade intrínseca, nada trazem da aparência do que a propaganda faz crer. E, na aparência, buscam de todos os modos esconder a realidade jurídica que o contrato determina. Trazem a idéia de que oferecem um contrato de compra e venda mais facilitado. Atuam, porém, como verdadeiros consórcios mascarados, postos à margem da fiscalização do Banco Central e em desacordo com as Leis federais 5.766/71 e 8.177/91, além de outras portarias e comunicados dos órgãos fiscalizadores do Governo. Depois de assinado o contrato, desvirtuam-no, e a empresa passa a captar valores sem oferecer garantia alguma e sem autorização governamental, burlando, assim, a legislação de proteção ao consumidor e a da poupança popular. Ou seja: sem comunicar ao interessado, levam-no a firmar um contrato em conta de participação, com todos os riscos inerentes à condição de sócio dela participante.

A maioria das vítimas de propaganda são pessoas de baixa renda e com pouca instrução, que só descobrem o golpe alguns meses depois. Alguns somente caem em si, quando vence o prazo prometido para a liberação do empréstimo, que não vem. Em muitos casos, o contratante arrependido não consegue localizar o vendedor ou a empresa, nem cancelar o contrato que, formalmente, traduz a realidade de uma contratação de sociedade comercial, da qual ele passou a fazer parte na condição de sócio oculto. Alguns meses depois, os escritórios são fechados, e aparece uma faixa comunicando o atendimento por telefones de atendimento ao consumidor, normalmente de uma outra cidade, quando não de outro Estado da Federação. Tais telefones, contudo, não atendem.

Em termos de essência jurídica, devido a sua natureza comercial, verificou-se uma dificuldade inicial para enquadrar esses contratos na legislação de proteção ao consumidor. Análise mais detida da realidade e da intenção das partes na elaboração do contrato, todavia, revelou no sócio ostensivo sua condição de comerciante e de verdadeiro fornecedor de serviços, contraposta à de consumidor na pessoa do formalmente denominado sócio oculto, com integral enquadramento do pacto, assim, nas regras do Código de Defesa do Consumidor.

Em realidade, conforme determina o artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor<sup>159</sup>, que trata das relações de consumo, o entendimento do contrato pelo consumidor jamais poderá ser dificultado, ocorrência essa de fácil percepção em tais casos. Se o entendimento do contrato não pode ser dificultado, quanto menos poderá ser impedido ou mascarado.

A sociedade em conta de participação travestida de formalidade legal para parecer uma sociedade dessa natureza e oferecer imóveis em módicas prestações, retrata flagrantemente um verdadeiro contrato de consumo por diversas razões: a) ao pretense sócio participante não se deu efetiva ciência da realidade do contrato que estava firmando; b) a tal sócio, não se lhe deu escolher entre compor uma sociedade em conta de participação (que não queria) e assinar um contrato de consórcio para aquisição de casa própria em módicas prestações e sem burocracia (que era o que pensava estar assinando); c) desde o início, o sócio ostensivo sabia da impossibilidade de geração de lucro ao sócio oculto; d) o aspecto formal

---

<sup>159</sup> Artigo 46 do CDC: *Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.*

não pode prevalecer sobre a realidade dos fatos; e) ou seja, não basta que o consumidor seja rotulado de sócio e formalmente conste como sócio de uma sociedade em conta de participação, para que seja afastado do vínculo do consumo; f) o contrato engendrado pelo sócio ostensivo teve a finalidade exclusiva de afastar do crivo dos órgãos e entidades de proteção e defesa do consumidor um contrato que revela verdadeira relação de consumo; g) em contratos dessa natureza, mesmo afastada a trapaça existente na maioria dos casos, não há qualquer relação entre sócios, e sim a prestação de serviços de administração de recursos de terceiros, mediante remuneração pecuniária do administrador por suas atividades; h) não existe em tais contratos o objeto social alegado, a saber, a formação de fundo específico, mas o desenvolvimento de operações financeiras com recursos de terceiros, o que constitui atividade privativa das instituições financeiras autorizadas pelo Poder Público; i) havendo a ocorrência de prestação de serviços, consistente na administração de recursos de terceiros, obviamente incidem as regras reguladoras das relações de consumo do Código de Defesa do Consumidor.

O Ministério Público, pelas Promotorias de Justiça do Consumidor, além das medidas repressivas corporificadas em ações judiciais, vem implementando providências preventivas de significativo resultado no que concerne ao emprego da sociedade em conta de participação para prejuízo do consumidor. Dentre essas medidas, podem-se destacar:

I) Quanto às empresas que oferecem ao público em geral contratos efetivos de sociedade em conta de participação ou de qualquer outra nomenclatura equivalente para a aquisição de imóveis, tem buscado o Ministério Público obter delas um compromisso de ajustamento de conduta, para que elas: a) não promovam a captação da poupança popular, quer pelo meio referido, quer por consórcio, cooperativa, associação, etc., sem autorização do Banco Central e dos órgãos governamentais; b) ao mesmo tempo, que se obriguem a devolver os valores pagos pelos consumidores que aderiram ao referido contrato, com a devida atualização monetária; c) que se abstenham de exigir, cobrar ou receber qualquer quantia dos consumidores, derivada do referido contrato.

II) Quanto às emissoras de rádio ou televisão, é-lhes posta ao dispor a faculdade de um compromisso de, antes de veicular ou permitir a veiculação de qualquer publicidade pelo rádio ou televisão, que signifique captação de poupança popular para a futura entrega de crédito ou de bens móveis ou imóveis, por consórcio,

cooperativa, associação, etc., exigir a necessária comprovação cabal da autorização da autoridade competente.

O Banco Central do Brasil, órgão governamental incumbido de fiscalizar entidades que funcionam como financeiras e as que atuam como consórcios, pelo *Comunicado Bacen n. 9.609/2002*, divulgou o entendimento de que a formação e o funcionamento de grupos para aquisição de imóveis por meio de sociedades em conta de participação sem a autorização determinada pelos artigos 7º e 8º da Lei n. 5.768, de 20.12.1971, e artigo 33 da Lei n. 8.177, de 1º.03.1991, não têm respaldo legal, razão pela qual orientou tais empresas a implementar os seguintes aspectos: I) solicitar ao Banco Central autorização para administrar grupos de consórcio (cf. *Circular n. 3.070*, de 07.12.2001); II) converter os grupos já formados para a modalidade de consórcio de imóveis, transferindo-os para administradoras de consórcio autorizadas, ficando a cargo do sócio ostensivo a responsabilidade pelos custos dessa conversão; III) dissolver os grupos já formados, garantindo os direitos dos atuais participantes aos valores já desembolsados, de modo a preservar o poder de compra dessas parcelas.

De igual modo, chamado a pronunciar-se em demanda específica, o colendo Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar que “a formação e o funcionamento de grupos para aquisição de bens por meio de sociedade em conta de participação não tem respaldo legal”.<sup>160</sup>

Anote-se, por fim, que a questão do desvirtuamento das sociedades em conta de participação exatamente no sentido apontado motivou recentemente o Projeto de Lei n. 10, de 2005, para acrescentar o inciso XVII ao artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de dar por nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, “que resultem na inclusão automática do consumidor, na qualidade de sócio, seja ostensivo ou oculto, cotista ou acionista de qualquer modalidade de sociedade comercial, inclusive na denominada sociedade em conta de participação”.

---

<sup>160</sup> Cf. STJ, 3ª Seção, CC 41915/SP, j. 13.12.04, DJ 01.02.04, p. 404, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.

## 11 CONCEITO E ATRIBUTOS DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 11.1 Conceito

O artigo 325 do Código Comercial de 1850 assim a definia a sociedade em conta de participação: “Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima (...)”

O Código Civil de 2002 não repetiu o conceito, nem substituiu a definição, talvez seguindo o princípio técnico da ciência jurídica na atualidade de que não cabe à lei conceituar institutos, mas essa tarefa deve ficar sob a responsabilidade da doutrina. Assim, começa o capítulo específico que trata dessa espécie societária com o artigo 991, a dizer que, na sociedade em conta de participação, “a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”.

Na vigência do ordenamento anterior, Fran Martins assim conceituava: “Existe sociedade em conta de participação quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem para a realização de uma ou mais operações comerciais, sendo essas operações feitas em nome e sob a responsabilidade de um ou alguns dos sócios comerciantes”.<sup>161</sup>

Vêm alguns, na conta de participação, “uma sociedade interna, oculta, entre o comerciante ou uma sociedade comercial e o sócio ou sócios que não se destacam, permanecendo ocultos e anônimos”.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 28. ed., 2002, cit., p. 177.

<sup>162</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo, Saraiva, 1984. v. 1, p. 293.

Também para Carvalho de Mendonça, “a sociedade em conta de participação é a que se forma entre pessoas, das quais uma pelo menos deve ser comerciante, para a prática de uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos os associados em seu nome individual para lucro comum”.<sup>163</sup>

## 11.2 Ao menos um dos sócios era comerciante

Uma análise comparativa entre ambos os dispositivos revela que o ordenamento anterior falava que ao menos um dos sócios deveria ser comerciante, ao passo que o atual, sem lhe conferir a obrigatoriedade de ser um deles comerciante ou empresário, apenas refere que tal sócio exercerá a atividade constitutiva do objeto social “em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade”. Ou seja, de fácil conclusão que a disposição atual dispensou a observância do dispositivo revogado quanto à obrigatoriedade de que ao menos um dos sócios fosse comerciante. Segue, nesse passo, a própria mudança de direção do direito comercial, que não mais se apegava à qualificação pessoal do agente, mas passa a considerar empresário quem exerce profissionalmente uma determinada atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (CC, art. 966).

O reflexo dessa alteração legislativa e desse conseqüente posicionamento estrutural nem sempre é observado na doutrina posterior à vigência do Código Civil de 2002. Uma leitura do grande Fran Martins, em edição recente, revela que a atualização da obra não observou a mudança conceitual da lei, quando diz que existe a sociedade em conta de participação, “quando duas ou mais pessoas, com identidade de propósitos e qualidade comum, sendo uma delas empresária, desenvolve uma ou mais atividades, cuja responsabilidade cabe ao sócio ostensivo”<sup>164</sup>. Ora, por um lado, é verdade que, em termos gerais, o comerciante do ordenamento revogado mudou-se para o empresário do novo sistema; por outro lado, entretanto, o que se vê na nova definição do ilustre comercialista pátrio é que sua definição trocou os nomes – o comerciante passou a ser o empresário – mas não atentou à supressão da exigência dessa condição por parte do novo ordenamento.

---

<sup>163</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 225.

<sup>164</sup> MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 220.

### 11.3 Atributos característicos

Invocando preciosa e metódica síntese de Carlos Guimarães de Almeida, alinha Waldirio Bulgarelli<sup>165</sup> uma série de características com que se apresenta uma sociedade em conta de participação:

I) Não é pessoa jurídica, não tem autonomia patrimonial e não aparece juridicamente aos olhos do público.

II) É, assim, uma sociedade *ad intra*, sem relações jurídicas com terceiros, em relação aos quais não existe.

III) Não tem firma social, nem denominação ou sinal mediante o qual apareça exteriormente. Essa aparência para o público, na conta de participação, dá-se pelo uso da firma individual ou denominação da sociedade do sócio ostensivo. Exatamente por essa razão é que alguns autores dizem que, sob certa forma, a conta de participação é uma *sociedade anônima*.

IV) Não tem sede nem domicílio especial. Podem os sócios, no entanto, convencionar local para servir de centro de operações e eleger foro para dirimir eventuais controvérsias entre si.

V) Não tem capital nem patrimônio social, embora entre os sócios haja ou possa haver um fundo social. Essa especialização patrimonial, todavia, somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º).

VI) Não se sujeita às formalidades prescritas para a existência das outras sociedades empresárias, incluindo-se o registro. Alguns autores consideram defeso o registro. Outros o admitem, sem, contudo, a possibilidade de desnaturar a sociedade. Pela nova codificação, todavia, por um lado, desnecessário é o registro; por outro lado, eventual inscrição do instrumento constitutivo da conta de participação em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (CC, art. 993). Vale dizer: o registro não é necessário, mas também não é proibido; e sua ocorrência não desnatura a sociedade.

VII) A publicidade de sua existência ou o fato de não ser clandestina ou secreta e, ao contrário, ser conhecida por terceiros, com os quais negocie ou contrate o sócio ostensivo, não a desnatura.

---

<sup>165</sup> BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades, empresa e estabelecimento*, cit., p. 136-137.

VIII) O caráter oculto da sociedade não desaparece, se um sócio participante age como mandatário do sócio ostensivo, sem revelar sua qualidade de sócio.

IX) Não tem *legitimatío ad causam* nem *legitimatío ad processum*, para estar em juízo, ativa ou passivamente.

X) Não pode ser declarada falida, em razão de não deter personalidade jurídica. Somente o sócio ostensivo pode incorrer em falência. Pela mesma razão, não pode invocar os favores decorrentes da concordata.

XI) Sua liquidação resume-se a uma simples prestação de contas, amigável ou judicial.

Excetuados os aspectos que serão alvo de análise em capítulos outros, em que se analisará sua estrutura, sua natureza jurídica e os elementos integrantes de seu contrato social, passa-se às considerações atinentes a seus atributos característicos.

#### **11.4 Duração da sociedade**

O artigo 325 do Código Comercial de 1850, ao definir a sociedade em conta de participação, atribuía-lhe o caráter de uma associação *momentânea*, e o aspecto que mais é lembrado, a esse respeito, é o que vê nela uma sociedade acidental ou momentânea, porque com freqüência se constitui para determinadas operações mercantis, geralmente para exploração de artigos de ocasião, como carnaval, Páscoa, festas juninas e Natal.

Da leitura do artigo 325 do Código Comercial de 1850, alguns juristas brasileiros, à semelhança do ocorrido em outros países em face de textos legislativos semelhantes, extraíam a exegese restrita de que a sociedade em conta de participação é uma sociedade momentânea, transitória, acidental, visando a uma só ou apenas a determinadas operações, não podendo, por isso, ter caráter permanente, nem objetivar um ramo de negócio.

Mesmo na vigência plena do Código Comercial, todavia, o entendimento majoritário era que a sociedade em conta de participação pode ter caráter permanente e visar a todo um ramo de negócios. Nesse entendimento, lecionava Carvalho de Mendonça que o legislador definiu a sociedade em conta de participação tendo em vista os casos mais freqüentes, o que não exclui outras hipóteses em que a sociedade deva ter caráter permanente como qualquer



outra. “Se o Código, no artigo 325, se referiu à sociedade em conta de participação tendo por objeto uma ou mais operações de comércio determinadas, se a denominou sociedade acidental ou momentânea, teve em vista os casos mais frequentes. O conceito de limitar a participação ao exercício de operações determinadas cria uma entidade fictícia, convencional, que se acha em absoluta oposição às exigências do tráfico e à natureza do fenômeno econômico, ao qual deve ser dada consistência jurídica... A sociedade em conta de participação pode ser momentânea ou continuada, pode ter por objeto não só uma ou mais operações comerciais certas, determinadas, cujo objeto exista no momento da convenção, como a exploração de determinado ramo de comércio. É essencial somente que fique concentrada nas relações internas.”<sup>166</sup>

Waldemar Ferreira também não destoava desse entendimento: “No mais das vezes, é momentânea, ou acidental, a fim de se celebrar tal ou qual negócio. Mas pode ser duradoura, por tanto tempo quanto reclame o alcance do seu objetivo”.<sup>167</sup>

João Eunápio Borges também partilhava do parecer de que a sociedade em conta de participação é transitória, eventual e até fortuita. Não via impedimento algum, contudo, a que se destinasse a uma exploração permanente.<sup>168</sup>

Vale dizer: mesmo na vigência do Código Comercial de 1850, a designação adotada pelo artigo 325 – sociedade acidental, momentânea e anônima – caíra em completo desuso, por imprópria, uma vez que tais sociedades poderiam ter uma existência duradoura, aplicando-se mesmo a um ramo inteiro de comércio ou da indústria, como, aliás, era o ensino de Charles Lyon-Caen e Louis Renault a respeito dessa modalidade societária: “Sem dúvida, em geral, as sociedades têm por objeto uma ou diversas operações determinadas e, por consequência, não duram senão por pouco tempo. Mas isso não é essencial: é possível que uma sociedade seja em participação, ainda que se aplique a um ramo inteiro da indústria. O

---

<sup>166</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito comercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, n. 1.424, p. 217.

<sup>167</sup> Cf. FERREIRA, Waldemar, *Tratado de direito comercial*, cit., v. 3, n. 585, p. 532.

<sup>168</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 325.

que caracteriza as sociedades em conta de participação é que são sociedades ocultas no sentido de que, não sendo reveladas a terceiros, não existem em relação a eles”.<sup>169</sup>

Para Bento de Faria, “sem dúvida, as sociedades em conta de participação são, em regra, constituídas para uma ou algumas operações isoladas e bem determinadas, sendo curta a sua duração. Mas isso não é condição essencial, indispensável, para distingui-las e caracterizá-las, pois é possível haver sociedade em conta de participação, embora o seu objeto seja a exploração de um ramo de comércio ou de uma indústria. O que as define é o fato de serem ocultas, no sentido de não terem existência relativamente a terceiros.”<sup>170</sup>

Fundado na doutrina dos autores franceses, Cunha Gonçalves admitia que a sociedade em conta de participação podia ter por objeto não só uma ou mais operações isoladas, “mas até o comércio todo inteiro”. E continuava: “Com efeito, não se percebe qual a razão por que um comerciante não poderá associar outrem, permanentemente, a todo o seu comércio, quando, por motivos particulares, não lhe convenha dar conhecimento de tal sociedade ao público. Porventura, as diversas sociedades comerciais distinguem-se entre si pela quantidade ou qualidade das operações que cada uma executa? Ou, pelo contrário, é a respectiva forma e outros caracteres o que as distingue? É de crer que, historicamente, a conta de participação tenha surgido para operações singulares, previstas, com objeto já existente, como quer Pardessus; mas isto não é razão suficiente para que somente a tais operações seja a participação restringida.”<sup>171</sup>

Em verdade, porque muito aplicada em uma ou algumas negociações específicas, essa espécie de sociedade foi chamada de momentânea, até porque desaparecia assim que desaparecesse o negócio para o qual nascera. Embora freqüentemente formada para uma ou para determinadas operações específicas, todavia, nada impede que ela venha a existir em caráter permanente.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Charles Lyon-Caen; Louis Renault, *Manuel de droit commercial*, apud BABO, J. Sandoval. A sociedade em conta de participação. Seus característicos. Quebra de um dos sócios. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 153-154, jan./jun. 1933.

<sup>170</sup> FARIA, Bento de. *Código Commercial brasileiro*: anotado de accordo com a doutrina, legislação e a jurisprudência, nacional e a estrangeira. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1920-. v. 1, p. 415.

<sup>171</sup> GONÇALVES, Cunha Luiz da. *Da conta em participação*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1923. n. 29, p. 135.

<sup>172</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 222.

Em realidade, não restringem a conta de participação a uma só operação nem a limitam a uma duração efêmera no tempo o Código português de 1833, nem o italiano de 1883, nem o alemão, nem o espanhol. A lei belga de 1873, por seu lado, distinguia perfeitamente duas espécies de sociedades: a *momentânea* e a *em conta de participação*.<sup>173</sup>

Em nossos dias e, de modo específico, na vigência do Código Civil de 2002, nada impede que ela tenha duração determinada ou indeterminada, até porque a redação do artigo 325 do Código Comercial de 1850, que falava em “sociedade em conta de participação accidental, momentânea” e que gerou longa discussão na doutrina acerca de seu prazo de duração, foi alterada pelos dispositivos que trataram da matéria, em que se percebe haverem sido excluídos os vocábulos “accidental e momentânea”, de modo a pôr um fim à referida polêmica.

Assim, nos dias atuais, em nosso sistema legal, a sociedade em conta de participação pode ser momentânea ou continuada, pode ter por objeto não só uma ou mais operações comerciais certas e determinadas, mas até mesmo “a exploração de determinado ramo de comércio”, apenas sendo essencial “que fique concentrada nas relações internas”.<sup>174</sup>

### 11.5 Uma sociedade *ad intra*

Por seus próprios caracteres, a conta de participação volta-se para um relacionamento interno, como sociedade *ad intra*, sem relações jurídicas com terceiros, para quem não existe nem a sociedade nem os sócios participantes.<sup>175</sup>

Mesmo que celebrada por escrito, não tem ela firma social, nem denominação ou sinal mediante o qual apareça exteriormente. Funciona, desse modo, no anonimato, de forma oculta, e o gerente usa de sua firma individual ou da denominação de sua própria sociedade, quando pessoa jurídica, na realização dos negócios sociais. Daí dizerem alguns autores que,

---

<sup>173</sup> Cf. artigo 108: “A associação momentânea é aquela que tem por objeto cuidar, sem razão social, de uma ou de várias operações de comércio determinadas”. Cf. artigo 109: “A associação em participação é aquela pela qual uma ou várias pessoas se interessam pelas operações que uma ou várias outras exercem em seu próprio nome”.

<sup>174</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 230-231.

<sup>175</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 55.

sob certa forma, é uma sociedade anônima<sup>176</sup>, no que repetem lição da antiga doutrina francesa.<sup>177</sup>

Aos terceiros não assiste alegar a existência da sociedade, mesmo que conheçam sua existência e formação<sup>178</sup>. Quem contrata com um dos sócios não é credor nem devedor dos demais; e, em termos de estrita técnica jurídica, não existe ato que torne conhecida de terceiros a sociedade em conta de participação.<sup>179</sup>

Esse seu característico principal de ser uma sociedade tipicamente *intra partes* e oclusa, para todos os efeitos, com relação a terceiros, tem resistido e persistido através dos séculos.

Essa característica de não aparecer juridicamente aos olhos do público também se faz presente no molde francês (Lei n. 66.532, art. 419), no Código Civil italiano (art. 2.555) e no Código Comercial português (art. 226). Assim também lecionam diversos autores entre nós.<sup>180</sup>

Autores há que, ao invés de seguir pela regra e ressaltar os pontos positivos e favoráveis dessa modalidade societária, buscam enfatizar os aspectos negativos e as válvulas de sua utilização menos ortodoxa. Enquadram-se aqui aqueles que vêem como primeiro ponto a observar na sociedade em conta de participação o fato de que, por ser uma sociedade secreta, não sendo seu contrato averbado perante a Junta Comercial, independentemente, por conseguinte, de maiores formalidades, acaba sendo aquela pela qual optam, na qualidade de sócios ocultos, as pessoas proibidas de comerciar.

Anote-se, contudo, que a sociedade em conta de participação não é uma sociedade clandestina ou de cunho menos nobre, mas integralmente regular, até porque disciplinada como tal pelo ordenamento jurídico. É sociedade, porque assim também é tida pelo Código Civil. Se não tem personalidade jurídica, é porque sua norma regente lhe nega tal atributo,

---

<sup>176</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., 55.

<sup>177</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 232.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>180</sup> MÉLEGA, Luiz, op. cit., p. 55.

sem desmerecê-la. Sua característica recôndita, entretanto, advém do perfil traçado pela própria lei. Por isso se vê que ela não é clandestina ou secreta, de modo que os sócios até mesmo podem divulgar sua existência, se não forem impedidos pelo contrato<sup>181</sup>. E, assim como todos os modelos do figurino societário tem seus pontos favoráveis e contrários, o que se deve dizer da sociedade em conta de participação é que ela não foge a essa regra. E, se verdade é que alguns podem valer-se de seus pontos fracos para burlar a lei, não menos certo é que essa não é sua principal característica, além do que a existência de pontos fracos em sua estrutura não a desmerecem de modo algum.

De modo preciso, aliás, lembra Carvalho de Mendonça que, ao se dizer que a conta de participação tem o caráter de uma sociedade oculta, não se quer, com isso, atribuir-lhe a conotação de “uma sociedade irregular, uma sociedade organizada com manobras fraudulentas, para o fim de enganar ou iludir o público, nem um contrato que precise ser guardado em sigilo, sob pena de degenerar em uma sociedade em nome coletivo, mas significa simplesmente uma sociedade *non proscripta*, uma sociedade em que o sócio gerente não usa senão o próprio crédito, agindo no próprio nome”.<sup>182</sup>

E não se pense que o sigilo acerca da identidade dos sócios participantes tenha por alvo proteger a prática de negócios escusos ou facilitar o anonimato de pessoas em débito com o mercado ou com a Justiça. Motivos diversos há, que não os dessa ordem, para que alguém prefira manter-se ao largo de identificação em tais casos. E a Justiça tem mecanismos outros e variados para buscar os praticantes de condutas ilegais e fazê-los responder por seus atos. Além disso, quem está na ilegalidade há de continuar nela por diversos outros mecanismos, como por intermédio de testas-de-ferro, de presta-nomes ou “laranjas”, como se tem veiculado atualmente na mídia. Um forte indicador dessa posição é o fato de que o legislador civil, além de fortalecer em tratamento a sociedade em conta de participação, até mesmo, para não deixar dúvida alguma acerca da inexistência de laivo algum de clandestinidade, ilegalidade ou algo menos nobre, retirou da disposição legal o adjetivo “oculto” e o substituiu por “participante”, ao designar o sócio meramente capitalista nessa espécie de sociedade.

---

<sup>181</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 422.

<sup>182</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 229.

Assim, resume-se com a observação de que, quando se fala do caráter interno e oculto da sociedade em conta de participação, não se quer intuir um sentimento de clandestinidade ou ocultação de algum aspecto imoral, ilegal ou irregular. Com isso se quer apenas dizer que ela não aparece *juridicamente* aos olhos do público.<sup>183</sup>

## 11.6 Efeitos da publicidade

Não se olvide, por um lado, que, *inter partes*, a conta de participação é verdadeira sociedade: entre os contratantes, o vínculo societário existe, e são eles verdadeiros sócios, que têm seus direitos e obrigações regulados entre si pela convenção estipulada nas disposições clausulares de seu contrato social.

Para esclarecer esse caráter peculiar e essa aparente ambigüidade, oportuno é anotar que a Lei n. 8.934, de 18.11.1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins e dá outras providências, em seu artigo 4º, confere ao Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) poderes para editar normas da alçada de lei. Em razão disso, o Diretor do DNRC, por via da Instrução Normativa n. 53, de 06.03.1996, no artigo 1º, assentou que nome empresarial “é aquele sob o qual a empresa mercantil exerce sua atividade e se obriga nos atos a ela pertinentes”. No parágrafo único do mesmo artigo, expressa que “o nome empresarial compreende a firma individual, a firma ou razão social e a denominação”.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no artigo 1.155, fixou: “considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício da empresa”. Verifica-se, em comparação com o texto de lei anterior, que o Código Civil de 2002 não traz a expressão “razão social”, a qual, embora sinônima de firma social, de certa forma, acabou abolida pelo legislador.

Com essas ponderações, firma-se o princípio de que, perante terceiros, a conta de participação não poderá adotar nome empresarial, em virtude de sua natureza de sociedade

---

<sup>183</sup> Cf. BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades, empresa e estabelecimento*, cit., p. 136.

secreta. Agirá, assim, em suas relações com terceiros, mediante a firma ou denominação do sócio ostensivo, seja esta pessoa física ou jurídica.

A publicidade de sua existência, todavia, ou o fato de não se manter secreta quanto à composição de seus quadros, de modo que venha a ser conhecida por terceiros, com os quais venha a contratar o sócio ostensivo, não a desnatura, conforme entendia, já na vigência do Código Comercial de 1850, a maioria dos doutrinadores mais antigos (Pontes de Miranda, Vivante, Cunha Gonçalves e João Eunápio Borges)<sup>184</sup>, dos mais modernos (Mauro Brandão Lopes)<sup>185</sup> e da jurisprudência.<sup>186</sup>

O Código Civil de 2002, por sua vez, passou a ser taxativo para fixar que eventual publicidade de seu instrumento não a desnatura (CC, art. 993). E, em realidade, não se pode entender esse caráter recôndito da sociedade em conta de participação como obrigação sacramental, sob pena de perda de sua natureza conferida por lei. A prevalecer esse entendimento, estar-se-á na dependência da discricção dos conhecedores do respectivo segredo. A esse respeito, já ponderava Vivante com ênfase, citado por Carvalho de Mendonça: “Refleta-se que a associação pode ser contratada mediante escritura pública, para se ver que não é necessário, nem ao menos possível, manter o segredo de sua existência. Refleta-se que a publicidade do contrato pode depender da indiscrição do associado ou dos seus prepostos, para se ver que essa publicidade não deve modificar a condição jurídica do sócio.”<sup>187</sup>

Por outro lado, lembra-se que o caráter oculto da sociedade não desaparece se um sócio participante age como mandatário do sócio ostensivo, sem revelar sua qualidade de sócio.<sup>188</sup>

Por fim, lembre-se também, com Carvalho de Mendonça, que, se, mais do que dar publicidade de sua existência, uma sociedade, ainda que se denomine em conta de participação, vier a manifestar-se em suas relações com terceiros, a tomar um nome social, ou,

---

<sup>184</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, *A virtuosidade da sociedade em conta de participação*, cit., p. 7.

<sup>185</sup> ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; REIS, Maria Flávia Curtolo, *Sociedade em conta de participação*, cit., p. 738.

<sup>186</sup> Cf. *RT*, 188/153.

<sup>187</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, , n. 1.427, p. 227.

<sup>188</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 56.

mesmo sem se atribuir razão social, a estabelecer sede social e tratar por meio de representantes, o que se há de ter será uma sociedade em nome coletivo, embora irregular ou de fato, na qual todos os sócios hão de responder solidária e ilimitadamente<sup>189</sup>. Essa, aliás, também era a determinação do artigo 305, última alínea, do Código Comercial. E essa é a determinação do Código Civil de 2002, quando responsabiliza solidariamente o sócio participante com o sócio ostensivo pelas obrigações em que aquele intervier.

### 11.7 Conseqüências do registro

Apesar de todas as considerações já exaradas, lembra-se que se costuma afirmar, em termos genéricos, que o contrato existente entre o sócio ostensivo e os sócios ocultos não pode ser levado a registro, sob pena de se tornar uma sociedade em nome coletivo, do que resultará a responsabilidade solidária e ilimitada, inclusive para os sócios ocultos<sup>190</sup>. É tradicional o ensino de que a sociedade em conta de participação, a par de não estar sujeita às formalidades prescritas para a existência das outras sociedades comerciais, tem vedado o seu registro (Carvalho de Mendonça)<sup>191</sup>, muito embora haja outros autores (Pontes de Miranda entre eles) que o admitem, sem, contudo, desnaturá-la.<sup>192</sup>

Ora, a partir da elaboração de um contrato escrito de sociedade em conta de participação, dois tipos de registro podem ocorrer. Pode, assim, dar-se um primeiro, no Cartório de Títulos e Documentos, que tem por alvo, pela própria natureza do órgão a que é levado, conferir publicidade ao documento, para sua validade *erga omnes* e para evitar alegação de desconhecimento por parte de terceiros. E pode haver uma segunda modalidade de registro perante a Junta Comercial, como ocorre normalmente com as demais sociedades que tenham natureza comercial.

Num primeiro momento, lembra-se mais uma vez que é desnecessário o registro do contrato de constituição da sociedade em conta de participação perante o Cartório de Títulos e

---

<sup>189</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 233.

<sup>190</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. Sociedade em conta de participação – II. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 70, p. 161-166.

<sup>191</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, op. cit., v. 4, livro II, p. 233.

<sup>192</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 55-56.



Documentos, porquanto, se o que se tem por escopo é conferir publicidade ao documento, é ela desnecessária pelos seguintes motivos: a) se aqueles perante os quais se busca garantir a ciência do documento são os próprios sócios da sociedade em conta de participação, é relativa a eficácia do registro, já que eles não têm como negar ciência de um documento que assinaram de próprio punho, esteja ele sob registro, ou não; b) se o que se intenta é garantir a validade do documento por via do registro, também inócua será a medida, porquanto, com registro ou não, qualquer dos signatários, uma vez preenchidos os requisitos da lei, poderá promover medida judicial para obter-lhe a validação ou a invalidação por decisão judicial; c) além disso, em qualquer das hipóteses, a medida será de integral inutilidade para com os terceiros, alheios à sociedade, já que, por sua própria natureza, a sociedade em conta de participação simplesmente não existe para eles.

De qualquer modo, porém, observa-se mais uma vez que tal registro não é vedado, e é exatamente nesse sentido que o artigo 993, *caput*, do Código Civil de 2002, inovando em determinação, já que nada se continha a respeito no Código Comercial revogado, determina que eventual inscrição da sociedade em qualquer registro não lhe confere personalidade jurídica.

Alguns autores, aliás, até mesmo recomendam seu registro no Cartório de Títulos e Documentos, ancorando-se para tanto em razões tributárias, sob o argumento de que um ato dessa natureza constitui prova inequívoca de existência da sociedade, de modo que se evita, assim, eventual desconsideração pela fiscalização tributária das operações contábeis e fiscais distintas, na apuração e tributação dos resultados.<sup>193</sup>

Por outro lado, é de se anotar que o Código Comercial de 1850, em seu artigo 4º, especificava que “ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”. Vale dizer: o comerciante regular era aquele que se registrava nos órgãos governamentais respectivos. Na vigência do Código Civil de 2002, esse registro obrigatório da sociedade empresária faz-se no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais (CC, art. 1.150). Eventual ausência de inscrição dos atos constitutivos de uma sociedade transfere sua norma

---

<sup>193</sup> Cf. PORTUGAL, Bernardo Lopes, A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários, cit., p. 163.

de regência para a sociedade em comum (CC, art. 986), em que todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CC, art. 990).

No que tange especificamente à sociedade em conta de participação, é certo, por um lado, que sua constituição independe de qualquer formalidade (CC, art. 992), de modo que não está ela obrigada a constituir-se por contrato escrito, nem, muito menos, a registrar seu instrumento de constituição em órgão algum. Por outro lado, eventual registro em qualquer órgão não há de desnaturá-la, nem lhe há de conferir personalidade jurídica (CC, art. 993).

Mesmo com essas premissas, porém, não se pode perder de vista que, apesar de se lhe facultar provar sua existência por todos os meios de direito (CC, art. 992), existe o risco de não se conseguir tal prova, caso em que sua estrutura pode juridicamente resvalar para ser considerada como sociedade em comum, ou seja, a antiga sociedade irregular ou de fato, em que haverá responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas obrigações sociais (CC, art. 990). Por isso vale aqui o conselho anteriormente dado em outras circunstâncias, para que seu instrumento de constituição seja levado ao Cartório de Títulos e Documentos.

## 12 A CONTA DE PARTICIPAÇÃO COMO SOCIEDADE

### 12.1 Os que lhe negam natureza societária

Ao longo dos séculos, a conta de participação tem conseguido manter seu traço *sui generis* de configurar a única forma de parceria que constitui uma típica associação *inter partes* e oculta para todos os efeitos com relação a terceiros. Não aparece para o público nem a este é revelada.

Sua estrutura, entretanto, não tem sido imune aos ataques daqueles que não a reconhecem sequer como um tipo societário, mas sim como um simples contrato de participação<sup>194</sup>. Alguns códigos e escritores a qualificam como associação, e outros a consideram mero contrato, chamando-a simplesmente *conta de participação* ou *conta de ametade*.<sup>195</sup>

Alguns autores, em razão de seu caráter especialíssimo e singular, lhe têm negado a condição de sociedade, porque lhe faltariam o *jus fraternitatis* e o patrimônio próprio, reputados como características da sociedade comercial. Seria ela apenas uma forma associativa de primeiro grau; não, porém, uma sociedade verdadeira, como advoga Thaller<sup>196</sup>. Vivante também vê nela um contrato diverso do contrato de sociedade.<sup>197</sup>

Para outros em mesma esteira, a utilização de recursos e da própria *affectio societatis* seria puramente eventual e não ultrapassaria os limites do simples acerto de participação nos lucros de um determinado negócio, de modo que se teria, em última análise, apenas um contrato de investimento, o que se reforçaria pelo aspecto de que lhe falta personalidade jurídica.

---

<sup>194</sup> SOUZA, Marco Antônio de. Alguns aspectos jurídicos da sociedade em conta de participação. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, Universidade de Franca, v. 13, p. 132/133, 2004.

<sup>195</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 231. A antiga doutrina francesa chamava a sociedade em participação de *société anonyme, compte em participation, compte à demi, société inconnue, momentanée*, em razão de que começava e terminava com um tempo e objeto determinados.

<sup>196</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 56.

<sup>197</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio. Sociedade em conta de participação e imposto de selo. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 361.

Esposando a tese de Thaller, fincado nos mesmos argumentos, João Eunápio Borges nega à conta de participação o caráter de sociedade, de modo que ela não seria, nos dizeres do autor francês, uma verdadeira sociedade (“*une société véritable*”)<sup>198</sup>. E, nesse contrato de investimento que ela estaria a tipificar, as partes comungariam esforços com o escopo comum do lucro.<sup>199</sup>

Advogando essa tese, Carlos de Gusmão, no primeiro quartel do século passado, asseverava que “as operações em conta de participação não assumem o caráter de verdadeira sociedade”<sup>200</sup>. Também Brunetti e Ferri lhe negavam o caráter de sociedade.<sup>201</sup>

Ainda hoje, comungando dessa negativa, Fábio Ulhoa Coelho enfatiza que, “embora a maioria da doutrina conclua em sentido oposto (...), a conta de participação, a rigor, não passa de um contrato de investimento comum, que o legislador, impropriamente, denominou *sociedade*”.<sup>202</sup>

Para Bernardo Lopes Portugal, “não há como classificar a chamada sociedade em conta de participação como uma sociedade, na acepção jurídica mais aceita entre nós”. Para ele, trata-se de sociedade “apenas no sentido de congregação de interesses comuns destinados a uma mesma finalidade, com a repartição dos resultados, sejam positivos ou negativos”, de modo que constitui “sua inclusão entre os tipos societários uma mera opção conceitual do legislador pátrio”.<sup>203</sup>

Por fim, João Monteiro, no alvorecer do século XX, também engrossava a fileira dos que, em princípio, negavam à conta de participação o caráter de sociedade. Para ele, “a associação em conta de participação não é, em sua substância, uma verdadeira sociedade mercantil, pois que falta-lhe a unidade ideal, resultante do patrimônio comum, e a

---

<sup>198</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 323.

<sup>199</sup> CARLEZZO, Eduardo. Sociedade em conta de participação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 75, 16 set. 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4216>>. Acesso em 11 dez. 2005.

<sup>200</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 228.

<sup>201</sup> Cf. BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades, empresa e estabelecimento*, cit., p. 135.

<sup>202</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2002. v. 2, p. 476.

<sup>203</sup> PORTUGAL, Bernardo Lopes, A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários, cit., p. 159.

personalidade aparente na esfera da vida jurídica”. Nessa entidade, tal autor a via, no máximo, uma “espécie *sui generis* das sociedades comerciais”.<sup>204</sup>

## 12.2 Constitui verdadeira sociedade

Os que negam à conta de participação a natureza de real sociedade não formam, entretanto, a maioria, e, apesar das posições intermediárias, como a de Supino, que a tem como forma imprópria de sociedade<sup>205</sup>, tem prevalecido, no direito brasileiro, a tese de sua plena e perfeita qualificação societária.<sup>206</sup>

Autores de nomeada, como Carvalho de Mendonça, Mauro Brandão Lopes e Oscar Barreto Filho, afirmam taxativamente que ela se ajusta ao conceito de sociedade, que se caracteriza pelo emprego de recursos ou esforços para um fim comum, o que se reforça até mesmo pela existência da *affectio societatis* entre seus membros.<sup>207</sup>

E, a essa altura, parece importante observar que, se é verdadeiro que falta à sociedade em conta de participação um patrimônio autônomo, próprio, não menos certo é que ela tem, no entanto, um patrimônio separado, que se constitui pelas contribuições, pela soma do capital de seus participantes, ligados pela *affectio societatis* para a obtenção de um fim comum, o que, em verdade, caracteriza uma sociedade comercial autêntica.<sup>208</sup>

Ante objeção como a de que ela não detém patrimônio próprio, Carvalho de Mendonça esclarece que, se os participantes entram com alguma coisa para o fundo, este passa para o sócio-gerente; mas, sendo a sociedade o emprego de forças, de capitais para um fim comum, a sociedade em conta de participação satisfaz essa exigência para ser considerada uma sociedade, pouco importando a situação jurídica dos capitais.<sup>209</sup>

---

<sup>204</sup> João Monteiro, apud MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 228.

<sup>205</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio, *Sociedade em conta de participação e imposto de selo*, cit., p. 361.

<sup>206</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*. 14. ed., 1984, cit., v. 1, p. 293.

<sup>207</sup> Cf. BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades, empresa e estabelecimento*, cit., p. 135.

<sup>208</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 55-56.

<sup>209</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 228.

Em realidade, se lhe falta um patrimônio próprio, nos termos em que o têm as outras sociedades, conta ela, sem dúvida, com um *patrimônio separado*, constituído pelas contribuições de seus participantes. E essa ponderação é tanto mais verdade, quando se atenta à inovação do Código Civil de 2002, que até mesmo fala em “especialização patrimonial” (art. 994).

Por fim, o que se deve dizer é que a discussão sobre a natureza societária da conta de participação é simplesmente irrelevante no Brasil, quando se trata de direito positivo. Era-o perante o Código Comercial de 1850, uma vez que este lhe conferia, de modo expresso, a natureza de sociedade (art. 325), e persiste perante o ordenamento civil de 2002, porquanto este mantém a postura de tal reconhecimento de sua natureza societária (CC, art. 992). Aplicam-se, em verdade, ao caso, com integral propriedade, os dizeres dos alemães: “basta uma palavra do legislador para inutilizar uma biblioteca inteira”.<sup>210</sup>

### 12.3 É sociedade regular

A sociedade em conta de participação não apenas é uma sociedade perante nosso ordenamento jurídico; mais do que isso, é uma sociedade regular, porque tratada como tal pelo ordenamento jurídico, que a arrola entre as figuras societárias e a trata como entidade que se constitui sob o pálio da lei. Em suma, é sociedade, porque assim é tida pelo Código Civil; é regular, porque é normalmente disciplinada pelo ordenamento jurídico, que lhe estipula as condições e os requisitos.

Se não tem personalidade jurídica, é porque sua norma regente lhe nega tal atributo, o que, todavia, não a lança na vala da marginalidade. Assim, é despersonalizada, não, porém, irregular.

---

<sup>210</sup> Cf. SANCHES, Sydney. Conseqüências da não denúncia da lide. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 5, n. 14, p. 117-119, nov. 1978.

