

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Marcos Andrey de Sousa

A Construção da Cota de Sociedade Empresária Limitada

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Marcos Andrey de Sousa

A Construção da Cota de Sociedade Empresária Limitada

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais – sub área Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

*À minha família,
Minha esposa Daiana
Meus filhos Lucca e Mariah*

AGRADECIMENTOS

Seria impossível destacar todas as pessoas que de alguma forma contribuíram pelo fechamento deste projeto de vida. Mas não poderia deixar de prestar minhas sinceras homenagens ao meu falecido pai, Aquilino e minha mãe Zenita, às minhas irmãs e a sobrinha Mariana, que prestaram importante auxílio. Ao escritório Cavallazzi, Andrey, Restanho & Araujo, em especial, aos meus sócios Tullo Cavallazzi Filho, Alexandre Brito de Araujo e Everaldo Luis Restanho, bem como aos demais membros, pelo apoio e contribuição. Ao orientador desta tese, Professor Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças, e aos professores, eternos orientadores, Doutor Fábio Ulhoa Coelho, Doutor Adalberto Simão Filho e Doutor Newton De Lucca. E ainda, minhas homenagens aos fiéis colegas de mestrado e doutorado, Ramon, Letícia, Tânia e Michele.

RESUMO

Esta tese defende a delimitação da norma aplicável para reger a constrição judicial da cota de sociedade empresária limitada, tendo em vista o advento do Código Civil de 2002, as reformas do Código de Processo Civil ditadas pela Lei 11.382/2006 e as legislações falimentares vigentes.

O tema é relevante porque enfrenta institutos importantes para a comunidade sócio-econômica: a sociedade limitada, que é o tipo societário mais utilizado no país; a atividade empresarial, com os interesses sociais que em torno dela gravitam; e a recuperação do crédito, hoje amparada por direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva.

A justificativa da escolha do tema decorre das críticas de abalizada doutrina arguindo os malefícios que a liquidação da cota pode provocar na atividade empresarial, atingindo os interesses sociais inerentes, além dos entraves procedimentais para a satisfação do credor. Ademais, as legislações estrangeiras, que inspiraram a nacional, apresentam soluções diferenciadas e específicas para as sociedades de pessoas com responsabilidade ilimitada e para a sociedade limitada, demonstrando a impropriedade de se aplicar supletivamente a esta as regras da sociedade simples que regem o tema.

A defesa ampara-se na invocação de princípios para determinar os significados normativos, evitar antinomias e delimitar a aplicação da normativa que mais se coadune com os seus fins.

O trabalho é desenvolvido através de pesquisa de doutrina e legislações, nacionais e estrangeiras, utilizando de linguagem descritiva, na análise das legislações e prescritiva para a construção da posição defendida.

ABSTRACT

This dissertation defends the delimitation of the applicable norm to rule the judicial constriction of private limited company share, having in mind the advent of the 2002 Civil Code, the Civil Procedure Code reforms ruled by Law number 11.382/2006, and the bankruptcy laws in force.

This subject is relevant because it faces institutions which are important to the socio-economic society: the limited company, which is the most used societary type in this country; the business activity, with the social interests that surround it; and the trust recovery, which is supported nowadays by fundamental rights concerning actual jurisdictional guardianship.

This subject choice is due to the criticism made by the distinguished doctrine arguing about the harm that bankruptcy can cause on business activity, reaching inherent social interests, not to mention the procedural hindrances in attaining the obligee's satisfaction.

Furthermore, foreign legislations, which inspired the national ones, offer dedicated and specific solutions to companies comprised by people with unlimited responsibility, and to limited companies, showing the impropriety of supplementarily applying on them the simple society rules.

This defence is supported by the invocation of principles to determine the normative meanings, to avoid antinomies and to delimitate the application of the most appropriate normative position.

This work is developed through research of doctrine and legislations, both national and foreign, using descriptive language on the analysis of legislations, and prescriptive language to build up the defended position.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	i
CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E A ESTRUTURA NORMATIVA	8
1.1 Colocação do problema	8
1.2 O enfoque teórico.....	Erro! Indicador não definido.
1.3 Interpretação e aplicação do direito empresarial	Erro! Indicador não definido.
1.4 Princípios, regras e valores	36
1.4.1 A questão da colisão entre regras e princípios	52
1.4.2 As funções dos princípios.....	60
CAPÍTULO II - A SOCIEDADE LIMITADA	67
2.1 O direito societário empresarial no Código Civil de 2002	67
2.1.1 A noção de sociedade	76
2.1.2 Tipos societários	80
2.1.3 As sociedades simples e as sociedades empresárias.....	85
2.2 A sociedade limitada no Código Civil de 2002	92
2.2.1 Algumas comparações entre o artigo 18 do Decreto 3.708\19 e artigo 1.053 do Código Civil.....	95
2.2.2 Os limites de aplicação da lei de regência supletiva	100
2.3 A natureza da sociedade limitada	111
2.4 Princípios norteadores da sociedade limitada	120
2.4.1 Princípio da livre associação	120
2.4.2 Princípio da função social da empresa	127
2.4.2.1 A função social da propriedade	128
2.4.2.2 A função social da propriedade empresarial	135
2.4.2.3 A função social da empresa no Código Civil	142
2.4.2.4 A preservação da empresa	145
2.4.2.5 Conclusão	149
CAPÍTULO III - O CAPITAL SOCIAL E AS COTAS DA SOCIEDADE LIMITADA	153
3.1 Noções de capital social	153
3.2 Diferenças entre capital social e patrimônio social	155
3.3 Funções do capital social	157
3.4 A cota da sociedade limitada.....	159

3.4.1	Posições acerca da natureza jurídica da cota	159
3.4.2	A cota social e sua qualificação como bem	165
3.5	A transmissão da cota da sociedade limitada	179
3.6	As características da cota no ordenamento brasileiro.....	185
CAPÍTULO IV - A CONSTRICÃO DA COTA DA SOCIEDADE LIMITADA		194
4.1	As correntes antes do advento do Código Civil edas reformas do Código de Processo Civil	197
4.1.1	Impenhorabilidade asboluta.....	197
4.1.2	Penhorabilidade condicionada.....	199
4.1.3	Penhorabilidade relativa	200
4.1.4	Penhorabilidade absoluta.....	206
4.1.5	Conclusão	209
4.2	O instituto no direito brasileiro.....	211
4.2.1	Código Civil de 2002.....	211
4.2.2	As reformas do Código de Processo Civil	222
4.2.2.1	Objetivos da reforma	222
4.2.2.2	Aplicação da norma	227
4.2.3	A legislação falimentar.....	243
4.2.4	O direito projetado.....	247
4.3	O instituto no direito estrangeiro	249
4.3.1	O direito italiano	249
4.3.2	O direito português	261
4.3.3	O direito argentino.....	267
CAPÍTULO V - POSSIBILIDADES CONFORME O DIREITO VIGENTE.....		271
5.1	Entendimentos pela aplicação do artigo 1.026 do Código Civil e pela possibilidade de liquidação da cota à luz do Código de Processo Civil	273
5.1.1	Críticas às soluções do artigo 1.026 do Código Civil	284
5.1.2	Desdobramentos da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil	290
5.1.2.1	Descumprimento da obrigação pela sociedade.....	290
5.1.2.2	Sujeição dos credores às regras do contrato e das deliberações sociais	293
5.1.2.3	Dificuldades procedimentais da liquidação.....	296
5.1.2.4	Prestação de contas.....	298
5.1.3	Conclusão	299

5.2 A inaplicabilidade do artigo 1.026 do Código Civil e da liquidação à sociedade empresária limitada.....	300
5.2.1 O artigo 1.026 do Código Civil e a regência supletiva.....	300
5.2.2 A inexistência de antinomia entre o artigo 1.026 do Código Civil e as regras do Código de Processo Civil	304
5.2.3 Os princípios incidentes e suas possíveis colisões	307
5.2.3.1 O artigo 1.026 do Código Civil e o princípio da livre associação.....	309
5.2.3.2 A liquidação da cota e a função social da propriedade e da empresa..	311
5.2.3.3 O artigo 1.026 do Código Civil e o princípio da efetividade do processo	314
5.3 A aplicabilidade das regras do Código de Processo Civil para a constrição da cota de sociedade empresária limitada.....	317
5.3.1 A resolução de conflitos entre as regras e os princípios incidentes.....	318
5.3.2 As dificuldades de aplicação do Código de Processo Civil e suas possíveis soluções.....	321
5.4 A constrição da cota na falência do sócio de sociedade limitada.....	327
CONCLUSÃO.....	330
BILBIOGRAFIA	

INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é apresentar contribuição para a delimitação da norma aplicável para reger a constrição judicial da cota de sociedade empresária limitada. Mais precisamente, analisar a aplicação e extensão das regras vigentes acerca do tema, tendo em vista o advento do Código Civil de 2002, as últimas reformas do Código de Processo Civil e as legislações falimentares vigentes.

O que motivou a escolha o tema não foi apenas sua inquestionável relevância, por representar a sociedade limitada o tipo mais utilizado em nosso país, mas também porque, embora a doutrina e a jurisprudência tivessem encontrado solução para a questão num período em que a legislação era omissa a respeito, o advento de regras específicas, ao invés de proporcionar mais certeza, segurança e previsibilidade, motivou o surgimento de opiniões díspares, provocando incertezas não só na delimitação da norma regente, como também na sua aplicação efetiva.

Entendemos que diante do novo regramento é imprescindível, preliminarmente, avaliar se as construções doutrinárias e jurisprudenciais ainda se mostram atuais e suficientes para orientar a resolução dos casos concretos, ou se há a necessidade de uma ampla readequação para que não fiquem as margens do ordenamento vigente. E, num segundo momento, delimitar qual norma deve ser aplicável na hipótese do credor pessoal de sócio de sociedade empresária limitada buscar sua satisfação na cota social do seu devedor.

O tema possui natureza híbrida, mesclando-se no ramo do direito societário e empresarial e no ramo do direito processual, ambos norteados pelo comando constitucional. Por conta deste hibridismo as novidades legais provocaram manifestações da doutrina comercialista e processualista, que não têm apresentado opiniões uniformes.