## 12.4 A questão da personalidade jurídica

Invocando ensino de Gierke e de Waldemar Ferreira, Walter T. Álvares ressalta dois significativos aspectos na sociedade em conta de participação: 1) “é uma típica *sociedade interna*, e não uma sociedade mercantil”; 2) “é sociedade apenas nas relações entre os sócios” e inexistente nas relações com terceiros, de modo que “*não tem personalidade jurídica*”.<sup>211</sup>

É princípio assente na doutrina que o início da personalização da sociedade empresária opera-se com seu registro na Junta Comercial<sup>212</sup>, e o Código Civil fixa tal formalidade como o ato responsável pela existência legal das pessoas jurídicas de direito privado (CC, art. 45) e do qual decorre a própria aquisição de tal personalidade jurídica (CC, art. 985). Assim, em breve conclusão, a sociedade em conta de participação, por um lado, é sociedade, porque a lei a insere no rol das entidades dessa natureza; por outro lado, não tem personalidade jurídica, porque a lei lhe nega registro e determina que eventual inscrição de seu instrumento não confere personalidade jurídica à sociedade (CC, art. 993).

Tais como postos os dispositivos e os conceitos, todavia, ainda pode remanescer margem a confusões, o que é preciso aclarar. Fixe-se, como premissa, que uma coisa é a existência de fato, e outra é a existência jurídica. Além disso, uma terceira coisa é a existência de uma sociedade, e por fim, uma quarta e bem diversa é a existência de uma pessoa jurídica.

Assim, num primeiro aspecto, um contrato constitutivo de sociedade ainda não levado a registro evidencia a existência de fato de uma sociedade, mas, em tal situação, sua efetiva realidade jurídica pode ser bem diversa da que consta nos documentos, já que, não importando o tipo escolhido pelo contrato social para o desempenho da atividade empresarial, enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade pelas normas da sociedade em comum, observados subsidiariamente, no que compatível, os ditames previstos para a sociedade simples (CC, art. 986).

Ou seja: se os sócios passam a atuar em conjunto na exploração da atividade econômica que se propuseram – ou seja, desde que haja contrato, ainda que verbal, de constituição de sociedade – existe efetivamente uma sociedade. A natureza e os efeitos dessa

---

<sup>211</sup> ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979. p. 297.

<sup>212</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 16.

sociedade, porém, serão diversos, conforme estejam ou não inscritos os estatutos sociais. Assim, por exemplo, os sócios firmam um contrato social de sociedade limitada, mas se põem a atuar, desde logo, nos negócios, sem levar a registro o contrato constitutivo da sociedade. Esta, considerada em si, efetivamente existe e é aceita pelo ordenamento jurídico; não é, todavia, juridicamente reputada uma sociedade limitada, em que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas (CC, art. 1.052), mas é tida, em sua atuação, como uma sociedade simples (CC, art. 986), em que os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CC, art. 990).

Num segundo aspecto, não se confundem sociedade e personalidade jurídica. Se, por um lado, é verdadeiro afirmar que, de um modo geral, as sociedades são dotadas de personalidade jurídica, por outro lado, o próprio Código, a par das sociedades personificadas (CC, arts. 997 e seguintes), também traz, como estruturas aceitas pelo ordenamento jurídico e por ele regradas, as sociedades não personificadas, para as quais, por expressa determinação legal, não previu registro nos órgãos respectivos: são a sociedade em comum (CC, arts. 986 e seguintes) e a sociedade em conta de participação (CC, arts. 991 e seguintes). Embora despidas de personalidade jurídica por determinação legal, são elas sociedades regularmente constituídas e com suas estruturas perfeitamente aceitas e acatadas pelo ordenamento jurídico, o qual apenas lhes sonega a personalidade jurídica.

Veja-se, assim, que uma sociedade irregular, por não ter registrados seus atos constitutivos, é uma sociedade, mas não é pessoa jurídica. Mesmo em tal situação, ela conta com o reconhecimento legal de sua estrutura e de seus atos, marcando a lei, de modo expresso e específico, os efeitos de sua atividade em tal situação. Se fosse real pessoa jurídica, a responsabilidade de seus sócios e dirigentes seria regrada pelas normas da modalidade societária escolhida, na forma de seu contrato social; do fato de não ser pessoa jurídica, entretanto, deflui que será regrada pelas normas da sociedade em comum, em que a regra é a ilimitada responsabilidade de seus sócios e dirigentes.

Resuma-se, portanto: ser sociedade é uma coisa; deter personalidade jurídica é outra. O Código Civil de 2002, após fixar as disposições gerais para as sociedades (arts. 981/985), inovou, ao distribuir as regras em dois subtítulos: um para as sociedades não personificadas, especificando a sociedade em comum (arts. 986/990) e a sociedade em conta de participação (arts. 991/996); e outro para as sociedades personificadas, com discriminação de regras para a



sociedade simples (arts. 997/1.038), a sociedade em nome coletivo (arts. 1.039/1.044), a sociedade em comandita simples (arts. 1.045/1.051), a sociedade limitada (arts. 1.052/1.087), a sociedade anônima (arts. 1.088/1.089), a sociedade em comandita por ações (arts. 1.090/1.092) e a sociedade cooperativa (arts. 1.093/1.096).

Isso quer dizer que a nova legislação civil – ao inovar com a rubrica geral das sociedades não personificadas – não apenas veio a confirmar e a robustecer a sociedade em conta de participação, mas também a reconhecer a existência legal da sociedade em comum. Inovou em regras e clareou a situação da primeira, que foi tirada do nimbo da desconfiança do ordenamento; quanto à segunda, buscou-a da clandestinidade e da irregularidade em que até então se encontrava, erigindo-a à condição peculiar de sociedade não personificada, em situação de natureza similar, nesse aspecto, à sociedade em conta de participação.

De modo específico para a sociedade em conta de participação, reitera-se, em síntese, que ela é uma sociedade peculiar por suas características advindas da lei; mas é integralmente regular, embora, por própria determinação legal, seja despida de personalidade jurídica.

## **12.5 Singularidade não é atipicidade**

Reitere-se: o fato de ser uma sociedade despida de personalidade jurídica, sem registro e voltada para seus próprios sócios confere à conta de participação uma peculiaridade e uma singularidade próprias, advindas da lei. Mas as ilações a serem extraídas desse contexto devem ser tomadas com a devida cautela.

Nessa esteira, Bernardo Lopes Portugal, a par de elogiar o mérito didático do Código Civil de 2002, por classificar a sociedade em conta de participação como uma das espécies de sociedade não personificada, afirmou que o legislador deixou clara “sua atipicidade em face das demais formas de organização de pessoas jurídicas”.<sup>213</sup>

Ora, em termos de técnica jurídica, um tipo é um modelo, um padrão, um molde, quer de caráter positivo (como os tipos dos contratos nominados da legislação civil

---

<sup>213</sup> PORTUGAL, Bernardo Lopes, A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários, cit., p. 160.

codificada), quer de caráter negativo (como os descritos no Código Penal). E, nesse sentido, porque arrolada no Código Civil com molde respectivo (CC, arts. 991/996), reveste-se a sociedade em conta de participação de total tipicidade.

Assim, se o que se quer é dizer da singularidade, da peculiaridade da referida sociedade em face das demais modalidades societárias estampadas no Código, não há do que discordar, embora se trate de impropriedade terminológica. Afirmar, porém, sua atipicidade, em termos técnicos, ante as demais espécies de sociedades descritas pelo Código Civil de 2002 afigura-se inadequado, porquanto o novo ordenamento não apenas a arrolou como uma das espécies de sociedades, e lhe destinou o respectivo tratamento, como, ao lado da sociedade em comum, especificou-lhe o caráter de sociedade não personificada. E, como já se viu, o fato de não deter personalidade jurídica ou quaisquer outras características que a singularizam não lhe trazem atipicidade alguma.

## 12.6 Sociedade empresária ou não?

Por um lado, lembra-se aqui o princípio de que, em Direito, o que importa não é o nome que se confere a uma entidade ou a um contrato, mas a realidade estampada em sua essência e em suas cláusulas. Na aplicação desse princípio à realidade do instituto sob análise, oportuno é lembrar que “pouco importa que os sócios a tenham falsamente qualificado de participação. É à realidade, às condições fundamentais que os juízes devem atender para determinar o caráter da sociedade”<sup>214</sup>. Por outro lado, também não importa que não se tenha dito estar-se diante de uma sociedade em conta de participação, se as disposições clausulares de seu contrato evidenciarem a realidade de uma sociedade dessa natureza. Em síntese: estar-se-á diante de uma sociedade em conta de participação não porque o diga seu contrato ou seus sócios, mas porque assim garanta a realidade de sua existência. E, pela mesma razão, não se estará diante de uma sociedade em conta de participação, se a essência de suas disposições não o confirmar, não importando a denominação que lhe confira o contrato.

Feita essa observação inicial, lembra-se que, já na vigência do ordenamento anterior, em que precisa a dicotomia entre direito civil e direito comercial, a sociedade em conta de

---

<sup>214</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 233.

participação, por via de regra, era comercial, quando comercial fosse seu objeto (CC/1916, art. 1.364), e comerciante fosse seu sócio ostensivo. Entendia-se, contudo, que nada impedia fosse ela civil, se civil fosse seu objeto.<sup>215</sup>

Embora pressupusesse o artigo 325 do Código Comercial, na sociedade em conta de participação, a reunião de duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, ainda na vigência do estatuto de 1850, reputava-se que ela poderia ter natureza civil, quando civil fosse o seu objeto, porquanto, a teor da lei então vigente, as sociedades civis poderiam revestir-se das formas estabelecidas nas leis comerciais, devendo, em tal caso, obedecer aos respectivos preceitos, naquilo em que não contrariassem o Código Civil.

Quanto a saber se a conta de participação tem natureza de sociedade empresária ou não, por um lado, é bem certo que, se o conceito que se tem de sociedades empresárias coincide com a extensão do conceito de pessoas jurídicas, é de fácil percepção ser “incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas”<sup>216</sup>, no mínimo por tratar-se de espécie não personificada de sociedade. Em tal hipótese, a conta de participação não poderá ser considerada uma sociedade empresária, pois lhe falta personalidade jurídica para anuir às obrigações perante terceiros (o que se dá pelo sócio ostensivo em seu próprio nome), apenas havendo divisão dos lucros entre os sócios.

E é interessante que, dessa circunstância conceitual como premissa, deriva até mesmo, como corolário, a conclusão de que, naqueles lugares onde há varas cíveis e várias empresariais, a competência para conhecer e julgar ações propostas a seu respeito é de uma vara cível, e não de eventual vara empresarial.<sup>217</sup>

Por outro lado, porém, no atual Código Civil, sem similar na codificação anterior, tem-se a regra do artigo 983, a determinar que a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos artigos 1.039 a 1.092, e seu parágrafo único ressalva “as disposições concernentes à sociedade em conta de participação”. Ora, porque na conta de participação, o sócio ostensivo exerce, com exclusividade, a atividade constitutiva do objeto

---

<sup>215</sup> CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. Sociedade em conta de participação (Parecer). *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, p. 260-262, 1º semestre 1970.

<sup>216</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 476.

<sup>217</sup> Cf. TJRJ, 16ª Câmara Cível, Conflito de Competência 2005.008.00207, j. 20.09.05, rel. Des. Miguel Ângelo Barros.

social, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, enquanto os demais apenas participam dos resultados correspondentes (CC, art. 991), o que se dá, em termos de natureza, é que a sociedade em conta de participação será o que é seu sócio ostensivo: se a atividade por ele desempenhada for de natureza empresarial, então a conta de participação será uma sociedade empresária; em caso contrário, diversa há de ser a natureza dela.

Em verdade, considerado seu caráter de espécie de efetiva sociedade, embora não personificada, que atua pela figura de seu sócio ostensivo, sob responsabilidade deste, então forçoso será concluir que nada impede que se constitua uma sociedade em conta de participação em caráter não-empresarial. Basta, para tanto, que o sócio ostensivo – que é quem vai agir, em seu próprio nome, no interesse da sociedade e por ela obrigar-se perante terceiros – não seja empresário<sup>218</sup>. Fran Martins, em obra atualizada para o novo ordenamento, concorda com este entendimento de que, embora prevista no antigo Código Comercial de 1850 e trazida para o direito de empresa do Código Civil de 2002, ela pode revestir-se dessa modalidade não-empresária.<sup>219</sup>

A amplitude do leque de opções para atuação dessa modalidade societária, aliás, já era defendida por Carvalho de Mendonça na vigência do Código Comercial de 1850, em excerto no qual esse autor ponderava a possibilidade de que, a par de ser comercial em outras circunstâncias, pudesse a conta de participação ser de natureza civil em determinadas situações.<sup>220</sup>

## 12.7 Regramento legal

Em rápidas pinceladas, podem-se traçar os seguintes aspectos comparativos entre o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 2002, no que tange ao tratamento da sociedade em conta de participação:

---

<sup>218</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 225.

<sup>219</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>220</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 227.

I) Quatro eram os artigos que regulavam a matéria no Código Comercial de 1850 (325/328), enquanto seis são os dispositivos lançados no Código Civil de 2002 sobre o assunto (991/996).

II) A primeira parte do artigo 325, que definia a sociedade em conta de participação, embora continue válida em termos conceituais, foi abandonada pelo direito positivo, bem possivelmente em razão do fato de que a moderna ciência do Direito entende que as definições não devem figurar nos diplomas legais, mas devem ser deixadas a cargo da doutrina.

III) A segunda parte do mesmo artigo 325 – que faz prescindir de formalidades a constituição da sociedade em conta de participação e fixa a possibilidade de prová-la por todos os meios de direito – foi basicamente repetida pelo artigo 992.

IV) O artigo 326 se transformou no artigo 991, com redação mais especificada e minuciosa, evidenciando maior aprimoramento de técnica.

V) O artigo 327 tratava da responsabilidade do sócio gerente pelos fundos sociais e pelas obrigações que assumisse perante um terceiro que não soubesse da existência da sociedade em conta de participação, além de ressaltar os direitos dos sócios prejudicados por sua atuação. O Código Civil de 2002 não traz dispositivo que repita especificamente essa regra, mas o artigo 994 fala da contribuição dos sócios para a formação do capital social, em especialização válida em relação a eles apenas; o artigo 991 traz a regra da responsabilidade do sócio gerente perante terceiro, e seu parágrafo único menciona a obrigação do sócio ostensivo para com os sócios participantes. A ausência de dispositivo específico no novo sistema para retratar o antigo artigo 327 talvez se deva ao fato de que os aspectos nele mencionados se fragmentem em outras disposições, como é o caso do antigo artigo 326, hoje artigo 991.

VI) O artigo 328 falava da quebra do sócio gerente, oportunidade em que era lícito ao terceiro receber seu crédito de todo o patrimônio, incluindo o acervo trazido pelos sócios ocultos, se não provassem que o terceiro tinha conhecimento, antes da quebra, da existência da sociedade em conta de participação. Pelo sistema atual, a situação foi mais esclarecida pelo artigo 994, que menciona a constituição de um “patrimônio especial, objeto da conta de participação” (*caput*), e complementa que “a especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios” (§ 1º). Em

seqüência, sempre em tratamento mais cristalino que o anterior, assevera o novo sistema que “a falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário” (§ 2º).

Além de melhor técnica de redação, aconselhada pela moderna ciência do Direito, o novo sistema inovou em aspectos significativos, em verdadeira demonstração de apreço por essa modalidade societária, que procurou resgatar de uma zona fronteira entre a legalidade e suposta clandestinidade, antes passível de um primeiro juízo de mera tolerância, e agora trazida para melhor ubiquação, postada, em termos bem claros, entre as sociedades não personificadas do novel ordenamento:

I) Por força do artigo 993, *caput*, especificou-se que o contrato social produz efeito somente entre os sócios e acrescentou-se que eventual inscrição do instrumento de constituição da sociedade em qualquer registro não lhe confere personalidade jurídica.

II) Explicitou-se que, a par do direito de poder fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não poderá tomar parte nas negociações do sócio ostensivo com terceiros, “sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier” (art. 993, parágrafo único).

III) Clareou-se a idéia de que a contribuição dos sócios constitui “patrimônio especial” (art. 994), mas se observou, na seqüência, que “a especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios” (§ 1º).

IV) Especificou-se, quanto às atividades da conta de participação, os efeitos da falência do sócio ostensivo (art. 994, § 2º) e do sócio participante (art. 994, § 3º).

V) Em demonstração de apreço por essa modalidade societária, inovou-se com a determinação de que, salvo estipulação em contrário, “o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais” (art. 995).

VI) Determinou-se, além disso, a aplicação subsidiária à conta de participação, naquilo que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, a qual foi imaginada pelo legislador como o tipo para servir subsidiariamente a todas as demais formas de organização societária (art. 996, *caput*). Incluem-se nesse rol de

determinações aplicáveis, por exemplo, os casos de cessão parcial ou total de quotas, as questões referentes às deliberações sociais, ou mesmo as hipóteses de resolução da sociedade com relação a um dos sócios.

VII) Por fim, quanto ao término das relações sociais, determinou-se que, “havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo” (art. 996, parágrafo único).

Feitas essas ponderações, não parece assistir razão a alguns autores, quando lecionam que pouco se diferenciam os termos de tratamento do Código Civil de 2002 em relação ao tratamento conferido à sociedade em conta de participação pelo Código Comercial de 1850<sup>221</sup>. Se verdade é que a referida espécie societária continua com a mesma natureza jurídica e com as mesmas pilastras conceituais e disposições básicas, não menos verdade é que o legislador de 2002 inovou significativamente, em verdadeira demonstração do intento de conferir à conta de participação um lugar definido e claro, como meio de consecução dos intentos próprios dessa espécie societária, sem receio de eventual apodo de clandestinidade ou suspeição, nem mesmo de eventual rótulo de sociedade de segunda classe, tudo como se pode verificar das seguintes observações: a) quatro eram os artigos que tratavam da matéria, e agora são seis, observada a circunstância de que, por aconselhamento da moderna técnica de redação de leis, excluiu-se a definição do que seja uma sociedade em conta de participação; b) o novo sistema resgatou a sociedade em conta de participação de uma zona fronteira entre a legalidade e a clandestinidade, a qual antes era passível de um juízo de mera tolerância, e agora é trazida para melhor ubiquação, postada entre as sociedades não personificadas do novel ordenamento, conclusão essa que mais se avulta por diversos indícios, dentre os quais o perceptível intento de abandonar a terminologia do anonimato, abandonando a antiga expressão *outros sócios* (arts. 326 e 328) para adotar, atualmente, *sócio participante* (arts. 991, 993 e 994); c) houve a especificação dos efeitos do registro do contrato social, para que não remanesça dúvida alguma sobre os reflexos de eventual ocorrência de um tal fato; d) erigiu-se em disposição legal o reflexo do fato de um sócio participante eventualmente vir a participar de negócios sociais com terceiros; e) tratou-se da natureza das contribuições sociais

---

<sup>221</sup> PICCHI, Flavio Augusto. A sociedade em conta de participação e os contratos de investimento coletivo: paralelismo e assimetria. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 43, n. 134. p. 193-194, abr./jun. 2004.

e se falou na extensão de seus reflexos; f) elucidou-se a situação de eventual quebra do sócio ostensivo e do sócio participante; g) colmatou-se toda e qualquer lacuna de exegese, ao se conferir à sociedade em conta de participação uma legislação subsidiária aplicável, representada pelas regras normalmente aplicáveis à sociedade simples.



## 13 A CONTA DE PARTICIPAÇÃO E AS OUTRAS SOCIEDADES

### 13.1 Observações iniciais

Relembre-se, para fixar conceitos, que a sociedade em conta de participação não existe em relação a terceiros e, por isso, é sociedade só para uso interno. Não se obriga perante terceiros, porque para eles ela não existe. No exercício da atividade constitutiva do objeto social, confunde-se com a figura do sócio ostensivo, que é quem age, contrata e aparece. Este, por isso mesmo, normalmente incorpora os fundos sociais e os bens adquiridos no seu patrimônio individual. Proprietário de tais bens, assim, é o sócio ostensivo. Tanto que os seus credores os podem até penhorar e executar.<sup>222</sup>

Por outro lado, a sociedade em conta de participação, quando comparada com outras espécies de sociedades, às vezes denuncia a existência de elementos e caracteres comuns, a ponto de, na esteira de antiga doutrina francesa, alguns autores, a partir da ausência de firma social, de denominação ou sinal de aparência exterior, a chamarem, sob certa forma, de uma sociedade anônima.

Uma efetiva análise de sua essência e de seus atributos, entretanto, evidencia tratar-se de modalidade *sui generis*, bastando acentuar a ausência de personalidade jurídica e sua inexistência em relação a terceiros. É preciso cuidado, todavia, no emprego de adjetivos que expressem suas circunstâncias e atributos, para, por exemplo, não haver o emprego de vocábulos como atípica, ainda que em seu sentido vulgar, como sinônima de peculiar, e isso porque, em sentido técnico, atípica tal sociedade não é, porquanto seu modelo, seu tipo, conta com expressa previsão, definição e regramento legal. Vale dizer: plasticidade de forma e peculiaridade não querem significar necessariamente atipicidade.

Fixadas essas distinções, parece oportuno comparar a sociedade em conta de participação com outras modalidades societárias, para que, estremando-lhes os lindes e contando com algumas ponderações adicionais, se possa delinear seus verdadeiros contornos e, sem confusões, apreender sua adequada realidade.

---

<sup>222</sup> Cf. CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas, Sociedade em conta de participação (Parecer), cit., p. 260-262.

### 13.2 A sociedade em comum

No subtítulo que trata das sociedades não personificadas, a nova codificação civil introduziu um primeiro capítulo para regulamentar a sociedade em comum. Trata-se da antiga sociedade irregular, agora resgatada da clandestinidade e da mera irregularidade para um enquadramento na lei, mediante determinações específicas, que hão de constituir norma regente de uma sociedade que se ponha a funcionar “enquanto não inscritos os atos constitutivos” (CC, art. 986).

Em tais sociedades, por um lado, os sócios, nas relações entre si, só por escrito podem provar-lhes a existência, enquanto os terceiros podem prová-la por qualquer modo (CC, art. 987). Por outro lado, de importância para o que aqui se considera, “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem (...) aquele que contratou pela sociedade” (CC, art. 990).

Quanto aos aspectos de similaridade entre essa espécie societária e a conta de participação, tem-se que ambas se inserem no subtítulo das sociedades não personificadas, das quais, aliás, constituem as únicas espécies nominadas pelo Código. Sobre ambas, de igual modo, incidem subsidiariamente as regras previstas para as sociedades simples (CC, arts. 986 e 996).

Na vigência do Código Civil de 2002, todavia, duas diferenças abissais separam essas duas únicas espécies das sociedades sem personalidade jurídica: uma primeira diz respeito à responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, e uma segunda, à questão dos meios de prova de existência da sociedade.

No primeiro de tais aspectos, na sociedade em comum, a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada pelas obrigações sociais, apenas contando com o benefício de ordem aqueles que não atuaram em nome da sociedade (CC, art. 990); na conta de participação, apenas o sócio ostensivo se responsabiliza pela atividade constitutiva do objeto da sociedade (CC, art. 991), excepcionada a possibilidade de responsabilização do sócio participante, quando intervier em atuação pela sociedade (CC, art. 993, parágrafo único).

Num segundo aspecto, no campo da prova de existência da sociedade, na sociedade em comum, os sócios, nas relações entre si, só por escrito podem provar a existência da sociedade, enquanto os terceiros podem prová-la por qualquer modo (CC, art. 987); já na conta de participação, sua constituição independe de qualquer formalidade, e ela pode provar-se por todos os meios de direito (CC, art. 992).

Na prática, porque ambas são sociedades despersonalizadas e porque diversa é a possibilidade de prova de sua existência, é muito importante que um contratante de sociedade em conta de participação, sobretudo se sócio participante, não corra o risco de vir a ter reconhecido o relacionamento social como sociedade em comum, em que sua responsabilidade pelas obrigações sociais passará a ser ilimitada e solidária. Para tanto, é aconselhável que contrate por escrito e com disposições clausulares minuciosas o real intento e a verdadeira natureza da sociedade, para que não venha a ser reputada como sociedade irregular, cuja prova somente pode dar-se por escrito pelo sócio, e, se, porventura, impossível tal prova de sua existência, resvalará a situação para a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas dívidas sociais, e não apenas do sócio ostensivo.

Mais do que aconselhar sua contratação por escrito, lembra-se que alguns autores até mesmo recomendam o registro de seu contrato constitutivo no Cartório de Títulos e Documentos, apegando-se para tanto a razões tributárias – mas que podem ser espraiadas para outros efeitos – sob o argumento de que um ato dessa natureza constitui prova inequívoca de existência da sociedade, de modo que se evita, assim, eventual desconsideração pela fiscalização tributária das operações contábeis e fiscais distintas, na apuração e tributação dos resultados.<sup>223</sup>

### 13.3 A sociedade simples

Em minuciosa inovação, o Código Civil de 2002 introduziu no ordenamento a sociedade simples (CC, arts. 997/1.038), em providência que, segundo alguns autores, não apenas veio para substituir a disciplina das sociedades civis, mas também para servir de substrato às sociedades mercantis.<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> Cf. PORTUGAL, Bernardo Lopes, A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários, cit., p. 163.

<sup>224</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 402.

Rubens Requião, é certo, condena tal introdução no direito brasileiro, sob o argumento da ausência de raízes na tradição jurídica de nosso país. Para ele, seria de melhor conveniência que, em vez da introdução dessa espécie societária, fossem estabelecidos os princípios gerais que presidem às sociedades.<sup>225</sup>

Em termos de direito posto, não há definição legal do que seja a sociedade simples, de modo que seu conceito vem por determinação legal, no ritmo do artigo 982, ou por exclusão, a partir da comparação entre a sociedade empresária e a sociedade simples: “Esta explora atividades econômicas específicas (prestação de serviços de advocacia, por exemplo). E a sua disciplina jurídica se aplica subsidiariamente às sociedades empresárias contratuais e às cooperativas. A sociedade empresária, por sua vez, é a que explora empresa, ou seja, desenvolve atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços, normalmente sob a forma de sociedade limitada ou anônima. Desse modo, destacando-se das atividades econômicas em geral aquelas que a ordem positiva entender oportuno reservar às sociedades simples de forma expressa, as demais são atividades empresariais”<sup>226</sup>. Como se verifica, toma-se, por empréstimo, o conceito de empresa, para se definir, por exclusão, a natureza dessa espécie de sociedade.

Vale lembrar que, para alguns autores, a diferenciação entre a sociedade empresária e a sociedade simples, que pretende substituir a velha distinção entre a sociedade comercial e a sociedade civil, revela-se igualmente fluida e confusa.<sup>227</sup>

Quanto a sua estruturação, a sociedade simples pode adotar o tipo societário próprio de qualquer das sociedades empresárias (salvo o das sociedades por ações), conforme ditam os artigos 983 e 1.150, parte final, do Código Civil. Para Rubens Requião, na hipótese de adotar uma das modalidades empresárias, “obedecerá às normas do registro público das empresas mercantis, embora a competência para o seu registro continue com o registro civil das pessoas jurídicas”. E assim continua o citado comercialista em seu raciocínio: “Se considerarmos a natureza do objeto social como item fundamental para definir a natureza da sociedade, e como a lei autoriza que a sociedade simples adote o formato de um dos tipos permitidos de sociedades empresárias, é de se concluir que, em razão de tal opção, não deixa

---

<sup>225</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 401.

<sup>226</sup> *Ibidem*, 402-403.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 403.

de ser sociedade simples. E o será por força de seu objeto”. Entretanto, como pondera o mesmo autor na seqüência, juristas há que “sustentam o contrário, entendendo que, quando se adotar o tipo de sociedade empresária, ela deixa de ser simples para ser absorvida, por inteiro, pelo regime do tipo pelo qual optou, inclusive no que respeita à sua inscrição”.<sup>228</sup>

Quanto ao espaço de atuação da sociedade simples, tem-se entendido que ele é muito estreito, “ligando-se à atividade intelectual, e ainda assim, sem poder explorá-la diretamente, pois a sociedade deixa de ser simples, caso a profissão intelectualizada seja exercida por intermédio da sociedade, constituindo-se, portanto, em elemento desta”<sup>229</sup>. Ou seja: constituirão alvo da sociedade simples as atividades dedicadas às pesquisas científicas, a atividade literária, as várias manifestações artísticas, seu estudo, pesquisa e divulgação; mas nenhuma dessas atividades poderá constituir elemento de empresa.

Para o que interessa a este estudo, não parece haver margem para maiores confusões entre a sociedade simples e a sociedade em conta de participação: a primeira é personificada, enquanto a segunda não o é; uma se constitui por contrato necessariamente escrito (CC, art. 997), enquanto a constituição da outra independe de qualquer formalidade (CC, art. 992); aquela tem seus atos constitutivos levados a registro (CC, art. 998), diferentemente desta (CC, art. 993). O único ponto de importância que as une é que se aplica à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples (CC, art. 996).

### **13.4 A sociedade em comandita**

A sociedade em conta de participação e a sociedade em comandita nasceram das mesmas raízes – da necessidade de permitir a limitação da responsabilidade dos sócios – e desempenham ambas papel de significativa importância para o desenvolvimento da sociedade empresarial.

---

<sup>228</sup>. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 404.

<sup>229</sup> Ibidem, p. 406.

Para uns, a conta de participação teria nascido antes da comandita simples. Esta, sim, teria sido inspirada no célebre contrato de pacotilha<sup>230</sup>, realizado pelos patrícios romanos, avessos à prática do comércio, com os capitães de navios gregos, para obtenção de lucros escondidos. Daí porque o sócio que fornece o dinheiro ao outro sócio comerciante marca o seu perfil, por permanecer na sombra do anonimato.

Para outros, a conta de participação é que teria provindo da antiga sociedade em comandita, com a qual se confundia, até que a Lei de Florença, de 1408, regulou detalhadamente esta última, caracterizando-a como sociedade com patrimônio diverso do patrimônio particular dos sócios.<sup>231</sup>

A distinção entre essas espécies societárias reside, essencialmente, na circunstância de que, diferentemente da outra, na conta de participação, os sócios prestadores de capitais são ocultos, isto é, juridicamente inexistentes em relação àqueles com os quais o sócio ostensivo contratar.<sup>232</sup>

Excetuada, todavia, a origem comum e a existência de duas modalidades de sócios, não há dificuldade alguma para estreimar os limites de ambas as espécies societárias nem há como confundi-las, já que, para começar, a sociedade em comandita simples detém personalidade jurídica, seu contrato é levado a registro, e todos os seus sócios são conhecidos, diferentemente do que se dá com a sociedade em conta de participação, cuja estruturação e funcionamento são frontalmente opostos.

### **13.5 A sociedade de capital e indústria**

Com a vigência do Código Civil de 2002, desapareceu do ordenamento, como tipo legal, como modelo nominado, a sociedade de capital e indústria. Por essa modalidade societária (CCo, art. 317), uns sócios ingressavam com o capital necessário aos negócios, e outros, apenas com sua indústria, vocábulo esse aqui empregado com a acepção econômica de trabalho, de atividade.

---

<sup>230</sup> Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José, *Vocabulário jurídico*, cit., v. 3, p. 299.

<sup>231</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 221.

<sup>232</sup> BECKER, Valter Carlos E. As sociedades em conta de participação em face do imposto de renda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 174, p. 478, nov./dez. 1957.

Alguns autores atribuem tal exclusão ao fato de ser rara, em nossos dias, essa espécie de sociedade. Nesse caminho, assim, outros ordenamentos já haviam deixado de discipliná-la antes do nosso, como a lei francesa de 1966 e o Código italiano. Outros argumentam que o antigo sócio de indústria se fez substituir, nos dias de hoje, pelo empregado altamente qualificado, em cujo contrato de trabalho se inserem cláusulas de participação nos lucros, afastando-se a idéia necessariamente fundamentalista de sociedade.<sup>233</sup>

Terceiros ainda anotam que o novo sistema generalizou a possibilidade de contribuição com serviços, como leciona Rubens Requião, para quem, por exemplo, “na sociedade simples o sócio pode-se comprometer com prestações cujo conteúdo consista em serviços, o que pode também ocorrer em outros tipos de sociedades de pessoas, salvo a limitada”.<sup>234</sup>

Parece possível concluir, assim, em resumo, que, mesmo banida do ordenamento a sociedade de capital e indústria como figura típica, o Código Civil de 2002 não exclui a possibilidade de que o sócio contribua com serviços, havendo até mesmo a faculdade de inserção de disposição clausular específica nesse sentido na sociedade simples (CC, art. 997, V), regra essa antes exclusiva da sociedade de capital e indústria (CCo, art. 317) e agora aplicável aos diversos tipos de sociedades de pessoas, salvo a sociedade limitada, em que expressamente vedada (CC, art. 1.055, § 2º).

Com tais considerações, deve-se partir da premissa conceitual de que, por um lado, a sociedade em conta de participação se confunde com a pessoa do sócio ostensivo, que é quem age em nome próprio e por conta e risco próprios, quem contrata, quem aparece, em cujo patrimônio individual normalmente se incorporam os fundos sociais e os bens adquiridos. Contraposta a essa posição, a atuação do sócio participante normalmente se limita à contribuição de capital. Ante um quadro assim desenhado, indaga-se acerca da possibilidade de existência de uma sociedade em conta de participação que tenha um sócio participante na qualidade de sócio de indústria, sobretudo porque, por força da regras que norteiam a situação, deveria ele entrar com seu trabalho apenas internamente, e não nas relações com terceiros, sob pena de responder solidariamente com o sócio ostensivo nas obrigações em que intervier (CC, art. 993).

---

<sup>233</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 421.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 404.

Apesar das dificuldades iniciais, não parece haver impossibilidade prática de ocorrência de tal situação. Atente-se, assim, à hipótese do proprietário de um invento ou do detentor de conhecimentos tecnológicos específicos, que se junte a outros numa sociedade em conta de participação, em que a incumbência de sócio ostensivo fique para um, enquanto outros participem com capital e esse cientista ingresse com seus conhecimentos e tecnologia. A par de não contribuir esse sócio com valor monetário algum, o contrato social pode prever até mesmo uma retirada *pro labore* em seu favor. Está formada, assim, verdadeira sociedade em conta de participação, em que se pode ver claramente a figura de um sócio participante na condição de sócio de indústria.

Também não parece haver a impossibilidade de ocorrência de uma sociedade em conta de participação que tenha o sócio ostensivo como sócio de indústria. Aproveite-se o exemplo anterior, apenas passando o proprietário do invento ou detentor de conhecimento tecnológico específico a figurar como sócio de indústria, enquanto os demais passem a ser sócios participantes. As contribuições sociais e os bens adquiridos incorporam-se normalmente no patrimônio do sócio ostensivo, que agirá e contratará em nome próprio e por conta e risco próprios perante terceiros. A única peculiaridade será que, na sociedade *ad intra* e sem relevo perante os terceiros, esse sócio ostensivo não terá contribuído com valores monetários, mas tão-somente com seu trabalho.

Corroborando genericamente a possibilidade dessa ocorrência o fato de que o artigo 981 do Código Civil, ao conceituar um contrato de sociedade, menciona “pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Vale dizer: não apenas bens, mas também serviços podem ser trazidos como contribuição para o capital social.

### **13.6 A parceria**

No último lustro do século XX, a parceria surgiu como um tema recorrente, como um desses modismos da civilização, que veio em socorro do avanço das idéias desestatizantes e descentralizadoras da administração, como modelo adequado de conjugação de esforços e capitais.



No que concerne a sua natureza, autores há, cuja lição é no sentido de que as parcerias empresariais “representam efetivas contas de participação”<sup>235</sup>. Para outros, todavia, não importando a extensão do conceito que se queira conferir ao instituto da parceria, falta-lhe o elemento da *affectio societatis*, motivo por que não se haveria de confundir com a sociedade em conta de participação, e, assim, seriam contratos distintos, apesar dos inúmeros elementos comuns.<sup>236</sup>

O que, no mínimo, se pode dizer é que os elementos comuns de tais contratos fazem com que, se o efetivo intento de uma parceria é constituir uma sociedade, a conta de participação revela-se como importante veículo de realização desse desejo na busca de consecução de um escopo comum.

### 13.7 O consórcio

A dinâmica da economia, a celeridade exigida pelos processos de produção acabaram determinando o nascimento do consórcio como um outro meio associativo não personalizado<sup>237</sup>. Tal instituto, assim, “responde a um imperativo da vida negocial contemporânea”.<sup>238</sup>

Seu regramento mais sistemático veio na Lei n. 6.404, de 15.12.76 (arts. 279 e 280), como “modalidade de sociedade não personalizada que tem por objeto a execução de determinado empreendimento... principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento”.<sup>239</sup>

Quanto a seu funcionamento, o Decreto n. 5.765/66 já previa o arquivamento dos atos consorciais no Registro do Comércio para conferir-lhes publicidade, e o Decreto n.

<sup>235</sup> Cf. BORBA, José Edvaldo Tavares. *Direito societário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 88.

<sup>236</sup> Cf. LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 38 e seguintes.

<sup>237</sup> Cf. ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria: formas associativas não personalizadas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova série, São Paulo, v. 36, n. 105, p. 39, jan./mar. 1997.

<sup>238</sup> Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1979. v. 2, p. 793.

<sup>239</sup> Cf. LAMY, Alfredo; PEDREIRA, Bulhões. *A Lei das S. A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 251.

73.140, de 1973, admitia o ato consorcial em licitações públicas, determinando a solidariedade entre os componentes.

Egberto Lacerda Teixeira – sustentando-se na concepção clássica em Direito de que somente as pessoas podem ser partes de relações jurídicas – nega ao consórcio, na qualidade de ente não personificado, a possibilidade de ser sujeito de direitos e, assim, de praticar por si atos jurídicos, ou mesmo assumir direitos e obrigações.<sup>240</sup>

Além de outros autores contrários, todavia, a Receita Federal<sup>241</sup>, provavelmente com suporte no princípio do artigo 109 do Código Tributário Nacional – que permite a imputação de efeitos tributários desconformes com sua natureza a institutos de direito privado – equiparando o consórcio a pessoa jurídica, ou seja, personalizando-o para efeitos da legislação do imposto de renda, determinou inscrição própria às entidades consorciais, desprezando, assim, a ausência de personalidade, no intuito evidente de assegurar maior exação no cumprimento das obrigações fiscais decorrentes.

No campo conceitual, deve-se ver que tanto a sociedade em conta de participação como o consórcio são sociedades e ambos são entes despersonalizados; e, de igual modo, ambos se regem por um contrato base, que define a relação entre os associados. A conta de participação se cria e se esgota no próprio contrato, documento entre os sócios, despido de publicidade, que não demanda ato registral algum, já que quem opera e se responsabiliza é o sócio aparente; o consórcio, por seu lado, para se constituir de verdade e para valer perante terceiros, exige averbação na Junta Comercial (cf. Lei n. 6.404/76, art. 279).

Por fim, pode-se dizer que o consórcio tem, na origem, um caráter ínsito de conta de participação, que evoluiu, ao depois, para um caminho próprio, mediante sistematização legal específica, a qual, dentre outras exigências, determinou até mesmo o registro dos atos consorciais, para conferir-lhes publicidade, em característica integralmente avessa à natureza e aos propósitos da conta de participação.

---

<sup>240</sup> Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda, op. cit., p. 796.

<sup>241</sup> Cf. Secretaria da Receita Federal, *Instrução Normativa n. 105*, de 1984.

### 13.8 A joint venture

Quando dois ou mais agentes distintos decidem unir-se para explorar conjuntamente determinada atividade econômica, sem que tenham que estabelecer elevado grau de vinculação e comprometimento, a solução mais indicada é uma das várias formas de parceria existentes nos diversos ordenamentos jurídicos. Nesse leque de opções, duas modalidades de associação se destacam: a *joint venture* e a sociedade em conta de participação.

Originária do direito anglo-saxônico, a *joint venture*<sup>242</sup> nasceu de uma forma de associação despersonalizada e cresceu para o uso nos negócios internacionais. Nascida na *common law*, com base essencialmente jurisprudencial, acabou também ganhando espaço nos sistemas de *civil law*. Abrange ela, em resumo, todas as formas de associação de empresas com objetivo de realização de atividades econômicas com escopo de lucro, não importando, assim, a conformação jurídica que venha a adotar.

Para os fins deste estudo, a *joint venture* é “um acordo de cooperação (sem forma própria) entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que podem exercer a administração conjunta, e que têm o dever de busca do objetivo comum, atuante na expectativa de ganho ou benefício (não necessariamente imediato)”.<sup>243</sup>

Quanto à forma sob a qual possa organizar-se, a *joint venture* pode constituir-se como pessoa jurídica autônoma, geralmente uma sociedade por ações (ou limitada), na qual participam, mediante aporte de capitais, as partes contratantes. É o que se denomina *incorporated joint venture* ou *joint venture corporation*. Para alguns autores, nesse caso, a *joint venture corporation* designaria apenas o contrato de sociedade empresária, cuja constituição decorre do encontro de vontades das partes, formalizado por meio de um “acordo básico”; para outros, seria o próprio “acordo básico”, instrumento jurídico preliminar ao contrato de sociedade propriamente dito. O que, todavia, parece mais acertado é não circunscrever a *joint venture corporation* a dois fenômenos isolados, mas entendê-la como um

---

<sup>242</sup> O vocábulo *joint* significa “conjunto”, e *venture* tem relação com “aventura”. Tradicionalmente, a *joint venture* tinha a conotação de uma *aventura conjunta*, vinculada a um contrato de direito de navegação, que buscava auferir lucros com negócios ultramarinos de exportação e importação.

<sup>243</sup> GALIZZI, Gustavo Oliva. A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero “*joint venture*”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 135, p. 207, jul./set. 2004.

real contrato de cooperação, que abarque não apenas o contrato preliminar, mas também o próprio surgimento de uma sociedade empresária.<sup>244</sup>

Pode dar-se, porém, que os interesses envolvidos levem ao compartilhamento dos riscos, não, porém, sob a forma de pessoa jurídica, de modo que não se constitua, assim, uma sociedade conjunta com personalidade separada, em que os sócios detenham ações de capital proporcional ao investimento. Em tal caso, tem-se a *unincorporated joint venture*, ou *non incorporated joint venture*, ou, ainda, *mining partnership*. Pelo fato de não haver personalidade jurídica, os integrantes se obrigam nos termos acordados, respondendo cada um por suas obrigações, sem presunção de solidariedade. As regras norteadoras das decisões que darão curso ao empreendimento e aos aspectos gerais da parceria constituem matéria de livre estipulação dos contratantes, os quais, respeitadas as disposições do ordenamento jurídico, determinarão a seu talante os procedimentos formais e as cláusulas que melhor possam atender aos interesses comuns.