Com efeito, a abordagem do tema envolve questões societárias, empresariais e processuais. E neste sentido, encontramos posições da doutrina comercialistas demonstrando preocupações com as questões sobretudo empresariais, refletindo os possíveis impactos que a constrição da cota da sociedade podem gerar na atividade empresarial e nos interesses que em torno dela gravitam. Mas, por incrível que possa parecer, encontramos na doutrina processualista posições deveras conservadoras com os aspectos societários, invocando argumentos pela necessidade de se respeitar a *affectio societatis* e o *intuitus personae*, mesmo que a solução sugerida não se coadune com os anseios da efetividade do processo.

A existência destas posições vacilantes, embora cada qual imbuída de argumentos lógicos, exige o enfrentamento do tema para contribuir na consolidação de uma posição visando conferir, o quanto antes, previsibilidade para uma questão por demais importante. O tema intriga e merece cautela já que trata com aspectos fundamentais da vida em sociedade, que são a busca pela satisfação do crédito, a harmonização dos interesses dos sócios e sociedade empresária, bem como a exploração de atividade empresarial, cuja função social é preconizada por princípios constitucionais e infra constitucionais.

Para a elaboração e defesa da tese utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica de literatura nacional e estrangeira, pesquisa de legislação nacional e estrangeira, além de precedentes jurisprudenciais, mediante análise de conteúdos.

Quanto ao método, parece prevalecente o entendimento de que o método e investigação na ciência do direito seja o dedutivo, na medida em que o raciocínio exposto independe de provas experimentais e se desenvolve de uma verdade admitida para uma nova verdade graças às regras de inferência das proposições¹. Ressalvamos, a propósito, a posição preconizada por MIGUEL REALE, no sentido de que nossa época se caracteriza pelo pluralismo metodológico, onde o indutivo e o dedutivo se complementam. Todavia, é o mesmo autor que alerta que no direito o método indutivo possa estar presente na elaboração e promulgação do conjunto coordenado de proposições normativas, ou seja, das leis. Uma vez estas promulgadas, prevalece o método dedutivo a fim de inferir quais as suas conseqüências disciplinadoras dos fatos sociais.²

O trabalho possui um enfoque teórico sobretudo dogmático, na medida em que parte e se sustenta no ordenamento jurídico, embora sugira a reflexão acerca de possíveis incertezas solucionáveis também com base na normativa vigente. Todavia, possui concomitantemente, porém em menor medida, uma análise zetética empírica e aplicada, porque não se limita no enfrentamento de questões meramente formais e

¹ Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 83/84.

² *Lições Preliminares de Direito*, Ob. cit., p. 84

lógicas das proposições, sugerindo a investigação conforme a realidade social e econômica, e ocupando-se do direito como um instrumento atuante visando o atendimento dos anseios sociais.

Embora se trate de trabalho que analisa legislação empresarial, as normas enfrentadas são de caráter imperativo e não descritivo ou enunciativo, sobretudo porque uma das bases da defesa é que tanto a delimitação da norma regente, como sua aplicação efetiva, independe da vontade dos sócios, sendo ditada por normas de ordem pública, inderrogáveis pelos particulares.

A construção da tese partirá de linguagem descritiva acerca de regras, princípios e precedentes jurisprudenciais, para a defesa de posição mediante linguagem prescritiva, sendo esta preponderante na conclusão e defesa da tese, na medida em que se defenderão condutas, interpretações e aplicações.

Para tanto, invocaremos e conceberemos a função normativa dos princípios, seja como fonte justificadora da normativa aplicável, como também para o estabelecimento e resolução de colisões entre regras e princípios que se irradiam sobre o assunto abordado.

O trabalho está dividido em cinco capítulos. No primeiro deles colocar-se-á o problema, a delimitação do enfoque teórico de abordagem e as estruturas normativas, compostas por regras e princípios. Quanto a este último tópico, o propósito é apresentar as concepções modernas acerca de enunciado normativo, normas, regras, princípios e valores, investigar as possíveis diferenças entre regras e princípios, as

possibilidades de conflitos e as formas de resolução. E, finalmente, apresentar qual a função dos princípios para bem compreender e fundamentar sua invocação na solução do problema levantado.

No segundo capítulo far-se-á uma abordagem acerca da sociedade empresária limitada, situado-a no ordenamento vigente, especialmente na teoria da empresa. Três aspectos desta abordagem são fundamentais para a construção sustentada. A concepção da sociedade como uma sociedade empresária, embora possa existir sociedade simples que assuma sua forma. A exata compreensão de como a sociedade limitada é regida, tendo em vista a técnica de regência supletiva adotada pelo Código Civil brasileiro. No caso, um aspecto central da tese é a fixação do teor e do alcance do artigo 1.053 do citado diploma que determinará se o artigo 1.026 é ou não aplicável à sociedade limitada. E o outro aspecto é a análise acerca da natureza da sociedade limitada, para concluir se esta interferirá ou não na expropriação da cota por credor pessoal de sócio.

O propósito do terceiro capítulo é apresentar qual a concepção jurídica de capital social e de cota social, refletindo e sugerindo sua aceção como um bem e, conseqüentemente, passível de constrição. A referida abordagem é também relevante, haja vista a existência de opiniões divergentes sobre a questão, ocasião em que, após feito este apanhado, procurar-se-á sugerir uma posição consolidada acerca da natureza jurídica da cota da sociedade limitada.

A partir de então abordar-se-á a questão central da constrição da cota da sociedade limitada. No quarto capítulo apresentar-se-ão todas as

correntes acerca do tema, construídas antes do advento do Código Civil de 2002 e das últimas reformas do Código de Processo Civil. Depois apresentar-se-á a investigação das legislações que regulam a constrição de cota de sociedade limitada no direito brasileiro, sobretudo no Código Civil, no Código de Processo Civil e na legislação falimentar, nas legislações estrangeiras, notadamente, do direito italiano, português e argentino, além de previsões em legislação projetada. A utilidade desta análise é constatar as semelhanças estruturais e dos escopos entre a legislação nacional e estrangeira, para poder colher desta os resultados das experiências e construções doutrinárias interpretativas, para inspirar a construção de sugestões que correspondem com os anseios mas que não se distanciem do ordenamento vigente.

E é no quinto capítulo onde serão apresentadas as duas hipóteses de resolução do tema. Uma delas que sustenta a satisfação do credor de sócio através da execução dos frutos da cota ou da sua liquidação, que pode ser construída a partir da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade limitada pela técnica da regência supletiva, ou a partir da interpretação dos dispositivos do Código de Processo Civil. No desenvolvimento desta hipótese serão apresentados os diversos posicionamentos e críticas da doutrina comercialista e processualista acerca da solução pela liquidação da cota para a satisfação do credor, as dificuldades operacionais, além dos princípios que incidem ou que com ela possam colidir.

E a outra hipótese corresponde à defesa da presente tese, oportunidade em que invocar-se-á a função normativa dos princípios que norteiam as atividades empresariais e de efetividade processual para dar

significado aos enunciados normativos e determinar a interpretação destes da forma que melhor se coaduna com seus fins. Através desta construção, a pretensão é construir e sugerir a construção de acordo com o ordenamento jurídico vigente que se julga mais adequada aos anseios modernos, contribuindo assim para uma solução mais previsível e eficiente acerca da satisfação do credor pela expropriação de cota de sociedade empresária limitada.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E A ESTRUTURA NORMATIVA

1.1. A colocação do problema

A sociedade limitada é um tipo societário de inquestionável importância na realidade empresarial, sendo, certamente, pelo menos em termos numéricos, o mais utilizado em nosso país. Uma questão intrigante que envolve o instituto diz respeito à possibilidade, procedimentos e conseqüências da constrição da cota de sociedade empresária limitada por dívidas pessoais de sócios, seja em execução individual ou coletiva. A questão no Brasil sempre provocou polêmicas, tendo em vista a omissão, outrora, de regras específicas e claras, sejam elas de direito comercial, material, como de direito processual civil.

Com efeito, o Decreto 3.708/19 era absolutamente omissivo acerca do tema. Ainda que o Código de Processo Civil de 1939 contivesse alguns dispositivos de possível aplicação, havia a necessidade do emprego, concomitante, das regras do Código Comercial, então vigente. O advento do Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, revogando o anterior, não teve o condão de solucionar a questão a contento, pairando na doutrina e na jurisprudência pátrias enormes dúvidas e discussões a respeito.

Esta realidade, como não poderia deixar de ser, implicou no surgimento de opiniões divergentes, contribuindo para incertezas e falta de previsibilidade, seja para a vida societária, como para a recuperação do crédito por parte do credor, implicando em custos de transação manifestamente indesejados.

As discussões ensejavam a solução dos conflitos não apenas entre o credor e o devedor (sócio de sociedade limitada), mas também entre os divergentes interesses a serem tutelados: da sociedade e dos sócios remanescentes. Com efeito, de um lado está o interesse do credor, amparado em normas de ordem pública, em satisfazer seu crédito. E, de outro lado, o interesse da sociedade e dos sócios remanescentes que não desejam ter um estranho no quadro social, o que poderá ocorrer na hipótese das cotas penhoradas serem arrematadas em hasta pública por terceiros.

Inúmeras correntes de pensamento surgiram acerca do tema. Uma, no sentido de que as cotas eram absolutamente impenhoráveis tendo em vista o caráter *intuitu personae* da sociedade limitada, devendo ser garantido a *affectio societatis*, que restaria abalada na hipótese do pracemento das cotas com arrematação por terceiros estranhos ao quadro social. Outra, que entendia que a possibilidade ou não da penhora das cotas dependeria do que dispusesse o contrato social acerca da sua circulação. Se não houvesse no contrato social vedação de cessão de cotas sem anuência dos demais sócios, então é porque estes priorizam o caráter *intuitu pecunia* da sociedade, sendo as cotas alienáveis, voluntária ou involuntariamente, e, portanto, penhoráveis. Mas, se a cessão das cotas para terceiros dependesse da anuência dos demais sócios, então o caráter *intuitu personae* seria preponderante, sendo as cotas sociais inalienáveis involuntariamente e, portanto, impenhoráveis. Havia também o entendimento de quem, embora defendesse a impenhorabilidade das cotas de sociedade limitada fundada na necessidade de respeito a *affectio societatis*, pela preponderância do caráter *intuitu personae* da sociedade limitada, sustentava a possibilidade de fazer recair a constrição judicial sobre os lucros que caberiam ao sócio devedor. E, por fim, destaca-se a corrente mais recente, que entende que as cotas sociais são absolutamente penhoráveis em qualquer caso, sob o fundamento de que as cotas não estão arroladas dentre os bens impenhoráveis, e

ainda, que as regras privadas do contrato social não poderiam limitar e/ou se sobrepor às normas de ordem pública que garantem a satisfação do credor.³

Uma reflexão atual e necessária consiste justamente em avaliar se as posições doutrinárias e jurisprudenciais que se estabeleceram acerca do tema se coadunam com as novas regras preconizadas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil. Esta reflexão é um dos propósitos do presente trabalho, que ainda sugere, ao final, uma possível solução diante do direito positivo vigente e dos demais princípios que regem a empresa, o direito societário e o direito de propriedade.