Quanto à relação entre a sociedade em conta de participação e a *joint venture*, o que se pode dizer é que aquela é uma subespécie desta, que constitui gênero. A conta de participação pode configurar modalidade de *joint venture*, em sociedade não personificada, tipificada pelo ordenamento civil pátrio, em que os sócios conservam suas individualidades e personalidades jurídicas. Já a *joint venture* poderá ser ou não uma nova pessoa jurídica, conforme se organize como *incorporated joint venture* (uma nova pessoa jurídica) ou como *non incorporated joint venture* (em que não há o surgimento de nova pessoa jurídica). Quando for dessa última modalidade, a *joint venture* pode encaixar-se nos contornos elementares da sociedade em conta de participação. Em outros dizeres: é possível o enquadramento da sociedade em conta de participação no gênero *joint venture*, mas não como *incorporated joint venture*, e sim na qualidade de subespécie típica e *sui generis*, a saber, como uma *non incorporated joint venture*.<sup>245</sup>

De modo mais específico, pode-se dizer a respeito da sociedade em conta de participação nessa correlação: a) é uma *unincorporated joint venture (lato sensu)*, pois não dá

---

<sup>244</sup> Cf. GALIZZI, Gustavo Oliva, A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero “*joint venture*”, cit., p. 209.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 215.

origem a uma nova pessoa jurídica; b) é típica, já que regulada pelos artigos 991 a 996 do Código Civil de 2002; c) é dominante, pois, na consonância com as regras do direito civil, a gestão pertence exclusivamente a uma das partes contratantes (sócio ostensivo); d) é *sui generis*, por diferir em três aspectos das demais modalidades de *joint ventures*: (i) existência de um sócio oculto, que, por via de regra, não aparece para a mídia (CC, art. 991, parágrafo único); (ii) responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo perante terceiros; (iii) por via de regra, transferência da propriedade dos investimentos dos demais sócios ao sócio ostensivo, que os administra no interesse comum, observada a circunstância de que a especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º); e) por fim, para que a conta de participação possa ser classificada como subespécie do gênero *joint venture*, deve ser necessariamente contratada por prazo determinado, característica que é da essência desta.

Além disso, no que tange às diferenças entre a sociedade em conta de participação e a *joint venture*, pode-se dizer, por primeiro, que, naquela, a gestão dos negócios sociais fica inteiramente a cargo do sócio ostensivo; nesta é faculdade das partes integrantes contratar uma administração compartilhada (*mutual agency*) ou individualizada. Ao depois, a propriedade dos aportes dos sócios, na conta de participação, normalmente passa ao sócio ostensivo, em cujo poder estão, e ele os há de controlar e utilizar no interesse comum; na *unincorporated joint venture*, ocorre fenômeno similar, mas não idêntico, já que os recursos investidos pelas partes contratantes integram uma “conta comum”, administrada pelo operador, mas de propriedade de todos, e cada integrante contabiliza, em seus registros próprios, os resultados positivos e negativos decorrentes do projeto.

## 14 AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS

### 14.1 Ausência de personalidade jurídica

Por um lado, o Código Civil de 2002 inseriu a sociedade em conta de participação, ao lado da sociedade em comum, no rol das sociedades não personificadas. Além disso, especificando que seu contrato social produz efeito somente entre os sócios, determinou que eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (CC, art. 993).

Assim, pelo molde da lei, a conta de participação, embora sociedade, não é pessoa jurídica, e segue esse proceder na esteira de diversos ordenamentos, como o molde francês, o Código Civil italiano e o Código Comercial português.

Na doutrina, esse posicionamento é grandemente majoritário, e partilham dessa posição autores de renome, como Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Spencer Vampré, Otávio Mendes, Sílvio Marcondes, Pontes de Miranda e Vivante, entre outros.<sup>246</sup> Citando Bento de Faria, resume Tullio Ascarelli que a sociedade em conta de participação “não tem personalidade moral”, e nela “não existe, portanto, nenhum ente jurídico distinto da pessoa dos sócios”.<sup>247</sup>

Estabelece-se, por via de regra, a conta de participação mediante a prestação em dinheiro, bens, coisas ou direitos, os quais, apesar de constituírem internamente fundo social, normalmente se incorporam ao patrimônio do sócio ostensivo. Por conta dessa situação, antigo é o dissídio sobre a questão principal de se saber até mesmo se, na conta de participação, há sociedade ou mero empréstimo. Para os que chegam a vê-la como sociedade, ainda se discute se ela é ou não personalizada. Entre nós, todavia, a questão, de início, foi dirimida pelo artigo 326 do Código Comercial, que a disciplinou como sociedade, sem, todavia, conferir-lhe natureza de pessoa jurídica, por não deter autonomia patrimonial e não existir perante terceiros. Em mesma esteira, o Código Civil de 2002 criou subtítulo próprio

---

<sup>246</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 55.

<sup>247</sup> Cf. ASCARELLI, Tullio, Sociedade em conta de participação e imposto de selo, cit., p. 362.

para as sociedades não personificadas, onde a inseriu, ao lado da sociedade em comum (CC, arts. 986 e seguintes).

Em decorrência de sua natureza e do regramento legal que lhe é conferido, a conta de participação pode formar-se mediante contrato escrito, mas este não será registrado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins (CC, art. 1.150), ato esse de que decorreria o início de existência legal como pessoa jurídica (CC, art. 45). Em verdade, mesmo levado a registro o contrato de constituição da conta de participação, essa formalidade não lhe confere personalidade jurídica (CC, art. 993).

A falta de personalidade jurídica nessa espécie de sociedade, com ausência de registro nos órgãos competentes, acaba permitindo a empreendedores aplicar seus capitais em operações econômicas momentâneas com o simples ato de aderir a uma sociedade assim constituída, sem formalidades maiores.

Sempre é bom lembrar, todavia, que o fato de ser a conta de participação uma sociedade sem personalidade jurídica não a torna uma sociedade irregular. Ao contrário, reveste-se ela de integral regularidade e até mesmo é disciplinada pelo ordenamento codificado. Desse modo, a ausência de personalidade não a desnatura de seu aspecto de sociedade nem de sua regularidade formal e substancial, e é sabido que os sócios até mesmo podem divulgar sua existência, se não houver impedimento contratual para tanto.<sup>248</sup>

## 14.2 Legitimação processual

A legislação processual confere a capacidade para estar em juízo a “toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos” (CPC, art. 7º). Deflui com facilidade dessa determinação da lei, a regra basilar de que a capacidade para estar em juízo vincula-se normalmente à existência da personalidade. Desse modo, somente pessoas, quer físicas, quer jurídicas, detêm capacidade para figurar como partes em processo judicial.

---

<sup>248</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 422.

No que concerne ao direito empresarial, calha aqui lembrar a lição de Fábio Ulhoa Coelho, para quem “a personalização da sociedade empresária importa a definição da sua legitimidade para demandar e ser demandada em juízo”<sup>249</sup>. Fixa-se, desse modo, como princípio: a legitimidade para demandar costumeiramente se vincula à personalização da sociedade.

Por outro lado, o Código de Processo Civil, no artigo 12, incisos III, IV, V, VII e IX, permite que entidades despidas de personalidade jurídica estejam em juízo, quer ativa, quer passivamente, e até mesmo aponta por quem haverão de ser representadas em demandas judiciais: a massa falida, pelo síndico; a herança jacente ou vacante, por seu curador; o espólio, pelo inventariante; as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico. E não é exaustivo o rol dessa determinação processual, porquanto se tem conferido a possibilidade de figurar como parte em juízo a outros entes despersonalizados, como as mesas dos corpos legislativos em ações de mandado de segurança.<sup>250</sup>

Anote-se, por um lado, que capacidade processual para ser parte constitui realidade mais ampla do que a capacidade jurídica do direito civil, razão pela qual, como se observou, podem eventualmente comparecer em juízo, como autores ou réus, certas coletividades ou organismos não personalizados<sup>251</sup>, casos em que tais entidades se vestem do que se convencionou denominar personalidade judiciária, atributo esse menos amplo do que personalidade jurídica.

De acordo com Celso Agrícola Barbi, para quem a capacidade para ser parte normalmente se liga à existência de personalidade jurídica, “a lei processual pode atribuir aquela capacidade a figuras que não têm essa personalidade”, conferindo-lhe, assim, a capacidade para ser parte<sup>252</sup>, o que gerou preciosa síntese de Vítor Nunes Leal: “nem sempre a personalidade jurídica é indispensável à existência da personalidade judiciária.”<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 14.

<sup>250</sup> TACRS – Apelação n. 192115103, 3ª Câmara, rel. Juiz Arnaldo Rizzardo, j. 17.6.1992, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 686, p. 168, dez. 1992.

<sup>251</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>252</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1, t. 1, p. 149-150.

<sup>253</sup> LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 426.



Por isso, esses entes não são pessoas jurídicas; “mas são partes no processo”, em casos claros de que, “mesmo em nosso direito positivo, a personalidade judiciária é independente da personalidade jurídica, muito embora a personalidade jurídica se complete sempre com a judiciária”.<sup>254</sup>

Mostra bem esse fato Pedro Paulo Cristóforo, quando refere que os entes dos incisos III, IV, V, VII e IX do artigo 12 do Código de Processo Civil “dispõem de uma capacidade limitada, podendo atuar em juízo, nele praticando todos os atos que são próprios das pessoas, sem que, porém, se lhes reconheça personalidade jurídica”.<sup>255</sup>

Feitas essas ponderações genéricas, a indagação que se põe é se a sociedade em conta de participação pode estar em juízo, ativa ou passivamente, para figurar como parte em demanda judicial. E a resposta que normalmente se tem dado a essa questão, até com argumento de autoridade, é que tal sociedade não tem *legitimatío ad causam* nem *ad processum* para estar em juízo, ativa ou passivamente, como, aliás, já acentuava Moliérac<sup>256</sup> e como entende majoritariamente a doutrina na atualidade<sup>257</sup>, e isso sem maiores divergências.<sup>258</sup>

Dizer, porém, apenas que a sociedade em conta de participação não pode estar em juízo para ajuizar ação nem para se defender é afirmação simplista, que não chega às reais causas do problema. Também só afirmar que ela não se arrola entre os entes despersonalizados a que o ordenamento confere personalidade judiciária e, assim, uma excepcional capacidade para estar em juízo, é posição que não traz justificativas e não explica, por exemplo, o motivo de conceder personalidade judiciária a outros entes despersonalizados (como a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica e o condomínio), e sonég-la à sociedade em conta de participação. Por outro lado, justificar a sonegação de legitimação processual para a conta de participação a pretexto de ausência de patrimônio também constitui argumento frágil, que

---

<sup>254</sup> LEAL, Víctor Nunes, *Problemas de direito público*, cit., p. 427-429.

<sup>255</sup> CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Consórcios de sociedades: validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade: titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, Nova série, v. 20, n. 44, p. 19, out./dez. 1981.

<sup>256</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 56.

<sup>257</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 7.

<sup>258</sup> ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; REIS, Maria Flávia Curtolo, Sociedade em conta de participação, cit., p. 738.

esbarra na realidade de existência de outros entes despersonalizados e faltos de patrimônio, como as mesas dos corpos legislativos, aos quais se concede personalidade judiciária para ações de mandado de segurança.

O que parece de mister esclarecer, no caso, é que a conta de participação é uma sociedade *ad intra*, voltada para seus sócios e existente apenas entre eles. O sócio ostensivo contrata e aparece em nome próprio, e age por própria conta e risco. Se credores ou devedores, os sócios participantes o são em nome pessoal e individual, jamais da sociedade em si. Exatamente por isso, nunca se pode afirmar a existência de um interesse jurídico da sociedade a ser defendido como tal em juízo. Também jamais poderá haver, em situação de regularidade social, um interesse de terceiros contra a sociedade em si, até pelo argumento de que, para eles, ela não existe. Assim, não se há de falar em demanda a ser proposta pela sociedade ou contra a sociedade. Em ambos os casos – de ajuizamento de ação ou de contestação – a natureza e a estrutura da sociedade em conta de participação não permitem que uma demanda por ela ajuizada ou contra ela aforada ultrapasse sequer o juízo de sua admissibilidade, por ausência de condição da ação representada pela legitimidade de parte.

Mas não é só: o artigo 12, VII, do Código de Processo Civil determina que a sociedade sem personalidade jurídica será representada em juízo, ativa ou passivamente, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. Por um lado, a sociedade em conta de participação enquadra-se perfeitamente na expressão “sociedade sem personalidade jurídica”. Por outro lado, entretanto, muito embora o ordenamento civil determine que, nessa espécie societária, “a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial” (CC, art. 994, *caput*), a mesma lei esclarece, na seqüência, que “a especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios” (CC, art. 994, § 1º). Vale dizer: ainda que se queira entrever um patrimônio social na sociedade em conta de participação, esse patrimônio apenas tem valor entre os sócios, e não perante terceiros. Para qualquer terceiro que queira ajuizar uma demanda ou que a sociedade intente acionar, a especialização patrimonial não produz efeitos, de modo que o pretense patrimônio social não existe para os terceiros. Se não há patrimônio social perante terceiros, de nenhum valor ou eficácia será, perante eles, a afirmação acerca da existência de uma pessoa a quem caiba a administração dos bens da sociedade. A conta de participação, além de sociedade *ad intra*, é uma sociedade sem bens. Falar de administração será, em última análise, falar de gerenciamento de bens inexistentes. Uma contradição nos termos da própria afirmação.

Por isso, em resumo, ainda sob esse segundo aspecto, não há como fazer incidir a regra do artigo 12, VII, do Código de Processo Civil, no mínimo porque a sociedade em conta de participação não tem patrimônio próprio e, assim, não há como afirmar a existência de administrador de bens próprios dela. E mais: por não existir perante terceiros, como sociedade e como patrimônio, não tem ela como garantir eventuais demandas. Assim, uma ação por ela ajuizada ou contra ela proposta não ultrapassaria, de igual modo, o juízo de sua admissibilidade, agora por ausência de interesse de agir.

Desse modo, em síntese, porque nessa modalidade societária o contrato social produz efeito somente entre os sócios (CC, art. 993), e a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual (CC, art. 991) e por própria conta e risco, se a sociedade tiver que demandar ou ser demandada, a legitimidade ativa ou passiva para fazê-lo será unicamente do sócio ostensivo.

Por outro lado, se os sócios participantes tiverem algum direito a questionar, ou contra qualquer deles individualmente houver algum direito a ser discutido, haverão eles de se fazer presentes em juízo pessoalmente e em nome próprio individual, já que, em tais circunstâncias, eles serão pessoalmente credores ou devedores de terceiros.

Sintetizou, aliás, nesse aspecto, o colendo Superior Tribunal de Justiça que não há possibilidade alguma, em termos processuais, de se intentar uma citação da sociedade em conta de participação para uma demanda judicial de qualquer natureza, já que ela não tem personalidade jurídica nem existência perante terceiros.<sup>259</sup>

### **14.3 Inviabilidade da falência**

Na esteira da matriz francesa, do Código Civil italiano e do Código Comercial português, a sociedade em conta de participação, entre nós, não tem autonomia patrimonial. Essa também é a lição de Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Spencer Vampré, Octávio Mendes, Sílvio Marcondes, Pontes de Miranda e Vivante, entre outros.<sup>260</sup>

---

<sup>259</sup> Cf. *RSTJ*, 173/244.

<sup>260</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 55.

Ora, como bem lembra Fábio Ulhoa Coelho, “da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário”<sup>261</sup>. Vale dizer: se há personalidade, pode haver patrimônio; ao revés, não se fala em patrimônio próprio, se não há personalidade. No que tange à sociedade em conta de participação, decorre de sua ausência de personalidade que não tem ela patrimônio próprio, já que a atuação societária se dá em nome do sócio ostensivo, além do que a especialização patrimonial de que fala o artigo 994, § 1º, do Código Civil somente produz efeitos em relação aos sócios.

Em cadeia de raciocínio, pode-se afirmar, assim, que: a) por não ter personalidade jurídica, a sociedade em conta de participação não tem patrimônio próprio; b) por não deter patrimônio próprio, ela não é parte legítima para figurar no pólo passivo de toda e qualquer demanda; c) por consequência e particularização, não pode ela ser alvo de um pedido de falência, nem pode ser declarada falida.

Na hipótese de quebra, esta, por conseguinte, há de ser do sócio ostensivo, o qual há de sofrer seus efeitos, já que em seu próprio nome e sob sua responsabilidade é exercida a atividade constitutiva do objeto social.

#### **14.4 Término da sociedade**

Costuma-se dizer que o procedimento dissolutório de uma sociedade empresária pode ser judicial ou extrajudicial e compreende três fases: dissolução, liquidação e partilha. É assim que termina a personalidade jurídica da sociedade empresária.

Ora, exatamente porque a sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica, esse procedimento dissolutório a ela não se aplica em tais moldes, mas finda ela por prestação de contas que o sócio ostensivo faz aos sócios participantes, quer de modo espontâneo, quer por via judicial.

---

<sup>261</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 15.

## 15 ESTRUTURA SUBJETIVA DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 15.1 A convenção de sociedade nos dias de hoje

Como convenção, ajuste, convergência de vontades, o contrato constitui elemento de extrema importância na circulação das riquezas, já que, por seu intermédio, desenvolve-se a mais variada gama de operações civis e mercantis, e, não importando as objeções que lhe possam ser feitas, havendo mesmo quem negue a própria existência dessa figura<sup>262</sup>, trata-se de instituto verdadeiramente insubstituível, dada a sua utilização pelo homem contemporâneo.

Com o aperfeiçoamento da ciência do Direito e a chegada das reformas pela codificação respectiva, novas dimensões foram trazidas para o ordenamento civil e sobretudo para o contrato – não fugindo a esses reflexos o contrato de sociedade – e isso sobretudo porque princípios específicos vieram para nortear, como novidade, a moderna legislação civil.

Pelo primeiro deles – o princípio da socialidade – mudou-se o enfoque do sentido individualista para o social, e passou a haver a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda do valor central do ser humano. Em decorrência, buscou-se, como uma das características mais marcantes desse princípio, o sentido social, a ponto de se ufanar o coordenador da comissão redatora do anteprojeto de que, embora não tivesse havido vitória do socialismo, teria, ao menos havido o triunfo da socialidade, em prevalência dos valores coletivos sobre os individuais.”<sup>263</sup>

Como decorrência direta dessa nova orientação, tem-se uma significativa preliminar dos contratos em geral, em regra sem correspondência no ordenamento anterior, erigida em princípio norteador de toda e qualquer contratação, e, assim, forçosamente extensiva ao contrato de sociedade: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (CC, art. 421). Por isso, todo e qualquer contrato que se pactue na vigência do Código – não se excepcionando o contrato de sociedade – haverá de ser

---

<sup>262</sup> LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 745, p. 27, nov. 1997.

<sup>263</sup> Cf. REALE, Miguel, *O projeto do novo Código Civil*, cit., p. 7.

interpretado pelo aplicador do Direito exatamente em razão e nos limites da função social, que ele há de implementar.

Também se adotou o princípio da eticidade, fundado na boa-fé e na equidade, como resultado da premissa de que o Código de 1916 fora elaborado com excessivo rigor formal, fruto do individualismo então vigente. Em decorrência desse raciocínio, buscou-se, então, conferir maior poder ao juiz, para encontrar a solução mais justa ou equitativa ao caso concreto, não apenas suprimindo lacunas, mas também invocando valores éticos nas hipóteses de deficiência ou desajuste da regra jurídica ao caso concreto.

Como exemplo prático dessa postura, basta ver a regra geral para os negócios jurídicos no artigo 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. E, de modo mais específico para os contratos, tem-se o artigo 422, verdadeira bússola para toda a teoria contratual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Pelo terceiro dos novos princípios – o da operabilidade – parte-se da premissa de que os efeitos da norma devem ser os mais adequados para uma aplicação prática, e não aqueles que a teoria preconiza. Essa postura levou o legislador a fixar soluções normativas com possibilidade de facilitar a interpretação e a aplicação do Direito por seu operador, intento esse que, na prática, se pretendeu conseguir por via de uma redação de normas mais abertas, em virtude da premissa de que mudanças da atividade social levariam à alteração do conteúdo da norma jurídica.<sup>264</sup>

Esses novos princípios, essa nova mentalidade e essa nova orientação que bafejam o direito civil codificado de um modo geral espraiam, por óbvio, sua influência e seus reflexos também para o contrato de sociedade, o qual, na esteira dos demais contratos e negócios jurídicos, não pode ser analisado na frieza de suas disposições clausulares, sem a consideração de uma liberdade responsável e de uma segurança jurídica, nem desprovido de qualquer senso de justiça negocial.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> Cf. REALE, Miguel, *O projeto do novo Código Civil*, cit., p. 14.

<sup>265</sup> LISBOA, Roberto Senise, *Princípios gerais dos contratos*, cit., p. 36.

Desse modo, o princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade das partes, até então de cunho nitidamente formal, mesmo sem ser eliminado do cenário, já que se preserva a essência da manifestação volitiva dos interessados, ganha componentes de significativo relevo, que fazem diminuir o espectro absoluto dessa rotulada “vontade livre”: esta há de ajustar-se aos limites da função social do contrato; os contratantes não de guardar, em todo seu mútuo relacionamento, os princípios da probidade e da boa-fé; as disposições clausulares não de ser tidas não como fórmulas sacramentais e fechadas, o que há de facilitar a respectiva interpretação e a aplicação do Direito ao caso concreto.

### **15.2 A *affectio societatis* na conta de participação**

A noção primeira de contrato traz subjacente a idéia de interesses antagônicos, que o acordo de vontades busca disciplinar, como se dá, por exemplo, num contrato de locação ou de compra e venda. Na estruturação das sociedades, porém, de modo diverso, não se pode ver, num primeiro momento, a existência de tais interesses contrários, mas sim a presença de ideais paralelos e mesmo convergentes, caracterizados pelos objetivos idênticos de atuação e obtenção de lucros.<sup>266</sup>

Vale dizer: nas sociedades, o interesse das partes reside não apenas na celebração de um contrato que vai disciplinar interesses diversos ou antagônicos, movidos por visões contrárias, nem vai servir apenas, num primeiro momento, para garantir os direitos de um contratante contra o outro. Num contrato dessa espécie, também na conta de participação, os contraentes são levados a sua celebração por interesses comuns, movidos por um ideal que polariza a manifestação volitiva de todos, que pode ser sintetizado na consecução do objeto social, com o intuito mediato de obtenção de lucro. A esse sentimento que enfeixa os esforços comuns, tem-se denominado, genericamente, *affectio societatis*.

E, mesmo quando comparada com outras modalidades societárias, a conta de participação, no que respeita ao interesse de associação, não se confunde, podendo-se tomar, para exemplo, uma limitada, em que todos gerenciam e trabalham em torno do objetivo social,

---

<sup>266</sup> PIRES, Antonio Cecílio Moreira; WIEGERINCK, João Antonio, O direito societário e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil, cit., p. 14.

com vistas a um resultado comum. Na conta de participação, de modo diverso, o vínculo que une os interessados normalmente não é uma participação societária contratualmente expressa, de que poderia resultar efetiva comunhão de ideais, com atuação concreta e participativa de todos. A par da existência de um núcleo comum de interesses, por via de regra, o intuito dos sócios participantes não se fixa na exploração de um objeto social, nem mesmo se volta à gestão dos negócios sociais, mas visa, quase que unicamente, aos proventos que possam ser materializados por eventuais dividendos. Não é sem motivo que ele também é chamado de sócio investidor.

Por essas razões, a *affectio societatis* deve ter sua interpretação harmonizada com a estrutura e os fins de uma sociedade em conta de participação, como convém a uma forma societária maleável e diferenciada, quando comparada com o interesse de associação presente nas demais sociedades.

### 15.3 Vícios da vontade

Como também é da generalidade das demais convenções, o contrato de sociedade, também da sociedade em conta de participação, em sua formação, como negócio jurídico que é, exige o consenso como base, como verdadeiro pressuposto conceitual daquilo que nele há de bilateralidade.

Bem por isso, em seu nascedouro, o contrato de sociedade é fruto da vontade dos contratantes, e estes não de manifestá-la livremente, sem qualquer dos vícios que possam macular o ato assim realizado e, por conseqüência, causar sua eventual invalidação por alguma das seguintes ocorrências: a) erro ou ignorância (CC, arts. 138/144); b) dolo (CC, arts. 145/150); c) coação (CC, arts. 151/155); d) estado de perigo (CC, art. 156); e) lesão (CC, art. 157); f) fraude contra credores (CC, arts. 158/165).



## 15.4 Elementos do contrato

Adicionalmente, mesmo em presença da vontade em si regularmente manifestada, sem nenhum dos vícios mencionados, o ordenamento acrescenta condições para a validade do negócio jurídico representado pelo contrato social (CC, art. 104): a) agente capaz (inc. I); b) objeto lícito, possível, determinável ou determinado (inc. II); c) forma prescrita ou não defesa em lei (inc. III).

No que concerne à questão da capacidade, a legislação anterior estipulava a maioridade civil aos vinte e um anos, termo esse em que o indivíduo ficava habilitado para todos os atos da vida civil (CC/1916, art. 9º). A nova codificação inovou, ao fixar que se alcança a maioridade não mais aos vinte e um anos, mas aos dezoito, quando a pessoa, então, fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (CC, art. 5º). Se pode praticar todos os atos da vida civil a partir da nova idade, qualquer pessoa obviamente também passa a poder exercer a atividade empresarial.

Inovando, de igual modo, na questão da capacidade, diversamente do ordenamento anterior, que possibilitava a emancipação de menores aos dezoito anos cumpridos (CC/1916, § 1º, I), o novo Código fixa para tanto a idade de dezesseis anos completos (CC, art. 5º, parágrafo único, I). Ou seja, enquanto qualquer pessoa, por via da emancipação, poderia exercer, na vigência do Código anterior, a atividade empresarial aos dezoito anos, essa idade agora foi reduzida para os dezesseis anos, época em que pode dar-se a emancipação.

Quanto ao objeto do negócio jurídico, para o qual o sistema anterior exigia somente a licitude (CC/1916, art. 82), o novo Código passa a falar em “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”. Na vigência do sistema anterior, mesmo sem determinação da lei, a possibilidade já constituía um atributo indispensável ao objeto do contrato, sob o argumento do postulado inarredável de que não há como imaginar vinculação jurídica quanto a obrigações impossíveis (“*impossibilium nulla est obligatio*”).

Acresça-se a observação de que o Código de 2002 acrescentou, ainda, que o objeto deverá ser “determinado ou determinável”.

Por fim, no que tange aos elementos do contrato de sociedade, sobretudo quanto à celebração, apesar da previsão genérica do Código, no que concerne a uma “forma prescrita ou não defesa em lei”, o certo é que as normas do direito de empresa, em nosso sistema civil positivo, por um lado, não exigem forma especial para constituição de sociedade, como se verifica do teor do artigo 981: “Celebaram 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”. Por outro lado, mais do que isso, para a sociedade em conta de participação – uma sociedade *ad intra*, cujo contrato social produz seus efeitos apenas entre os sócios (CC, art. 993) – a legislação, de modo expresse e taxativo, diz que sua constituição “independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito” (CC, art. 992).

### 15.5 Observações sobre os sócios

Em termos de estrutura societária, a conta de participação conta com duas espécies de sócios: o *ostensivo*, ou aparente, que exerce, com exclusividade, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, a atividade constitutiva do objeto social (CC, art. 991), e se obriga perante terceiros (CC, art. 991, parágrafo único); e o *participante*, ou oculto, ou investidor, que apenas participa dos resultados correspondentes (CC, art. 991) e, sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

Em sua estruturação subjetiva, a sociedade em conta de participação, além de pessoas físicas, também pode envolver pessoas jurídicas, quer na qualidade de sócios ostensivos, quer na de ocultos. Essa sua estruturação com a participação de pessoas jurídicas, aliás, é a tendência que se pode notar no desenvolvimento dessa espécie societária nos dias atuais.

Como, perante terceiros, a sociedade em conta de participação é o que é seu sócio ostensivo, o qual exerce, com exclusividade, em nome individual e por sua própria e exclusiva responsabilidade, a atividade constitutiva do objeto social (CC, art. 991), obrigando-se exatamente nesses moldes perante terceiros (CC, art. 991, parágrafo único), pode-se afirmar

que, considerada em si e em sua essência, a sociedade em conta de participação “tanto pode ser uma sociedade comercial como um comerciante individual”.<sup>267</sup>

Mais do que isso e pelas mesmas razões, poderá a conta de participação ser uma sociedade empresária ou não, tudo ficando na dependência do que seja seu sócio ostensivo.

### **15.6 O sócio ostensivo**

Fixe-se, mais uma vez, em termos conceituais, que o sócio ostensivo, ou aparente, é aquele que, com exclusividade, exerce, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, a atividade constitutiva do objeto social, além de ser aquele que se obriga perante terceiros.

Externamente, ele atua como se não existisse a conta de participação, contrata com terceiros e perante estes se obriga e adquire direitos. Internamente, contudo, registra, em conta específica, os ingressos, as despesas e os dispêndios havidos, e reparte, ao depois, os resultados positivos e negativos do negócio com demais sócios.

Por fim, em razão do fato de que a conta de participação inexistente como sociedade perante terceiros e gira exclusivamente em nome do sócio ostensivo, a este, com exclusividade, cabe gerir e administrar a sociedade. Vale dizer: o sócio-gerente a que se referia o artigo 327 do Código Comercial é o próprio sócio ostensivo, que em seu nome e risco exerce o comércio.

### **15.7 Possibilidade de mais de um sócio ostensivo**

A realidade prática do Direito é muito mais fértil do que a imaginação do jurista ou a previsão do legislador. Em fato já citado para outras finalidades neste estudo, na década de trinta do século passado, como registraram os anais da jurisprudência, para enfrentar a crise e a concorrência nas vendas, alguns torrefadores de café estudaram a possibilidade de um

---

<sup>267</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 14. ed., 1984, cit., v. 1, p. 293.

acordo tendente a estabelecer uma tabela comum de preços, que vigorasse temporária e obrigatoriamente entre eles, e isso com vistas a lutar contra a concorrência excessiva e o aviltamento dos preços. Na estrita observância do contrato, cada qual deles continuaria à testa de sua própria indústria e, semestralmente, fariam um balanço de suas operações e prestariam contas recíprocas, para a divisão dos lucros ou prejuízos, na proporção estabelecida na minuta. Em outras palavras, pelo contrato, agiam eles singularmente perante os terceiros, junto aos quais assumiam responsabilidade exclusiva e adquiriam direitos; ao depois, no âmbito interno de seu acordo, prestavam-se contas recíprocas ao fim de cada semestre.<sup>268</sup>

Uma análise adequada da situação de fato leva à conclusão de que o contrato do caso configura nada menos do que uma sociedade em conta de participação. Conceitualmente, o molde clássico é haver um sócio em cujo nome e sob cuja responsabilidade se dá a atividade negocial, enquanto os demais permanecem ocultos em relação aos terceiros que se relacionam com a sociedade. No caso, porém, o que se tem é que todos os sócios são ostensivos, cada qual em seu turno e no que concerne aos atos e às atividades empresariais desenvolvidas por cada qual deles; e todos, de igual modo, são ocultos e apenas participantes, quanto aos atos e às atividades desempenhadas pelos demais.

No regime do ordenamento anterior, em realidade, ao definir a sociedade em conta de participação, o artigo 325 do Código Comercial de 1850 já deixava clara a possibilidade de existência de mais de um sócio ostensivo, ao referir, nessa associação, a possibilidade do efetivo trabalho de “um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social”.

Anote-se, ademais, que o Código de 2002, a esse respeito, não proíbe a existência de mais de um sócio ostensivo na sociedade em conta de participação; ao contrário, seu artigo 996, parágrafo único, em disposição inexistente na legislação anterior, evidencia exatamente a possibilidade dessa situação, quando, ao reger o término da sociedade, determina que, “havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo”.

---

<sup>268</sup> BABO, J. Sandoval. A sociedade em conta de participação. Seus característicos. Quebra de um dos sócios, p. 154.

## 15.8 O sócio participante

Lembre-se, por primeiro, que o sócio participante, também denominado oculto ou investidor, apenas participa dos resultados previstos no contrato da sociedade em conta de participação, além do que, sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

Além disso, de oportuna observação é que o sócio participante pode ou não ser empresário, já que, não importando a natureza da atividade que constitui o objeto social, não assume obrigações para com terceiros, e sim apenas perante o sócio ostensivo. E mais: pode ele ser pessoa física ou pessoa jurídica.

Esse sócio era denominado sócio oculto pela legislação anterior. Essa terminologia, entretanto, dava margem a uma interpretação tendenciosa sobre a natureza da sociedade em conta de participação e possibilitava sua associação a operações e negócios obscuros ou com indícios de ilegalidade. Agora, ao referir-se ao antigo sócio oculto como “sócio participante”, o Código Civil de 2002, a um só tempo, coibiu essa interpretação e estimulou o emprego dessa espécie de sociedade para toda a série de empreendimentos que se encaixam em seu figurino.

Contudo a qualificação de sócio oculto a ele atribuída, ainda possível e normal na ciência do Direito, não o torna um personagem misterioso e clandestino, nem o posta em um nimbo de discutível legalidade. Ao contrário, sua presença nas relações negociais pode e deve ser marcante, no controle do exercício frutífero das atividades do sócio ostensivo, principalmente quando não se limita ele a conferir capitais para o negócio, ou a conceder a utilização de privilégios de invenção, nem gera, desse modo, um estado de absoluta dependência do sócio ostensivo em relação à capacidade empresarial do outro

O sócio oculto – reitere-se – não participa da administração da sociedade. Atribui-lhe a lei o direito de fiscalização, apenas ressalvando que não poderá tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com aquele perante estes, nas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

Desse modo, se ele, sócio oculto, toma a frente do negócio e o administra, ou mesmo se se faz passar por sócio ostensivo, responde com este solidariamente pelas obrigações decorrentes dos atos em que intervier.

Um sócio dessa espécie obriga-se apenas para com o sócio ostensivo, de modo que não se confere aos credores direito algum ou pretensão contra ele. É bem nesse sentido que se diz que a conta de participação, perante o mundo negocial externo, confunde-se com a figura do sócio ostensivo.

O principal direito do sócio oculto, além de partilhar dos lucros, é não ser responsabilizado perante terceiros com quem o sócio ostensivo tenha contratado com vista ao objeto social.

### 15.9 O estrangeiro como sócio participante

No que concerne a figurar uma pessoa estrangeira como sócio participante, de natureza oculta, em sociedade em conta de participação, já houve, na doutrina brasileira, quem sustentasse a impossibilidade de tal ocorrência, fosse o estrangeiro pessoa física ou pessoa jurídica, e isso em razão do “anonimato nessa espécie societária”.<sup>269</sup>

Não se dá, todavia, tal impossibilidade, sobretudo pela isonomia garantida por princípio constitucional (CF/88, art. 5º. Além disso, o que a legislação brasileira exige é que os investimentos estrangeiros se façam sob forma de participação quotista ou acionária e que tais investimentos sejam objeto de registro específico no Banco Central do Brasil. Adimplidos tais requisitos, porém, não há como vedar ao estrangeiro a condição de sócio investidor de uma sociedade em conta de participação).

Isso equivale a dizer que não há impedimento algum a que se adotem sociedades em conta de participação para formalizar *joint ventures* internacionais entre sociedades brasileiras e estrangeiras, postando-se estas últimas como sócias participantes. Em termos de

---

<sup>269</sup> Cf. ANDRADE JUNIOR, Átilla de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Observe-se, todavia, que, tempos depois, esse mesmo autor reviu seu posicionamento e passou a considerar a possibilidade de constituição de uma sociedade em conta de participação tendo como sócio oculto uma pessoa (física ou jurídica) estrangeira.

normalidade, aliás, dificilmente haveria melhor opção, porquanto, ao constituir uma conta de participação com parceiro nacional, o investidor estrangeiro vai usufruir o conhecimento daquele, no que concerne ao mercado e ao ambiente cultural e político de nosso país, enquanto a sociedade hospedeira passará a dispor da capacidade tecnológica, empresarial e financeira da outra, em busca da prosperidade dos negócios comuns e da colimação dos ideais pretendidos.

### **15.10 Governança corporativa como proteção**

Nessa consideração da composição subjetiva da sociedade em conta de participação, vale ainda destacar, como inovação do Código Civil de 2002, a regra de que o sócio ostensivo não pode admitir outro sócio sem o consentimento expresso dos demais (CC, art. 995), o que demonstra o intento de preservar o interesse comum gerido pelo sócio ostensivo.

Ora, para que o sistema societário em suas diversas modalidades, incluindo a sociedade em conta de participação, possa desenvolver-se de modo sadio e vigoroso, um aspecto que não pode ser descuidado é aquele que respeita ao investidor, sobretudo se minoritário, o qual deve ser tratado como verdadeiro sócio do empreendimento, e não como mero coadjuvante, sem voz nem vez na sociedade, passível de descarte a qualquer momento. Nesse sentido, sem que se descure da necessidade do todo, da vida e da viabilidade do ente societário, deve-se buscar sempre o fortalecimento de um sistema de gestão social que privilegie a probidade, a transparência e a ampliação dos direitos dos sócios investidores, sem que se faça diferença alguma quanto aos minoritários.

Para tanto, em todo o mundo, tem havido a implantação do que se resolveu denominar *corporate governance* e que, no Brasil, em tradução literal do modelo anglo-saxão, passou a chamar-se *governança corporativa*. Ao menos no que tange ao nosso país, a discussão sobre esse assunto é conseqüência da necessidade de uma administração mais transparente, que permita atrair investidores, inclusive acionistas minoritários, como forma alternativa de captação de recursos no mercado financeiro.

Com origem na Inglaterra e nos Estados Unidos, a governança corporativa, de início, voltava-se para a solução de conflitos internos nas empresas e buscava facilitar a

administração estratégica da companhia. Viu-se, então, a importância da separação das figuras do gestor e do controlador, além da necessidade de se adotarem regras de conduta, as quais acabaram reunidas no que se convencionou denominar “códigos de melhores práticas”. Assim, a governança corporativa é exatamente o sistema pelo qual as companhias são dirigidas e controladas. O primeiro desses códigos surgiu em 1992, na Inglaterra, e foi seguido por outros ao redor de todo o mundo. As diversas crises e escândalos financeiros em grandes corporações mundiais aceleraram sua difusão.

De modo específico para o Brasil, que tem um histórico muito forte em companhias estatais e familiares, o debate sobre governança corporativa começou com a preocupação relativa ao funcionamento do conselho de administração, cujas atribuições se especificam no artigo 142 da Lei das Sociedades Anônimas. Uma atenta análise do que ocorre em nosso meio há de revelar que, mais do que uma necessidade, a governança corporativa é uma realidade.

Numa análise valorativa, o que se pode dizer é que a adoção de instrumentos capazes de conferir transparência aos fatos relativos à sociedade – quer uma companhia, quer mesmo uma sociedade *ad intra*, como a conta de participação – e de atribuir ao sócio oculto ou minoritário um determinado grau de participação nas decisões, que se defende como ponto inovador da governança corporativa, já encontra previsão em lei, ao menos no que tange às primeiras, e vem ao encontro do que prevê o artigo 116, parágrafo único, da mencionada lei.

Vale dizer: no que concerne ao Brasil, a governança corporativa, que já começa a mostrar efeitos significativos em todo o mundo, não apenas é uma realidade de fato, mas até mesmo já tem delimitado seu fundamento jurídico<sup>270</sup>. Essa observação, válida integralmente para as companhias, não deixa de ter potencial enorme de aplicação às sociedades em conta de participação, para garantir os direitos dos sócios participantes, sobretudo quando pensadas tais sociedades em escala maior, como quanto tipificadas as *joint ventures* com participação internacional.

---

<sup>270</sup> Cf. RIBEIRO, Milton Nassau. Fundamentos e efeitos jurídicos da governança corporativa no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 127, p. 165-174, jul./set. 2002.



## 16 O CONTRATO SOCIAL DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 16.1 Observações iniciais

Por um lado, pode-se conceituar contrato de sociedade como o pacto de vontades, por cujo intermédio as pessoas mutuamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica, com a conseqüente partilha dos resultados entre si. E o instrumento que discipline tal convergência de vontades há de ser considerado com o caráter de portador desse ato negocial de tão grande importância e magnitude para a circulação das riquezas e para a associação de interesses em vista do intento comum de realização de um objetivo social e da obtenção de lucro.

Por outro lado, de modo específico para a sociedade em conta de participação, no que concerne a sua natureza, não se olvide, por primeiro, que, *inter partes*, constitui verdadeira sociedade: o vínculo societário existe entre os contratantes, e são eles verdadeiros sócios, que têm seus direitos e obrigações regulados entre si pela convenção estipulada nas disposições clausulares de seu contrato social.

Num terceiro aspecto, quanto a sua constituição, essa espécie societária se forma, normalmente, do seguinte modo: um empreendedor (*sócio ostensivo*) associa-se a investidores (*sócios ocultos* ou *participantes*) para a exploração de uma atividade econômica. Os negócios ligados à atividade são realizados em nome do primeiro e por sua exclusiva responsabilidade pessoal. Quem com ele negocia não precisa saber, necessariamente, que a atividade é explorada sob a forma de conta de participação. O contrato firmado entre os sócios vale entre eles, que se subordinam às respectivas regras. Os terceiros com os quais contrata o sócio ostensivo não têm ação contra os sócios participantes, que respondem tão-somente perante o sócio ostensivo e nos limites do contrato. Nem os sócios ocultos têm ação contra os terceiros, já que inexistente relacionamento entre eles.

Por fim, no que respeita a seu regramento, na hipótese de lacuna ou omissão do contrato, na vigência do Código Comercial de 1850, aplicavam-se subsidiariamente à conta de participação os mesmos princípios das sociedades em geral, salvo os casos disciplinados pelas

disposições especiais e pela natureza do contrato<sup>271</sup>. Na vigência do atual Código Civil, há disposição expressa, que manda aplicar subsidiariamente, no que compatível, as regras previstas para a sociedade simples (CC, art. 996).

## 16.2 A informalidade da conta de participação

Para verificar os requisitos a serem observados na celebração de um contrato de sociedade, considerada esta de modo genérico, o artigo 981 do Código Civil demonstra a dispensa de maiores formalidades: “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”.

De modo específico para a constituição de uma sociedade em conta de participação, nosso direito positivo, desde que passou a discipliná-la especificamente, despiu-a de exigências formais de estruturação e de prova de existência. Assim era o ordenamento anterior, em que o artigo 325 do Código Comercial a dispensava das formalidades prescritas para a formação das outras sociedades e acrescentava a possibilidade de comprovação de sua existência “por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais”. E assim é no direito positivo atual, em que o artigo 992 do Código Civil repete basicamente a ausência de requisitos para sua constituição – “independe de qualquer formalidade” – e, quanto à prova de sua existência, estatui que “pode provar-se por todos os meios de direito”.