O Código Civil de 2002 passou a regular as sociedades no direito brasileiro, estatuinto, no Título II, do Livro II, inúmeros tipos societários. Destacam-se, para desenvolvimento do trabalho, as disposições acerca da sociedade simples (sociedade não empresária), contidas nos artigos 997 a 1.038, e da sociedade limitada (sociedade empresária), contidas nos artigos 1.052 a 1.087, que revogaram o decreto 3.408/19, até então regente das *sociedades por cotas de responsabilidade limitada*.

A constrição da cota social passou então a ser prevista e regulada no artigo 1.026⁴ do Código Civil, contido no capítulo que rege a sociedade simples. Preconiza-se, todavia, quase que à unanimidade⁵, que o referido

³ O desenvolvimento acerca das correntes de pensamento sobre o tema, com seus respectivos fundamentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, será exposto no item 4.1 deste trabalho.

⁴ “Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.”

⁵ No item 5.1 serão expostas as opiniões de abalizada doutrina nacional acerca do assunto.

dispositivo aplica-se supletivamente às sociedades limitadas tendo em vista o disposto no artigo 1.053 do Código Civil.

FÁBIO ULHOA COELHO⁶, exemplificativamente, entende que o artigo 1.026 do Código Civil é aplicável supletivamente às sociedades limitadas, por força do artigo 1.053 do mesmo Código, quando o contrato social não elege expressamente as normas das sociedades anônimas como regência supletiva. JOSÉ WALDECI LUCENA⁷ defende que o referido dispositivo é aplicável mesmo às sociedades limitadas regidas supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas, pelo que dispõe o artigo 1.089 do Código Civil, já que na lei 6.404/76 não existe qualquer dispositivo sobre a matéria.

Surge, neste ponto, uma questão, ligada ao cerne do trabalho, que é justamente a aplicação ou não das regras do artigo 1.026 do Código Civil às sociedades limitadas, cuja solução é sugerida e defendida nesta tese. Enfrentando o teor e o conteúdo do referido artigo podemos sugerir, numa análise perfunctória, que as questões acerca da constrição da cota restaram resolvidas. Todavia, demonstra-se que, ainda que a nova norma aparentemente tenha suprido lacunas normativas da legislação revogada, o certo é que ela tem sido alvo de sérias críticas, além de provocar novas possibilidades de interpretação e enormes dificuldades de aplicação prática, a justificar seu enfrentamento no presente trabalho.

Pelo disposto no artigo 1.026 do Código Civil, na hipótese do devedor não possuir outros bens suficientes para a satisfação do seu débito, o credor respectivo pode fazer a execução recair sobre o quinhão que couber àquele na sociedade (lucros ou parcela do reembolso em dissolução) ou postular a

⁶ *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 111\112.

⁷ *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

liquidação das suas cotas, cujo valor deve ser pago pela sociedade em 90 (noventa dias), ocasião em que o sócio devedor é excluído da sociedade. A análise do dispositivo conduz à conclusão de que o legislador protegeu por completo a possibilidade de ingresso de estranhos no quadro social e, ao mesmo tempo, procurou viabilizar a satisfação do crédito pelo credor.

Todavia, a regra sugere inseguranças e incertezas. De um lado porque, optando o credor pela liquidação da cota, a sociedade será descapitalizada para pagamento de dívida de sócio. E, de outro lado, a falta de regras claras e objetivas sujeitará o credor a um complexo procedimento processual, de resultado incerto e custoso.

Desta feita, a aplicação da solução contida no artigo 1.026 do Código Civil na hipótese de execução de dívida por credor pessoal de sócio de sociedade empresária limitada vai de encontro com os princípios basilares da preservação empresa, além de não se coadunarem com a necessidade, reconhecida nos dias atuais, de facilitar a recuperação de crédito pelo credor.

Neste sentido, justifica o enfretamento da questão neste trabalho, não para acrescentar críticas às já existentes e fazer surgir outras. Mas, além de tudo, para apresentar sugestões e defender soluções que melhor se coadunam com o ordenamento e os princípios gerais vigentes.

Para complementar a problemática do tema, após o advento do Código Civil, que adotou a regra contida no artigo 1.026 acima mencionado, o Código de Processo Civil brasileiro passou por inúmeras reformas, destacando-se a ditada pela Lei 11.382/2006, que modificou o artigo 655, inciso VI, do Código de Processo Civil, acrescentando à ordem preferencial dos bens sujeitos à penhora “*as ações e quotas de sociedades empresárias*”. Além disso, inseriu o §4º do

artigo 685-A, que por sua vez determina a intimação da sociedade em caso de penhora de *quota*, garantindo o direito de preferência aos sócios.