Desse modo, uma vez obedecidas as mínimas exigências da lei, a manifestação da vontade de seus integrantes há de ser apreciada com largueza proporcional ao fato de que essa sociedade, por expressa declaração da lei, não está sujeita às formalidades prescritas para a formação de outras sociedades, decorrendo dessa postura a significativa conclusão de que os sócios podem dispor o que entenderem com relação às estipulações subjetivas e objetivas do contrato, sem que terceiros possam intervir no relacionamento dos sócios entre si, até porque

---

<sup>271</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 235.

a sociedade existe apenas entre estes, e o terceiro contrata e se relaciona tão-somente com o sócio ostensivo, não existindo para ele a sociedade.<sup>272</sup>

### 16.3 Formas de celebração do contrato de sociedade

Reitere-se: por determinação da lei, um contrato de sociedade em geral não exige formalidades solenes para sua constituição (CC, art. 981); de modo específico para a sociedade em conta de participação, o artigo 325 do Código Comercial de 1850 dispensava formalidades para sua formação, e essa determinação se repete no atual Código Civil: sua constituição “independe de qualquer formalidade”, e ela “pode provar-se por todos os meios de direito” (CC, art. 992).

Isso quer dizer que um contrato de constituição de sociedade em conta de participação não é solene e não está na dependência de uma forma especial, mas é meramente consensual, de modo que basta tão-somente a manifestação de vontade para sua formação (*quolibet modo manifestum*).<sup>273</sup>

Em razão dessa premissa básica, pode uma sociedade em conta de participação, assim, por primeiro, constituir-se por avença meramente verbal, prescindindo, portanto, de manifestação escrita específica dos sócios para sua constituição. É certo que, em tal hipótese, poderá haver alguma dificuldade para se saber qual a real extensão da manifestação de vontade e para a própria prova de existência da sociedade. Isso, todavia, não pode impedir a possibilidade de contratação de uma sociedade dessa espécie por esse meio, além do que sempre se deve pensar na permissão legal de produção de provas dessa existência por todos os meios de direito.

Num segundo aspecto, é de fácil percepção que a constituição da conta de participação pode dar-se por meio de instrumento particular escrito. Não apenas inexistente empecilho a que tal se dê por essa forma, mas até mesmo é grandemente aconselhável que –

---

<sup>272</sup> Cf. MORAIS, Antão de. Sociedade em conta de participação – “Investment trusts” – Sociedades de crédito, financiamento ou investimentos (Parecer). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 165, p. 70, maio/jun. 1956.

<sup>273</sup> Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* – 2ª parte. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. v. 5. p. 30.

em razão de sua natureza oculta e da integral atuação do sócio ostensivo em sem próprio nome e sob sua responsabilidade – o contrato da conta de participação preveja de modo minucioso as circunstâncias de constituição e de funcionamento da sociedade, as participações dos sócios nas responsabilidades sociais e nos lucros, além de fixar os mecanismos de fiscalização e controle do negócio por parte dos sócios participantes.

Por fim, num terceiro aspecto, a indagação que se põe é se, em razão de sua natureza *ad intra* e oculta, com validade apenas entre os sócios, inexistente, assim, perante terceiros, pode a sociedade em conta de participação ter seu contrato de constituição celebrado por escritura pública.

E a resposta a se dar a essa questão é que não há óbice algum conceitual ou legal à constituição de uma sociedade em conta de participação por escritura pública. Sua natureza *ad intra* e oculta diz respeito aos efeitos jurídicos que daí possam emanar, e não ao eventual conhecimento específico que terceiros possam dela vir a ter. Essa conclusão é forçosa, sob pena de se impregnar a natureza da conta de participação de um caráter condicional, de deixá-la, assim, na total dependência da discricção dos sócios. Vale dizer: se estes se mantêm em silêncio acerca de sua existência, então é sociedade em conta de participação; se entre eles se põe um sócio boquirroto, no momento em que vem a público a existência dessa sociedade, daí decorreria sua forçosa desclassificação para algum outro tipo de sociedade. De total inconsistência jurídica seria entender desse modo.

Importa acrescentar, a essa altura, tão-somente, que, nas hipóteses em que celebrada a conta de participação por escrito, assim particular como público, este instrumento, todavia, não será registrado no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins. Anote-se, todavia, que eventual publicidade pelo registro de seu instrumento não a desnatura nem lhe confere personalidade jurídica (CC, art. 993). Alguns autores, aliás, recomendam seu registro no Cartório de Títulos e Documentos, ancorando-se para tanto em razões tributárias, sob o argumento de que um ato dessa natureza constitui prova inequívoca de existência da sociedade, de modo que se evita, assim, eventual desconsideração pela fiscalização tributária das operações contábeis e fiscais distintas, na apuração e tributação dos resultados<sup>274</sup>. Esse argumento não deixa de ter valor, quando se pensa na importância de haver prova da

---

<sup>274</sup> Cf. PORTUGAL, Bernardo Lopes, A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários, cit., p. 163.

existência da sociedade, para que não se revale para ser considerada uma sociedade irregular, ou de fato, hoje sociedade em comum, na qual todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CC, art. 990).

#### **16.4 A denominação social da conta de participação**

Para que bem se possa entender a questão, oportuno é dizer que a Lei n. 8.934, de 18.11.1994, dispôs sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins e deu outras providências. Em seu artigo 4º, conferiu ao Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) poderes para editar normas de alçada da lei. Em razão disso, o Diretor do DNRC, por via da Instrução Normativa n. 53, de 06.03.1996, no artigo 1º, assentou que nome empresarial “é aquele sob o qual a empresa mercantil exerce sua atividade e se obriga nos atos a ela pertinentes”. No parágrafo único do mesmo artigo, esclareceu que “o nome empresarial compreende a firma individual, a firma ou razão social e a denominação”.

O Código Civil de 2002, no artigo 1.155, por sua vez, fixou: “considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício da empresa”. Verifica-se, em comparação com o texto de lei anterior, que o Código Civil de 2002 não traz a expressão “razão social”, a qual, embora sinônima de firma social, de certa forma, acabou eliminada pelo legislador.

De modo específico para este estudo, anota-se que, por não ser pessoa jurídica, a sociedade em conta de participação não possui nome comercial e age, em relação com terceiros, mediante a firma ou a denominação do sócio ostensivo, seja este empresário individual ou sociedade empresária.

Ou seja: essa espécie de sociedade não tem denominação social e não pode adotar nome empresarial, em virtude de sua natureza de sociedade secreta. Age, em suas relações com terceiros, mediante a firma ou a denominação do sócio ostensivo, seja este comerciante individual ou sociedade comercial. Não tem, desse modo, firma social, nem denominação ou sinal mediante o qual apareça exteriormente (CCo, art. 325). O gerente usa de sua firma individual ou da denominação de sua própria sociedade, quando pessoa jurídica, na realização dos negócios sociais. Essa circunstância faz com que alguns autores, como Carvalho de

Mendonça, Spencer Vampré e Waldemar Ferreira, na esteira da antiga doutrina francesa, digam que, sob certa forma, a conta de participação é uma sociedade anônima.<sup>275</sup>

Por essas razões, já no Governo Provisório da República, o Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca expediu o Decreto n. 916, de 24.10.1890, o qual, ao criar o registro de firmas ou razões comerciais, determinava que “a sociedade em conta de participação não poderá ter firma que indicie existência de sociedade”.

Entenda-se bem: o que a sociedade em conta de participação não tem é um nome empresarial, ou firma social, ou mesmo razão social, que lhe defina a personalidade social com que há de tratar com terceiros, atribuição essa que, em decorrência do próprio conceito e do tratamento jurídico, há de dar-se por via da pessoa, física ou jurídica, de seu sócio ostensivo. Nada impede, todavia, que, no contrato escrito, os sócios lhe atribuam um nome pelo qual a sociedade há de ser conhecida *ad intra* e singularizada em suas conversas, reuniões e atos sociais, na própria correspondência entre eles e na rubrica da escrituração contábil. E mais: nenhuma consequência advirá do fato de que terceiros venham a ter conhecimento dessa circunstância, desde que não sejam enredados em equívoco, nem pensem estar tratando, quanto aos atos objetivos, com uma sociedade específica, e não com a figura do sócio ostensivo. Óbvio que, se tal se der, e os terceiros forem enredados em tratamento com sócios participantes, estes responderão solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que, desse modo, intervierem (CC, art. 993, parágrafo único).

## 16.5 A sede social da conta de participação

A sociedade em conta de participação não tem sede ou domicílio especial (Carvalho de Mendonça, Vivante e Ripert), embora possam os sócios convencionar uma sede que sirva de centro para suas operações (Carvalho de Mendonça e Mauro Brandão Lopes).<sup>276</sup>

Por um lado, essa sede que sirva de centro de operações pode ser diversa do domicílio ou da sede social do sócio ostensivo. Por outro lado, sendo a conta de participação uma sociedade *ad intra*, válida apenas entre os sócios e inexistente perante terceiros, a fixação

---

<sup>275</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 55.

<sup>276</sup> *Ibidem*, mesma página.

desse local que sirva de centro de operações há de valer com exclusividade para os efeitos internos entre os sócios, de modo que não terá o condão de alterar o domicílio ou a sede social do sócio ostensivo, nem influência alguma a esse título sob pretexto algum. Vale dizer, no campo processual, que, para todos os efeitos, as regras a serem seguidas para eventual ajuizamento de demanda levarão em conta o domicílio do sócio ostensivo, e não eventual foro eleito pelos sócios no contrato de constituição da sociedade em conta de participação.

### **16.6 O objeto social da conta de participação**

Como para a validade de todo negócio jurídico, o contrato de uma sociedade em conta de participação requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável (CC, art. 104, II).

Não há na lei vedação expressa, de outra natureza e mais restritiva, sobre as atividades passíveis de exercício pela sociedade em conta de participação. Assim, respeitados os pressupostos genéricos para atuação em qualquer setor, quaisquer atividades podem ser por ela executadas, quer de natureza empresarial, quer de cunho não-empresarial, a menos que exista no ordenamento específica norma proibitiva ou restritiva para determinada atividade, como se dá, por exemplo, com os consórcios, com as instituições financeiras e com os planos de saúde.

A amplitude do leque de opções para atuação dessa modalidade societária já era defendida por Carvalho de Mendonça na vigência do Código Comercial de 1850, em excerto no qual esse autor ponderava a possibilidade de que, a par de ser comercial em outras circunstâncias, pudesse a conta de participação ser de natureza civil em determinadas situações, como, por exemplo, quando tivesse por objeto a negociação de terrenos e sua divisão, ou quando visasse à execução e exploração de contratos de serviços públicos, firmados com o governo de um Estado.<sup>277</sup>

---

<sup>277</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 227.

## 16.7 O estabelecimento da conta de participação

Na doutrina italiana, preferiu-se a denominação “*azienda*”, expressão essa que valia tanto para a empresa comercial como para a rural. Seguindo a tradição brasileira, o novo Código preferiu *estabelecimento*, o qual, como resultado de organização do empresário, compreende bens materiais, móveis e imóveis, imateriais, incluindo contratos, sempre destinados ao exercício da empresa (CC, art. 1.142).

Para haver um empresário, não basta o exercício de uma atividade produtiva, porquanto, se a organização dos bens para a produção de bens ou de serviços é o estabelecimento, e se o empresário é aquele que exerce uma atividade econômica organizada, não pode assumir relevo aquela qualidade de empresário, considerada sob o perfil jurídico-formal, sem a contemporânea existência de uma entidade objetiva, ou seja, em outras palavras, daquela organização de bens que a lei qualifica como estabelecimento.<sup>278</sup>

No que tange à conta de participação, parta-se, por premissa, da definição da lei: “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (CC, art. 1.142). Com essa disposição em mente, continua-se no raciocínio de que, quando se tem uma sociedade em conta de participação, o complexo de bens organizado para o exercício da atividade, em última análise, não pertence à sociedade – que tem caráter *ad intra* e existência apenas entre os sócios (CC, art. 993) – mas normalmente integra o patrimônio do sócio ostensivo, que cumpre a atividade constitutiva do objeto social em nome próprio e sob sua exclusiva responsabilidade (CC, art. 991). Além disso, eventual especialização patrimonial para constituir um fundo específico (CC, art. 994, *caput*) somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, I).

Ante tais considerações, verifica-se que, na conta de participação, para todos os efeitos jurídicos, o estabelecimento, tal como o conceitua o artigo 1.142 do Código Civil, é o do sócio ostensivo, de modo que a conta de participação não tem estabelecimento próprio, conclusão essa que resulta da circunstância de que essa espécie societária é *ad intra* e não produz efeitos com relação a terceiros.

---

<sup>278</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 66.



## 16.8 O foro da conta de participação

No caso, entenda-se foro como a extensão territorial, em cujos lindes, determinada causa possa ser intentada e pelo qual se confirmam os limites da competência em razão do local por onde se movimentará certa ação.<sup>279</sup>

Considerado o vocábulo com essa acepção, o foro da sociedade em conta de participação, por via de regra, confunde-se com o próprio foro do sócio ostensivo, que é quem exerce a atividade constitutiva do objeto social em nome próprio e sob sua exclusiva responsabilidade (CC, art. 991).

Na esteira do ensino de Vivante e Ripert, o que se pode observar é que, apesar da ausência de sede ou de domicílio especial, os sócios de uma conta de participação podem fixar o foro para as ações judiciais entre si.<sup>280</sup>

Também Carvalho de Mendonça leciona que, embora essa espécie societária não tenha sede ou domicílio especial, os sócios, todavia, podem estabelecer a competência de determinados juízes ou tribunais, por via de disposição clausular em que haja eleição de foro para o caso de demanda ou ações judiciais entre eles.<sup>281</sup>

Anote-se, por um lado, que esse foro eleito pode ser diverso do domicílio ou do foro eleito no contrato social do sócio ostensivo. Por outro lado, em decorrência do caráter oculto da conta de participação e por sua natureza que a faz existente e válida apenas entre os sócios e inexistente perante terceiros, a eleição desse foro há de valer com exclusividade para os efeitos internos entre os sócios, de modo que não terá o condão de alterar o foro legal ou de eleição do sócio ostensivo.

---

<sup>279</sup> DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José, *Vocabulário jurídico*, cit., v. 1-2, p. 319.

<sup>280</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 55.

<sup>281</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 232.

## 17 A NATUREZA DO CAPITAL NA CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 17.1 Não tem patrimônio próprio...

Na esteira do molde francês, do Código Civil italiano e do Código Comercial português, tem-se entendido, em nosso ordenamento, que a sociedade em conta de participação não possui autonomia patrimonial. Assim lecionam Vivante, Marghieri, Ripert, e, entre nós, Waldemar Ferreira, Spencer Vampré, Otávio Mendes, Sílvio Marcondes e Pontes de Miranda, entre outros.<sup>282</sup>

Invocando lição de Navarrini, assevera Tullio Ascarelli ser um fato inegável, na sociedade em conta de participação, que nela “não existe capital social em sentido próprio”<sup>283</sup>. O que normalmente se aceita é que, nessa modalidade societária, pode haver um fundo social entre os sócios.<sup>284</sup>

Em busca de justificar essa posição doutrinária, Fábio Ulhoa Coelho – já invocado alhures, com este mesmo excerto, para demonstrar a inviabilidade de falência da conta de participação – vai a suas causas: “da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário”<sup>285</sup>. Assim, como a conta de participação, independentemente de indagação acerca de sua natureza empresária, é uma sociedade despersonalizada, decorreria daí sua falta de patrimônio próprio.

### 17.2 ... mas é sociedade

O caráter especialíssimo e mesmo singular da conta de participação levou alguns autores a negar-lhe a condição de sociedade, porque lhe faltaria, além do *jus fraternitatis*, até mesmo um patrimônio próprio, indispensável característica da sociedade comercial no

---

<sup>282</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 55.

<sup>283</sup> ASCARELLI, Tullio, Sociedade em conta de participação e imposto de selo, cit., p. 361.

<sup>284</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 7.

<sup>285</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 15.

entender deles. Assim, para eles, a conta de participação não passaria de uma forma associativa de primeiro grau, jamais chegando a constituir uma sociedade verdadeira, como advoga Thaller.<sup>286</sup>

Os que assim entendem, entretanto, não compõem maioria. Desse modo, apenas para exemplificar, Carvalho de Mendonça, ao buscar pela natureza da conta de participação, observa que, se os participantes entram com alguma coisa para o fundo, este passa para o sócio-gerente, e não propriamente para a sociedade; mas, em continuação, esclarece que, sendo a sociedade o emprego de forças, de capitais para um fim comum, a sociedade em conta de participação satisfaz essa exigência, pouco importando a situação jurídica dos capitais.<sup>287</sup>

### 17.3 Espécies de contribuição social

A conta de participação se constitui, em regra, mediante a prestação de dinheiro, bens, coisas ou direitos, os quais, apesar de constituírem internamente um fundo social, incorporam-se, por via de regra, no patrimônio do sócio ostensivo.

Por conta dessa situação, antigo é o dissídio sobre a questão principal de se saber se, na participação, há uma sociedade ou um empréstimo. A favor deste último inclina-se a doutrina tradicional, sobretudo quando do ajuste decorre apenas a percepção de juro fixo, sem concurso do participante nos ganhos ou prejuízos do negócio; pela natureza de sociedade, porém, decide-se a própria doutrina tradicional sempre que se partilham com o sócio oculto os lucros e as perdas. Entre nós, a questão foi dirimida pelo artigo 326 do Código Comercial, que disciplinou a participação como sociedade, sem, todavia, conferir-lhe natureza de pessoa jurídica, já que não detém autonomia patrimonial nem existência perante terceiros.

Fixado o caráter de sociedade da conta de participação, lembra-se, em seqüência, que, mesmo sendo o mais comum que as contribuições para o exercício dessa atividade normalmente se dêem em dinheiro, nada, contudo, impede possam ser elas constituídas de direitos, como se dá com as patentes de invenção.

---

<sup>286</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 56.

<sup>287</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 228.

A questão que se põe, a essa altura, é saber se ainda há a possibilidade do sócio de indústria na conta de participação, porquanto, com o Código Civil de 2002, aboliu-se o modelo nominado da sociedade de capital e indústria do antigo ordenamento (CCo, art. 317).

Independentemente das polêmicas sobre o assunto – já comentadas alhures neste trabalho – parece possível concluir que, mesmo com a abolição da figura típica da sociedade de capital e indústria, não se inviabilizou a participação de um sócio apenas com serviços, o que se comprova por disposição aplicável à sociedade simples (CC, art. 997, V), extensiva aos diversos tipos de sociedades de pessoas, salvo a sociedade limitada, em que expressamente vedada (CC, art. 1.055, § 2º).

Corrobora genericamente a possibilidade dessa ocorrência o fato de que o artigo 981 do Código Civil, ao conceituar um contrato de sociedade, menciona “pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Vale dizer: não apenas bens, mas também serviços podem ser trazidos como contribuição para o capital social.

Acresce dizer que o fato de um sócio participar com outra modalidade de fundo, que não dinheiro em espécie, não o impede de vir a partilhar dos resultados, na conformidade com o que dispuser o contrato social.

#### **17.4 A especialização patrimonial**

Diz a lei civil que “a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais” (CC, art. 994, *caput*). E acrescenta: “a especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios” (CC, art. 994, § 1º).

Ao constituírem uma sociedade em conta de participação, seus sócios trazem suas contribuições para atender aos fins que a sociedade se propõe, e esse conjunto de bens destinados ao objeto da sociedade em conta de participação não constitui fundos sociais no sentido de pertencerem à sociedade, que não tem patrimônio próprio; mas o são do ponto de

vista daquela destinação. Mauro Brandão Lopes é taxativo para admitir essa possibilidade<sup>288</sup>. Essas contribuições feitas pelos sócios ao empreendimento comum guardam a natureza de um patrimônio segregado.<sup>289</sup>

O que, todavia, parece importante observar é que, se falta à sociedade em conta de participação um patrimônio autônomo, próprio, não menos certo é que ela tem, no entanto, esse patrimônio separado, o qual – não importando sua natureza e seu real domínio, constituído que é pelas contribuições dos sócios, pela soma do capital e, eventualmente, dos serviços de seus integrantes, ligados pela *affectio societatis* para a obtenção de um fim comum – acaba por caracterizar uma sociedade autêntica.<sup>290</sup>

## 17.5 Natureza jurídica do capital

Embora diga a lei que as contribuições sociais, na conta de participação, constituam um patrimônio especial (CC, art. 994, *caput*), em especialização patrimonial que somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º), ainda remanesce definir a quem pertencem, em termos jurídicos, os bens trazidos pelos sócios para o exercício da atividade social.

Quanto à propriedade do fundo social da sociedade em conta de participação, Gustavo Oliva Galizzi sintetiza os quatro entendimentos possíveis registrados pela doutrina tradicional: I) as contribuições dos sócios constituem patrimônio especial, mas estes lhes conservam a respectiva propriedade; II) o sócio participante as entrega ao ostensivo, que se torna seu proprietário; III) as contribuições tornam-se co-propriedade dos sócios, por convenção expressa do contrato de constituição da sociedade; IV) um dos sócios contribui unicamente com sua indústria e seus conhecimentos técnicos, sendo o outro sócio capitalista.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Cf. LOPES, Mauro Brandão, *A sociedade em conta de participação*, cit., p. 81.

<sup>289</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 476.

<sup>290</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 55.

<sup>291</sup> GALIZZI, Gustavo Oliva, *A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero “joint venture”*, cit., p. 212-213.

Para João Eunápio Borges, os fundos sociais de uma sociedade em conta de participação, nos termos dos artigos 327 e 328 do Código Comercial, não pertencem a tal sociedade, porquanto, ou são transferidos pelos sócios participantes ao gerente, em cujo patrimônio particular se integram, ou são simplesmente confiados por aquele a este para os fins da sociedade, conservando, porém, cada um dos sócios a sua propriedade sobre os bens conferidos.<sup>292</sup>

Alguns entendem que não há transferência de propriedade ao patrimônio do sócio ostensivo, mas apenas de sua administração, sob o argumento de que há direito regressivo contra os sócios participantes para a responsabilização pelos débitos sociais<sup>293</sup>. Outros se postam em posição discordante, pela real transferência de propriedade do fundo social para o patrimônio do sócio ostensivo, invocando o auxílio dos artigos 287 e 289 do Código Comercial.<sup>294</sup>

Em favor da primeira posição, podem-se alinhar os seguintes aspectos: a) se há efetiva transferência de patrimônio para o sócio ostensivo, qual a efetiva contrapartida no exato instante dessa transferência?; b) mantida a posição de transferência de patrimônio, como se pode pretender direito regressivo contra alguém que alienou seu patrimônio?; c) além disso, contribuição de sócios para constituir patrimônio especial não significa necessariamente alienação, mas constituição de regime diferenciado de administração.

Para Carvalho de Mendonça, no rigor de direito, os interessados na sociedade não lhe transferem suas cotas, contingentes com que se obrigam a entrar para o êxito do negócio, de modo que cada sócio conserva a propriedade dos valores destinados às operações que constituem o objeto da sociedade. Essa é a regra. Todavia, nada impede que os sócios derroguem tais princípios e fixem um fundo formado pelas quotas de cada um para o comum objetivo e os entreguem ao sócio gerente. Nesse caso, o fundo não tem aparência para o público, nem constitui patrimônio social que se obrigue pelas dívidas sociais, mas se apresenta como pertencente ao sócio gerente.<sup>295</sup>

---

<sup>292</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 329.

<sup>293</sup> PICCHI, Flavio Augusto. A sociedade em conta de participação e os contratos de investimento coletivo: paralelismo e assimetria, cit., p. 195.

<sup>294</sup> Cf. LOPES, Mauro Brandão, *A sociedade em conta de participação*, cit., p. 63-85.

<sup>295</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 232.

A corrente doutrinária dominante tem sido firme para asseverar que a propriedade dos fundos sociais, na conta de participação, passa ao sócio ostensivo<sup>296</sup>. Lecionando sob a égide do ordenamento anterior, mas com integral validade para o atual, Sílvio Marcondes afirmava que, na sociedade em conta de participação, “as contribuições dos sócios se integram no patrimônio individual de um deles, o sócio ostensivo, único a exercer a atividade que constitui objeto da sociedade, e o patrimônio especial, ao invés de configurar um círculo independente, é apenas setor do círculo compreensivo do patrimônio geral desse sócio”.<sup>297</sup>

Para os que assim entendem, o proprietário dos bens, na sociedade em conta de participação, é o sócio ostensivo. Ao sócio oculto só cabem os lucros obtidos na proporção fixada no respectivo contrato. Daí porque a liquidação se faz mediante mero acerto de contas<sup>298</sup>. Uma das características da conta de participação em nosso país, assim, seria o fundo social subsistir unicamente em relação aos sócios, porquanto, externamente, constituiria ele propriedade exclusiva do sócio ostensivo.

Não parece assistir razão, porém, ao entendimento doutrinário de que a transferência da propriedade dos fundos sociais ao sócio ostensivo, na sociedade em conta de participação, seria elemento essencial para a qualificação jurídica desse tipo societário, sob pena de, em não se efetivando tal transferência, não mais poder o ajuste ser considerado como sociedade em conta de participação.<sup>299</sup>

Mesmo os autores que integram a corrente majoritária e entendem que a contribuição do sócio participante é geralmente feita a título de propriedade, integrando-se os bens que a compõem no patrimônio do sócio ostensivo, na pioneira visão de Ripert, acabam por admitir que nada impede que, por disposição específica do contrato de sociedade, o sócio participante conserve a propriedade do bem, transferindo ao sócio ostensivo apenas o seu uso ou gozo, ou que estabeleça, a respeito do bem, um regime de comunhão com o sócio ostensivo, posição essa que se entendia válida também perante o ordenamento do Código Comercial de 1850<sup>300</sup>, não havendo razão para não estender essa validade também para o sistema do Código Civil de

---

<sup>296</sup> Cf. GALIZZI, Gustavo Oliva, A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero “*joint venture*”, cit., p. 213.

<sup>297</sup> Cf. MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. 3. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 146.

<sup>298</sup> CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas, Sociedade em conta de participação (Parecer), cit., p. 260-262.

<sup>299</sup> RTJ, 106/651.

<sup>300</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 13.

2002. Em tal hipótese, uma disposição clausular como essa em contrato de constituição de sociedade em conta de participação é extremamente salutar, sobretudo em virtude dos efeitos da falência do sócio ostensivo em relação aos bens com que os sócios participantes contribuem para a sociedade.

Em realidade, a conta de participação, a par de sua validade *ad intra* e de sua natureza oculta, impregna-se de uma plasticidade capaz de abranger situações as mais diversas, tudo dependendo das disposições clausulares celebradas entre seus sócios, que têm ampla liberdade de convenção, numa espécie societária despida de maiores exigências pelo sistema jurídico. Desse modo, podem eles fixar, em disposições contratuais, qualquer das situações anteriormente discriminadas, ou mesmo outras, desde que permitidas pelo ordenamento.

Poderia parecer que o Código Civil de 2002 solucionou a questão de modo diverso, ao caracterizar a existência de um patrimônio específico, próprio da sociedade, por mencionar a constituição de um “patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais” (CC, art. 994). Não procede a dúvida, porém, porquanto a especialização de patrimônio de que fala a lei diz respeito à destinação do patrimônio, e não à transferência de seu domínio.

Além disso, não se pode esquecer que não haveria a mínima possibilidade de tal entendimento de ser obrigatória a transferência de domínio dos bens trazidos pelos participantes, a fim de que viessem a integrar o patrimônio do sócio ostensivo. Imagine-se a possibilidade de um dos sócios participantes trazer para a sociedade a possibilidade de exploração de um invento. Ora, se verdade é que poderia ele entregar ao sócio ostensivo todos os direitos relativos à invenção, o que se dá, porém, é que isso normalmente não acontece dessa maneira. No mínimo, não se poderia vedar a possibilidade de contratação sob o molde da conta de participação, simplesmente pelo fato de que o inventor não quisesse trazer para a sociedade a invenção a título de domínio, mas apenas como possibilidade de exploração temporária.



## 17.6 O patrimônio e as dívidas da sociedade

Indagação interessante é a que busca saber se o patrimônio especial da sociedade em conta de participação (CC, art. 994) responde pelas dívidas contraídas. A melhor conclusão, num primeiro momento, parece ser que, se, por um lado, não pode tal espécie de sociedade contrair obrigações, porquanto despersonalizada, por outro lado não pode ter, por si, a correspondente responsabilidade patrimonial.

Duas outras ponderações, todavia, não de ser feitas, considerando duas possibilidades de fato possíveis. Num primeiro aspecto, se os bens especializados pelo sócio participante ingressaram no patrimônio do sócio ostensivo para a realização dos fins sociais, então esses bens não de responder pelas dívidas deste último, em cujo rol se discriminam também as dívidas da sociedade em conta de participação, mas sem descartar as dívidas dele próprio. Além disso, mesmo que diversa seja a situação, não se pode esquecer que, por via de regra, apenas o sócio ostensivo responde perante terceiros com os quais contrata. E se, nessa condição, precisou responder com bens próprios por dívidas da conta de participação para com terceiros, óbvio está que, pela própria natureza do contrato de sociedade em conta de participação que tem com os sócios ocultos, poderá ele voltar-se contra tais sócios da conta de participação para, nos termos das disposições clausulares, reaver o que despendeu com as dívidas sociais.

Em realidade, quando o fundo social da conta de participação se incorpora no patrimônio do sócio ostensivo, os credores deste têm naquele patrimônio sua garantia, e, relativamente a tal sócio, não há distinção entre os credores a título particular e credores a título da conta de participação, até porque, para os terceiros, não existe a sociedade, e não existem os sócios participantes. Em tal situação, não se distingue o patrimônio particular do sócio ostensivo e aquele trazido pelos sócios participantes para a formação do fundo social. O acervo por estes trazido para a execução do objeto social se mescla em unidade com o patrimônio do sócio ostensivo, compondo uma só unidade, não interessando, assim, a natureza da dívida pela qual ele venha a ser chamado a responder. Por isso, pode ocorrer que o sócio ostensivo venha a responder perante terceiros por importes superiores aos do patrimônio especial da conta de participação. Como para o terceiro simplesmente não existe tal sociedade, o sócio ostensivo responde com seu patrimônio por todas as dívidas que contraiu, quer por seu próprio comércio, quer pela conta de participação, dívidas essas todas

que não se distinguem entre si, já que o sócio ostensivo contrai com exclusividade obrigações perante os terceiros. Na hipótese de vir ele a pagar dívidas da conta de participação, poderá depois voltar-se para obter um rateio dos sócios participantes, nos termos determinados pelo contrato social (CC, art. 991, parágrafo único).

### 17.7 O capital como limite da responsabilidade

Quando se analisa a responsabilidade do sócio e do administrador em face do capital de uma sociedade empresária, vê-se que o limite normalmente é o capital social, até porque a integridade do capital social, num primeiro plano, é a garantia dos credores da sociedade, do mesmo modo como o patrimônio pessoal do sócio responde perante os seus credores particulares.<sup>301</sup>

Vale dizer, desse modo, que o capital normalmente corresponde a uma garantia no limite do valor de dívidas que os sócios assumem perante os credores da sociedade, garantia essa que vigora durante toda a existência da sociedade. Se há descapitalização da sociedade, ressurgue automaticamente a obrigação até o limite da perda.

No que respeita à conta de participação, de sua característica *ad intra*, com efeitos de contrato social somente entre os sócios (CC, art. 993), e do fato de que a atividade constitutiva do objeto social se exerce somente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua exclusiva responsabilidade (CC, art. 991), é de mister que se considerem, de modo apartado e distinto, suas duas faces, para que se extraiam os reflexos daí resultantes.

Considerada essa moldura, uma primeira situação possível será o caso de que o capital social da sociedade em conta de participação venha a ser menor do que o capital social do sócio ostensivo. Nessa hipótese, no exercício da atividade constitutiva do objeto social, pode ser que o sócio ostensivo se obrigue perante terceiros por mais do que o valor do capital social da conta de participação. Como esta sociedade não existe perante terceiros e como a atividade é exercida pelo sócio ostensivo, em nome próprio e por sua conta e responsabilidade, mesclando-se sua própria atuação com a da conta de participação, então não

---

<sup>301</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 436-439.

poderá ele alegar perante terceiros limitação de responsabilidade por conta do capital. Responderá ele pela dívida perante o terceiro, e a questão entre ele, sócio ostensivo, e os sócios participantes há de solucionar-se em discussão interna, da qual o terceiro estará ausente na íntegra.

Uma segunda situação possível será a hipótese de que o capital da sociedade em conta de participação seja maior do que o capital social do sócio ostensivo. Essa hipótese apenas parece possível, quando tais bens não são transferidos para o patrimônio do sócio ostensivo, porquanto, em caso contrário, haveria um acréscimo de capital, e a hipótese não seria viável. Pois bem. Aqui também é preciso invocar as duas premissas: a primeira, de que a conta de participação não existe perante terceiros; a segunda, de que o sócio ostensivo se obriga perante terceiros em nome próprio e por própria conta e responsabilidade. E, nesse panorama, se o sócio ostensivo obriga-se por mais do que o capital próprio e menos do que o capital da conta de participação, perfeitamente invocável é, perante terceiro, a alegação de limitação de responsabilidade nos lindes do capital do sócio ostensivo. A faculdade de tal alegação de limitação de responsabilidade advém das próprias características já invocadas: por um lado, a conta de participação vale entre seus sócios e inexistente perante terceiros; ao depois, o sócio ostensivo atua em nome próprio e por sua conta e responsabilidade.

### **17.8 Direito de preferência na conta de participação**

Embora sem personalidade jurídica e sem capital próprio, indiscutível é que a sociedade em conta de participação, por via de regra, funda-se numa *affectio societatis*, a qual, embora diversa do sentimento associativo que bafeja as demais espécies societárias, não deixa de significar um sentido de vinculação que passa pela confiança mútua e pela escolha das pessoas que se associam.

Bem por isso se tem entendido que, na sociedade em conta de participação, nenhum de seus sócios pode ceder sua parte sem anuência dos demais. A lição não é nova: “A parte de cada sócio na sociedade em participação é, assim, uma *parte de interesse*. Ela não é cessível sem o consentimento dos outros sócios”.<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup> ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 14.

Corroborando esse entendimento, aliás, a disposição inovadora do artigo 995, em regra derogável por vontade das partes: “Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais”. Se o sócio ostensivo não pode admitir outro sócio sem o consentimento dos demais, é de lógica conclusão, por primeiro, que um sócio participante também não possa transferir a terceiros sua parte de interesse na sociedade sem o consentimento dos demais.

A par da concordância dos demais sócios na hipótese de alienação de interesse social na conta de participação, parece bastante lógico poder concluir que o sócio terá preferência em sua aquisição, na exata conformidade com as regras que disciplinam tal preferência nas demais espécies de sociedade e de um modo geral no ordenamento civil.

### **17.9 Alienação de capital e outorga conjugal**

Ora, os direitos sobre um patrimônio entregue como contribuição à sociedade em conta de participação, e entregue ao sócio ostensivo como parte do capital, e já integrado no patrimônio deste, não são, na essência, bens imóveis por natureza (CC, art. 79) nem por ficção legal (CC, art. 80), motivo por que não incidem na obrigatoriedade de obtenção de outorga conjugal para sua alienação (CC, art. 1.647, I).

Reforça esse entendimento o próprio fato de que, ao contrário do que fixava a legislação anterior, o empresário casado pode, sem a outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, até mesmo alienar bens imóveis que integrem o patrimônio da empresa, ou gravá-los com ônus real (CC, art. 978).

## 18 ADMINISTRAÇÃO E RESPONSABILIDADES NA CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 18.1 Responsabilidade do administrador: História

No plano histórico da responsabilidade dos administradores das sociedades, percebeu-se na Idade Média a necessidade de sua limitação, o que se implementou, efetivamente, no século XVII, com o aparecimento das grandes companhias, e se aperfeiçoou como tendência histórica no sentido de restringir cada vez mais a responsabilidade dos sócios-gerentes.<sup>303</sup>

Tal imunidade crescente, todavia, veio a servir como verdadeiro alvará para o exercício do poder sem a correspondente responsabilidade e propiciou a prática de abusos e desmandos de aventureiros, em desastrosas atuações que acarretaram prejuízos a inúmeras pessoas. O resultado foi a inversão dessa tendência histórica de ampliar as exclusões para uma postura moderna de ampliar as inclusões das responsabilidades dos administradores. Acentua-se a tendência moderna, desse modo, “no sentido de rever-se a ampla irresponsabilidade dos administradores pelos atos de gestão, mesmo normal, que exercitarem”.<sup>304</sup>

Esse renascimento da responsabilidade pessoal dos administradores das sociedades é perceptível também na esfera penal, com a tipificação crescente das condutas, o que originou a seguinte lição de Rubens Requião, em comentário dirigido aos administradores das anônimas, mas em princípio e reação ético-social e jurídica que se podem estender para todas as sociedades empresárias: “Abusos e fraudes, decorrentes da vocação absolutista dos diretores que o sistema liberal e capitalista das sociedades anônimas suportava, haveriam inexoravelmente de deflagrar uma reação ético-social e jurídica, para a preservação dos direitos de terceiros”.<sup>305</sup>

---

<sup>303</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 23. ed., 2003, cit., v. 2, p. 216.

<sup>304</sup> REQUIÃO, Rubens. Anteprojeto de Lei de Sociedade por Ações. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, Nova série, v. 14, n. 17, p. 111, 1975.

<sup>305</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 222.

## 18.2 A responsabilidade e o Código de 2002

Com o Código Civil de 2002, essa questão relativa à responsabilidade civil dos sócios e dos administradores das sociedades empresárias, consideradas em grupo, ganhou maior relevo e projeção, tripartindo-se em natureza e efeitos, quando considerada diante do capital social, das obrigações sociais e da dissolução da sociedade.

O capital, além disso, corresponde a uma garantia no limite do respectivo valor, que os sócios assinam perante os credores da sociedade, garantia essa que vigora durante toda a existência da sociedade. Havendo descapitalização, ressurgem automaticamente a obrigação até o limite da perda.

Quanto às obrigações sociais, o limite da responsabilidade dos sócios são as tais obrigações sociais ou débitos. Essa afirmação deve ser analisada em conjunto com o princípio da separação entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios, princípio esse que, todavia, não é absoluto. Em algumas sociedades – as de responsabilidade ilimitada, como a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comum (criação do novo Código), a sociedade em comandita simples e a sociedade em comandita por ações (nestas duas últimas, relativamente aos sócios comanditados, vale dizer, aos sócios administradores) – dá-se o que se pode denominar responsabilidade automática<sup>306</sup>, segundo a qual, observado o benefício de ordem, os sócios respondem automaticamente pelas obrigações sociais, mesmo que ultrapassem o valor do capital social<sup>307</sup>. Em outras sociedades – plasmadas pela responsabilidade limitada, como a sociedade limitada, a anônima, a em comandita simples e a em comandita por ações (nestas duas últimas, relativamente aos sócios comanditários, ou seja, não-administradores) – os sócios não respondem automaticamente pelas obrigações sociais que ultrapassem o valor do capital, responsabilidade essa que apenas excepcionalmente pode ocorrer. Essa excepcionalidade decorre de eventual desconsideração da pessoa jurídica, aspecto esse atestador de que o princípio da personalização e o da separação patrimonial não são absolutos.

---

<sup>306</sup> Cf. MARIANI, Irineu. Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 834, p. 58-73, abr. 2005.

<sup>307</sup> Embora não seja sociedade nem pessoa jurídica – exceto quanto à equiparação para fins de imposto de renda – vale dizer que os bens particulares do *empresário individual* respondem automaticamente pelas obrigações sociais.

Ou seja: em tal caso, desconsiderada a pessoa jurídica e a separação patrimonial, os sócios passam a responder pelos débitos da sociedade.

E aqui ainda vale uma observação de grande importância: mesmo quando se é responsável pelos débitos da sociedade, “a regra, no direito societário brasileiro, é a da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Apenas na sociedade em comum o sócio que atuar como representante legal responde diretamente”.<sup>308</sup>

### **18.3 A desconsideração da pessoa jurídica**

A incidência desse instituto já era admitida por construção pretoriana antes de se erigir em norma de direito posto. Ao depois, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 28, cuidou expressamente da matéria da desconsideração da personalidade jurídica. Em seqüência, o Código Civil de 2002 se ocupou explicitamente do instituto no artigo 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Na base desse instituto encontra-se o princípio de observância de um critério de verdade, na medida em que, existindo uma contradição entre o ente ideal (a sociedade) e o objeto real (a empresa), deve-se marginalizar o primeiro e voltar-se atentamente à realidade, que é o segundo.

A esse respeito, todavia, é de se ver, de início, que, embora alguns dispositivos a ela se refiram (CC, art. 50, e CDC, art. 28), muitas vezes baralhando responsabilidade de administrador e responsabilidade de sócio, de há muito tem sido assente o entendimento de que não há necessidade de lei específica para o seu reconhecimento, até porque se funda ela sempre na prática de um ilícito civil ou penal, bastando, desse modo, a norma geral que fixa a responsabilidade por ato ilícito.

---

<sup>308</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 27.

Dessa premissa decorre a conclusão de que a lista das hipóteses legais para sua aplicação não é exaustiva, mas exemplificativa, podendo, assim, surgir outras possibilidades de sua aplicação, desde que se verifique, no caso concreto, o pressuposto comum: o cometimento de um ilícito civil ou penal.

Uma análise das leis em vigor, da doutrina e da jurisprudência revela os casos mais conhecidos de desconsideração da pessoa jurídica: a) a hipótese de *alter ego* (megassócio ou supersócio); b) o caso de *abuso de direito* (abuso no emprego da forma societária); c) ocorrência de *fraude* (utilização da sociedade para lesar terceiros, em que se dá a chamada desconsideração inversa); d) circunstâncias de *subcapitalização* (capital social insuficiente para a atividade e riscos inerentes a ela), aspecto esse que agora conta com previsão expressa do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Algumas observações genéricas, em síntese, podem ser feitas sobre a desconsideração da pessoa jurídica: I) pelo disposto no artigo 50 do Código Civil de 2002, sua incidência depende de iniciativa da parte interessada ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo; II) a expressão *confusão patrimonial* do mencionado artigo não é empregada no sentido técnico da confusão que extingue as obrigações (CC, art. 381), mas da confusão que mistura coisas de donos diversos, também chamada comistão e adjunção (CC, art. 1.272).

O reconhecimento dessa desconsideração há de dar-se incidentalmente em qualquer demanda, desde que preenchidos os requisitos da lei, não havendo necessidade de ajuizamento de ação própria e específica para tanto. Acresça-se, todavia, que não se admite a desconsideração de plano, pura e simplesmente, a pretexto de que a observância do contraditório poderia frustrar a eficácia da medida.<sup>309</sup>

Parece não pairar dúvidas acerca do fato de que a norma civil introduzida a respeito do assunto vem para preservar o prestígio da pessoa jurídica e para coibir a fraude contra credores. Aos juízes, para tanto, reserva-se o relevante papel de aplicar a teoria de modo

---

<sup>309</sup> LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 818, p. 44, dez. 2003.



adequado, preservando o direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a resguardar os próprios fins legítimos da pessoa jurídica e garantindo a segurança das relações jurídicas.

É oportuno mencionar que o ordenamento não adotou a desconsideração em sua modalidade inversa, ou seja, a superação da pessoa do sócio para se alcançarem os bens da sociedade, situação essa que caberá à construção pretoriana definir, decidindo, por exemplo, se é viável penhorar bens da sociedade na ação promovida contra o sócio, na hipótese em que este, para fraudar credores, venha a transferir seus bens para a sociedade.<sup>310</sup>

#### **18.4 Atos dos administradores e seus efeitos**

A responsabilidade dos administradores das sociedades pode ser analisada conforme as espécies de atos praticados, os quais decorrem das modalidades dos poderes conferidos: a) – atos normais (*intra vires*); b) atos especiais (*ultra vires*); c) atos que violam a lei ou o contrato; d) atos que decorrem de outorga de mandato pelo administrador.

Os atos normais (ou *intra vires*) são aqueles de gestão ou de administração, praticados em decorrência da investidura automática na função de administrador. Em princípio, sua prática não acarreta ao administrador responsabilidade alguma. Decai ele de tal imunidade, todavia, se age com culpa ou dolo (CC, art. 1.016), inclusive na sociedade limitada (CC, art. 1.053) e nas anônimas (CC, art. 1.089), em que subsidiariamente aplicáveis as normas regentes das sociedades simples.

Por se tratar de responsabilidade subjetiva, é pertinente indagar a quem incumbe a prova da culpa. Irineu Mariani faz incidir, em tais circunstâncias, o princípio da carga dinâmica da prova, segundo o qual o ônus compete a quem dispõe dos elementos, princípio esse de natureza supralegal, que decorre da inexigibilidade de prova impossível<sup>311</sup>. Para esse entendimento, nem sempre os elementos de prova estão em poder de quem acusa, mas, às vezes, do próprio acusado, o qual até mesmo chega a exteriorizar imagem que autoriza presumir essa realidade interna. Assim, no caso do administrador de sociedade, incumbe ao

---

<sup>310</sup> LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil, cit., p. 44..

<sup>311</sup> MARIANI, Irineu. Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil), cit., p. 58-73.

terceiro que alega evidenciar os elementos extrínsecos que mostram a presunção de conduta culposa do administrador; e a este cabe, concretamente, demonstrar que tal quadro de presunção não corresponde à realidade esboçada, ou seja, incumbe-lhe justificar os atos e as condutas. Óbvio está que a aceitação dessa doutrina não visa a instituir o império da prova negativa.

Os atos especiais (*ultra vires*) são aqueles que extrapolam a normal gestão e administração da sociedade, para os quais há necessidade de outorga expressa e específica dos sócios, à semelhança dos poderes especiais do mandato *ad negotia* (CC, art. 661, §§ 1º e 2º) ou *ad judicia* (CPC, art. 38, 2ª parte). E, no que diz respeito a tais atos, pode-se defrontar com três situações:

I) Há determinados atos que não podem ser praticados pelo administrador nem mesmo com autorização prévia e expressa dos sócios, como se dá em hipóteses de operações estranhas aos negócios sociais (casos de *outorga vedada*), de modo que a prática de atos dessa natureza tem como conseqüência a exclusão de responsabilidade da sociedade empresária perante terceiros (CC, art. 1.015, parágrafo único, III), e a conseqüente responsabilização ilimitada do administrador e dos sócios que aprovaram tais deliberações infringentes do contrato ou da lei (CC, art. 1.080). Tal responsabilidade é objetiva e tem como pressuposto o excesso: pode-se discutir, eventualmente, a ocorrência do excesso, mas não da respectiva culpa.

II) Há outros casos em que o ato constitutivo da sociedade não proíbe que os sócios confirmem mandato ao administrador, e estes o fazem de forma ampla e genérica (*outorga geral*). Nesse caso, o administrador não responde pessoalmente, desde que tenha agido com base em outorga e expressa e em obediência estrita a seus termos. Todavia, se não houver outorga expressa, ou se houver extrapolação dos limites do mandato, dar-se-á a responsabilização pessoal do administrador.

III) Por fim, há hipóteses de atos isolados, que exigem poderes especiais, e estes são conferidos, caso a caso, ao administrador da sociedade, mediante decisão prévia dos sócios (*outorga específica*), como quando se oneram ou se vendem imóveis da sociedade. Ressalva-se apenas ser desnecessária essa autorização, se a prática de ato dessa natureza constitui objeto da sociedade, hipótese em que tal atuação constitui ato normal do administrador (CC, 1.015 c.c. art. 1.053). Também aqui, o

administrador não responde pessoalmente, se munido de outorga e expressa e se agir nos estritos lindes do mandato. Sem outorga expressa, ou se houver atuação que exceda o mandato, a necessária decorrência será a responsabilização pessoal do administrador.

Em continuação, os atos que violam a lei ou o contrato são aqueles que contrariam determinação expressa daquela ou deste. Para exemplo de transgressão deste último, tem-se a hipótese de prestação de aval ou fiança, não em hipótese de silêncio do contrato social, mas de vedação expressa por parte deste. Em tal caso, os atos praticados pelo administrador da sociedade em transgressão da lei ou do contrato devem ter por consequência o mesmo destino das deliberações sociais dessa natureza: tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente os aprovaram (CC, art. 1.080). Ou seja: não apenas o administrador que praticou tais atos haverá de responder por eles pessoalmente, na extensão já referida, mas também todos os demais sócios que expressamente aprovaram sua feitura, até porque não lhes assiste violar o contrato ou a lei.

Anote-se – de modo particular para a sociedade limitada – que o fato de não trazer o atual Código Civil a norma expressa que constava do artigo 10 do Decreto n. 3.708/19<sup>312</sup> não significa tratamento diverso na atualidade, conclusão essa que se afigura necessária, sob pena de instalação de responsabilidade diferenciada entre os administradores das diversas sociedades. Esse entendimento se confirma pela determinação legal de aplicação subsidiária das normas da sociedade simples à sociedade limitada (CC, art. 1.053). Aqui, de igual modo, é objetiva a responsabilidade do administrador, de modo que importa provar a infração da lei ou do contrato, não se havendo de indagar acerca da prova da intenção que levou ao comportamento de transgressão do contrato ou da lei. Em defesa, cabe aos interessados demonstrar que o fato questionado não teria constituído descumprimento da lei ou do contrato.

---

<sup>312</sup> Artigo 10 do Decreto n. 3.708/19: “Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.”

Há, por fim, certos atos praticados por outorga de mandato conferido pelo administrador a terceiros. Embora vede ao administrador fazer-se substituir no exercício de suas funções, o ordenamento lhe faculta, “nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar” (CC, art. 1.080). As regras específicas da administração das sociedades nada registram quanto à responsabilidade do administrador-mandante pelas ações e omissões do mandatário, uma vez que a questão há de ser resolvida pelas normas específicas do instituto do mandato. Em tal caso, a administração incumbe ao mandante, e a lei apenas lhe faculta constituir mandatário para certos atos, o que há de dar-se em pessoa de sua estrita confiança. Bem por isso, o administrador-mandante responde como se tivesse agido pessoalmente, incluindo possíveis excessos do mandatário em prejuízo de terceiros ou da sociedade. Eventuais excessos do mandatário podem facultar ao mandante, contra aquele, ação de perdas e danos pela inobservância das instruções (CC, art. 679). Isso quer dizer que a outorga de mandato não constitui excludente de responsabilidade do administrador pelos atos do mandatário (CC, arts. 675 e 679).

### **18.5 O administrador testa-de-ferro**

São conhecidas as situações em que, por incompetência para o cargo, por desídia no cumprimento de suas obrigações ou por real má-fé e conseqüente prática de atos ilícitos civis e penais contra a sociedade e contra os detentores de parcela do capital social, alguns administradores, quando alcançados em suas manobras contrárias ao contrato social e ao ordenamento em vigor, tentam livrar-se das seqüelas adversas a pretexto de terem agido por ordem e determinação de outros, que seriam os administradores de fato da sociedade.

Uma primeira observação importante deve ser feita quanto ao administrador que alega ter sido usado por outrem, de quem seria *longa manus*, ou, como se tem denominado, testa-de-ferro, homem de palha, ou, ainda, vulgarmente, *laranja*. Sob pena de facilitar-lhe a invocação do benefício decorrente da própria torpeza, até porque é remunerado para tal atuação, não pode ele pretender exonerar-se de responsabilidade a esse pretexto. A tendência moderna, nesse campo, é no sentido de ampliar as inclusões de responsabilidade do administrador, e não as exclusões. Além disso, não é admissível que, desde o início de sua investidura na administração, tenha ele perdido a consciência e tenha passado à condição de

fantoches, hipnotizado e teleguiado no cargo, cumprindo, à risca e na íntegra, determinações de terceiros. E, ainda que isso tenha acontecido desse modo, o esclarecimento só pode servir para incluir a responsabilidade de tais terceiros, não para excluir a responsabilidade do administrador.

Uma segunda observação refere-se aos efeitos dos atos do administrador da sociedade em conta de participação, em raciocínio que há de partir da ineludível premissa de que o sócio ostensivo exerce a atividade constitutiva do objeto social unicamente em seu nome e por responsabilidade própria, obrigando-se com exclusividade perante terceiro (CC, art. 991), em decorrência do princípio de que o contrato social da conta de participação produz efeito somente entre os sócios (CC, art. 993). Em tais circunstâncias, se o sócio ostensivo for pessoa jurídica, o administrador desta será também o da sociedade em conta de participação. Nesse caso, a responsabilidade dele pelos atos administrativos, além da óbvia consideração em face dos terceiros que contratam diretamente com a pessoa jurídica ostensiva, há de ser analisada de forma dúplice: perante a pessoa jurídica que exerce ostensivamente a atividade mais seus sócios, e perante a sociedade em conta de participação e respectivos sócios. A amplificação dessa responsabilidade, em cada caso, deve ser analisada à luz da lei e dos contratos sociais de ambas as sociedades, na conformidade com suas disposições clausulares.

Uma terceira ponderação parte do princípio de que, na conta de participação, a responsabilidade perante terceiros é do sócio ostensivo, ou daquele que se fez passar por representante da sociedade, em cujo nome celebrou contrato de constituição da conta de participação, recebeu dinheiro para quitar dívida da sociedade, dentre outras atividades sociais. Em tal caso, pode dar-se até mesmo como legítimo o ato da desconsideração da pessoa jurídica para o fim de alcançar a penhora de bens de sócio da sociedade, por ocorrência de desvio das finalidades sociais, e se há prova da prática de abuso de direito, de ato ilícito ou de excesso de poder.<sup>313</sup>

---

<sup>313</sup> Cf. TJRJ, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 2003.001.14192, j. 12.08.03, rel. Des. Paulo Gustavo Horta.

## 18.6 A sociedade e os atos do administrador

A par de dirimir as questões acerca da responsabilidade do administrador por atos que praticou à testa da sociedade, é importante verificar se os atos que praticou, em tal função, vinculam ou não a sociedade. Para tanto, desde logo se deve assentar que tudo estará na dependência da espécie dos atos que ele vier a praticar: a) atos normais (*intra vires*); b) atos especiais (*ultra vires*); c) atos que violam a lei ou o contrato; d) atos decorrentes de outorga de mandato pelo administrador.

Reitere-se que os atos normais (ou *intra vires*) são aqueles de gestão ou de administração, praticados em decorrência da investidura automática na função de administrador. Tais atos, por via de regra, vinculam a sociedade perante terceiros (CC, art. 47), conclusão essa que se extrai do próprio princípio da associação (CC, art. 997, VI) e das regras mesmo intuitivas de sua regência (CC, art. 1.010/1.021). Se, eventualmente, o administrador agiu com culpa ou dolo no desempenho das funções, responderá também perante o terceiro (CC, art. 1.016), inclusive na limitada (CC, art. 1.053) e nas anônimas (CC, art. 1.089), em que aplicáveis subsidiariamente as normas regentes das sociedades simples. A sociedade poderá, todavia, exonerar-se de responsabilidade perante terceiros, em caso de excesso praticado por administrador, se a limitação dos poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade (CC, art. 1.015, parágrafo único, I), ou se o terceiro tinha ciência comprovada dessa limitação de poderes (CC, art. 1.015, parágrafo único, II). A análise dessa questão, todavia, deve ser feita com cuidado no caso concreto, até porque pode incidir a teoria da aparência, que tem por objetivo resguardar a boa-fé de terceiros.

Os atos especiais (*ultra vires*) são aqueles que extrapolam a normal gestão e administração da sociedade. Numa primeira hipótese, podem constituir atos evidentemente estranhos ao objeto da sociedade, como onerar ou vender imóveis, desde que tal não configure o objeto social (CC, art. 1.015, parágrafo único, III), ou, ainda, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, sem consentimento escrito dos sócios (CC, art. 1.017, *caput*). Em tais casos, a sociedade não se vincula à prática desses atos, não é por eles responsável, e a operação fica como negócio particular do administrador. Num segundo caso, podem dar-se atos não evidentemente estranhos ao objeto da sociedade. Por aplicação da teoria da aparência, atos dessa natureza vinculam a sociedade, haja ou não a respectiva outorga de poderes e, portanto, haja ou não infração do contrato. Exonera-se, todavia, a

sociedade, se houver prova de que o terceiro sabia, ou tinha condições de saber, do excesso assim praticado pelo administrador (CC, art. 1.015, parágrafo único, II).

Os atos que violam a lei ou o contrato são aqueles que contrariam determinação expressa daquela ou deste. Quanto aos atos comissivos ou omissivos do administrador em afronta à lei, a conduta dele em desrespeito ao ordenamento jurídico não afasta a responsabilização da sociedade. Quanto aos atos praticados em infração do contrato, exclui-se a responsabilização da sociedade, se o terceiro sabia, ou tinha condições de saber, da existência de tal circunstância. Em caso contrário, vinculam a sociedade. Na dúvida, responde a sociedade, o que se dá por aplicação do princípio da aparência. Nunca é demais lembrar que, quando a sociedade é responsabilizada em tais casos, fica-lhe assegurado o direito de regresso contra o administrador.

Por fim, há certos atos praticados por outorga de mandato conferido pelo administrador a terceiros (CC, art. 1.080). Por princípio que informa o próprio instituto do mandato, os atos praticados pelo mandatário vinculam a sociedade na exata proporção que haveriam de vincular o mandante. Eventuais excessos do mandatário poderão facultar ao mandante ação de perdas e danos pela inobservância das instruções (CC, art. 679).

## 18.7 Inexistência de solidariedade

Em termos genéricos, extrai-se da redação do artigo 264 do Código Civil, sem maiores esforços de exegese, o conceito de obrigação solidária: “aquela em que, havendo pluralidade de credores, ou de devedores, ou de ambos, tem cada qual o direito de exigir integralmente a dívida, ou a obrigação de pagá-la na totalidade. De modo específico para a solidariedade passiva, cada sujeito passivo da obrigação é devedor único da totalidade da prestação. Cada um deve tudo”.<sup>314</sup>

---

<sup>314</sup> COSTA, José Maria da. As obrigações solidárias. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 241.

De modo específico para a conta de participação, se o sócio ostensivo é aquele que exerce a atividade social em seu nome e por própria conta e risco, além de ser o único responsável pela contratação para com terceiros, não há possibilidade mínima de que os sócios participantes venham a ser responsabilizados pelas dívidas sociais, nem, muito menos, de tentativa de sua responsabilização a título de solidariedade.

Bem por isso, se acionado por suas dívidas, não assiste ao sócio ostensivo chamar ao processo os demais integrantes da sociedade em conta de participação com base no artigo 77, III, do Código de Processo Civil.<sup>315</sup>

O citado dispositivo da lei processual regra as hipóteses em que há devedores solidários, e, na conta de participação, sendo o sócio ostensivo o único que se responsabiliza perante terceiros, não se há de falar em solidariedade pelas obrigações assumidas nem, assim, em chamamento ao processo, mas, diversamente, em associação que envolve aspectos peculiares aos sócios, que unem o capital para determinado fim, com absoluta reserva na participação dos lucros. E, para finalizar, nunca é demais lembrar que a solidariedade não se presume, mas resulta da lei ou da expressa vontade das partes (CC, art. 265).

## **18.8 Tempo de duração das responsabilidades**

Quanto ao período de duração das obrigações dos administradores, delimita-se ele pelo início e pelo término de sua gestão ou administração. Para os administradores estatutários (aqueles designados nos atos constitutivos) começa tal período com a assinatura dos atos constitutivos ou na data por eles marcada; para os administradores não-estatutários (designados por ato separado), como se dá na sociedade anônima (Lei n. 6.404/76, arts. 146 e 149) e pode ocorrer nas demais (CC, art. 1.012 e 1.062), inicia-se tal responsabilidade com o termo de posse ou investidura.

Cumprir observar que é obrigação do administrador, quando nomeado por instrumento em separado, fazê-lo averbar à margem da inscrição da sociedade (CC, art. 1.012). Tal averbação, contudo, não representa ato constitutivo, e sim declaratório. Isso quer

---

<sup>315</sup> Cf. TJSP – AG n. 107.654-2, 9ª Câmara Civil, rel. Des. Camargo Viana j. 26.6.1986, RT 615/65.



dizer que sua responsabilidade independe dessa averbação, e o que se dá é que a ausência de averbação pode agravar-lhe a responsabilidade, vindo ele a responder pessoal e solidariamente com a sociedade pelos atos que praticar antes do respectivo requerimento (CC, art. 1.012).

A gestão finda-se com o término do prazo, se determinado, e se prolonga necessariamente até à posse do novo administrador, certo como é que a sociedade não pode ficar acéfala. Excepcionalmente, pode-se findar a gestão por outros modos, como a destituição, a renúncia e a morte.

O término da gestão, contudo, não extingue a responsabilidade do administrador, nem, assim, o eventual afastamento do quadro social ou a dissolução da sociedade, já que tais ocorrências não tipificam hipóteses legais de extinção de responsabilidade, como o são o pagamento, a novação e a compensação. Pensar o contrário seria permitir artifício lesivo aos credores e à própria sociedade em casos como os de descapitalização ou de dissolução, em que bastaria ao administrador afastar-se do poder ou ausentar-se do quadro social, para livrar-se da responsabilidade por seus atos. Assim, basta que o ato tenha sido praticado durante a gestão, para que o administrador venha a ser por ele responsabilizado. Essa conclusão mais se obriga, quando se vê que o administrador não se livra de responsabilidades perante a sociedade, ainda que tenha tido as contas aprovadas sem reservas, se agir com erro, dolo, fraude ou simulação, quer na sociedade anônima (Lei n. 6.404/76, art. 134, § 3º, II, *b*), quer na limitada (CC, art. 1.078, § 3º). Incide na questão, aliás, um princípio geral, que norteia tanto a administração pública quanto a particular: vai-se o poder, permanece a responsabilidade pelos atos praticados durante o seu exercício.

Quanto ao período de duração das obrigações dos sócios, por primeiro, dá-se o seu início com o contrato, se este não fixar outra data; e terminam tais obrigações quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais (CC, art. 1.001). Na hipótese de ter havido cessão total ou parcial de quota, o cedente responde solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio, até dois anos depois de averbada a modificação do contrato (CC, art. 1.003, parágrafo único). Essa determinação vale para todos os tipos de sociedades, inclusive para a anônima, que não difere em essência, nem mesmo no que tange a esse prazo ultra-ativo de dois anos (Lei n. 6.404/76, arts. 106/108). Igual determinação se dá para a hipótese de morte do sócio, em que a

responsabilidade pelas obrigações sociais do falecido, na figura do espólio e dos herdeiros, perdura por dois anos após averbada a resolução da sociedade. Quanto às hipóteses de retirada e de exclusão do sócio, dá-se a continuação de sua responsabilidade pelas obrigações sociais posteriores a tais fatos, enquanto não se requerer a averbação. Inicia-se, somente a partir daí, o biênio final de sua responsabilidade (CC, art. 1.032).

### 18.9 Os poderes na conta de participação

Quanto aos poderes conferidos ao administrador da sociedade em conta de participação, lembre-se que, em termos conceituais, sob certa óptica, podem ser eles os poderes comuns (*intra vires*) e podem ser poderes especiais (*ultra vires*).

Quanto aos poderes comuns (*intra vires*), são aqueles nos quais o administrador fica automaticamente investido, decorrentes da própria circunstância de ser administrador. Equivalem aos poderes do *mandato em termos gerais* (CC, art. 661) e aos da cláusula *ad judicia* (CPC, art. 38, 1ª parte). São os poderes de gestão ou conferidos para os atos normais de administração, como, por exemplo, os atos relativos ao objeto social, os de admitir ou demitir empregados, etc.

Ora, quanto a tais atos, não se pode olvidar que a sociedade em conta de participação vale entre os sócios e que o sócio ostensivo desempenha a atividade social em nome próprio e por sua conta e risco. Deve-se concluir, assim, que os poderes comuns outorgados ao administrador são aqueles conferidos pelo contrato social da sociedade do sócio ostensivo, que é quem se obriga perante terceiros (CC, art. 991, parágrafo único, 1ª parte). Qualquer disposição ampliativa do contrato da conta de participação não teria validade alguma perante os terceiros, que não teriam obrigação alguma de a ele se submeter. Sempre internamente e entre os sócios, porém, nada impede que o contrato da conta de participação seja mais restritivo do que o da sociedade do sócio ostensivo. Em tal caso, ainda que, perante terceiros, se obedeça às regras da sociedade empresária do sócio ostensivo, este há de responder aos sócios participantes na exata medida do contrato da sociedade em conta de participação (CC, art. 991, parágrafo único, 2ª parte).

Quanto aos poderes especiais (*ultra vires*), para os atos que transcendem a normal gestão ou administração, como em qualquer sociedade, tem-se entendido pela necessidade de sua outorga expressa. Essa regra, aliás, não vigora apenas para o administrador da sociedade, mas deflui de uma regra genérica que abrange qualquer mandato, quer no campo dos negócios (CC, art. 661, §§ 1º e 2º), quer na esfera judicial (CPC, art. 38, 2ª parte). Vale aqui a observação de que, perante o terceiro, o contrato social a ser levado em consideração há de ser o da sociedade do sócio ostensivo, que exerce a atividade em nome próprio e sob sua responsabilidade. O contrato da conta de participação não pode ser mais amplo do que o da pessoa jurídica do sócio ostensivo; mas pode ser mais restritivo, com validade e possibilidade de questionamento apenas entre os respectivos sócios.

Para a outorga de poderes especiais para a prática de atos nas sociedades, três situações surgem com clareza: a) de *outorga vedada*, ou seja, há determinados atos que não podem ser praticados nem mesmo com autorização prévia dos sócios, como é o caso de operações estranhas aos negócios da sociedade, sob pena de exclusão de responsabilidade da sociedade empresária perante terceiros (CC, art. 1.015, parágrafo único, III) e responsabilização ilimitada dos sócios que aprovaram tais deliberações infringentes do contrato ou da lei (CC, art. 1.080); b) de *outorga geral* ou por matéria, que pode ocorrer nas hipóteses em que o ato constitutivo não proíbe, como é o caso de prestar fiança ou aval; c) de *outorga específica* ou por ato, conferida caso a caso, mediante prévia decisão dos sócios, como quando se oneram ou se vendem imóveis da sociedade, o que é desnecessário quando a prática de um ato dessa natureza constitui objeto da sociedade, hipótese em que tal atuação constitui ato normal do administrador (CC, 1.015 c.c. art. 1.053).

Vale aqui lembrar duas determinações especiais da própria lei: I) por um lado, “são irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios” (CC, art. 1.019, *caput*); II) por outro lado, “são revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio” (CC, art. 1.019, parágrafo único).

Nunca é demais observar que, no que concerne à sociedade em conta de participação, para qualquer questão que envolva terceiro, o contrato a ser considerado há de ser o do sócio ostensivo, até porque, como se sabe, é ele quem se obriga perante terceiros (CC, art. 991,

parágrafo único, 1ª parte). Em tal caso, a dicção do contrato de sociedade em conta de participação vale apenas entre os respectivos sócios, de modo que os terceiros não têm obrigação legal alguma de a ela se submeter. Todavia, muito embora, perante terceiros, se deva prestar obediência às regras da sociedade empresária do sócio ostensivo, nada impede que o contrato da sociedade em conta de participação seja mais restritivo, hipótese em que seu administrador há de responder aos sócios participantes na exata medida desse contrato interno e inexistente para com terceiros (CC, art. 991, parágrafo único, 2ª parte).

### **18.10 Fiscalização pelos sócios participantes**

Por um lado, de modo específico para o núcleo deste estudo, é grandemente aconselhável que – em razão de sua natureza oculta e da integral atuação por conta do sócio ostensivo em sem próprio nome – o contrato da sociedade em conta de participação, além de escrito, preveja e regulamente a fiscalização e o controle do negócio por parte dos sócios participantes.

Por outro lado, não se pode esquecer que essa fiscalização há de restringir-se, de modo específico, à conta de participação, vale dizer, aos livros, lançamentos e documentos relativos à atuação dessa sociedade.

Também aconselhável é que se fixem as épocas de tais fiscalizações e os períodos para prestação de contas, lapso temporal esse que Pontes de Miranda considera ânua, se outro não tiver sido contratualmente estabelecido.<sup>316</sup>

### **18.11 Observações sobre a conta de participação**

No que concerne à sociedade em conta de participação, relembre-se mais uma vez, como premissa, que, por um lado, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade (CC, art. 991), o que significa que, perante terceiros, a conta de participação

---

<sup>316</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 49, § 5.227, p. 332.

simplesmente não existe, e o contrato social produz efeito somente entre os sócios (CC, art. 993). Em termos práticos, para exemplificar, decorrência importante desse aspecto é que, para eventual hipótese de haver a necessidade de abrir uma conta em instituição bancária para administrar os negócios da sociedade em conta de participação, será ela aberta não em nome da referida sociedade, mas em nome do sócio ostensivo. Por outro lado, embora se fale que a contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais (CC, art. 994, *caput*), o certo é que, por determinação da própria lei, essa especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º).

Quanto à extensão da responsabilidade do sócio ostensivo perante terceiros, ensinam alguns que ela é ilimitada nesse eixo, em virtude de realizar as operações sociais em seu nome empresarial e ser a responsabilidade do empresário sempre ilimitada<sup>317</sup>. Não parece adequado que essa afirmação se faça assim, de modo genérico, para significar, sempre e em qualquer circunstância, a responsabilidade ilimitada do sócio ostensivo perante terceiro. Em verdade, se ele exerce a atividade social em seu nome e por própria conta e risco, e se a conta de participação simplesmente inexistente perante terceiros, o mais adequado ao caso é concluir que o sócio ostensivo responde perante terceiros na exata conformidade com a natureza de sua responsabilidade perante o credor de si próprio, abstraída desse raciocínio a conta de participação. Vale dizer: se a atuação da sociedade que efetivamente contrata com terceiros acarreta, por natureza, a responsabilidade ilimitada do administrador, então o sócio ostensivo estará em tal posição de responsabilidade ilimitada; se, ao revés, a sociedade é do tipo que limita a responsabilidade do administrador, então dessa natureza será a responsabilidade do sócio ostensivo da conta de participação.

Ante esse quadro de premissas, uma primeira indagação que se põe é se eventual publicidade da existência da sociedade em conta de participação torna os sócios ocultos responsáveis perante terceiros. A resposta é negativa, porquanto, além da regra genérica de que os sócios participantes são obrigados apenas perante o sócio ostensivo, pelos resultados dos negócios e obrigações sociais havidos nos termos do contrato (CC, art. 991), essa

---

<sup>317</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 224.

conclusão se corrobora, quando se considera a excepcionalidade da situação haurida na exegese dos artigos 993, *caput*, e 991, parágrafo único, do Código Civil.

Ressalva importante que se faz, em seguida, é que, por via de regra, em decorrência da natureza e da singularidade da conta de participação, a responsabilidade do sócio participante limita-se à importância posta à disposição do sócio ostensivo para a realização dos fins sociais. Não tem ele, assim, responsabilidade ilimitada nem mesmo para com o sócio ostensivo<sup>318</sup>. Não se olvide, entretanto, que, por determinação da própria lei (CC, art. 993, parágrafo único), ele torna-se solidariamente responsável pelas obrigações contraídas pelo ostensivo em nome da sociedade, se atuar em conjunto com este em contratos pré-negociais ou na negociação de contratos. Imagine-se, assim, a hipótese em que o sócio oculto se faz passar por sócio ostensivo: em tal caso, responde com este solidariamente pelas obrigações decorrentes dos atos em que intervier.

Em corolário, outra ponderação que se faz é que, na conta de participação, os sócios ostensivos ou gerentes respondem pessoalmente para com terceiros pelas obrigações contraídas, de modo que os credores que com eles trataram têm ação direta somente contra eles, e não contra os sócios participantes. Perante tais terceiros, a sociedade simplesmente não existe. E o sócio gerente responsabiliza-se para com os terceiros não na qualidade de sócio ou de órgão da sociedade, mas como efetivo empresário que obra por sua conta e risco.<sup>319</sup>

Não se olvide, por fim, que, em decorrência de sua atuação à testa da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo tem a obrigação de repartir entre os sócios participantes os resultados das operações, o que há de dar-se na forma ajustada em contrato social. Também lhe cabe o direito de exigir deles o rateio na contribuição por eventuais perdas, sempre na exata conformidade com o disposto no contrato.

---

<sup>318</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 224,

<sup>319</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 236.

## **19 EFEITOS E PROVA DE ATIVIDADE NA CONTA DE PARTICIPAÇÃO**

### **19.1 Limitação da responsabilidade**

Observação inicial de significativa importância, no que tange aos efeitos do exercício da atividade societária, concerne ao fato de que o ordenamento jurídico tem reconhecido, no contrato de sociedade em conta de participação, a validade de disposição clausular que limita a responsabilidade do sócio participante pelos prejuízos sociais ao montante de seu aporte, o que faz aproximar, nesse aspecto, a referida modalidade societária da sociedade em comandita por ações.

### **19.2 Lucros e prejuízos**

A associação de interessados na estipulação de um contrato social, em qualquer modalidade societária, tem por móvel o mesmo princípio que anima todo o direito de empresa e toda a atividade societária: o lucro. Desse alvo geral não escapa a sociedade em conta de participação.

Assim, se a atividade social redundar nos esperados lucros, são os investidores remunerados na proporção de seus investimentos (como se possuíssem ações da empresa), com o retorno do capital investido no final do prazo da sociedade contratada, ou no final do exercício contábil, ou em qualquer tempo especificado pelo contrato social.

Todavia, muito embora o objetivo da atuação seja o lucro, é inerente ao exercício social o resultado de risco, de modo que, contrariamente à expectativa inicial, em vez de lucro, advenham prejuízos. Em tal caso, os investidores também haverão de rateá-los em similar proporção.

Se fixada no contrato a proporção do sócio participante, quer nos lucros, quer nos prejuízos, a tal determinação se dará cumprimento. Se não fixada, o cálculo há de seguir a

proporção do quinhão do sócio participante, e isso por aplicação do que já dispunha o artigo 302, n. 4, do Código Comercial de 1850, em princípio também erigido em disposição legal pelo Código Civil de 2002, no artigo 997.

### 19.3 Benefício de ordem

O benefício de ordem, ditado pela responsabilidade subsidiária, é questão que precisa ser analisada, quando se fala da responsabilidade do sócio e do administrador pelas dívidas da sociedade, até porque, no direito societário, não há incompatibilidade necessária entre solidariedade e subsidiariedade.

Pelo benefício de ordem, tanto nos casos de responsabilidade do sócio (CC, arts. 1.023/1.024; CPC, art. 596), como nos do administrador, primeiro se deve exaurir o patrimônio da sociedade, para depois, em remanescendo débitos, executar os bens pessoais. Por configurar condição de procedibilidade, de natureza processual, é regra aplicável a todas as áreas do Direito<sup>320</sup>. Como se dá nas regras, de um modo geral, há pelo menos três exceções, em que não se admite a incidência do benefício de ordem: 1) na sociedade em comum, ou sociedade formal, em inovação do atual Código Civil, o administrador não tem o benefício de ordem (CC, art. 990); 2) nas sociedades que usam firma, nas quais o nome social se compõe do nome dos sócios pessoas naturais, com exclusão da limitada, ao sócio pessoa natural que tiver seu nome no nome da sociedade, seja ou não administrador, não assiste o benefício de ordem, conclusão essa a que se chega pela exegese conjunta do artigo 1.157, parágrafo único, do Código Civil e do artigo 281 da Lei n. 6.404/76; 3) se o administrador nomeado por instrumento em separado praticar atos antes de requerer averbação no registro empresarial, para tais atos não poderá ele invocar o benefício de ordem, mas por eles responderá pessoal e solidariamente com a sociedade (CC, art. 1.012).

---

<sup>320</sup> MARIANI. Irineu. Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil), cit., p. 70.



#### 19.4 Exclusão de sócio

Abrigando entendimento jurisprudencial bastante remansoso, a nova codificação erigiu em dispositivo de lei a possibilidade de excluir judicialmente o sócio por iniciativa da maioria, na hipótese de cometimento de falta grave no cumprimento das obrigações ou por incapacidade superveniente (CC, art. 1.030, *caput*). A exigência da via judicial visa a garantir ao sócio excluído ampla possibilidade de defesa e a vedar a prática de abusos pela maioria.

Nada impede que se aplique à conta de participação o referido princípio, erigido em disposição de lei, como regra geral para as demais sociedades. A natureza oculta e *ad intra* da mencionada sociedade não se vê com irreconciliável convivência com a publicidade advinda de uma discussão judicial acerca de suas cláusulas e do respectivo descumprimento por algum de seus sócios.

#### 19.5 Escrituração na conta de participação

Sempre é oportuno invocar a premissa significativa para todos os efeitos de que o contrato de constituição da conta de participação produz efeito somente entre os sócios (CC, art. 993) e que, nessa modalidade societária, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade (CC, art. 991).

Em decorrência dessa premissa, o tradicional ensino doutrinário firmou-se no sentido de que os respectivos registros contábeis se faziam na própria contabilidade do sócio ostensivo, admitindo-se, no máximo, no bojo dessa contabilidade, a existência de uma rubrica específica que distinguisse entre as operações da conta de participação e as da empresa do sócio ostensivo. Vale dizer: a conta de participação é sociedade que não detém personalidade jurídica, não vale perante terceiros e não possui livros próprios. Dessa tríplice afirmação decorre a forçosa conclusão de que nos livros do sócio ostensivo é que se fazem os lançamentos contábeis a ela referentes.

Admitem alguns, é certo, que a sociedade em conta de participação possua uma firma não conhecida por terceiros, a qual apenas sirva para o fim de serem escrituradas nos livros do sócio ostensivo as operações realizadas pela sociedade oculta<sup>321</sup>. Perante nosso ordenamento jurídico, entretanto, tal não se pode tratar, obviamente, de verdadeira firma, porquanto esta, em nosso sistema legal positivo, há mais de um século, “é o nome sob o qual o comerciante ou sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes” (cf. Decreto n. 916, de 24.10.1890, art. 2º). E de fácil percepção é que a conta de participação não veste esse figurino, uma vez que tal modalidade societária exerce o comércio e se assina nos atos a ele referentes por intermédio do sócio ostensivo, usando este seu próprio nome comercial e exercendo a atividade societária por seu próprio risco e sob sua exclusiva responsabilidade. Vale dizer: ao menos no que toca ao nosso ordenamento, a firma a que se refere o douto civilista português não pode existir nem mesmo internamente.

Por essas razões, em nosso sistema, como regra geral, os lançamentos e a escrituração contábil se fazem nos livros do sócio ostensivo, sendo tradicionalmente aconselhável, quer para os sócios da conta de participação, quer para os integrantes da empresa que atua como sócio ostensivo, que tal se faça mediante título ou rubrica diferentes na contabilidade. Será, assim, essa rubrica ou esse título que irão identificar as operações da sociedade em conta de participação, diversamente das operações da sociedade que atua como sócio ostensivo.

Em realidade, nosso sistema positivo, sobretudo por interesse do Fisco no que tange à exação, tem-se preocupado com esse aspecto, para que fiquem bem claros os atos de comércio e, assim, cristalinas também as operações a cujo respeito se possam exigir tributos.

Por isso, mais recentemente, pela Instrução Normativa n. 49, de 15.04.1987, do Secretário da Receita Federal, publicada no DOU de 21.04.1987, determinou-se que a escrituração da sociedade em conta de participação deverá ser efetuada em livros próprios, registrados nos órgãos da Secretaria da Receita Federal da jurisdição do sócio ostensivo, nos quais deverão ser contabilizadas todas as operações sociais, inclusive com a transcrição das demonstrações financeiras ao final de cada período-base.

---

<sup>321</sup> MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 223.

Ainda mais recentemente, pelo disposto no artigo 254 do Decreto n. 3.000/99, a escrituração das operações da sociedade em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, com a observância, dentre outros, dos seguintes critérios: I) quando utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a identificar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação; II) os resultados e o lucro real correspondentes à sociedade em conta de participação deverão ser apurados e serão demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros; III) nos documentos relacionados com a atividade da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação, de modo a permitir identificar sua vinculação com a referida sociedade.

Ora, assim para o caso de uma instrução normativa quanto de um decreto, o raciocínio que se pode fazer é o mesmo: ao assim determinar, o que pressupõe a autoridade administrativa é que sociedade em conta de participação possa ter livros mercantis, quando, por exigência legal, somente aos comerciantes explícitos (a título singular ou em sociedade) se concede o uso de tais registros (Decreto-Lei n. 486/69). E, sem se valer dos caminhos legislativos normais, assim a instrução normativa como o decreto pretenderam revogar a lei, já que, nas operações de uma pessoa jurídica, em que apareça uma sociedade em conta de participação, os resultados (ajustes de contas) se registram nos livros mercantis do sócio ostensivo, que é de fato e de direito o único que se obriga para com terceiros, regra essa assente tanto no direito anterior (CCo, art. 326) como no atual (CC, art. 991). Mas essa é questão que deve ser analisada com todo cuidado no caso prático, sobretudo quando se tem boa parte da doutrina e muito da jurisprudência em acordo não com os princípios puros emanados de uma exegese isenta dos princípios que norteiam a existência e o regramento jurídico dessa modalidade societária, mas alinhadas com uma política de maior arrecadação de tributos. Apenas se aponta, para dizer o mínimo, que se têm uma instrução normativa e um decreto invadindo a seara reservada à lei, considerada em sentido estrito, que está sendo substituída por ato administrativo de natureza hierárquica inferior.<sup>322</sup>

---

<sup>322</sup> MORAES, Francisco Chagas de, A equiparação da sociedade em conta de participação à pessoa jurídica, cit., p. 363-364.

Independentemente dos questionamentos até agora feitos, vale a pena relembrar exemplo noticiado pela jurisprudência, ocorrido nos anos trintas do século XX, quando, para enfrentar a crise e a concorrência nas vendas, diversos torrefadores de café estudaram a possibilidade de um acordo tendente a estabelecer uma tabela comum de preços, que vigorasse, temporária e obrigatoriamente, entre eles, lutando, assim, contra a concorrência excessiva e o aviltamento dos preços. Na estrita observância do contrato, cada qual deles continuaria à testa de sua indústria e, semestralmente, haveriam de fazer um balanço de suas operações e prestariam contas recíprocas, para a divisão dos lucros ou prejuízos, na proporção estabelecida na minuta. Ou seja: em tal caso, de verdadeira sociedade em conta de participação, os contratantes agiriam singularmente perante os terceiros e perante eles assumiriam responsabilidade exclusiva; ao depois, haveriam de prestar-se contas recíprocas ao fim de cada semestre.<sup>323</sup>

Ora, se tal ocorrência se desse nos dias de hoje, seria forçoso fixar, por primeiro, o exemplo dado como caso peculiar de conta de participação, em que todos os sócios seriam ostensivos, cada qual em seu turno e quanto aos atos e às atividades empresariais desenvolvidas por cada qual deles; e todos, de igual modo, seriam ocultos e apenas participantes, no tocante aos atos e às atividades desempenhadas pelos demais. Num segundo momento, também, seria de forçosa conclusão que, quanto aos atos desempenhados por sua empresa, cada sócio ostensivo haveria de contabilizá-los regularmente, na conformidade com as determinações já apontadas. Embora seja lógica a conclusão, não deixa de ser interessante anotar, mais uma vez, que os casos práticos, na maioria das vezes, são muito mais criativos do que a própria doutrina, quando elabora a teoria.

## **19.6 Prova de existência da conta de participação**

Como decorre da própria lei, a constituição da sociedade em conta de participação não se sujeita a formalidades maiores. O artigo 325 do Código Comercial de 1850 não a fazia depender das formalidades prescritas para a formação das outras sociedades e acrescentava a possibilidade de provar sua existência “por todo o gênero de provas admitidas nos contratos

---

<sup>323</sup> BABO, J. Sandoval. A sociedade em conta de participação. Seus característicos. Quebra de um dos sócios, p. 153.

comerciais”. O artigo 992 do Código Civil de 2002 repete basicamente os termos para sua constituição – “independe de qualquer formalidade” – e, quanto à possibilidade de prova, estatui que “pode provar-se por todos os meios de direito”.

Por um lado, ressaltando as modificações e as restrições fixadas em outras partes de seu próprio texto, o artigo 121 do Código Comercial estipulava que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais”. Por outro lado, conforme remissão expressa do artigo 325, o artigo 122 do Código Comercial especificava os meios de prova para os contratos comerciais: 1) por escrituras públicas; 2) por escritos particulares; 3) pelas notas dos corretores e por certidões extraídas dos seus protocolos; 4) por correspondência epistolar; 5) – pelos livros dos comerciantes; 6) por testemunhas.

Com a redação do artigo 992 do Código Civil – “pode provar-se por todos os meios de direito” – a par de se poder invocar todos os itens da legislação anterior, hoje não repetidos mas nem por isso revogados, incide no caso o disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Além disso, ante a amplitude do que dispõe o artigo 332 do Código de Processo Civil, têm lugar os meios especificados pela regra genérica sobre a prova, discriminados no artigo 212 do Código Civil: I) confissão; II) documento; III) testemunha; IV) presunção; V) perícia.

Já era lição assente no ordenamento anterior, pela pena de Carvalho de Mendonça, que se podiam provar as sociedades em conta de participação por todos os meios admitidos nos contratos comerciais (CCo, art. 325), como documentos públicos ou particulares, notas de corretores, correspondência epistolar, livros e até por testemunhas.<sup>324</sup>

---

<sup>324</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 233-234.