A análise das referidas modificações do Código de Processo Civil sugere que o legislador processual brasileiro aderiu às soluções já adotadas em direito alienígena e estratificou posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Com efeito, duas questões restaram solucionadas pelo Código de Processo Civil. A primeira, de que é plenamente possível a penhora de cota de sociedade limitada empresária. E a segunda, de que a sociedade e os demais sócios podem se proteger contra o ingresso de estranhos na sociedade, mediante o exercício do direito de preferência na aquisição das cotas.

É bem verdade que algumas questões importantes restaram omissas e que poderiam ser melhor reguladas, como por exemplo, garantir que terceiros indicados pelos sócios adquiram as cotas, caso estes ou a sociedade não tenham interesse e/ou condições financeiras para tanto. E o principal, faltou estabelecer prazos específicos para possibilitar a capacidade de pagamento da sociedade, caso opte pela amortização das cotas, a exemplo do que preconiza o direito português. Ressalvadas estas e outras questões, é bem verdade que as modificações foram salutares, podendo atribuir maior previsibilidade e, conseqüentemente, maior segurança jurídica às relações.

Todavia, faz surgir uma enorme questão. É que a solução adotada pelo Código de Processo Civil passou a ser diametralmente oposta em relação àquela adotada pelo código civil. Enquanto o Código de Processo Civil determina que a cota de sociedade limitada empresária pode ser penhorada e levada para adjudicação ou arrematação, ressalvado o direito de preferência aos sócios, o Código Civil, conforme a regra do artigo 1.026, não permite a penhora e o

praceamento da cota, mas, visando impedir o ingresso de estranhos ao quadro social, confere duas alternativas ao credor: participar do quinhão cabível ao sócio devedor, mantendo-se este no quadro social; ou postular a liquidação da cota, com conseqüente exclusão de pleno direito do sócio devedor.

Disto surge o questionamento se existe antinomia jurídica entre as regras do Código Civil e as do Código de Processo Civil vigentes. E ainda, qual regra deve prevalecer num caso concreto de execução por dívida pessoal de sócio de sociedade limitada empresária. A problemática acima também compõe a justificativa do trabalho, implicando a necessidade de defesa de solução que melhor se adegue ao nosso ordenamento.

Analisando o que dispõe as legislações estrangeiras sobre a matéria, chamam atenção as regras do direito italiano, português e argentino que, por tais razões, são estudadas com para a construção desta tese.

É que o Código Civil italiano, regulando a sociedade simples, contém, no artigo 2.270, disposição idêntica a do artigo 1.026 do Código Civil Brasileiro. Assim sendo, no direito italiano o credor de sócio de sociedade simples não tem condições de penhorar a cota social, mas optar pela participação nos lucros ou requerer a liquidação da cota.

Porém, o mesmo Código italiano contém regra diversa e específica para sociedade limitada, prescrita no artigo 2.480, que determina, em suma, que a cota social pode ser objeto de expropriação; que a sociedade deve ser intimada da ordem judicial que determina a alienação da cota; que caso não haja acordo entre o credor, o devedor e a sociedade acerca da venda da cota, ela poderá ser alienada a terceiros, mas desde que a sociedade não apresente, num prazo de 10 (dez) dias, um outro adquirente que ofereça o mesmo preço.

Destacamos, portanto, que na Itália não há previsão para a liquidação da cota de sociedade limitada por iniciativa de credor pessoal de sócio. Esta possibilidade é prevista apenas e tão-somente para a sociedade simples.

Semelhante postura é a do direito português. O Código das Sociedades Comerciais de Portugal preconiza no artigo 183, aplicável às sociedades em nome coletivo, regra idêntica a contida no artigo 1.026 do Código Civil brasileiro. Mas, para as sociedades limitadas estabelece uma série de outras regras e possibilidades que visam, reconhecidamente, garantir e proteger a atividade empresarial e todos os demais interesses envolventes.

Neste sentido, o artigo 239 do referido código prescreve, para as sociedades limitadas, em suma, a alienação judicial da cota, garantindo à sociedade e aos sócios o direito de preferência ou a indicação de um terceiro adquirente, para evitar o ingresso de estranhos na sociedade. E ainda, na hipótese da sociedade optar pela amortização da cota social constritada, facultada expressamente no artigo 239, garante, pelo disposto no artigo 235, o pagamento das cotas arroladas, arrestadas, penhoradas ou arrecadadas em falência ou insolvência civil em duas parcelas, uma dentro de seis meses e outra dentro de um ano, a contar da fixação definitiva do respectivo valor.

São regras que demonstram a preocupação do legislador português em satisfazer os interesses da sociedade e dos sócios em manter o quadro social, não só conferindo a possibilidade de amortização das cotas, mas, também e principalmente, garantindo a capacidade de pagamento mediante condições favoráveis, mantendo dentro do possível, a saúde financeira da sociedade e atendendo os anseios societários e da empresa (atividade).

O direito argentino trás disposições semelhantes às do direito italiano. A Lei n. 19.550 estabelece no artigo 57, para as sociedades em geral, que os

credores não podem fazer vender a participação societária, mas apenas exigir os lucros ou a cota parte do devedor na liquidação. Todavia, o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de venda das cotas ou ações das sociedades limitadas ou anônimas, nos limites da lei.