Realce-se que, em realidade, a prova de existência da sociedade em conta de participação é fator dos mais relevantes, sobretudo para que venha ela a ser reconhecida como efetiva modalidade societária dessa natureza e, assim, não venha a ser confundida com uma sociedade irregular ou comum. E isso porque, como é de premissa inafastável, se se tornar impossível a prova de sua existência, haverá a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas dívidas sociais, e não apenas do sócio ostensivo. De modo mais específico, se, eventualmente, vier a dar-se essa confusão, em caso de declaração de falência da sociedade – agora reconhecida como sociedade comum – a responsabilidade dos sócios será solidária e ilimitada (CC, art. 990).

Anote-se, ainda, que os mesmos meios que podem provar a existência de uma sociedade em conta de participação também podem conduzir a provar que a sociedade fora modificada ou mesmo dissolvida, daí defluindo, em corolário, as normas e os elementos de interpretação que normalmente não de incidir no caso.

### **19.7 A questão da prova escrita**

Se é da lei que a constituição e a vida de uma sociedade em conta de participação se podem provar “por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais” (CCo, art. 325), que sua constituição “independe de qualquer formalidade” e que sua atividade “pode provar-se por todos os meios de direito” (CC, art. 992), outra ilação não se pode extrair de tais considerações, senão aquela que admite que uma sociedade em conta de participação possa existir e atuar sem registros escritos, sobretudo quando se se tratar de sociedade não empresária.

Na esteira das determinações da lei anterior, de modo específico para o direito positivo vigente, por um lado, a lei civil registra que, no que tange à constituição e à atividade da conta de participação, a lei faz repousar no acordo de vontades a essência dessa espécie de sociedade, motivo por que não exige, como requisito legal, que seu instrumento seja escrito. É o que deflui da leitura clara da legislação. Desse modo, não é embargo a sua existência a forma não-escrita.

Ou seja: a sociedade em conta de participação pode formar-se mediante contrato, mas este não será levado ao Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades Afins. Ainda que se constitua por contrato escrito, também não há obrigatoriedade de que seja levado ao registro civil. Além disso, mesmo ainda que não se constitua por contrato escrito, tal modalidade societária pode ser provada por qualquer dos meios admitidos em Direito, quer por documento público ou escrito particular, por notas ou certidão dos corretores, por correspondência epistolar, pelos livros do sócio ostensivo, e até mesmo por meio de testemunhas.<sup>325</sup>

E sempre é bom lembrar que a situação da sociedade em conta de participação é muito diversa, nesse campo, da sociedade em comum (CC, arts. 986/990), a antiga sociedade de fato, também reconhecida pelo novo ordenamento como sociedade não personificada. Por um lado, não há possibilidade alguma de equiparação de ambas, quer quanto ao conceito, quer quanto aos resultados. A sociedade em conta de participação existe exclusivamente *intra partes*, e pelas dívidas sociais se responsabiliza tão-somente o sócio ostensivo (art. 992). Já a sociedade em comum é considerada existente perante todos, mesmo não havendo inscrição de seus atos constitutivos (art. 986), e isso sobretudo para não haver prejuízos de terceiros. Contra estes e nas relações dos sócios entre si, somente por escrito se pode provar a existência da sociedade; em prol dos terceiros, a prova pode dar-se por qualquer modo (art. 987).

O que se dá, porém, na prática, é que a ausência de comprovação escrita da sociedade em conta de participação poderá acarretar conseqüências graves para a formação dos meios de prova. Em realidade, numa regular sociedade em conta de participação, o sócio participante responde apenas perante o sócio ostensivo e na conformidade com os respectivos termos do contrato social (CC, art. 991, parágrafo único); e o sócio ostensivo, quando em atuação regular, responde perante terceiros na exata conformidade com a natureza jurídica e as disposições clausulares da sociedade que exerce a atividade constitutiva do objeto social. Já na sociedade comum – antiga sociedade irregular ou de fato – os sócios, por um lado, nas relações com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade; e os terceiros, por sua vez, podem prová-la por qualquer meio (CC, art. 987). Além disso, na sociedade em comum, todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações

---

<sup>325</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 224.

sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no artigo 1.024, aquele que contratou pela sociedade (CC, art. 990).

Quanto à prova oral, além disso, deve-se ver que, além vedada, na hipótese de se desconfiar da possibilidade de existência de uma sociedade em comum, e não de uma conta de participação, continua válida a ponderação de Carvalho de Mendonça acerca de aspecto significativo: “O juiz deve ter extrema reserva na prova testemunhal, hoje em dia muito desmoralizada”<sup>326</sup>. Se tal advertência se fazia de mister um século atrás, não é difícil imaginar a ênfase com que deve ser proclamada na época de hoje, de reconhecida dissolução dos costumes e relaxamento dos padrões de conduta moral.

Em síntese, é de todo aconselhável cuidar bem na caracterização documental das sociedades em conta de participação, para que não venham a ser tidas como sociedades irregulares, do que resultará o alto preço da responsabilidade ilimitada de seus sócios.<sup>327</sup>

Em outras palavras, se, por um lado, por sua própria natureza, a sociedade em conta de participação tem como traço distintivo a discrição da interveniência dos sócios ocultos, de modo que não se leva a registro o respectivo contrato, é extremamente aconselhável que a intenção das partes e as normas de regência fiquem bem definidas em contrato escrito, o qual configure instrumento perfeitamente válido entre as partes, onde se prevejam os modos de deliberação, a maneira de ratear as despesas e dividir as receitas, bem como a atribuição de encargos e responsabilidades concernentes à empresa comum.

---

<sup>326</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 234.

<sup>327</sup> Cf. ROCHA, João Luiz Coelho da, *Conta de participação, consórcio e parceria: formas associativas não personalizadas*, cit., p. 40.



## 20 A CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O FISCO

### 20.1 Considerações iniciais

Pelas próprias características de sociedade despersonalizada, sem registros próprios, que existe internamente entre seus partícipes e vive incrustada na figura do sócio ostensivo, é de fácil percepção que não é tão simples verificar a extensão de uso da conta de participação nem sua exatidão estatística. Pode-se concluir por indícios, todavia, que sua presença na área dos negócios deve ser expressiva, sobretudo, como lembra Francisco Chagas de Moraes, se se considerar que a administração fazendária dela não se esqueceu, ao regular-lhe tributação específica.<sup>328</sup>

Como se há de ver com maiores minúcias a seguir, essa modalidade societária, durante muito tempo, não teve tributação autônoma. Em determinada época, contudo, houve sua equiparação às demais sociedades, mediante concessão de personalidade jurídica para efeitos fiscais. É de todo importante realçar que tal equiparação se deu tão-somente para fins fiscais.

Lembra Fábio Ulhoa Coelho que, quando despersonalizada também para fins tributários, ela não pagava imposto. “Por essa razão, a modalidade de investimento comum apresentava, em relação às sociedades empresárias, uma vantagem, do ponto de vista do planejamento fiscal. Alguns empreendimentos de vulto foram explorados sob a forma de conta de participação. O empreendedor preservava o seu patrimônio, por meio de um expediente simples: constituía uma sociedade limitada, com um ou mais parceiros, e esta celebrava os contratos, na condição de sócia ostensiva”<sup>329</sup>. Quando, em 1986, passou a ser tributada como pessoa jurídica, houve a eliminação dessa vantagem fiscal.

Ante a realidade de hoje, com tais modificações na forma de sua consideração perante o Fisco, não é tão fácil perceber o alcance de seu emprego. Mas parece intuitivo poder

---

<sup>328</sup> MORAES, Francisco Chagas de, A equiparação da sociedade em conta de participação à pessoa jurídica, cit., p. 363-364.

<sup>329</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 477.

afirmar que a sociedade em conta de participação perdeu, entre nós, muito de sua força e de seus atrativos, em razão do complexo e instável tratamento fiscal a que vem sendo submetida ao longo dos tempos.

Rubens Requião, com toda a sua autoridade no assunto, leciona que essa modalidade societária até mesmo teria sido praticamente extinta pelo Decreto-Lei n. 2.303, de 21.11.1986, que alterou a legislação tributária, ferindo a fundo essa sociedade, ao equipará-la à pessoa jurídica para efeitos da legislação do Imposto de Renda.<sup>330</sup>

Por suas próprias características peculiares e pelas profundas vantagens que oferece, mesmo ao largo de sua consideração sob o ponto de vista fiscal, o que se dá com a conta de participação, todavia, é, por um lado, uma aplicação perene, em determinada escala, que se acredita intensa, mas cuja exata extensão não é possível avaliar, em razão de sua ausência de personalidade jurídica (e, portanto, de registro) e de sua natureza oculta, valendo as disposições clausulares de seu contrato apenas entre os sócios. Por outro lado, vive ela de alguns sobressaltos, como o que lhe causou o citado Decreto-Lei n. 2.303/86, que a equiparou à pessoa jurídica para fins de Imposto de Renda. Todavia, em demonstração de que o tratamento legislativo que lhe é conferido através dos tempos compara-se a verdadeiro movimento pendular, pode-se ver que, antes do diploma legal por último referido, fora ela de certo moto reativada pela implantação dos incentivos fiscais, sobretudo porque grande parte das empresas formadas com esse intuito voltou-se para a área do desenvolvimento florestal.<sup>331</sup>

## 20.2 Premissas importantes

Na vigência do ordenamento anterior, conforme lição já posta neste estudo, os fundos sociais de uma sociedade em conta de participação, nos termos dos artigos 327 e 328 do Código Comercial, não pertenciam à sociedade, porquanto, ou eram transferidos pelos sócios participantes ao gerente, em cujo patrimônio particular se integravam, ou eram

---

<sup>330</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 423.

<sup>331</sup> PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. Sociedade em cota de participação. Sócio oculto. Imposto sobre a renda na fonte. *Suplemento Tributário LTr*, São Paulo, v. 14, p. 83, 1983.

simplesmente confiados por aquele a este para os fins da sociedade, conservando, porém, cada sócio a sua propriedade sobre os bens conferidos.<sup>332</sup>

Excepcionava-se, mesmo na vigência do direito anterior, a postura de alguns, para os quais, todavia, com base na exegese dos referidos dispositivos do Código Comercial, a transferência da propriedade dos fundos sociais ao sócio ostensivo era elemento essencial para a qualificação jurídica desse tipo societário, de modo que, se essa transferência não se efetivasse, o ajuste não mais seria considerado como sociedade em conta de participação.<sup>333</sup>

De todo modo, entretanto, era assente o entendimento de que, sob o prisma jurídico, os fundos sociais, na estrutura dessa espécie de sociedade, não se confundiam com o capital dos demais tipos societários, onde o titular de sua propriedade é o sócio que trouxe sua colaboração, e não um terceiro, no caso, o sócio ostensivo.

Com base nesses argumentos e com fundamento na premissa de que a sociedade em conta de participação não tem personalidade jurídica, tem-se normalmente extraído, em tese e na doutrina, para efeitos fiscais e de tributação, a conclusão de que não está ela sujeita ao pagamento do imposto de renda sobre o lucro de pessoa jurídica<sup>334</sup>. Assinala firmemente essa posição, por exemplo, José Luís Bulhões Pedreira, com a corroboração de numerosas decisões administrativas.<sup>335</sup>

Para essa corrente, que conta com a corroboração das vigas mestras do Código Civil de 2002, agora mais explícitas, apenas o sócio ostensivo – que exerce a atividade constitutiva do objeto social unicamente em nome próprio e por sua exclusiva responsabilidade (CC, art. 991), de modo que o contrato social só produz efeito entre os sócios (CC, art. 993) – estaria sujeito à tributação normal, quer como pessoa física, quer como pessoa jurídica, sobre os lucros auferidos do empreendimento para o qual se constituiu a sociedade em conta de participação.

---

<sup>332</sup> BORGES, João Eunápio, *Curso de direito comercial terrestre*, cit., p. 329.

<sup>333</sup> RTJ – 106/651.

<sup>334</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, *A virtuosidade da sociedade em conta de participação*, cit., p. 14.

<sup>335</sup> *Ibidem*, mesma página.

Em realidade, por existir a sociedade em conta de participação apenas entre os sócios, seus atos e sua escrituração contábil se deram totalmente em nome e sob integral responsabilidade do sócio ostensivo. Nada mais normal, portanto, que, após regular escrituração, venha ele a pagar os impostos devidos em seu próprio nome e que, em seguida, proceda à partilha dos lucros. Em tal hipótese, duas conclusões podem ser extraídas quanto ao sócio participante: I) se pessoa física, deve incluir os lucros provenientes da conta de particular nos rendimentos; II) se pessoa jurídica, inclui os lucros recebidos do sócio ostensivo nos seus próprios lucros sujeitos à tributação.

Em corroboração, é de se ver que o Código Civil de 2002, de modo taxativo, inseriu a sociedade em conta de participação no rol das sociedades não personificadas, de onde se extrai a noção de que ela não adquire personalidade jurídica nem mesmo após o início das operações. Além disso, ela não é registrada em órgão algum ou serventia, nem Junta Comercial, nem Cartório. E mesmo que venha a obter registro, ainda assim não adquirirá personalidade jurídica (CC, art. 993).

Ante esse quadro, parece cristalino o entendimento doutrinário de que a taxativa posição da sociedade em conta de participação no Código Civil de 2002 retira em definitivo da norma tributária a legitimidade para exigir a apuração dos resultados desse tipo de sociedade em separado daqueles obtidos por seus sócio ostensivos, como deflui de uma atenta leitura das disposições da nova legislação civil.

Veja-se, assim, que, num primeiro momento, a seção da sociedade em conta de participação é encartada pelo Código Civil de 2002 no subtítulo que trata das sociedades não personificadas. Dessa taxativa ausência de atribuição de personalidade, que, em princípio, há de valer para todos os efeitos, nasce a conclusão de que não faz sentido exigir que uma sociedade assim tenha registro próprio perante a Receita Federal, nem que se filie ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

Em segundo aspecto, o artigo 991 não apenas traz o taxativo modo de atuar dessa espécie de sociedade, em que o sócio ostensivo exerce a atividade em seu exclusivo nome e responsabilidade. Vai mais além e, no parágrafo único, aprofunda a determinação, para fixar: “Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo”. Ou seja, o Código não faz restrição alguma a essa determinação, nem qualifica quais são tais terceiros, nem excepciona

desse rol quem quer que seja. Assim, se atua em seu próprio nome perante terceiros – dentre os quais o Fisco – não há como obrigar que tal sócio ostensivo apure os resultados tributáveis da sociedade em conta de participação separadamente daqueles por ele obtidos no mesmo período.

Além disso, sendo a sociedade em conta de participação, por conceito e natureza, uma sociedade que não existe perante terceiros, mas cujo contrato produz efeito apenas entre os sócios (CC, art. 993), verdadeiramente não há respaldo jurídico para a posição do Fisco, ao impedir que não se compensem os resultados positivos da sociedade em conta de participação com eventuais prejuízos fiscais do sócio ostensivo, ou vice-versa. Fixe-se aqui o princípio de que, por expressa dicção do artigo 993 do Código Civil, o contrato social somente produz efeito entre os sócios, de modo que, inversamente, não produz efeitos perante terceiros, em cujo rol se posta o Fisco.

E ainda: mesmo que, por perícia contábil, se possa individualizar o patrimônio de uma sociedade em conta de participação, determina o Código que essa especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (art. 994, § 1º), de modo que nenhum terceiro, nem mesmo o Fisco, pode pretender privilégio nesse campo, separando acervos patrimoniais para fins de exação.

Em síntese: o Código Civil de 2002 operou inovação de vulto na regulamentação da sociedade em conta de participação, como instituto de direito privado, ao classificá-la, de modo expresso, como sociedade destituída de personalidade jurídica e, como tal, definindo-lhe a essência, o funcionamento e a capacidade de obrigar-se perante terceiros, dentre os quais o Fisco, determinando, sem privilégios nem exceções, que seu único operador e responsável é o sócio ostensivo, que exerce a atividade constitutiva do objeto social em nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade.

Não há esperança alguma, todavia, de que, doravante, com a vigência do Código Civil de 2002, a exegese da lei, o entendimento fazendário e mesmo a jurisprudência de nossas cortes venham a confluir para respaldar essa conclusão.

### 20.3 Evolução legislativa

Em análise histórica que, para evitar maiores delongas, começa na segunda metade do século passado, nota-se, como primeiro diploma legal de interesse, o Decreto n. 40.702, de 31.12.56, que então aprovou o regulamento para a cobrança e fiscalização do imposto de renda, cujo artigo 12, “a”, mandava classificar na cédula H os rendimentos de todas as ocupações lucrativas não incluídas nas demais cédulas e, mais especificamente, os advindos de sociedade em conta de participação. Da exegese conjunta dos artigos 8º e 10, “a”, desse diploma, podia-se inferir que, para efeitos de imposto de renda, a sociedade em conta de participação não era tida como pessoa jurídica, pois, no sistema brasileiro, os rendimentos recebidos desta, livres de tributo cedular, se computavam na cédula F.

Posteriormente, a tributação dos rendimentos advindos dessas sociedades pelo imposto de renda passou a ser feita na forma esclarecida pelo *Parecer Normativo CST n. 345/71*, cuja ementa assim era redigida: “O imposto de renda incide, nas sociedades em conta de participação, sobre a parte da receita que tocar a cada sócio, devendo o sócio ostensivo contabilizar, em separado dos lançamentos de sua atividade normal, todas as operações e resultados do empreendimento comum, e efetuar a divisão do que couber a cada participante. Após a divisão, os resultados serão incorporados ao lucro operacional de cada um”. Como se vê, o controle e a fiscalização do imposto se fazia por intermédio do sócio ostensivo, e a cobrança do imposto sobre o lucro operacional era feita de modo específico.

Em 1980, os lucros distribuídos pela sociedade em conta de participação eram tributados na fonte, nos termos da legislação aplicável aos lucros, dividendos e outros interesses distribuídos pelas demais pessoas jurídicas (art. 544 do RIR/80 e legislação posterior).

Em seqüência, sem maiores alterações estruturais, o Decreto-Lei n. 1.979, de 22.12.1982, artigo 2º, determinava: “Ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 15%, como antecipação do devido na declaração de rendimentos, os lucros atribuídos ao sócio oculto de sociedade em conta de participação”.

Em 1986, todavia, deu-se a grande alteração legislativa, em verdadeiro divisor de águas para a questão, porquanto o Decreto-Lei n. 2.303, de 21.11.1986, em seu artigo 7º, passou a equiparar as sociedades em conta de participação, para os efeitos da legislação do imposto de renda, às pessoas jurídicas, de modo que deveriam observar-se as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas na apuração dos resultados e na tributação dos lucros apurados (art. 7º, parágrafo único).

Desse novo regime fiscal, diversas conseqüências advieram, como a possível tributação da totalidade do lucro na declaração do sócio ostensivo, mediante apresentação de declaração em separado. Por outro lado, a distribuição do lucro para o sócio oculto teria a incidência do imposto de renda na fonte, à alíquota de 23% ou 25%, conforme se tratasse de pessoa jurídica ou de pessoa física, em vez da alíquota de 15% fixada pelo artigo 2º do Decreto-Lei n. 1.979/82. Esse imposto deixaria de ser compensável na declaração do sócio oculto, quando pessoa jurídica, porque o lucro seria excluído na determinação do lucro real. Tratando-se de sócio oculto pessoa física, o lucro distribuído seria tributado na cédula “F” da declaração de rendimentos, com direito à opção de compensar o imposto retido, ou considerar o rendimento tributado exclusivamente na fonte.<sup>336</sup>

O referido Decreto-Lei n. 2.308/86 foi regulamentado pela Instrução Normativa n. 49, de 15.04.1987, editada pelo Secretário da Receita Federal. Previu-se, então, que a sociedade em conta de participação deveria apurar os resultados de suas atividades em cada período-base, observados os artigos 16 e 27 da Lei n. 7.450, de 23.12.1985, e demais regras fiscais aplicáveis às pessoas jurídicas. O sócio ostensivo seria o responsável pela apuração dos resultados, no encerramento de cada período-base, observado o regime de competência, a apresentação da declaração de rendimentos e o recolhimento do imposto devido.

Além disso, a sociedade em conta de participação deveria ter inscrição própria no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda (CGC-MF). Para efeito dessa inscrição, deveria ser apresentado o contrato de constituição da sociedade, que seria identificado pelo nome do sócio ostensivo, acrescido da sigla sociedade em conta de participação e do nome do empreendimento objeto da sociedade, o que vale dizer que o sócio

---

<sup>336</sup> Cf. *Boletim Plantão Fiscal*, 2ª quinzena de novembro de 1986, p. 370.

ostensivo teria duas ou mais inscrições no mencionado cadastro, conforme participasse, nessa qualidade, de uma ou mais sociedades.

A escrituração da sociedade em conta de participação, por seu lado, deveria ser feita em livros próprios, registrados nos órgãos da Secretaria da Receita Federal de jurisdição do sócio ostensivo, neles devendo ser contabilizadas todas as suas operações, inclusive com a transcrição das demonstrações financeiras ao final de cada período-base. Em todos os documentos relacionados às atividades da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deveria apor indicação, de modo a identificar sua vinculação com as operações da sociedade.

Cuidados deveriam ser tomados para evitar a confusão dos resultados da sociedade em conta de participação com os de seus sócios, exceto quanto aos lucros distribuídos, já que estes sofreriam a tributação na fonte, nos termos da legislação aplicável aos lucros, dividendos e outros interesses distribuídos pelas pessoas jurídicas.

Os valores entregues ou aplicados na sociedade em conta de participação pelos sócios pessoas jurídicas deveriam ser por eles classificados em conta do “ativo permanente”, como investimentos, ficando sujeitos aos critérios de avaliação previstos na legislação comercial e na fiscal. Tais valores constituiriam o capital da sociedade em conta de participação e deveriam ser classificados no “patrimônio líquido”.

O regime fiscal assim instaurado não durou muito, porquanto, em 20.12.87, foi editada a Instrução Normativa n. 179 (publicada no DOU de 21.12.87, p. 23.056/23.057), a qual, sem alterar as pilastras de alteração anteriormente referidas, estabeleceu novas normas de tributação das sociedades em conta de participação e revogou expressamente o regime legal anterior.

Pelo novo regime, atribuiu-se ao sócio ostensivo a responsabilidade de apurar os resultados, apresentar a declaração de rendimentos e recolher o imposto devido pela sociedade em conta de participação, cujo lucro real seria informado e tributado na mesma declaração de rendimentos do sócio ostensivo.



Além disso, a escrituração das operações da mencionada sociedade poderia, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros da referida sociedade. Se utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deveriam evidenciar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação.

Os resultados e o lucro real correspondentes à referida sociedade deveriam ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que se fizesse a escrituração nos mesmos livros.

Ora, a equiparação da conta de participação às demais pessoas jurídicas, para efeitos de legislação do imposto de renda, não recebeu o bafejo de bons ventos nem a melhor orientação jurídica<sup>337</sup>. Se o objetivo era evitar a evasão fiscal, despicienda era a medida, pois bastava alterar a legislação que disciplinava a matéria, para fazer recair a tributação sobre o resultado integral apurado na declaração do sócio ostensivo. Com isso se evitariam transtornos e dificuldades para a sociedade, sobretudo quando de vida efêmera, quando idealizada com o escopo de realizar um ou alguns negócios em comum, que se concluía em breve lapso temporal.

Em realidade, a pretexto de exercer sua competência legislativa com base no artigo 55, II, da Constituição Federal então vigente, não atentou o legislador ao fato de que, ao equiparar a sociedade em conta de participação à pessoa jurídica, para efeito de legislação de imposto de renda, o que fez, em realidade, foi invadir seara alheia, pois toda a disciplina regulamentadora subsequente ingressou no campo do direito privado, mais especificamente, no que então era domínio do direito comercial. Em última análise, se a peculiaridade dessa espécie de sociedade reside exatamente no aspecto de não ter personalidade jurídica, não possuindo firma ou denominação social, sua essência reduz-se ao contrato entre duas ou mais pessoas, que se obrigam a explorar certa atividade em exato acordo com as disposições clausulares aceitas entre os sócios. E, como consequência dessa peculiaridade essencial, a figura do sócio ostensivo ocupa toda a moldura do quadro societário, de modo que as relações negociais somente por ele são efetivadas, e as responsabilidades são exclusivamente por ele assumidas.

---

<sup>337</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 59-60.

Além disso, a despeito de não ter personalidade jurídica, a sociedade em conta de participação é sociedade regular perante o ordenamento jurídico brasileiro, e as regras de seu funcionamento e as normas para sua atuação são muito claras e específicas, postas uma a uma como dispositivos de lei pelo legislador civil. Assim, o que se fez, no campo da legislação fiscal, nesse passo, foi desnaturá-la, em afronta ao ordenamento em vigor, pois, contrariamente a sua natureza (de ausência de personalidade jurídica) e a suas características (de sociedade oculta, existente apenas entre os sócios), exigiu-se que ela se exteriorizasse mediante certo registro e, em última análise, atuasse como se provida fosse de personalidade jurídica.

Ora, a exigência de “apresentação do contrato de constituição da sociedade”, constante do item 3 da Instrução Normativa n. 49/87, e a própria inscrição obrigatória da sociedade em conta de participação no Cadastro Geral de Contribuintes contrariavam frontalmente o estatuído pelo artigo 325 do Código Comercial, então vigente: “esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação de outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais”. E contraria, ainda hoje, o disposto no artigo 992 do Código Civil de 2002, de dicção similar. Em termos de análise estrutural, quanto à gênese das normas em nosso ordenamento, é estranho que uma regra estritamente administrativa venha a criar obrigação típica de direito comercial, isto é, venha a ferir a formalização de um contrato.

Mas não é só: a mesma instrução normativa, no item 1, determinava que, na apuração de seus resultados, as sociedades em conta de participação, além de outras regras, atendessem às normas fiscais aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, tributadas pelo imposto de renda, criando, assim, nova categoria de contribuinte. De conformidade com o disposto nos artigos 95 e 96 do RIR/80, eram contribuintes do imposto de renda as pessoas jurídicas (art. 95, I), e, por seu turno, consideravam-se tais (art. 96, I), as “pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no país, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital”, conceito esse que remetia a análise ao artigo 16 do Código Civil de 1916 (atual art. 44). Entre as sociedades regidas pelo artigo 96, I, do RIR/80, porém, não se encartava a sociedade em conta de participação, que não possui firma social, e em cujo regime o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros.

De há muito, perante a legislação tributária, fixou-se a idéia de que a sociedade em conta de participação “não cria contribuinte do imposto distinto dos sócios”, pois “a lei não lhe atribui personalidade jurídica, tendo em vista suas características de sociedade eventual, acidental ou transitória, sem firma social”. Bem por isso, “porque é contrato de sociedade sem personalidade jurídica, não está sujeita ao imposto de renda sobre o lucro de pessoa jurídica”. Em outras palavras: na conta de participação, “o sócio oculto e o ostensivo conservam suas individualidades, sem constituírem nova pessoa jurídica, e são tributados apenas como contribuintes distintos”.<sup>338</sup>

Assim, a posição da referida instrução normativa, na esteira do próprio decreto que a antecedeu, postou-se em flagrante contrariedade com o ordenamento jurídico (primeiramente o Código Comercial, e, ainda agora, o Código Civil), no tocante, mais uma vez, à característica dessa espécie de sociedade, cuja peculiaridade marcante é a ausência de personalidade jurídica. Em razão de sua singularidade em relação às demais espécies societárias, a prestação ou ajuste de contas é a forma por cujo intermédio os sócios (ostensivo e participantes) apuram os resultados positivos ou negativos dos negócios ajustados. Se apurado lucro, cabe ao sócio ostensivo, como pessoa jurídica, efetuar a retenção na fonte do imposto de renda, não importando seja seu beneficiário pessoa física ou jurídica. Ou seja: a sociedade em conta de participação não tem interferência alguma, não paga rendimento a quem quer que seja e não distribui lucros, pois toda a administração dos fundos sociais é de inteira responsabilidade do sócio ostensivo, que se submete à disciplina do recolhimento do imposto na fonte.

E, para resumir a evolução histórica da questão tributária como um todo, é de se dizer que, até o ano de 1986, a sociedade em conta de participação não era considerada contribuinte para fins de apuração dos lucros tributáveis pelo IRPJ. Em dezembro daquele ano, contudo, o Decreto-Lei n. 2.303/86 passou a dispor de modo diverso.

E, em seqüência ao referido decreto-lei, os Regulamentos do Imposto de Renda que se seguiram, passaram a exigir reiteradamente da sociedade em conta de participação: a) que tenha registro próprio junto à Secretaria da Receita Federal (CNPJ); b) que apure seus

---

<sup>338</sup> MORAES, Francisco Chagas de, A equiparação da sociedade em conta de participação à pessoa jurídica., cit., p. 363-364.

resultados tributáveis separadamente daqueles obtidos no mesmo período pelo sócio ostensivo; c) que não compense seus resultados positivos com eventuais prejuízos fiscais do sócio ostensivo ou vice-versa, nem com os de outra sociedade em conta de participação.

## 20.4 Debate importante

Mesmo a jurisprudência mais recente tem firmado, sem sombra de dúvidas, que, “até o advento do Decreto-Lei 2.303, de 1986, a sociedade em conta de participação não era equiparada, para fins tributários, à pessoa jurídica”, motivo por que, se se discute tributo anterior à referida data, “a sociedade em conta de participação não possuía capacidade tributária passiva”.<sup>339</sup>

Assim, a atribuição de personalidade jurídica à sociedade em conta de participação para fins tributários teve como fundamento legal primeiro o artigo 7º do Decreto-Lei n. 2.303, de 21.11.1986.

Como consequência direta dessa norma, a Secretaria da Receita Federal passou a exigir o registro das sociedades em conta de participação no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), como se pessoas jurídicas efetivamente fossem. Por consequência, conferiu a essa espécie de sociedade o atributo de sujeito passivo tributário, de modo que sua existência no mundo jurídico passou a independe da do seu sócio ostensivo para efeito de cálculo de tributos.

Daí por diante, cada Regulamento de Imposto de Renda passou a repetir os conceitos e a proclamar as exigências: a) as sociedades em conta de participação são equiparadas às demais pessoas jurídicas tributáveis; b) pode-se fazer a escrituração contábil das operações dessa sociedade na própria contabilidade do sócio ostensivo, ou, à opção deste, em livros próprios, mas os resultados da sociedade em conta de participação deverão ser demonstrados separadamente daqueles pertencentes ao sócio ostensivo; c) veda-se completamente a

---

<sup>339</sup> Cf. STJ – RE n. 193.690/PR, rel. Min. Franciulli Netto, j. 4.6.2002, *RSTJ* 164/192.

compensação de prejuízos e lucros entre a sociedade em conta de participação e seu sócio ostensivo e entre aquela e outra sociedade do mesmo gênero.

Ao exigir o Fisco que haja o registro da sociedade em conta de participação no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e ao conferir-lhe o atributo de sujeito passivo tributário, cuja existência no mundo jurídico independe da do seu sócio ostensivo para efeito de cálculo de tributos, a legislação tributária e a respectiva regulamentação aproveitavam-se, na vigência do Código Comercial de 1850, de uma falta de explicitação jurídica acerca da natureza dessa espécie societária, o que pode ser considerado um defeito da antiga norma de direito privado sobre a matéria. Ou seja: ante a inexistência de declaração expressa de que a sociedade em conta de participação não tinha personalidade jurídica, a legislação tributária trilhava o caminho mais lucrativo para os cofres públicos, sentido esse em que também se postavam as decisões dos órgãos administrativos de primeira e segunda instâncias.

De igual modo, a jurisprudência administrativa anterior ao Código Civil de 2002 prestigiava integralmente o Decreto-Lei n. 2.303/86.

Já a jurisprudência judiciária, em maioria, acatava a idéia da inexistência de personalidade da sociedade em conta de participação. Assim, em acórdão que relatou quando integrava o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Ministro Gilson Dipp reconheceu, de modo expresso, que “a sociedade em conta de participação não tem capacidade tributária passiva”<sup>340</sup>. Veja-se que não se limitou o julgado a reconhecer a ausência de personalidade jurídica da sociedade em conta de participação, mas, em decorrência da falta desse atributo, determinou-lhe a falta de capacidade tributária passiva.

Em um de seus julgados, todavia, o Superior Tribunal de Justiça, de modo equivocado, admitiu que, a contar da vigência do Decreto-Lei n. 2.303/86, a União Federal tinha competência para considerar a sociedade em conta de participação como detentora de

---

<sup>340</sup> TRF-4ª Região – AC n. 9104041917/PR, 1ª T., rel. Des. Gilson Dipp, DJU, 13.8.1997, p. 62.845.

capacidade tributária passiva, apenas não podendo fazê-lo antes do início da vigência da referida norma.<sup>341</sup>

Em maioria, porém, a jurisprudência de ambas as cortes, ao contrário da administrativa, tem aceitado o conceito de que a sociedade em conta de participação não detém personalidade jurídica, de modo que apenas seu sócio ostensivo adquire direitos e contrai obrigações em seu próprio nome. E somente um aresto isolado, anterior ao novo Código Civil, de modo equivocado, aceitou a possibilidade de reconhecimento de sua capacidade tributária passiva, mesmo na ausência de personalidade jurídica. Repita-se, contudo, que essa decisão é anterior à vigência da nova legislação civil.

## 20.5 O Código Civil de 2002 e o Decreto-Lei n. 2.303/86

Deve-se fixar, por premissa, que o conceito de sociedade em conta de participação advém das determinações do direito privado e não pode ser modificado nem marginalizado pela legislação fiscal.

Com essa premissa em mente, é de se ver que dispõe o artigo 121 do Código Tributário Nacional que o sujeito passivo da obrigação tributária é a *pessoa* obrigada ao pagamento do tributo. Ora, *pessoa* – assim a natural como a jurídica – é um conceito de direito civil, e, por determinação específica da legislação em vigor, a sociedade em conta de participação figura entre as sociedades desprovidas de personalidade jurídica, a qual até mesmo se encontra impedida de adquirir tal qualificação, não importando as circunstâncias, ainda que seu instrumento de constituição venha a ser inscrito em qualquer registro (CC, art. 993). Desse modo, não configurando pessoa nem física nem jurídica, falta-lhe um requisito essencial para transformar-se em sujeito passivo de obrigação tributária.

---

<sup>341</sup> Cf. STJ – RESP n. 193690/PR (1998/0080766-7), rel. Min. Franciulli Netto, j. 4.6.2002, DJU, de 7.10.2002, p. 210, *RSTJ* 164/192.

Além disso, se, na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo é quem realiza as operações, obtém o lucro, arca com o prejuízo e é o único com legitimidade para adquirir direitos e contrair obrigações, não há como negar ser ele a única pessoa (física ou jurídica) que poderá ser escolhida pela norma tributária como sujeito passivo das obrigações principais e acessórias.

Reitere-se que, em realidade, o Decreto-Lei n. 2.303/86, aproveitando-se da omissão do antigo Código Comercial quanto à personalidade jurídica dessa espécie societária, “equiparava” a sociedade em conta de participação às demais sociedades e lhe atribuía a condição de sujeito passivo da obrigação tributária. Essa equiparação, todavia, já não tinha suporte constitucional à luz do Código Comercial de 1850, porquanto, àquela época, a sociedade em conta de participação já não era registrada em nenhum órgão competente para adquirir personalidade jurídica. A inconstitucionalidade de tal equiparação patenteou-se ainda mais com o advento da nova codificação, por afrontar os princípios da tipicidade e da estrita legalidade, já que o Código Civil de 2002 estabeleceu novos conceitos para o referido instituto e deixou expresso que essa espécie societária não tem e não pode adquirir personalidade jurídica em circunstância alguma – nem mesmo se houver eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro (CC, art. 993) – de modo que opera e se obriga perante terceiros exclusivamente por intermédio de seu sócio ostensivo.

Em aspecto que às vezes pode passar despercebido aos doutrinadores, afigura-se cristalino que o Código Civil de 2002, na redação dos novos dispositivos, em realidade, passou a classificar, de modo expresso, a sociedade em conta de participação como sociedade não personificada e, com isso, revogou tacitamente o Decreto-Lei n. 2.303/86, conclusão essa que tem respaldo no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, no mínimo por incompatibilidade entre as disposições. Trata-se de conclusão que obedece à melhor exegese dos dispositivos de ambos os diplomas. Resta ver como vai portar-se doravante a jurisprudência de nossos tribunais, sobretudo os superiores, que podem fixar o definitivo modo de decidir.

## 20.6 Luta sem fim

O certo é que ainda continua, sem perspectiva de trégua ou fim, o embate entre o Fisco – com sua voracidade arrecadadora – e os conceitos jurídicos e pilastras de exegese que determinam o perfil e a natureza jurídica dessa sociedade.

Fruto dessa voracidade, ainda recentemente, entendeu o Fisco que a exploração de *flats* adquiridos por diversas pessoas ou entidades, desenvolvida nos empreendimentos administrados sob o regime de *pool* hoteleiro, caracteriza uma sociedade em conta de participação e como tal deve ser tributada separadamente em cada empreendimento. O *Ato Declaratório Interpretativo* (ADI) do Secretário da Receita Federal, de 14.04.04, entendeu exatamente desse modo, assentando que essa atividade do *pool* constitui uma sociedade em conta de participação, independentemente de qualquer formalidade. Fixou o Fisco o entendimento de que, nesse contexto, há objetivo de lucro comum, e nele a empresa hoteleira é a sócia ostensiva, enquanto os proprietários das unidades imobiliárias integrantes do *pool* são os sócios participantes.

## 20.7 Tributação dos lucros

Em que pese à fundamentação legal para todas essas conclusões favoráveis ao sócio ostensivo e à sociedade em conta de participação, o Fisco mantém na atualidade – e, ao que tudo indica, continuará mantendo, mesmo na vigência do Código Civil de 2002 – a posição anterior de considerar a sociedade em conta de participação uma sociedade “personificada”, ainda que somente para efeitos fiscais, de modo que o contribuinte que queira fazer valer seu direito, rol esse em que se inclui o de compensação, fatalmente deverá deduzir administrativamente sua pretensão e, na hipótese de provável indeferimento, deverá recorrer ao Poder Judiciário, onde, também não há garantia de que obterá sucesso.



Nessa esteira, segundo as *Instruções Normativas* da Secretaria da Receita Federal de ns. 179/87 e 31/01, na tributação da sociedade em conta de participação, serão observadas, dentre outras, as seguintes regras: a) compete ao sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração dos resultados, apresentação de declaração de rendimentos e recolhimento do imposto devido pela referida sociedade; b) o lucro real dessa sociedade será informado e tributado na mesma declaração de rendimentos do sócio; c) o recolhimento de tributos e contribuições devidos pela sociedade será efetuado em nome do sócio ostensivo; d) os lucros da sociedade em conta de participação não serão computados na determinação do lucro real dos sócios, pessoas jurídicas, das referidas sociedades; e) eventual opção da sociedade em conta de participação pelo regime de tributação com base no lucro presumido não implica a simultânea opção do sócio ostensivo, nem a opção efetuada por este implica a opção daquela.

## 21 O TÉRMINO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

### 21.1 Observação inicial

Constitui lei da vida a afirmação de que os entes vivos nascem, desenvolvem sua atividade vital e chegam a um fim. Com as sociedades, a situação não é diversa. Ainda que feitas para durar e mesmo que, quando de sua constituição, o intento seja de longa vida, tendendo à perpetuidade, pode ocorrer, em futuro próximo ou distante, por circunstâncias as mais diversas, desde uma natural obsolescência até um desastre administrativo ou gerencial, que ela chegue a seu término.

No que respeita à sociedade empresária, sua personalidade jurídica se finda com o que se pode denominar procedimento dissolutório, que pode ser judicial ou extrajudicial e compreende três fases: a dissolução propriamente dita, a liquidação e a partilha.

Numa dissolução social regular, instaura-se um procedimento específico, judicial ou extrajudicial, para pôr fim à sociedade, em que se distinguem três fases básicas: I) a *dissolução* propriamente dita, em que se apura a causa da dissolução; II) a *liquidação*, em que se apura o ativo e se paga o passivo, com a observação de que, em relação a esse último item, não pode a dissolução servir de pretexto para calote (CC, art. 1.001), além do que a dissolução e a liquidação da sociedade não figuram no rol das hipóteses de extinção de responsabilidade; III) a *partilha*, em que se destina a cada sócio eventual sobra, promovendo-se, adicionalmente, no caso das sociedades personalizadas, o arquivamento no registro empresarial. Comparando com a pessoa natural, equivale a sepultar regularmente o cadáver, averbar o óbito ao registro de nascimento e proceder ao regular inventário e partilha.

Diz-se, todavia, irregular a dissolução social, quando a sociedade simplesmente fecha as portas, pára de atuar, paralisa as atividades sem a devida formalização, sem baixa alguma no registro empresarial, e então se dá o que alguns autores denominam golpe da praça<sup>342</sup>. Em

---

<sup>342</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 175.

comparação com a pessoa natural, equivale a deixar um cadáver insepulto, sem certidão de óbito e sem inventário.

Ora, se na dissolução regular não pode remanescer débito não pago, não há motivo para não se conferir igual tratamento à dissolução irregular, sob pena de se conferir maior vantagem ao descumprimento da lei do que a seu cumprimento.

E, a essa altura, aspecto importante precisa ser aclarado. Muito embora, por definição legal, seja uma sociedade não personificada, a conta de participação não é, contudo, uma sociedade clandestina, escusa ou que se erige à margem da lei. Embora seu contrato valha apenas entre os sócios, e o sócio ostensivo, por determinação legal, exerça a atividade social em nome próprio e sob sua responsabilidade, todos esses caracteres e atributos emanam do próprio ordenamento, o qual lhe confere possibilidade para constituir-se como sociedade com essas qualidades e posturas. Bem por isso, sobre ela incidem, quando sua natureza permitir, os princípios de uma normal dissolução, que também pode ser regular ou irregular na conta de participação.

## **21.2 Dissolução da sociedade**

Em norma destinada, em princípio, à sociedade simples, o Código Civil discrimina os casos em que se dissolve extrajudicialmente uma sociedade: a) pelo vencimento do prazo de sua duração (CC, art. 1.033, inc. I); b) pelo consenso unânime dos sócios (CC, art. 1.033, inc. II); c) por deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade por prazo indeterminado (CC, art. 1.033, inc. III); d) pela falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias (CC, art. 1.033, inc. IV); e) por cassação de autorização para seu funcionamento, em virtude de lei (CC, art. 1.033, inc. V); f) por outras causas de dissolução previstas em contrato, a serem verificadas judicialmente, quando contestadas (CC, art. 1.035).

A par das causas de dissolução extrajudicial da sociedade, o artigo 1.034 determina que a sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios: a) quando anulada a sua constituição (inc. I); b) quando exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade (inc. II).

Oportuno é salientar, como de importância para este estudo, que, no que concerne às causas de sua ocorrência, a sociedade em conta de participação também se dissolve pelos mesmos motivos de dissolução das demais sociedades, uma vez que, embora em princípio destinados à sociedade simples, os dispositivos alinhados se aplicam subsidiariamente à conta de participação por determinação expressa da lei (CC, art. 996).

Como é lição assente que a liquidação dessa modalidade societária se dá por via da prestação de contas, alguns acabam tendo dificuldades para definir se há possibilidade de sua dissolução. Fixe-se, todavia, que a dissolução existe como momento e como fase, não importando o modo como há de viabilizar-se. E tal dissolução, em não havendo consenso entre os sócios, pode ocorrer até mesmo por via judicial<sup>343</sup>, caso em que poderá ser total, ou mesmo parcial, e, nesse último caso, para a exclusão do sócio oculto, já que o sócio ostensivo responde com seu patrimônio individual pelo empreendimento.<sup>344</sup>

A jurisprudência, aliás, já teve oportunidade de assentar não ser juridicamente inviável que os sócios de sociedade em conta de participação busquem o Judiciário para dissolução da entidade. E se decidiu que, “se podem fazê-lo mais discretamente, através de simples pedido de prestação de contas, nada obsta a que também o façam mediante ação dita de dissolução”.<sup>345</sup>

Acrescente-se, apenas, que ao mesmo tempo em que declara a dissolução social, uma sentença num feito dessa natureza deve determinar que a liquidação posterior se faça mediante prestação de contas, por intermédio da prevalente iniciativa dos sócio ostensivo<sup>346</sup>. E isso porque “a dissolução de sociedade em conta de participação não é seguida de

---

<sup>343</sup> Cf. *RT*, 573/104.

<sup>344</sup> Cf. *JTJ*, 177/161.

<sup>345</sup> Cf. *RT*, 573/104.

<sup>346</sup> Cf. *RT*, 573/104.

liquidação e partilha”, mas “as relações entre os sócios se liquidam por ajuste de contas ou prejuízos de negócios empreendidos”.<sup>347</sup>

### 21.3 Prestação de contas

Em uma sociedade, a regra geral é que, ocorrida a dissolução, providencia-se, de imediato, a investidura do liquidante (CC, art. 1.036), o qual, se não estiver designado em contrato social, será eleito por deliberação dos sócios, podendo a escolha recair em pessoa estranha à sociedade (CC, art. 1.038). Para eventual hipótese de não haver acordo entre os sócios para essa etapa, uma vez dissolvida de pleno direito a sociedade, pode o sócio requerer, desde logo, a liquidação judicial (CC, art. 1.036, parágrafo único).

De modo específico para a conta de participação, lecionava Carvalho de Mendonça, na vigência do Código Comercial de 1850, que, nessa espécie de sociedade, não havia dissolução da sociedade com subsequente partilha, como nas outras sociedades, mas tal se dava mediante mera prestação de contas<sup>348</sup>. E isso assim ocorria, “porque, desdobrando-se o seu funcionamento em atos praticados pelo sócio ostensivo, que os deverá lançar, regularmente, em sua contabilidade, praticado o último ato e lançado, mais não haverá do que apuração do saldo e a verificação dos lucros ou das parcelas”. Em síntese: “Não cabe a liquidação judicial, processo esse incompatível com tal espécie de sociedade.”<sup>349</sup>

E, assim na doutrina estrangeira como na pátria, era pacífica essa posição de que a liquidação da conta de participação se resumia a uma simples prestação de contas, amigável ou judicial, dela partilhando Waldemar Ferreira, Pontes de Miranda, Mauro Brandão Lopes e Vivante, Marghieri, Houpin et Boisvieux, Escarra, Moliérac e De Frederick, entre outros<sup>350</sup>. Nesse sentido também era expresso o Código Civil italiano, em seu artigo 2.552, 3ª alínea, e não havia discrepância em nosso meio a esse respeito.<sup>351</sup>

---

<sup>347</sup> Cf. *RT*, 342/205.

<sup>348</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, n. 1.441, p. 237.

<sup>349</sup> FERREIRA, Waldemar, *Tratado de direito comercial*, cit., v. 3, n. 594, p. 547.

<sup>350</sup> MÉLEGA, Luiz, *As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda*, cit., p. 56.

<sup>351</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, *A virtuosidade da sociedade em conta de participação*, cit., p. 8.

No que concerne à conta de participação, há, entre nós, disposição expressa e inovadora, erigida no artigo 996 do Código Civil: “sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”. A doutrina posterior ao Código Civil de 2002 tem acatado a determinação sem discussões maiores nem outros comentários<sup>352</sup>. Fala-se em liquidação por meio de prestação de contas, porquanto os negócios realizados pelo sócio ostensivo são negócios apenas dele. Somente ele, assim, é o competente para liquidá-los, bem como para prestar contas aos demais sócios dos resultados sociais obtidos ou dos prejuízos verificados. E, assim, não há, por consequência, liquidantes, pois não há gerentes sociais.

Nessa prestação de contas, o liquidante divide o lucro, o patrimônio, as despesas e os prejuízos entre os sócios, na proporção de suas respectivas partes e responsabilidades dentro do quadro societário. As normas procedimentais para a prestação de contas na esfera judicial inserem-se nos artigos 914/919 do Código de Processo Civil.

O sócio oculto da conta de participação, que não se incumbe dos negócios, mas, quando muito, os fiscaliza, que não administra a sociedade, mas apenas partilha de seus resultados, tem o natural direito de se ver aclarado acerca da real situação da sociedade *ad intra* de que participa<sup>353</sup>. A ele, por via de regra, cabe exigir as contas daquele que administra a sociedade<sup>354</sup>, sendo ele, desse modo, quem normalmente detém legitimidade ativa para tal medida.<sup>355</sup>

E o dever de prestar contas incumbe ao sócio ostensivo, que é quem exerce a atividade constitutiva do objeto social unicamente em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade (CC, art. 991). Ele é quem tem a incumbência de prestar tais contas e quem se acha legitimado a compor o pólo passivo em eventual pedido judicial de prestação de contas aforado pelo sócio participante. Na hipótese de ser o sócio ostensivo uma pessoa jurídica, esta se acha obrigada a prestar as mencionadas contas.<sup>356</sup>

---

<sup>352</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 422.

<sup>353</sup> Cf. *JTJ*, 272/141.

<sup>354</sup> Cf. *RT*, 684/147.

<sup>355</sup> Cf. *JTJ*, 208/141.

<sup>356</sup> Cf. STJ, 3ª Turma, REsp 23502/SP, j. 13.09.93, DJ 27.09.93, p. 19.819, rel. Min. Eduardo Ribeiro.

A prestação de contas, todavia, deve ser vista sob dois prismas: similarmente ao que se dá na consignatória, em que o devedor não apenas tem o dever de pagar o débito, mas também o direito de se exonerar da dívida e de suas conseqüências, na prestação de contas, ao mesmo tempo em que ao sócio ostensivo incumbe o dever de prestá-las, também lhe assiste o direito de se exonerar desse dever. Com essa observação, muito embora normalmente se ressalte, na figura do sócio participante, o direito de exigir as contas, também não se pode olvidar sua obrigação de recebê-las. Por isso, na hipótese de negativa do sócio participante em recebê-las, pode o sócio ostensivo ir a juízo para desincumbir-se dessa tarefa. Vale dizer: se, nos casos normais, a legitimação ativa para a prestação de contas é do sócio participante, enquanto a legitimação passiva para a demanda judicial é do sócio ostensivo, nada impede que, excepcionalmente, essas posições se invertam.

Para a prestação de contas do sócio ostensivo, trata-se de dever que deve ser observado em três aspectos: I) existe em qualquer tempo, independentemente dos termos do ajuste e do próprio término, ou não do prazo estabelecido para a sociedade; II) diz respeito, principalmente, aos recursos que foram colocados à disposição do sócio ostensivo; III) não se condiciona a prestação de contas à existência de saldo, que pode favorecer qualquer dos litigantes.<sup>357</sup>

Além disso, reveste-se essa obrigação da maior amplitude. Não a satisfaz, por exemplo, a mera permissão concedida pelo sócio ostensivo para que o sócio participante examine a contabilidade ou balanço; é indispensável que haja exposição pormenorizada das parcelas componentes do débito e do crédito, de forma a permitir a apuração do saldo credor, acaso existente”.<sup>358</sup>

Num outro aspecto, é certo que o artigo 996 do Código Civil, ao tratar da liquidação da conta de participação, determina que ela há de dar-se “pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”. E, por conta da determinação desse dispositivo, alguns querem concluir que, em qualquer hipótese, a dissolução, a liquidação e a extinção da sociedade em conta de participação só poderá ocorrer mediante processo judicial.

---

<sup>357</sup> Cf. *RT*, 684/147.

<sup>358</sup> Cf. *JTJ*, 212/139.

Ora, assim como pode ser extrajudicial a prestação de contas de outra espécie societária (e o mesmo se dá com qualquer outra modalidade de prestação de contas), desde que os sócios e interessados estejam acordes em seu procedimento e em seu resultado, não há motivo para se pensar diferentemente no que concerne à conta de participação. Num sentido bem abrangente, não haveria razão em judicializar procedimentos desnecessários, e afrontaria o bom-senso pensar que, mesmo em se avindo os sócios de uma conta de participação quanto aos resultados trazidos pelo sócio ostensivo, fosse de mister uma prestação judicial de contas, a pretexto de que tal adviria de determinação judicial específica.

Em continuação, em outra inovação da novel codificação civil, o artigo 996, parágrafo único, determina: “Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo”. Partindo da premissa representada por essa disposição da lei, conclui-se que, para a hipótese de necessidade de ajuizar ação em meio à pluralidade de sócios ostensivos, todos eles serão litisconsortes na demanda de prestação de contas que se há de aforar para a liquidação da sociedade, segundo as normas do processo civil.<sup>359</sup>

Observe-se que essa determinação da lei por último mencionada não é despida de relevo ou de possibilidade de ocorrência na prática. Em caso já explorado em outros aspectos neste estudo, viu-se que, nos anos trintas do século XX, para enfrentar a crise e a concorrência nas vendas, diversos torrefadores de café estudaram a possibilidade de um acordo tendente a estabelecer uma tabela comum de vendas, que vigorasse, temporária e obrigatoriamente, entre eles, lutando, assim, contra a concorrência excessiva e o aviltamento dos preços. Na estrita observância do contrato, cada qual deles continuaria à testa de sua indústria e, semestralmente, haveriam de fazer um balanço de suas operações e prestariam contas recíprocas, para a divisão dos lucros ou prejuízos, na proporção estabelecida na minuta. Ou seja: pelo contrato, agiriam os contratantes singularmente perante os terceiros, e nesse relacionamento assumiriam responsabilidade exclusiva; ao depois, prestar-se-iam contas recíprocas ao fim de cada semestre<sup>360</sup>. Se houvesse um caso similar na atualidade, com pluralidade de sócios ostensivos, em caso de eventual necessidade de ajuizamento de ação de

---

<sup>359</sup> Cf. REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, 25. ed., 2003, cit., v. 1, p. 422.

<sup>360</sup> BABO, J. Sandoval. A sociedade em conta de participação. Seus característicos. Quebra de um dos sócios, cit., p. 153.



prestação de contas, haveria de incidir em plenitude o disposto no artigo 996, parágrafo único, do Código Civil.

Por fim, indagando se, no caso de morte do sócio ostensivo, pode o sócio participante ser o liquidante dos negócios sociais e fazer a subsequente partilha, Carvalho de Mendonça invoca lição de Teixeira de Freitas e responde pela negativa, sem prejuízo de alguma disposição testamentária em contrário.<sup>361</sup>

#### 21.4 Apuração de haveres na conta de participação

É de consenso que a conta de participação normalmente se liquida por prestação de contas. Não se discute essa possibilidade. Todavia, embora virtual e *sui generis*, ela não deixa de ser verdadeira sociedade. E, como em toda e qualquer sociedade, pode muito bem ocorrer que, por exemplo, em se tratando de sociedade por prazo indeterminado, venha a ocorrer a supressão da *affectio societatis* por parte do sócio participante, que não quer o fim da sociedade entre o sócio ostensivo e os demais sócios participantes, mas apenas quer retirar-se do grupo com seus haveres. Se, numa situação como a retratada, contudo, vê ele esse intento barrado pela vontade dos demais, nada impede que, em vez de simples prestação de contas, ajuíze ele demanda em que vise à dissolução e à apuração de haveres.<sup>362</sup>

Numa situação como essa, ao sócio oculto assiste até mesmo o aforamento de medida cautelar preparatória, na busca e apreensão de documentos comuns, aos quais não teve acesso. Essa busca, entretanto, há de limitar-se à exibição do livro diário, do razão e dos balancetes contábeis, vale dizer, dos documentos que digam respeito à participação do requerente da medida no negócio<sup>363</sup>, e não a outros, como, por exemplo, aqueles que digam respeito unicamente às operações da empresa do sócio ostensivo, não integrada pelo sócio participante.

---

<sup>361</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, n. 1.441, p. 237.

<sup>362</sup> Cf. TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 71.485-4, j. 25.03.99, rel. Des. Munhoz Soares.

<sup>363</sup> Cf. RT, 768/221.

## 21.5 Falência da conta de participação

Mais uma vez, é preciso partir de cinco premissas, para que se possa chegar a uma adequada conclusão: I) a sociedade em conta de participação, embora efetiva sociedade, tipifica um ente despersonalizado; II) nela, o contrato social produz efeito apenas entre os sócios (CC, art. 993); III) nessa modalidade societária, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais apenas nos resultados correspondentes (CC, art. 991); IV) assim, obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo (CC, art. 991, parágrafo único); V) além disso, embora se refira a lei à existência de um patrimônio especial constituído pela contribuição dos sócios participantes (CC, art. 994, *caput*), essa especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º).

Ora, dessa inexistência de personalidade jurídica e, muito mais, da ausência de patrimônio próprio, decorre a impossibilidade de falência<sup>364</sup> da sociedade em conta de participação. Assim sustentam Carvalho de Mendonça, Spencer Vampré, Octávio Mendes e Bonelli, este a lembrar que “esta associação não é pessoa jurídica, nem ente coletivo patrimonial de modo algum, já que não existe patrimônio social”<sup>365</sup>. Esse entendimento é remansoso em nosso ordenamento, na esteira do direito comparado.<sup>366</sup>

Nesse ponto e para os efeitos específicos do aspecto aqui considerado, a conta de participação difere na base e na essência da sociedade em comum (antiga sociedade de fato), a outra das duas sociedades não personificadas previstas pelo Código Civil de 2002. Apesar de eventuais semelhanças e de pontos comuns, o que se dá é que, na conta de participação, a responsabilidade perante os terceiros é tão-somente do sócio ostensivo (CC, art. 991, parágrafo único), de modo que o sócio participante apenas responde solidariamente com o sócio ostensivo perante terceiros, e isso pelas obrigações em que intervier, se tomar parte nas

---

<sup>364</sup> Por não ser o alvo deste estudo, deixa-se de ingressar no mérito e na análise da recente Lei de Recuperação Judicial, que, nos aspectos fundamentais aqui comentados, não sofreu alteração. Também por facilidade de entendimento nesse alvorecer legislativo de ambos os diplomas, preferiu-se usar, ao longo do estudo, o nome *concordata*, embora o tratamento legislativo específico e a própria terminologia do legislador tenham sido modificados.

<sup>365</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 55-56.

<sup>366</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 8.

relações do sócio ostensivo com tais terceiros (CC, art. 993, parágrafo único). Já na sociedade irregular, ou de fato, hoje regradada pelo ordenamento sob o nome de sociedade em comum, e assim posta no rol das sociedades não personificadas (CC, art. 986 e seguintes), além do ônus de somente por escrito poderem os sócios provar a existência da sociedade entre si ou com terceiros (CC, art. 987), todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (CC, art. 990).

Por isso, é oportuno ressaltar que a prova da existência de uma sociedade em conta de participação é muito importante, sobretudo para não ser confundida com a sociedade irregular ou de fato. Avulta a necessidade dessa distinção na eventual hipótese de falência, porquanto, se vier a dar-se essa confusão, fundamentalmente diversa e onerosa podem vir a ser as conseqüências no que tange à responsabilidade dos sócios.

Por fim, exatamente pelos mesmos motivos por que não pode ser declarada falida – fundamentalmente, porque não detém personalidade jurídica nem patrimônio social – a sociedade em conta de participação também não pode invocar os favores decorrentes da concordata.<sup>367</sup>

## 21.6 Falência do sócio participante

Torne-se, ainda outra vez, às premissas: I) na conta de participação, o contrato social produz efeito apenas entre os sócios (CC, art. 993); II) além disso, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais apenas nos resultados correspondentes (CC, art. 991); III) assim, quem se obriga perante os terceiros é tão-somente o sócio ostensivo (CC, art. 991, parágrafo único); IV) confira-se adicionalmente que a especialização patrimonial dessa modalidade societária somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994).

---

<sup>367</sup> MÉLEGA, Luiz, As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda, cit., p. 56.

Em resumo: o sócio participante apenas contribui com capital, não tem seu nome no exercício da atividade constitutiva do objeto social, não se responsabiliza por atuação alguma e, por via de regra, não se obriga perante terceiro. O sócio contratante, em tal hipótese, é tão-somente o sócio ostensivo.

Do posicionamento conceitual do sócio participante em relação à sociedade, ao sócio ostensivo e aos terceiros, deflui a forçosa conclusão de que não pode ele ser declarado falido por débitos da sociedade, a menos que se tipifique a conduta de tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, quando, então, há de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

E, assim, ainda que comerciantes, os sócios ocultos, não poderão ser declarados falidos por obrigações assumidas pela sociedade, já que somente os sócios ostensivos figuram nas relações desta com terceiros.<sup>368</sup>

Anote-se, por fim, que o sócio participante, ao largo de seu vínculo na sociedade em conta de participação, pode ser comerciante e exercer seu comércio, condição essa que há de situá-lo no risco de vir a falir. Nesse caso, a falência será dele como comerciante, e não da sociedade em conta de participação ou do sócio ostensivo.

Pois bem. Na hipótese de falência do sócio participante nas condições referidas, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.<sup>369</sup>

## 21.7 Falência do sócio ostensivo

As premissas não podem ser postas à margem: I) a sociedade em conta de participação é sociedade despersonalizada; II) seu contrato social produz efeito apenas entre os sócios (CC, art. 993); III) quem nela exerce a atividade constitutiva do objeto social é

---

<sup>368</sup> Cf. MARTINS, Fran, *Curso de direito comercial*, 30. ed., 2005, cit., p. 222.

<sup>369</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 476-477.

unicamente o sócio ostensivo, que assim age em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade (CC, art. 991); IV) ou seja, quem se obriga perante terceiro é tão-somente o sócio ostensivo (CC, art. 991, parágrafo único); V) em termos complementares, embora se refira a lei à existência de um patrimônio especial constituído pela contribuição dos sócios participantes (CC, art. 994, *caput*), essa especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º).

Ante tais premissas, é de fácil percepção que apenas os sócios ostensivos ou gerentes podem incorrer em falência, porque somente eles são os contratantes, e não a sociedade em conta de participação<sup>370</sup>. Sustentam com profundidade essa posição, entre outros, Carvalho de Mendonça, Spencer Vampré, Otávio Mendes e Lyon Caen et Renault<sup>371</sup>. Assim também tem acatado a jurisprudência pátria<sup>372</sup>. Anote-se, todavia, que, em tal caso, a falência não será da sociedade em conta de participação, mas da empresa do sócio ostensivo.

Por fim, do mesmo modo que pode falir, o sócio ostensivo, uma vez preenchidos os requisitos legais para tanto, pode também invocar os favores da concordata.

## 21.8 Reflexos da falência do sócio ostensivo

Num primeiro aspecto, a falência do sócio ostensivo traz para seus próprios credores, com os quais contratou – não importando se em seu próprio interesse ou no da sociedade em conta de participação – os efeitos normais dos credores de qualquer falência: abre-se o concurso de credores, os créditos são verificados e ordenados de acordo com a hierarquia legal para recebimento, os bens são avaliados, as dívidas são pagas, conforme a disponibilidade patrimonial da falida, de acordo com a ordem legal e as respectivas determinações.

---

<sup>370</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 8.

<sup>371</sup> ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; REIS, Maria Flávia Curtolo, Sociedade em conta de participação, cit., p. 736.

<sup>372</sup> Cf. *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, v. 35, p. 384, 1935.

Já em relação à sociedade em conta de participação, a falência do sócio ostensivo acarreta a necessidade de dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo contra o sócio ostensivo constituirá crédito quirografário, ou seja, destituído de privilégio algum ou preferência<sup>373</sup>. Essa consequência traduz normal corolário da situação, que a nova codificação civil fez questão de erigir em disposição legal (CC, art. 994, § 2º).

Na hipótese de vários serem os sócios ostensivos, a falência de um deles deverá ser considerada autonomamente, como o único responsável perante seus próprios credores, mantendo a conta de participação seu caráter e sua natureza oculta, com seu contrato social tendo validade apenas entre seus sócios e com toda a responsabilidade sendo lançada aos ombros do sócio ostensivo.

Por fim, nesse aspecto, traz-se importante e oportuna do sempre adequado Carvalho de Mendonça: o sócio participante pode requerer a falência do sócio ostensivo, exibindo, para tanto, o contrato social.<sup>374</sup>

## **21.9 Os bens do sócio participante na falência do ostensivo**

A análise da natureza da contribuição do sócio participante é de grande importância, no caso de sobrevir a falência do sócio ostensivo. Observa-se, nesse campo, de início, a possibilidade de duas situações: I) os bens levados pelo sócio participante como contribuição social podem continuar sob seu domínio, mas com administração do sócio ostensivo; II) podem tais bens caracterizadores da contribuição social ser transferidos para o domínio e posse do sócio ostensivo.

Ora, se a contribuição do sócio participante se faz a título de transferência de propriedade, o sócio ostensivo passa a ser o único e integral titular de seu domínio. Assim, a forçosa conclusão é que, na hipótese de ocorrer a falência deste, o bem participa da norma

---

<sup>373</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., 2002, cit., v. 2, p. 476.

<sup>374</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito commercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. 235.

geral dos bens sujeitos aos seus efeitos, já que passou a integrar-lhe o patrimônio. Por conclusão lógica, o bem entregue pelo sócio participante, então, fica sujeito à *par conditio creditorum*.

Todavia, em segunda hipótese, se o sócio participante conservou a propriedade do bem, conferindo ao sócio ostensivo apenas seu uso, gozo e administração, ou se sobre ele se estabeleceu uma comunhão, a situação, então, é diversa. Na hipótese de haver transferido unicamente o uso ou o gozo ou administração, o sócio participante pode reivindicar o bem não fungível, cuja propriedade se reservou totalmente. Por outro lado, se se estabeleceu sobre o bem uma comunhão, poderá reivindicar o sócio participante a parte que lhe pertence. Nesses dois últimos casos, o sócio ostensivo será considerado um mandatário, comissário ou depositário de tais bens, e viável será sua restituição, como lecionam Escarra e, entre nós, Waldemar Ferreira e Mauro Brandão Lopes.<sup>375</sup>

A esse respeito, o entendimento majoritário (Ripert, Escarra, Vivante e Moliérac, e, entre nós, Carvalho de Mendonça) é o de que a contribuição do sócio participante é geralmente feita a título de propriedade, integrando-se os bens que a compõem no patrimônio do sócio ostensivo. Mesmo tais autores, porém, na pioneira visão de Ripert, admitem que nada impede que, por disposição específica do contrato de sociedade, o sócio participante conserve o domínio do bem, transferindo ao sócio ostensivo apenas o seu uso ou gozo ou administração, ou que estabeleça, a respeito do bem, um regime de comunhão com o sócio ostensivo, posição essa que se entendia válida perante o ordenamento do Código Comercial de 1850<sup>376</sup>. Não parece haver razão para outro entendimento, após a vigência do Código Civil de 2002.

Bem por isso, uma disposição clausular dessa natureza é extremamente salutar no contrato de constituição da conta de participação, sobretudo em virtude dos efeitos que a falência do sócio ostensivo gera sobre os bens com que para a sociedade contribuem os sócios participantes.

---

<sup>375</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 13.

<sup>376</sup> Ibidem, mesma página.

Anote-se, por fim, que, se os bens se transferem para o domínio do sócio ostensivo, ou se apenas lhe são entregues para uso, gozo ou administração, tudo é questão de análise do caso prático e das disposições clausulares do contrato que constitui a sociedade em conta de participação, cuja formação por escrito mais uma vez se aconselha.



## CONCLUSÃO

1. Como sistematização apartada do direito civil, nascida dos usos e costumes dos comerciantes, o direito comercial se formou na baixa Idade Média, a partir do século XII, inicialmente com caráter subjetivista, que levava em conta a condição de comerciante como base para sua aplicação. Essa orientação, todavia, foi perdendo terreno, e o Código Napoleônico de 1807 definiu-se pela orientação de caráter objetivista, segundo a qual os atos de comércio passaram a figurar como sustentáculo para incidência do direito comercial. Ao depois, esse conceito objetivista – que via o comércio de forma isolada – evoluiu para a figura do empresário, e, assim, para a empresa mercantil, sendo o Código Comercial alemão o pioneiro nesse aspecto.

2. O Código Comercial brasileiro de 25.06.1850 afastou-se do modelo francês, não enumerou os atos de comércio e filiou-se, assim, à corrente subjetivista do direito mercantil. Todavia, pouco depois, o Regulamento n. 737, de 25.11.1850, no artigo 19, arrolou os atos de comércio, num rasgo de visão objetivista. Com o Código Civil de 2002, eliminou-se o rol enumerativo das atividades que caracterizavam o empresário comercial e passou-se a fazer do efetivo exercício de uma atividade econômica com escopo lucrativo a tipificação da figura legal da atividade empresarial (CC, art. 966), uma vez implementados os requisitos da habitualidade no exercício com vistas à produção ou circulação de bens ou serviços, o intuito de lucro e a organização.

3. Ao unificar o direito das obrigações e enfeixar em seu bojo o direito de empresa, o Código Civil de 2002 acolheu o mister de proteger os empresários e, por via de consequência, a empresa. E o fez mediante a adoção da *teoria subjetiva moderna*, de modo que, por via do direito de empresa, os acolhe a ambos como foco e deixa de camuflar-se sob a tipificação dos atos de comércio, como se dava até então, para estabelecer um eixo central histórico, em que tutela assim os empresários em suas normais relações e a própria empresa como resultado (CC, art. 966).

4. Se se indagar se, com esse retorno do direito comercial ao sistema subjetivista, houve perigoso retrocesso que afronta a necessidade de segurança no tráfico do direito comercial, a resposta há de ser afirmativa, e não se compreende por que o artigo 131 do Código Comercial de 1850 foi mutilado em uma de suas principais bases, a saber, no

reconhecimento de que o comportamento das partes é o melhor indício (objetivo, por conseguinte) da vontade que tiveram quando da celebração do negócio. Fugiu, nesse ponto, a nova codificação da salutar disposição do artigo 1.362 do *Codice Civile* da Itália, que menciona a “intenção comum das partes” e liga sua determinação ao “comportamento geral inclusive posteriormente ao contrato”. Uma análise textual do artigo 112 do nosso Código Civil evidencia que ele se impregna de subjetivismo, cuja superação demandará de todos um grande esforço, quando se tratar da interpretação dos negócios mercantis, dos respectivos contratos e relações.

5. Nascido do direito civil, onde hauriu conceitos de base, o direito comercial foi, ao longo do tempo, adquirindo autonomia, com o surgimento de aspectos novos. Ao se chegar à personalidade jurídica da sociedade, distinta da de seus sócios, pensou-se haver chegado a sua definitiva consagração, como área independente do Direito. O legislador brasileiro, contudo, preferiu, mesmo assim, proceder à unificação. Como razão dessa ocorrência, alguns doutrinadores levantam a hipótese de que o principal motivo teria sido a necessidade premente de atualizar o Código Comercial, aproveitando os esforços de elaboração e aprovação do novo Código Civil brasileiro. Porém, se, em termos históricos, o Código Civil de 2002 bebe claramente nas águas do Código Civil italiano de 1942, o certo é que, diferentemente do modelo, não arrola as atividades consideradas empresariais ou mercantilistas, mas deixa a cargo do intérprete o exercício de enquadrar as diversas hipóteses de fato no conceito geral do artigo 966.

6. Uma questão importante que se põe em face da nova codificação civil é se os novos arranjos introduzidos cumprem uma função realmente importante, que é aumentar o bem-estar social, ou se eventual dispersão ou deslocamento dos custos dessas mudanças cumprem igual ou semelhante função social.

7. Querem alguns ver, na inserção do direito de empresa no Código Civil de 2002, o fim da histórica dicotomia do direito privado e sua total unificação, ao extinguir a noção de comerciante, a dualidade de tratamento das obrigações e dos diversos tipos contratuais e, por fim, ao extinguir as sociedades comerciais no figurino antigo<sup>377</sup>. Para tais autores, a teoria da

---

<sup>377</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 44.

empresa teria posto fim à dicotomia civil e comercial<sup>378</sup>. Uma atenta análise, porém, revela que não se realizou propriamente a unificação do direito privado, mas se uniu tão-somente o direito das obrigações, acabando-se com a dicotomia entre as obrigações civis e as obrigações comerciais. Não houve a unificação do direito privado, mas do direito das obrigações, sob o argumento de obsolescência do Código Comercial de 1850<sup>379</sup>. Consistiu a unificação, assim, na simples justaposição formal da matéria civil e da matéria comercial, reguladas em mesmo diploma.

8. Distintos, porém, são tais ramos do direito, quer em natureza, quer nos atributos. O direito civil surge do convívio entre os homens, da necessidade de regulação de suas múltiplas relações, e estas, mesmo quando de caráter patrimonial, não deixam de estar impregnadas de uma preocupação moral e altruísta. Já o direito comercial nasce do exercício da mercancia, em que as regras de natureza econômica têm valor preponderante, campo esse em que a vinculação jurídica entre os empresários parte de dois pressupostos fundamentais: a) a certeza de que a contratação os colocará em situação mais vantajosa do que aquela em que presentemente se encontram; b) a contratação se faz na esperança de que se atinjam determinados objetivos, com predominância do intuito de lucro.

9. Quanto ao mérito da unificação, a discussão não é nova, nem novas são as razões levantadas para obstar a junção desses dois ramos do Direito. Ao final do século XIX, conforme interessante relato de João Eunápio Borges, Cesare Vivante, na Itália, já propusera essa unificação; mas, na quinta edição de seu trabalho, desaconselhou-a por força dos seguintes argumentos: a) direito civil e direito comercial guardam profundas diferenças de métodos, pois, enquanto aquele lança mão do método dedutivo (partindo da premissa geral e chegando à conclusão individual), este se vale do método indutivo (extrai a regra a partir dos fatos); b) o direito comercial é de índole cosmopolita, que decorre do próprio comércio; c) o direito comercial regula os negócios de massa, que dão origem a institutos típicos (títulos de crédito, circulação, portador de boa-fé, etc.). A esses aspectos, outros podem acrescer-se: I) reside no direito comercial o “espírito de especulação”, o intuito de lucro; II) a velocidade com que se operam as tendências no direito comercial constitui obstáculo à fusão das matérias em um único código de obrigações, sendo mais aconselhável que se reserve ao código

---

<sup>378</sup> CAVALLI, Cássio Machado, O direito da empresa no novo Código Civil, cit., p. 58 e 74.

<sup>379</sup> Cf. REALE, Miguel, Visão geral do novo Código Civil, cit., p. 13

comercial a função de tecer livremente o ordenamento das regras que lhe são próprias, as quais, com o tempo, podem ser repassadas ao código civil.

10. De qualquer modo, não importando a diversidade de naturezas de ambos os direitos e a necessidade de diversa aplicação de normas e de hermenêutica, o certo é que, em termos de direito positivo, as matérias foram unificadas em tratamento, e, assim, doravante, cabe ao operador do Direito – legislador para aperfeiçoamento legislativo, advogado para ver com acuidade as situações adversas, e magistrado para aplicar com propriedade a lei e os princípios de exegese às situações submetidas a sua apreciação – conciliar as situações e ver a real extensão do Direito no caso concreto.

11. Ante a consumada junção entre o direito civil e o direito comercial, defendem alguns que o móvel da unificação não foi o direito civil, mas a crescente influência do direito comercial, que invadiu decididamente aquele e o dominou, de modo que, com a unificação do direito das obrigações, teria havido uma *comercialização do direito*. Por esse prisma, assim, dever-se-á ter cautela, para não se reduzir o problema obrigacional a uma simples equação econômica. Por outro lado, o direito civil tem-se impregnado mais e mais de duas preocupações adicionais – o *meio ambiente* e o *consumidor* – e um enfoque demasiado nessas duas questões há de inviabilizar o desenvolvimento da atividade comercial. Ou seja: uma proteção excessiva a qualquer dos dois setores há de abafar as conquistas que vêm sendo arduamente galgadas no outro. Se não houver uma efetiva visão sistêmica das matérias unificadas, o caminho será uma possível deterioração exegética, com prejuízo para ambas e sem as melhorias pretendidas pela unificação. Se em outras épocas se afirmou que, por ser o Código Civil de 1916 mais moderno que o Código Comercial de 1850, teria havido, em nosso país, uma *civilização do direito comercial*, é preciso tomar cuidado para que não se repita a ocorrência no presente sistema, sobretudo se se trocar a palavra *civilização* por *consumerização*, ou, ainda, por *ambientalização*, ou por qualquer outra preocupação maior ou influência exercida sobre o direito civil pátrio, com reflexos prejudiciais sobre o direito comercial.

12. Ante o fato certo da consumada unificação das obrigações em um só código em nosso ordenamento, com a correspondente autoridade de direito posto, resta esperar, em prol do direito comercial (aparentemente o mais prejudicado com a unificação), por um lado, que o Legislativo pátrio possa estar sensível às necessidades de mudança desse ramo, de modo que

não venha a engessá-lo, quer na esfera nacional, quer no plano internacional. Por outro lado, do Judiciário, espera-se igual sensibilidade na aplicação e na exegese da lei, que, embora una, tem por destinação dois ramos bem diversos do Direito, movidos por necessidades distintas e caminhos diferentes.

13. Aspecto que preocupa significativamente, neste alvorecer de vigência de tratamento unificado para o direito das obrigações, é o da exegese a ser conferida aos mesmos dispositivos de lei, quando aplicados a ramos tão distintos do Direito. Nessa esteira, por primeiro, ante os três princípios que nortearam a redação do Código Civil de 2002 – o da eticidade, o da socialidade e o da operabilidade – inquieta como se dará a adoção deste último. O operador do Direito é posto diante de uma novidade, pois, de um sistema positivista, vê-se transferido para um esquema algo similar ao sistema anglo-norte-americano. Num sistema como o nosso, em que se dá reiterada remessa de questões ao Judiciário – e este tem assumido o papel de guardião e avaliador de condutas já tipificadas – a indagação que se põe é se seus membros estão preparados para essas novas funções de agir similarmente aos magistrados dos sistemas de *common law*. Em verdade, atribuir aos juízes poder para arbitrar relações sem regras objetivas e definidas, contrariamente à tradição do nosso Direito, além de resultar em um tempo inicial de interpretações individuais distintas, pode demandar um significativo período de assentamento e uniformização, para que se tenham reações mais previsíveis, com a conseqüente segurança maior do jurisdicionado. E vem o que mais desassossega: se prejuízos podem decorrer no campo de aplicação do direito civil, imagine-se na esfera do direito comercial, em que a dinâmica, a segurança e a certeza são aspectos de crucial importância.

14. Nesse novo sistema, dois pontos devem ser postos, quando se pensa em hermenêutica das normas de direito comercial: a) mesma lógica do direito comercial não pode e não deve ser aplicada às relações jurídicas de que participem terceiros não empresários, e não pode o direito comercial ser alvo nem de uma *civilização*, nem de uma *consumerização*; b) mesmo nas relações entre empresários – sem que isso signifique proteção civilista ao hipossuficiente ou premissa de que o direito comercial tenha por função corrigir os erros praticados por empresários – é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de se consagrar igualdade meramente formal, de se comprometer a concorrência e de se minguar a possibilidade de sobrevivência das empresas menos poderosas ou em posição de sujeição.

15. Ainda no campo da hermenêutica, grave ponderação a ser também feita é que, no direito comercial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode conduzir a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. Nesse campo, um “erro de cálculo” do agente é instrumento que premia a eficiência do outro, de modo que, “no processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com *consumerismo*, erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica do mercado”. E isso porque a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha função distinta daquilo que cerca a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.

16. Outra observação não menos importante é que a regra da boa-fé, que se estampa no artigo 422 do Código Civil, merece reparo, já que insuficiente para a completa disciplina dos negócios regidos pelo direito comercial. O dispositivo fala da necessidade de guardarem os contratantes os princípios de probidade e de boa-fé na conclusão do contrato e na sua execução. Olvida-se, assim, a menção ao período de negociações que antecede a contratação e aquele posterior à execução do contrato. Sem que signifique sua exclusão para os negócios de natureza civil, é inegável que a boa-fé há de abranger todo o procedimento do negócio de natureza comercial, incluindo as tratativas que antecedem sua efetiva celebração e o período que se segue após serem adimplidas todas as prestações das partes.

17. Nessa unificação do direito obrigacional, ainda preocupa, no alvorecer do Código Civil de 2002, a introdução da noção de função social do contrato. Uma visão distorcida do conteúdo semântico dessa expressão tem feito com que a concepção de função social de qualquer instituto jurídico venha a servir para justificar a intervenção do Estado nas relações entre particulares, quando não para determiná-la: facilitam-se as desapropriações, incrementam-se as alíquotas de tributos, ou mesmo se impõe ônus sobre um imóvel, a pretexto de não atender a sua “função social”. No campo obrigacional, o novo sistema confere ao magistrado, sob o manto da finalidade social do Direito, a faculdade de determinar, por exemplo, a equivalência das prestações e de aplicar conceitos éticos na integração dos negócios. Todavia não se pode esquecer que o Direito se assenta na certeza e na segurança trazidas pela observância da norma. Essa certeza e essa segurança podem, eventualmente, no campo do direito comercial, ficar comprometidas em razão desse arbítrio ou dessa margem conferida aos juízes para, com base na função social do Direito, determinar a resolução dos

contratos. Imagine-se o verdadeiro desastre que pode resultar de um quadro como o desenhado no que concerne ao direito comercial.

18. O artigo 157 do Código Civil de 2002 introduziu em nosso sistema civil o instituto da lesão, tendo como base um de dois requisitos: a) premente necessidade; b) inexperiência. Com a unificação do direito obrigacional, é difícil saber como nossos tribunais avaliarão, no campo dos negócios comerciais, a questão da inexperiência. Pode-se até mesmo temer pela adoção de uma visão consumerista, que veja no outro contratante a parte frágil, sempre que contratar com profissional, seja este comerciante ou não. O temor é maior, quando se sabe que, até por conceito, o empresário impregna-se do atributo da profissionalidade. Assim, fundada é a preocupação sobre a aplicação desse dispositivo, quando se tratar de negócio celebrado entre empresários. Se não houver cuidado na diferenciação de tratamento entre os negócios comerciais e os relacionamentos civis, são fundados os receios de insegurança de que um negócio possa ser futuramente desfeito a pretexto de lesão. Que parceiro haverá de contratar com uma empresa em difícil situação econômica, a qual, como atrativo de captação, resolva conceder grandes vantagens? Ou, então, como considerar, sob o foco do instituto da lesão, a hipótese do atacadista que comercializa produtos perecíveis e resolve liquidar seus estoques com data de vencimento próxima, vendendo-os a preços excessivamente baixos?

19. Da nova estruturação das sociedades, surgem duas conclusões em corolário: I) a unificação da matéria eliminou do ordenamento as sociedades civis, regidas pelos artigos 1.363 e seguintes do antigo Código Civil, para classificar as sociedades em empresárias e simples (ou seja, empresárias e não-empresárias); II) substituiu-se a figura do comerciante pela do empresário, assim considerado o sujeito que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, salvo aquele que exerça profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores.

20. Pelo artigo 983 do novo Código, a sociedade empresária deve constituir-se com um dos seguintes perfis: sociedade em nome coletivo (art. 1.039/1.044), sociedade em comandita simples (arts. 1.045/1.051), sociedade limitada (arts. 1.052/1.087), sociedade anônima (arts. 1.088/1.089) e sociedade em comandita por ações (arts. 1.090/1.092). Ressalva o artigo 983, parágrafo único, “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”.

21. Quanto à sociedade em conta de participação, tal como tratada pelo Código Civil de 2002, nada impede que ela tenha duração determinada ou indeterminada, até porque a redação do artigo 325 do Código Comercial de 1850, que falava em “sociedade em conta de participação *acidental, momentânea*” e que gerou longa discussão na doutrina anterior acerca de seu prazo de duração, foi alterada pelos dispositivos que trataram da matéria, em que se percebe haverem sido excluídos os vocábulos “acidental e momentânea”, de modo a pôr um fim à referida polêmica. Assim, em nosso atual sistema, a sociedade em conta de participação pode ser momentânea ou duradoura, pode ter por objeto não só uma ou mais operações comerciais certas e determinadas, mas até mesmo “a exploração de determinado ramo de comércio”, apenas sendo essencial “que fique concentrada nas relações internas”.<sup>380</sup>

22. Se o conceito que se tem de sociedade empresária coincide com a extensão do conceito de pessoa jurídica, é “incorreto considerar a conta de participação uma espécie destas”<sup>381</sup>. Faltar-lhe-ia a personalidade jurídica para anuir às obrigações perante terceiros, e apenas haveria divisão dos lucros entre os sócios. Por outro lado, porém, se se considerar que, na conta de participação, o sócio ostensivo exerce a atividade constitutiva do objeto social, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, enquanto os demais participam dos resultados correspondentes (CC, art. 991), então se há de ver que, em termos de natureza, a sociedade em conta de participação será o que é seu sócio ostensivo: se a atividade por ele desempenhada for de natureza empresarial, então a conta de participação será uma sociedade empresária; em caso contrário, diversa há de ser sua natureza. Nessa mesma esteira, como sociedade que atua pela figura de seu sócio ostensivo, sob responsabilidade deste, também nada impede que se constitua uma sociedade em conta de participação com caráter não-empresarial. Basta, para tanto, que o sócio ostensivo não seja empresário.

---

<sup>380</sup> Cf. MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de, *Tratado de direito comercial brasileiro*, cit., v. 4, livro II, p. p. 230-231.

<sup>381</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, 5. ed., cit, v. 2, p. 476.