Especificamente em relação às sociedades limitadas, o artigo 153 preconiza a possibilidade de execução forçada das cotas, ao mesmo tempo em que determina a intimação da sociedade com 15 (quinze) dias de antecipação da arrematação. Ademais, o juiz não adjudicará a arrematação se dentro de 10 (dez) dias a sociedade, os sócios ou um terceiro adquirente indicado exercerem a opção de compra pelo mesmo preço da arrematação.

O que se extrai de comum das legislações alienígenas é que elas contêm uma regra para as sociedades simples ou para as sociedades em geral, que impede a alienação judicial da cota social para terceiros estranhos, mas possibilita a participação do credor nos lucros ou na liquidação da cota. Porém, para as sociedades limitadas, reconhecendo que estas exercem atividade empresarial, o que exige proteção e garantias específicas, não há previsão de liquidação da cota, mas de sua alienação judicial com garantia de preferência para os sócios, para a sociedade ou terceiros indicados.

No direito brasileiro, o Código Civil prevê no artigo 1.026 regra específica para a sociedade simples, idêntica às do direito italiano, português e argentino. Mas, no capítulo que regula a sociedade limitada, composto pelos artigos 1.052 a 1.087, nada dispõe a respeito. Como existe regra de regência supletiva em caso de omissão, a aplicação do artigo 1.026 para as sociedades limitadas, tendo em vista o disposto nos artigos 1.053 e 1.089, parece consequência lógica, razão pela qual vem sendo sustentada pela doutrina nacional.

Alerte-se, todavia, que a sociedade simples não é sociedade empresária, o que impede questionar a eventual incompatibilidade de alguns dos dispositivos que a regulam para aplicação nas sociedades limitadas, estas eminentemente empresárias. Com efeito, a aplicação da norma de regência supletiva não é absoluta, mas limitada à compatibilidade com o instituto regido, respeitando-se os seus princípios gerais e específicos.

No direito brasileiro a necessidade de compatibilidade da norma supletiva sempre foi preconizada e discutida, desde da época em vigorava o Decreto 3.708/19 que previa, no artigo 18, a aplicação das normas das sociedades anônimas quando o contrato social da sociedade limitada fosse omissivo.

A discussão persiste, com o advento do código civil, tendo em vista o disposto no artigo 1.053, que possibilita o contrato social da sociedade limitada eleger expressamente a lei da sociedade anônima como norma supletiva nas hipóteses de omissão não mais do contrato, mas da própria capítulo do Código Civil que regula aquele tipo societário.

Os critérios e as discussões devem ser as mesmas quando a regência supletiva for das normas que regem a sociedade simples. Ou seja, apenas os dispositivos compatíveis poderão ser invocados e aplicados. Assim, em sendo a sociedade limitada um dos tipos de sociedade empresária, sustenta-se, em tese, que só lhe serão aplicáveis, supletivamente, as normas da sociedade simple que não afrontam os princípios de garantia e preservação da empresa, cujos interesses extrapolam aos dos sócios e aos da própria sociedade.

Destaca-se que a empresa, concebida como atividade econômica organizada para circulação ou produção de bens ou serviços, é regida por princípios esculpidos expressamente por dispositivos legais infra-

constitucionais e constitucionais. Quanto a estes, há que se observar os princípios fundamentais, que garantem a livre iniciativa e a propriedade privada, além dos princípios da ordem econômica, que visam proteger a atividade empresarial, sobretudo do pequeno e micro empresário.

Contudo, a justificativa máxima do presente trabalho decorre da existência de opinião de abalizada doutrina nacional⁸ no sentido de que o artigo 1.026 do Código Civil é aplicável subsidiariamente às sociedades limitadas, o que poderá gerar efeitos nefastos à atividade empresarial. Desta feita, defende-se a tese, calcada em regras de direito positivo, princípios gerais e constitucionais, além de amparo em direito alienígena, de que a aplicação de tal dispositivo é incompatível às sociedades empresárias limitadas, devendo prevalecer as regras do Código de Processo Civil acerca da constrição das cotas deste tipo societário.

Por outro lado, a relevância do tema é ratificado na medida em que autorizada doutrina crítica sobremaneira a solução ditada pelo artigo 1.026 do Código Civil, seja após a sua vigência, a exemplo de FÁBIO ULHOA COELHO⁹ e MANOEL PEREIRA CALÇAS¹⁰, como também na época em que tramitava o projeto do Código, a exemplo de RUBENS REQUIÃO¹¹ e WALDÍRIO BULGARELLI¹².

Assim, a ousadia e relevância do tema deste trabalho é o acolhimento das críticas da doutrina sobre a questão, mas também e principalmente, a busca de solução para dirimir as conseqüências que provocaram as referidas críticas.

⁸ Cf. item 5.1

⁹ Em *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 23/24.

¹⁰ *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 111/112.

¹¹ *Aspectos Modernos de Direito Comercial: estudos e pareceres*. 2ª ed., São Paulo, 1988, vol I, p. 241

¹² *Tratado de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 268

Para o enfrentamento do problema, demonstra-se a apresentam-se duas hipóteses para a regulação da constrição da cota de sociedade empresária limitada em execução individual no direito brasileiro.