23. É cediço o ensino de que a sociedade em conta de participação não tem legitimação para estar em juízo, ativa ou passivamente. Tal afirmação, todavia, não chega às reais causas do problema. Também a lição de que ela não é um daqueles entes despersonalizados a que o ordenamento confere personalidade judiciária, com excepcional capacidade para estar em juízo, é posição que não justifica nem explica, por exemplo, o motivo de conceder personalidade judiciária a alguns entes despersonalizados (como a massa falida, a herança jacente ou vacante, o espólio, as sociedades sem personalidade jurídica e o condomínio) e negá-lo à sociedade em conta de participação. De igual modo, fundamentar com a ausência de patrimônio da conta de participação também constitui argumento frágil, que esbarra na realidade de existência de outros entes despersonalizados e faltos de patrimônio, como as mesas dos corpos legislativos, aos quais se concede personalidade judiciária para ações de mandado de segurança. Em realidade, a conta de participação é uma sociedade voltada para seus sócios e existente apenas entre eles, enquanto a atividade social centraliza-se na figura do sócio ostensivo. Assim, se os sócios participantes são credores ou devedores, são-no em nome pessoal e individual, alheando-se a sociedade desse relacionamento. Desse modo, nunca se pode afirmar, tecnicamente, a existência de um interesse jurídico da sociedade a ser defendido como tal em juízo, ou a ser exercitado contra ela. Mas não é só: o artigo 12, VII, do Código de Processo Civil determina que a sociedade sem personalidade jurídica será representada em juízo, ativa ou passivamente, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens. Na conta de participação, porém, embora se fale na existência de um *patrimônio especial*, essa “especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (CC, art. 994, § 1º), não se estendendo aos terceiros. Ou seja: a conta de participação, além de sociedade *ad intra*, é uma sociedade sem bens. Por isso, falar de administração de bens em relação a ela será, em última análise, falar de gerenciamento de bens inexistentes, vale dizer, uma contradição nos termos da própria afirmação. De inviável aplicação, assim, a regra do artigo 12, VII, do Código de Processo Civil.

24. O contrato de constituição da sociedade em conta de participação não é solene e não depende de forma especial, mas é de natureza consensual, de modo que basta tão-somente a manifestação de vontade para sua formação. Assim, pode ela constituir-se por avença verbal. Também pode dar-se sua constituição por instrumento particular escrito. Não há empecilho para tanto, e até mesmo é grandemente aconselhável que, em razão de sua natureza oculta, o contrato preveja de modo minucioso todos os aspectos e circunstâncias da vida social. Por fim, pode a sociedade ter seu contrato de constituição celebrado até mesmo por

escritura pública, não havendo óbice algum conceitual ou legal para tanto. Sua natureza oculta diz respeito aos efeitos jurídicos que daí possam emanar, e não ao eventual conhecimento específico que terceiros possam dela vir a ter. Essa conclusão mais se impõe, quando se pensa na possibilidade de se impregnar a natureza da conta de participação de um caráter condicional, e deixá-la, assim, na total dependência da descrição dos sócios. Se assim não for, a conclusão será a seguinte: se estes se mantêm em silêncio acerca de sua existência, então é sociedade em conta de participação; se entre eles se põe um boquirroto, no momento em que venha a público a existência dessa sociedade, dá-se sua forçosa desclassificação para algum outro tipo de sociedade. Como se vê, de total inconsistência jurídica é tal entendimento, quer pela fluidez conceitual, quer pela fragilidade de sua estrutura, tangendo as raias da inviabilidade prática.

25. Por não ser pessoa jurídica, a sociedade em conta de participação não possui *nome comercial* e age, em relação com terceiros, mediante a firma ou a denominação do sócio ostensivo, seja este empresário individual ou sociedade empresária. Não pode ela adotar nome empresarial, em virtude de sua natureza de sociedade secreta. O gerente usa de sua firma individual ou da denominação de sua própria sociedade na realização dos negócios sociais. Nada impede, todavia, que, no contrato escrito, os sócios lhe atribuam um nome pelo qual a sociedade há de ser conhecida *ad intra* e singularizada em suas conversas, reuniões e atos sociais, na própria correspondência entre eles, ou mesmo na rubrica da escrituração contábil. E mais: nenhuma consequência advirá do fato de que terceiros venham a ter conhecimento dessa circunstância, desde que não sejam enredados em equívoco, nem pensem estar tratando, quanto aos atos objetivos, com uma sociedade específica, e não com a figura do sócio ostensivo. E óbvio está que, se tal se der e os terceiros forem enredados em tratamento com sócios participantes, estes responderão solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que, desse modo, intervierem (CC, art. 993, parágrafo único).

26. A sociedade em conta de participação não tem *sede* nem *domicílio* especial, mas pode ter um endereço que sirva de centro de operações, até mesmo diverso do domicílio ou da sede social do sócio ostensivo. Essa escolha vale para os sócios e inexistente para os terceiros, e não tem o condão de alterar o domicílio ou a sede social do sócio ostensivo. No campo processual, vale dizer que, para todos os efeitos, as regras a serem seguidas para eventual ajuizamento de demanda continuarão levando em conta o domicílio do sócio ostensivo, e não

o endereço escolhido pelos sócios no contrato de constituição da sociedade em conta de participação.

27. A lei não restringe as *atividades* passíveis de exercício pela sociedade em conta de participação. Desse modo, respeitados os pressupostos genéricos para atuação em qualquer setor, quaisquer atividades podem ser por ela executadas, assim de natureza empresarial, como de cunho não-empresarial, a menos que exista no ordenamento específica norma proibitiva ou restritiva para determinada atividade, como se dá, por exemplo, com os consórcios, com as instituições financeiras e com os planos de saúde.

28. Em termos de técnica jurídica, na conta de participação, para todos os efeitos, o *estabelecimento*, tal como o conceitua o artigo 1.142 do Código Civil, é o do sócio ostensivo, de modo que não tem ela estabelecimento próprio, conclusão essa que resulta da circunstância de que essa espécie societária é *ad intra* e seu contrato de constituição não produz efeitos com relação a terceiros.

29. Entendido o vocábulo *foro* como a extensão territorial em cujos lindes uma causa possa ser intentada ou por onde tramitará certa ação, o foro da sociedade em conta de participação confunde-se com o foro do sócio ostensivo, que é quem exerce a atividade constitutiva do objeto social em nome próprio e sob sua exclusiva responsabilidade (CC, art. 991). É certo que os sócios da cota de participação podem escolher um foro onde discutam as causas entre si. Nesse caso, o foro eleito pode ser diverso do domicílio ou do foro eleito no contrato social do sócio ostensivo. Por outro lado, em decorrência do caráter oculto da conta de participação e por sua natureza que a faz existente e válida apenas entre os sócios e inexistente perante terceiros, a eleição desse foro há de valer com exclusividade para os efeitos internos entre os sócios, de modo que não terá o condão de alterar o foro legal ou de eleição do sócio ostensivo.

30. Embora o mais comum seja que as *contribuições* para o exercício da atividade social da conta de participação se dêem em dinheiro, nada impede se façam em direitos, como se dá com as patentes de invenção. E, muito embora o Código Civil de 2002, tenha abolido o modelo nominado da sociedade de capital e indústria do antigo ordenamento (CCo, art. 317), parece possível concluir que, mesmo com a abolição da figura típica dessa espécie societária,

não se inviabilizou a participação de um sócio apenas com serviços, o que se comprova por disposição aplicável à sociedade simples (CC, art. 997, V), extensiva aos diversos tipos de sociedades de pessoas, salvo a sociedade limitada, em que expressamente vedada (CC, art. 1.055, § 2º). Também o artigo 981 do Código Civil, ao conceituar um contrato de sociedade, menciona a possibilidade de que a contribuição dos sócios se dê “com bens ou serviços” para o exercício de atividade econômica.

31. A corrente doutrinária dominante tem asseverado firmemente que a *propriedade dos fundos sociais*, na conta de participação, passa ao sócio ostensivo<sup>382</sup>, de modo que, nessa modalidade societária, “o patrimônio especial, ao invés de configurar um círculo independente, é apenas setor do círculo compreensivo do patrimônio geral desse sócio”<sup>383</sup>. Para os dessa corrente, ao sócio oculto só cabem os lucros obtidos na proporção fixada no respectivo contrato. Não parece, todavia, que a transferência da propriedade dos fundos sociais ao sócio ostensivo seja elemento essencial para a qualificação jurídica da conta de participação<sup>384</sup>. Em verdade, consoante visão pioneira de Ripert, nada impede que, por disposição clausular específica, o sócio participante conserve a propriedade do bem e transfira ao sócio ostensivo apenas o seu uso ou gozo, ou que estabeleça, a respeito do bem, um regime de comunhão com o sócio ostensivo, posição válida no ordenamento do Código Comercial de 1850<sup>385</sup> e perante o sistema do Código Civil de 2002. É certo que o Código Civil de 2002 mencionou a constituição de um “patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais” (CC, art. 994). Tal especialização de patrimônio, todavia, diz respeito à destinação do patrimônio, e não necessariamente à transferência de seu domínio. Confirma essa tese um exemplo bem prático, em que um dos sócios participantes traz para a sociedade a possibilidade de exploração de um invento, patente ou fórmula, não a título de mero aluguel ou mediante pagamento de *royalties*, mas em estrutura de real conta de participação, até mesmo com o acompanhamento de suporte de trabalho e de tecnologia. Em tal situação, não é normal que esse sócio participante repasse ao sócio ostensivo todos os direitos relativos à invenção, a título de domínio. No mínimo, não se pode vedar a possibilidade de contratação de uma da conta de participação em tais circunstâncias, simplesmente pelo fato de não querer

---

<sup>382</sup> Cf. GALIZZI, Gustavo Oliva, A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero “*joint venture*”, cit., p. 213.

<sup>383</sup> Cf. MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, cit., p. 146.

<sup>384</sup> RTJ – 106/651.

<sup>385</sup> Cf. ALMEIDA, Carlos Guimarães de, A virtuosidade da sociedade em conta de participação, cit., p. 13.

o inventor trazer a invenção para a sociedade a título de domínio, mas apenas como possibilidade de exploração temporária.

32. Num sentido teórico, o patrimônio especial da conta de participação (CC, art. 994) não responde pelas dívidas sociais, porquanto ela não pode contrair obrigações, já que despersonalizada, e, assim, não pode ter a correspondente responsabilidade patrimonial. Anote-se, todavia, por um lado, que se os bens especializados pelo sócio participante ingressam no patrimônio do sócio ostensivo para a realização dos fins sociais, então tais bens hão de responder por todas as dívidas do sócio ostensivo, incluindo-se nesse rol as da conta de participação. Acresça-se que, se o sócio ostensivo, nos termos da lei, respondeu com bens próprios perante terceiros pelas dívidas da conta de participação, pode ele voltar-se contra os sócios da conta de participação para, nos termos das disposições clausulares, reaver, em rateio, o que despendeu com as dívidas sociais (CC, art. 991, parágrafo único).

33. Quanto à extensão da responsabilidade pelas dívidas sociais, uma primeira situação possível será o caso de que o capital social da sociedade em conta de participação seja menor do que o capital social do sócio ostensivo e neste esteja integrado. Nessa hipótese, pode ser que o sócio ostensivo se obrigue perante terceiros por mais do que o valor do capital social da conta de participação. Como esta sociedade não existe perante terceiros e como a atividade é exercida pelo sócio ostensivo, em nome próprio e por sua conta e responsabilidade, então ele não pode alegar perante terceiros que a dívida é específica da conta de participação, nem com isso pretender a limitação de responsabilidade ao montante do capital desta. Responderá, assim, pela dívida perante o terceiro, nas forças do capital de sua empresa já acrescido pelo da conta de participação. A questão entre ele, sócio ostensivo, e os sócios participantes da conta de participação há de solucionar-se, nos termos do contrato social desta, em discussão interna, da qual o terceiro estará ausente na íntegra.

34. No caso do exemplo anterior, se não houve transferência da propriedade dos bens trazidos para constituir o capital da conta de participação, de modo que estes não passaram a integrar o capital do sócio ostensivo, então, pela própria regra de que a conta de participação, como sociedade *ad intra*, vale apenas entre seus sócios, seu capital não responderá pelas dívidas assumidas pelo sócio ostensivo, continuando válida a premissa de que a conta de participação vale entre os sócios.

35. Ainda quanto à responsabilidade pelas dívidas sociais, outra situação possível é a hipótese de que o capital da sociedade em conta de participação seja maior do que o capital social do sócio ostensivo. Essa hipótese apenas parece possível, quando os bens não são transferidos para o patrimônio do sócio ostensivo, porquanto, em caso contrário, haveria um acréscimo de capital, e a hipótese não seria viável. Em tal caso, se o sócio ostensivo obriga-se por mais do que o capital próprio e menos do que o capital da conta de participação, perfeitamente invocável é, perante terceiro, a alegação de limitação de responsabilidade, que há de fixar-se nos lindes do capital do sócio ostensivo. A faculdade de tal alegação de limitação de responsabilidade advém das próprias características essenciais da conta de participação: apenas vale entre os sócios e inexistente perante terceiros, e o sócio ostensivo atua em nome próprio e por sua conta e responsabilidade.

36. Embora sem personalidade jurídica e sem capital próprio, a constituição da conta de participação funda-se na *affectio societatis* que, embora diversa do sentimento associativo que bafeja as demais espécies societárias, sobretudo as de pessoas, não deixa de significar um sentido de vinculação que passa pela confiança mútua e pela escolha das pessoas que se associam. Bem por isso, nenhum de seus sócios pode ceder sua parte sem anuência dos demais. Corrobora esse entendimento, aliás, a regra inovadora do artigo 995, pela qual “o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais”. Ora, se não pode ele admitir outro sócio sem o consentimento dos demais, é lógico concluir que um sócio participante também não pode transferir a terceiros sua parte de interesse na sociedade sem o consentimento dos demais.

37. Quanto a sua natureza, em tese, os direitos sobre um patrimônio entregue como contribuição à sociedade em conta de participação e já integrado no patrimônio do sócio ostensivo, não são, na essência, bens imóveis por natureza (CC, art. 79) nem por ficção legal (CC, art. 80), motivo por que não incidem na obrigatoriedade de obtenção de outorga conjugal para sua alienação (CC, art. 1.647, I). Reforça esse entendimento o fato de que, ao contrário do que fixava a legislação anterior, o empresário casado pode, sem a outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, até mesmo alienar imóveis que integrem o patrimônio da empresa, ou gravá-los com ônus real (CC, art. 978). Mas é preciso tomar dois cuidados, cuja análise pode inviabilizar até mesmo as conclusões extraídas. Um primeiro é que, se há transferência da propriedade de tais bens para o sócio ostensivo, perde o sócio participante, no que tange a eles, qualquer possibilidade de ingerência ou de titularidade, não se podendo falar

em efetiva participação dele no capital social perante terceiros, nem mesmo em fatia de capital próprio. Um segundo é que, se não houve transferência de tais bens para o patrimônio do sócio ostensivo, permanecem eles no domínio do sócio participante, de modo que não se tornaram efetivo patrimônio social quanto à natureza, mas meramente como destinação, e mesmo assim com validade *ad intra* por disposição da lei (CC, art. 994, § 1º), de modo que, para efeitos de domínio, continuam tais bens como propriedade do sócio participante.

38. Quanto à responsabilidade pelas dívidas sociais na conta de participação, não há possibilidade mínima de que o sócio participante venha a ser por elas responsabilizado, nem, muito menos, se poderá falar sequer em tentativa de sua responsabilização a título de solidariedade. Excetua-se, tão-somente, a hipótese de ele haver tomado parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, caso em que responderá solidariamente pelas obrigações em que intervier (CC, art. 993, parágrafo único).

39. Eventual publicidade da existência da sociedade em conta de participação não torna os sócios ocultos responsáveis perante terceiros. Além da regra genérica de que os sócios participantes são obrigados apenas perante o sócio ostensivo, pelos resultados dos negócios e obrigações sociais nos termos do contrato (CC, art. 991), essa conclusão se corrobora, quando se considera a excepcionalidade da situação haurida na exegese dos arts. 993, *caput*, e 991, parágrafo único, do Código Civil.

40. Quanto ao sócio participante, em suma, sua responsabilidade limita-se à importância posta à disposição do sócio ostensivo para a realização dos fins sociais. Não tem ele responsabilidade ilimitada nem mesmo para com o sócio ostensivo. Lembre-se, porém, que, por determinação da lei (CC, art. 993, parágrafo único), ele se tornará solidariamente responsável pelas obrigações contraídas pelo ostensivo em nome da sociedade, se atuar em conjunto com este em contratos pré-negociais ou na negociação de contratos. Em mesma situação se encontra o sócio oculto que se faz passar por sócio ostensivo.

41. É aceita em nosso ordenamento, para a sociedade em conta de participação, a validade da cláusula que limita a responsabilidade do sócio participante pelos prejuízos sociais ao montante de seu aporte, o que faz aproximar, nesse aspecto, a referida modalidade societária da sociedade em comandita por ações.

42. Quanto aos poderes comuns do administrador (*intra vires*), conferidos para os atos normais de administração, devem ser entendidos, na conta de participação, como aqueles conferidos pelo contrato da sociedade do sócio ostensivo, que é quem se obriga perante terceiros (CC, art. 991, parágrafo único, 1ª parte). Qualquer disposição ampliativa do contrato da conta de participação não tem validade perante os terceiros, que não têm obrigação alguma de a ele se submeter. Sempre internamente e entre os sócios, porém, nada impede que o contrato da conta de participação seja mais restritivo do que o da sociedade do sócio ostensivo. Em tal caso, ainda que, perante terceiros, se deva obedecer às regras da sociedade empresária do sócio ostensivo, este há de responder perante os sócios participantes na exata medida do contrato da sociedade em conta de participação (CC, art. 991, parágrafo único, 2ª parte).

43. Quanto aos poderes especiais (*ultra vires*), para os atos que transcendem a normal administração, em qualquer sociedade, existe a necessidade de outorga expressa, regra essa que vale para qualquer mandato, seja para negócio (CC, art. 661, §§ 1º e 2º), seja para demanda judicial (CPC, art. 38, 2ª parte). Vale aqui a mesma observação de que, perante o terceiro, no que tange à conta de participação, o contrato social a ser levado em consideração é o da empresa do sócio ostensivo, que exerce a atividade em nome próprio e sob sua responsabilidade. E o contrato da conta de participação não pode ter maior amplitude, embora possa ser mais restritivo, com validade e possibilidade de questionamento, a esse respeito, apenas entre os respectivos sócios.

44. Quanto à extensão da responsabilidade do sócio ostensivo perante terceiros, ensinam alguns que ela é ilimitada nesse eixo, em virtude de realizar as operações sociais em seu nome empresarial e ser a responsabilidade do empresário sempre ilimitada. Não parece adequado que essa afirmação se faça assim, de modo genérico, para significar, sempre e em qualquer circunstância, a responsabilidade ilimitada do sócio ostensivo perante terceiro. Em verdade, se ele exerce a atividade social em seu nome e por própria conta e risco, e se a conta de participação simplesmente inexistente perante terceiros, o mais adequado é concluir que ele responde perante terceiros na conformidade com a natureza de sua responsabilidade perante o credor de si próprio, abstraída desse raciocínio a conta de participação. Vale dizer: se a atuação da sociedade que efetivamente contrata com terceiros é daquelas que acarreta, por natureza, a responsabilidade ilimitada do administrador, então o sócio ostensivo estará em tal



posição de responsabilidade ilimitada; se, ao revés, a sociedade é do tipo que limita a responsabilidade do administrador ao capital da sociedade, então dessa natureza será a responsabilidade do sócio ostensivo da conta de participação.

45. Na conta de participação, os sócios ostensivos ou gerentes respondem pessoalmente para com terceiros pelas obrigações contraídas, de modo que os credores que com eles trataram têm ação direta somente contra eles, e não contra os sócios participantes. E o sócio gerente responsabiliza-se para com os terceiros não na qualidade de sócio ou de órgão da conta de participação, mas como empresário que obra por sua conta e risco. Acresça-se que, em decorrência de sua atuação à testa da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo tem a obrigação de repartir entre os sócios participantes os resultados das operações, o que há de dar-se na forma ajustada em contrato social. Também lhe cabe o direito de exigir deles o rateio na contribuição por eventuais perdas, sempre na exata conformidade com o disposto no contrato.

46. Como toda modalidade societária, a atividade na conta de participação tem por alvo o lucro. Se este efetivamente ocorre, são os investidores remunerados na proporção de seus investimentos. Como normal risco da associação, todavia, pode advir prejuízo, que os investidores também haverão de ratear em similar proporção. Se fixada no contrato a proporção do sócio participante, quer nos lucros, quer nos prejuízos, a tal determinação se dará cumprimento. Se não fixada, o cálculo há de seguir a proporção do quinhão do sócio participante, e isso por aplicação do que já dispunha o artigo 302, n. 4, do Código Comercial de 1850, em princípio também erigido em disposição legal pelo Código Civil de 2002, no artigo 997.

47. Na sociedade em conta de participação, é possível aplicar a regra genérica, que permite excluir judicialmente o sócio por iniciativa da maioria, na hipótese de cometimento de falta grave no cumprimento das obrigações ou por incapacidade superveniente (CC, art. 1.030, *caput*). A exigência da via judicial – obviamente na hipótese de real exclusão, ou seja, de eliminação contrária à vontade do sócio excluído – visa a garantir a este ampla possibilidade de defesa e a vedar a prática de abusos pela maioria. E a natureza oculta e *ad intra* da conta de participação não é incompatível com a publicidade advinda de uma discussão judicial acerca de suas cláusulas e do respectivo descumprimento por algum de seus sócios.

48. Em linhas gerais, a Instrução Normativa n. 49, de 15.04.1987, do Secretário da Receita Federal, repetida nesse ponto pelo artigo 254 do Decreto n. 3.000, de 26.03.1999, determinou que a escrituração das operações da sociedade em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, com a observância dos critérios ali enumerados. Para qualquer dos diplomas legais referidos, porém, o raciocínio é o mesmo: pressupõe a autoridade administrativa que sociedade em conta de participação possa ter livros mercantis, quando, por exigência legal, somente aos comerciantes explícitos (a título singular ou em sociedade) se concede o uso de tais registros (cf. Decreto-Lei n. 486, de 03.03.1969). Mas essa é questão que deve ser analisada com todo cuidado no caso prático, sobretudo quando se tem boa parte da doutrina e muito da jurisprudência em acordo não com os princípios puros, emanados de uma isenta exegese dos princípios que norteiam a existência e o regramento jurídico dessa modalidade societária, mas alinhadas com uma política de maior arrecadação de tributos.

49. Por disposição de lei, a constituição da sociedade em conta de participação não se sujeita a formalidades maiores, como regravava o artigo 325 do Código Comercial de 1850, e como repete, basicamente, o artigo 992 do Código Civil de 2002, podendo ser provada por todos os meios permitidos em direito, como documentos públicos ou particulares, notas de corretores, correspondência epistolar, livros e até por testemunhas.

50. A prova de existência da sociedade em conta de participação é fator dos mais relevantes, sobretudo para não venha a ser confundida com uma sociedade irregular ou comum. Em verdade, se se tornar impossível a prova de sua existência, daí decorrerá a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pelas dívidas sociais, e não apenas do sócio ostensivo. De modo mais específico, se, eventualmente, vier a dar-se essa confusão, em caso de declaração de falência da sociedade – agora reconhecida como sociedade comum – a responsabilidade dos sócios será solidária e ilimitada (CC, art. 990).

51. A conta de participação, durante muito tempo, não teve tributação autônoma. Com o Decreto-Lei n. 2.303, de 21.11.1986, todavia, foi equiparada, para efeitos da lei do imposto de renda, às pessoas jurídicas (art. 7º), inclusive e sobretudo para apuração dos resultados e tributação dos lucros apurados (art. 7º, parágrafo único). Quando despersonalizada também para fins tributários, ela não pagava imposto, e parece intuitivo poder afirmar que, depois, ela perdeu, entre nós, muito de sua força e de seus atrativos, em

razão do complexo e instável tratamento fiscal a que vem sendo submetida, havendo até mesmo quem afirme que teria sido praticamente extinta pelo Decreto-Lei n. 2.303, de 21.11.1986, que alterou a legislação tributária.

52. O que fez a lei fiscal, que a equiparou às pessoas jurídicas para fins de tributação, foi desnaturá-la, em afronta ao ordenamento em vigor, pois, contrariamente a sua natureza (despida de personalidade jurídica) e a suas características (de sociedade oculta, existente apenas entre os sócios), exigiu-se que ela se exteriorizasse mediante certo registro e, em última análise, atuasse como se provida fosse de personalidade.

53. Além disso, a exigência de “apresentação do contrato de constituição da sociedade” (*Instrução Normativa n. 49/87*) e a própria inscrição obrigatória da conta de participação no Cadastro Geral de Contribuintes contrariavam frontalmente o estatuído pelo artigo 325 do Código Comercial e contrariam, ainda hoje, o disposto no artigo 992 do Código Civil de 2002, de dicção similar. Em termos de análise estrutural, quanto à gênese das normas em nosso ordenamento, é estranho que uma regra estritamente administrativa venha a criar obrigação típica de direito comercial, isto é, venha a ferir a formalização de um contrato.

54. Em síntese, tal equiparação da conta de participação às pessoas jurídicas, para efeitos de legislação do imposto de renda, não recebeu o bafejo dos bons ventos e da melhor orientação jurídica. Se o objetivo era evitar a evasão fiscal, desnecessária era a medida, pois bastava alterar a lei que disciplinava a matéria, para fazer recair a tributação sobre o resultado integral apurado na declaração do sócio ostensivo. Com isso se evitariam transtornos e dificuldades para a sociedade, sobretudo quando de vida efêmera e idealizada com o escopo de realizar um ou alguns negócios em comum, que se concluiriam em breve lapso temporal.

55. Em aspecto que às vezes pode passar despercebido aos doutrinadores, é cristalino que o Código Civil de 2002 passou a classificar, de modo expresso, a sociedade em conta de participação como sociedade não personificada e, com isso, pode-se concluir que até mesmo revogou tacitamente o Decreto-Lei n. 2.303/86, conclusão essa que tem respaldo no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, no mínimo por incompatibilidade entre as disposições. Trata-se de conclusão que obedece à melhor exegese dos dispositivos de ambos os diplomas. Resta, porém, ver como vai portar-se doravante a jurisprudência de nossos tribunais, sobretudo os superiores, que podem fixar o modo definitivo de decidir esse conflito

que ainda continua sem perspectiva de trégua ou fim, esse embate entre o Fisco – com sua voracidade arrecadadora – e os conceitos jurídicos e pilastras de exegese, que determinam o perfil e a natureza jurídica dessa sociedade.

56. Ante a natureza e as características da sociedade em conta de participação, parece cristalino o entendimento doutrinário de que sua posição no Código Civil de 2002 retira em definitivo da norma tributária a legitimidade para exigir nela a apuração dos resultados em separado daqueles obtidos pelo sócio ostensivo: I) tal modalidade societária foi encartada no subtítulo que trata das sociedades não personificadas, de modo que não faz sentido exigir-lhe registro próprio perante a Receita Federal, nem filiação ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); II) além de exercer o sócio ostensivo a atividade em nome próprio e sob própria responsabilidade, apenas ele se obriga perante terceiros, dentre os quais, até por ausência de restrição, inclui-se o Fisco, de modo que não há como obrigar que tal sócio ostensivo apure os resultados tributáveis da sociedade em conta de participação separadamente daqueles por ele obtidos no mesmo período; III) se a conta de participação não existe perante terceiros, mas apenas entre os sócios (CC, art. 993), verdadeiramente não há respaldo jurídico para a posição do Fisco, ao impedir que não se compensem os resultados positivos da sociedade em conta de participação com eventuais prejuízos fiscais do sócio ostensivo, ou vice-versa; IV) mesmo que, por perícia contábil, se consiga individualizar o patrimônio de uma sociedade em conta de participação, determina o Código que essa especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios (art. 994, § 1º), de modo que nenhum terceiro, nem mesmo o Fisco, pode pretender privilégio nesse campo, separando acervos patrimoniais para fins de exação. Todavia, apesar de conclusões doutrinárias tão claras, não há esperança alguma de que, doravante, com a vigência do Código Civil de 2002, a exegese da lei, o entendimento fazendário e mesmo a jurisprudência de nossas cortes venham a confluir para respaldar essa conclusão.

57. Na sociedade empresária, de um modo geral, a personalidade jurídica se finda com o que se pode denominar procedimento dissolutório, que pode ser judicial ou extrajudicial e compreende três fases: a *dissolução* propriamente dita, a *liquidação* e a *partilha*. Muito embora seja uma sociedade não personificada, a conta de participação não é, contudo, uma sociedade clandestina, escusa ou que se erige à margem da lei. Bem por isso, sobre ela incidem, quando sua natureza permitir, os princípios de uma normal dissolução, que, como nas demais sociedades, também pode ser regular ou irregular. Quanto às causas de sua

ocorrência, a conta de participação também se dissolve pelos mesmos motivos de dissolução das demais sociedades, uma vez que, embora destinados em princípio à sociedade simples, os dispositivos da lei sobre a matéria se aplicam subsidiariamente à conta de participação por dicção legal expressa (CC, art. 996).

58. Sendo lição assente que sua liquidação se dá por via da prestação de contas, alguns acabam tendo dificuldades para entender a possibilidade de dissolução da conta de participação. Fixe-se, todavia, que a dissolução existe como momento e como fase, não importando o modo como há de viabilizar-se. Nesse sentido, não há dúvida de que viável é a dissolução da conta de participação. Na hipótese de não haver consenso entre os sócios, tal dissolução pode ocorrer até mesmo por via judicial<sup>386</sup>, posição essa já afirmada pela jurisprudência<sup>387</sup>, caso em que poderá ser total ou parcial. Nesse último caso, somente poderá haver a exclusão de um sócio oculto, já que o sócio ostensivo responde com seu patrimônio pelo empreendimento<sup>388</sup>. Acresça-se apenas que, ao declarar a dissolução social, a sentença deve determinar que a liquidação se faça mediante prestação de contas, por intermédio da prevalente iniciativa do sócio ostensivo<sup>389</sup>. E isso porque “a dissolução de sociedade em conta de participação não é seguida de liquidação e partilha”, mas “as relações entre os sócios se liquidam por ajuste de contas ou prejuízos de negócios empreendidos”.<sup>390</sup>

59. Entre nós, há disposição expressa e inovadora do artigo 996 do Código Civil, a determinar que a liquidação da conta de participação “rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”. A doutrina recente tem acatado a determinação legal sem discussões maiores nem outros comentários. Fala-se em liquidação por meio de prestação de contas, porquanto os negócios realizados pelo sócio ostensivo são negócios apenas dele. Somente ele, assim, é o competente para liquidá-los, bem como para prestar aos demais sócios as contas dos resultados sociais obtidos ou dos prejuízos verificados. Nesse caso, não há liquidantes, pois não há gerentes sociais.

60. O sócio oculto da sociedade em conta de participação tem o regular direito de ver aclarada a real situação da sociedade *ad intra* de que participa, de modo que normalmente

---

<sup>386</sup> Cf. *RT*, 573/104.

<sup>387</sup> Cf. *RT*, 573/104.

<sup>388</sup> Cf. *JTJ*, 177/161.

<sup>389</sup> Cf. *RT*, 573/104.

<sup>390</sup> Cf. *RT*, 342/205.

detém a legitimidade para a ação de prestação de contas. E o dever de prestá-las incumbe ao sócio ostensivo, que é quem, normalmente, haverá de integrar o pólo passivo em eventual demanda dessa natureza aforada pelo sócio participante. Mas o sócio ostensivo, ao mesmo tempo em que tem o dever de prestar as contas, também tem o direito de se exonerar desse dever. E o sócio oculto, ao mesmo tempo que tem o direito de exigir as contas, também tem a obrigação de recebê-las. Por isso, se, nos casos normais, a legitimação ativa para a prestação de contas é do sócio participante, enquanto a legitimação passiva para a demanda judicial é do sócio ostensivo, nada impede que, excepcionalmente, a iniciativa da demanda e as posições processuais se invertam.

61. Embora, em razão de seu caráter *sui generis*, normalmente a conta de participação se liquide por prestação de contas, não deixa ela, todavia, de ser verdadeira sociedade. Como tal, pode muito bem ocorrer que, por exemplo, em se tratando de sociedade por prazo indeterminado, venha a ocorrer a supressão da *affectio societatis* por parte de um dos sócios participantes, o qual não quer o fim da sociedade entre o sócio ostensivo e os demais participantes, mas apenas retirar-se do grupo com seus haveres. Se, em tal situação, contudo, vê ele esse intento barrado pela vontade dos demais, nada impede que, em vez de simples pedido de prestação de contas, ajuíze ele demanda em que vise à dissolução e à apuração de haveres.<sup>391</sup>

62. Da inexistência de personalidade jurídica e, muito mais, da ausência de patrimônio próprio, decorre a impossibilidade de falência da sociedade em conta de participação. E, exatamente pelos mesmos motivos por que não pode ser declarada falida, também não pode invocar os favores da concordata.

63. O sócio participante apenas contribui com capital, não tem seu nome no exercício da atividade constitutiva do objeto social, não se responsabiliza por atuação alguma e não se obriga perante terceiro. Desse seu posicionamento conceitual em relação à sociedade, ao sócio ostensivo e aos terceiros, deflui a forçosa conclusão de que não pode ele ser declarado falido por débitos da sociedade, ainda que seja, por natureza, empresário.

---

<sup>391</sup> Cf. TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 71.485-4, j. 25.03.99, rel. Des. Munhoz Soares.

64. Se o sócio participante, ao largo de seu vínculo na sociedade em conta de participação, é empresário, tal condição o expõe ao risco de falir. Nesse caso, a falência será dele como empresário, e não da sociedade em conta de participação ou do sócio ostensivo. Nessa hipótese de sua falência nas condições referidas, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.

65. Se a contribuição do sócio participante se faz a título de transferência de propriedade, o sócio ostensivo passa a ser o único e integral titular de seu domínio. Assim, na hipótese de falência deste, o bem participa da norma geral dos bens sujeitos aos seus efeitos, já que passou a integrar-lhe o patrimônio. Por isso, o bem entregue pelo sócio participante fica, então, sujeito à *par conditio creditorum*.

66. Se, todavia, o sócio participante conservou a propriedade do bem, conferindo ao sócio ostensivo apenas seu uso, gozo e administração, ou se sobre ele se estabeleceu uma comunhão, a situação, então, é diversa. Na hipótese de haver transferido unicamente o uso, o gozo ou administração, o sócio participante pode reivindicar o bem não fungível, cuja propriedade se reservou totalmente. Por outro lado, se se estabeleceu sobre o bem uma comunhão, o participante poderá reivindicar a parte que lhe pertence. Em ambos os casos, o sócio ostensivo será considerado um mandatário, comissário ou depositário de tais bens, e viável será sua restituição. Para que se assegure uma situação dessa natureza, todavia, uma disposição clausular é extremamente salutar no contrato de constituição da conta de participação, sobretudo em virtude dos efeitos que a falência do sócio ostensivo gera sobre os bens com que para a sociedade contribuem os sócios participantes.

67. Para resumir, apenas os sócios ostensivos ou gerentes podem incorrer em falência, porque somente eles são os contratantes, e não a sociedade propriamente dita. Anote-se, todavia, que, em tal caso, a falência não será da sociedade em conta de participação, mas da empresa do sócio ostensivo. Por fim, do mesmo modo que pode falir, o sócio ostensivo, uma vez preenchidos os requisitos legais para tanto, pode também invocar os favores da concordata.

68. A falência do sócio ostensivo acarreta a seus credores os efeitos normais dos credores de qualquer falência: abre-se o concurso de credores, os créditos são verificados e ordenados de acordo com a hierarquia legal para recebimento, os bens são avaliados, as

dívidas são pagas, conforme a disponibilidade patrimonial da falida, de acordo com a ordem legal e as respectivas determinações.

69. Em relação à conta de participação, a falência do sócio ostensivo acarreta a necessidade de dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo contra o sócio ostensivo constituirá crédito quirografário, ou seja, destituído de privilégio algum ou preferência, conforme normal corolário da situação, que a nova codificação civil fez questão de erigir em disposição legal (CC, art. 994, § 2º).

70. Na hipótese de vários serem os sócios ostensivos, a falência de um deles deve ser considerada autonomamente. A dissolução social de que fala a lei será parcial, no que diz respeito aos débitos contra o ostensivo falido, que será o único responsável perante seus próprios credores. Quanto ao mais, nada impede a continuidade normal da conta de participação, com seu contrato social perdurando em validade apenas entre seus sócios remanescentes, quer os demais ostensivos, quer os participantes.



## REFERÊNCIAS

ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; REIS, Maria Flávia Curtolo. Sociedade em conta de participação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 794, p. 727-745, dez. 2001.

ALMEIDA, Amador Paes de. Sociedade em conta de participação – II. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 70, p. 161-166.

ALMEIDA, Carlos Guimarães de. A virtuosidade da sociedade em conta de participação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 5-16, out./dez. 1973.

ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

ANDRADE JUNIOR, Átilla de Souza Leão. *O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, e o livro II do “Direito de empresa”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 803, p. 18-28, set. 2002.

ASCARELLI, Tullio. A atividade do empresário. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 42, n. 132, p. 203-215, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 109, p. 183-189, jan./mar. 1998. Extraído de: *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell’impresa*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 145-160.

\_\_\_\_\_. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

\_\_\_\_\_. Sociedade em conta de participação e imposto de selo. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.

BABO, J. Sandoval. A sociedade em conta de participação. Seus característicos. Quebra de um dos sócios. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 153-154, jan./jun. 1933.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1. t. 1..

BECKER, Valter Carlos E. As sociedades em conta de participação em face do imposto de renda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 174, p. 478-480, nov./dez. 1957.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 1.

BORBA, José Edvaldo Tavares. *Direito societário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades, empresa e estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1980.

CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. Sociedade em conta de participação (Parecer). *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, p. 260-262, 1º semestre 1970.

CARLEZZO, Eduardo. Sociedade em conta de participação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 75, 16 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4216>>. Acesso em: 11 dez. 2005.

CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 828, p. 43-78, out. 2004.

CEGALLA, Domingos Paschoal. *Dicionário de dificuldades da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.  
\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.  
\_\_\_\_\_. *Manual de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.  
\_\_\_\_\_. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 63, p. 71-79, 1986.

COSTA, José Maria da. As obrigações solidárias. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 238-312.  
\_\_\_\_\_. *Manual de redação profissional*. Campinas: Millennium, 2002.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Consórcios de sociedades: validade e eficácia dos atos jurídicos praticados por seus administradores, nessa qualidade: titularidade dos direitos e das obrigações deles decorrentes. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, Nova série, v. 20, n. 44, p. 15-21, out./dez. 1981.

DE LUCCA, Newton. A atividade empresarial no âmbito do Projeto de Código Civil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1-3.

DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, Bento de. *Código Commercial brasileiro*: anotado de accordo com a doutrina, legislação e a jurisprudência, nacional e a estrangeira. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1920-1921. v. 1-2.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1944. v. 1.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo, Saraiva, 1961. v. 3.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

FRANK, Robert. *Microeconomics and Behavior*. 3. ed. Boston: Irwin/McGraw-Hill, 1997.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Tradução de Erasmo Valladão A. e N. França. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 129, p. 224-228, jan./mar. 2003.

GALIZZI, Gustavo Oliva. A sociedade em conta de participação como subespécie do gênero “joint venture”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 135, p. 206-218, jul./set. 2004.

GARCIA, Ayrton Sanches. Noções históricas de direito comercial. *Âmbito Jurídico*, mar., p. 1-40, 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcom0015.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Apontamentos de direito comercial*. Curitiba: Juruá, 1999.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da conta em participação*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 135, p. 76-88, jul./set. 2004.

LAMY, Alfredo; PEDREIRA, Bulhões. *A Lei das S.A.*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LISBOA, Roberto Senise. Princípios gerais dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 745, p. 27-40, nov. 1997.

LOBO, Jorge. A empresa: novo instituto jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 81-93, jan. 2002.

LOPES, Mauro Brandão. *A sociedade em conta de participação*. São Paulo: Saraiva, 1990.

LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 36-46, dez. 2003.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. 3. tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARIANI, Irineu. Responsabilidade civil dos sócios e dos administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 834, p. 58-73, abr. 2005.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 30. ed. rev., atual. e ampl. por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. São Paulo, LTr, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a impugnação à execução de título judicial (arts. 475-L e 475-M do CPC)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 396-415.

MÉLEGA, Luiz. As sociedades em conta de participação e o imposto sobre a renda. *Suplemento Tributário da Revista LTr*, São Paulo, v. 10, p. 55-60, 1988.

MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. 3. ed. posta em Dia por Achilles Bevilaqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 4, livro II.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 2ª parte*. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. v. 5.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.

MORAES, Francisco Chagas de. A equiparação da sociedade em conta de participação à pessoa jurídica. *Suplemento Tributário da Revista LTr*, São Paulo, v. 65, p. 363-364, 1987.

MORAIS, Antão de. Sociedade em conta de participação – “Investment trusts” – Sociedades de crédito, financiamento ou investimentos (Parecer). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 165, p. 70-73, maio/jun. 1956.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. Sociedade em cota de participação. Sócio oculto. Imposto sobre a renda na fonte. *Suplemento Tributário LTr*, São Paulo, v. 14, p. 83, 1983.

PICCHI, Flavio Augusto. A sociedade em conta de participação e os contratos de investimento coletivo: paralelismo e assimetria. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 43, n. 134. p. 193-205, abr./jun. 2004.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; WIEGERINCK, João Antonio. O direito societário e as alterações introduzidas pelo novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 816, p. 11-25, out. 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 49.

PORTUGAL, Bernardo Lopes. A sociedade em conta de participação no novo Código Civil e seus aspectos tributários. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157-164.

PRIETO, Jesús Prieto de. *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid: Civitas, 1991.

REALE, Miguel. Invenções sobre o Código Civil. *O Estado de São Paulo*, 15 fev. 2003.

\_\_\_\_\_. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Visão geral do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

REQUIÃO, Rubens. Anteprojeto de Lei de Sociedade por Ações. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, Nova série, v. 14, n. 17, p. 111-125, 1975.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 23. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 24. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 25. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito falimentar*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1982.

RIBEIRO, Milton Nassau. Fundamentos e efeitos jurídicos da governança corporativa no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 127, p. 165-174, jul./set. 2002.

RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris: LGDJ, 1946.

\_\_\_\_\_. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: LGDJ, 1936.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria: formas associativas não personalizadas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova série, São Paulo, v. 36, n. 105, p. 37-42, jan./mar. 1997.

SANCHES, Sydney. Conseqüências da não denúncia da lide. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 5, n. 14, p. 117-119, nov. 1978.

SOUZA, Marco Antônio de. Alguns aspectos jurídicos da sociedade em conta de participação. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, Universidade de Franca, v. 13, p. 132-133, 2004.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky, 1979. v. 2.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, vol. 810, p. 33-50, abr. 2003.

TRENTINI, Flavia. O novo conceito de empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 813, p. 11-25, jul. 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

ZORTÊA, Alberto João. Sociedade comercial em conta de participação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 380-387, out./dez. 1980.