A primeira hipótese é pela aplicação do artigo 1.206 do Código Civil às sociedades limitadas, tendo em vista as regras de regência supletiva dadas pelo artigo 1.053 do Código Civil. Este caso, além das nefastas consequências acima expostas, sugere outros desdobramentos e questionamentos, seja de ordem de aplicação da norma, tendo em vista a possibilidade de se fixar duas regências supletivas, como de ordem material e processual, haja vista a falta de disposições que regulem as diversas consequências e possibilidades que surgirão da aplicação prática do referido dispositivo¹³.

A segunda hipótese é a de que o artigo 1.026 é inaplicável às sociedades limitadas, mesmo àquelas regidas supletivamente pelas normas das sociedades simples, tendo em vista sua incompatibilidade para adoção em sociedade empresária. Assim sendo, a constrição da cota de sociedade empresária limitada será regida pelas regras do Código de Processo Civil que estabelece expressamente a possibilidade de penhora de cota de *sociedade empresária* e suas consequências e garantias. Fundamentar-se-á esta hipótese também nas regras e princípios de regência supletiva, nos princípios constitucionais e infra-constitucionais da função social e preservação da empresa, no princípio constitucional da função social da propriedade, no princípio da efetividade do processo, nas regras do Código Civil e do Código de Processo Civil e, ainda, segundo as diretrizes do direito comparado.

Os questionamentos acerca das consequências indesejadas que a liquidação da cota de sociedade limitada por dívida de sócio pode provocar,

¹³ Cf. item 5.1.2

sobretudo na atividade empresarial e nos demais interesses que em torno dela gravitam, se aplicam não só na execução individual, regida pelo Código de Processo Civil, mas também na hipótese de falência do sócio, quando este for empresário individual ou sociedade empresária.

É que o artigo 48 do Decreto-Lei 7.661\45, ainda aplicável às falências decretadas antes da vigência da nova lei de falência, e o artigo 123 da Lei 11.101\2005, prescrevem que quando o falido for cotista de sociedade as respectivas cotas serão liquidadas e o produto revertido para a massa.

Constata-se, assim, uma verdadeira temeridade de a sociedade ter em seu quadro social um empresário como sócio, seja ele individual ou sociedade empresária, haja vista que a falência deste pode implicar na descapitalização da sociedade, oriunda da liquidação da cota no processo falimentar, a exemplo do que ocorre com a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil.

Todavia, na regulamentação falimentar existem dois agravantes. O primeiro, no sentido de que a liquidação da cota não está condicionada ao pressuposto de inexistência de outros bens do devedor. E o segundo, pois não existe a previsão legal do credor, no caso, da massa, optar pela participação no quinhão que cabe ao sócio, ao invés de optar pela liquidação.

A questão precisa ser enfrentada, defendendo-se, neste trabalho, que existem possibilidades, com amparo na própria lei de falências, sobretudo na nova Lei 11.101\2005, de outras soluções, como a venda englobada dos bens, segundo o artigo 140 do referido diploma legal, ou ainda a arrecadação dos produtos dos bens constribuídos nos termos do §3º do artigo 108.

A tese ora defendida, contudo, não se sustenta em construção *contra legem*, embora não seja amparada apenas em subsunções diretas de regras de

direito positivo, mas dependerá de construções e interpretação sistemática do ordenamento, neste incluído regras e princípios.

1.2 O enfoque teórico

Para atender o propósito investigativo do presente trabalho, antes de adentrar nas discussões de fundo, algumas reflexões preliminares necessitam ser feitas, sobretudo para apontar premissas de ordenação e método.

A exposição busca atingir uma certeza, ainda que se reconheça tratar-se de certeza relativa. Não nos parece exageradamente ousado pensar desta forma, haja vista que mesmo as ciências sociais, cujas verificações analíticas não se subordinam ao controle das experiências, não são desvestidas de certezas.

Estas, com efeito, são buscadas e até mesmo atingidas através do rigor e da ordenação do raciocínio intencionado, amparados na exposição o quanto mais objetiva possível das normas, dos fatos sociais e econômicos e dos valores, mediante uma harmônica conjugação dos enunciados.

Desta feita, ainda que não se busque um resultado exato, já que a ciência do direito não é uma ciência exata, não se pode prescindir do rigor na investigação quanto às técnicas e quanto à coordenação lógica das proposições.¹⁴ Por isso, mister esclarecer as premissas do estudo, sobretudo quanto ao enfoque teórico, como também quanto à técnica de interpretação e aplicação da legislação empresarial, que será exposto no próximo item.¹⁵

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

¹⁵ Cf. item 1.3.

A elucidação acerca do enfoque teórico que é atribuído à exposição é salutar, pois a linguagem do estudo científico pode conter proposições com funções meramente informativas, como também a combinação de funções informativas com funções diretivas, no sentido de induzir ou, simplesmente, sugerir um comportamento ou ação.

Seguindo os critérios preconizados por Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁶, como o presente trabalho está amplamente inserido na disciplina de direito empresarial, que seria classificada, conforme o autor, como uma disciplina eminentemente dogmática, pode-se concluir que esta tese possui um enfoque teórico desta natureza.

Além do enquadramento na referida classificação, é bem certo que a exposição parte de premissas já definidas e concebidas, como sendo resultantes de decisões, sejam elas postas em regras e princípios, decorrentes de conclusões de estudos e posições doutrinárias e jurisprudenciais já existentes, como também tomadas na construção do presente trabalho. Entende-se, aliás, que a robustez do que se defende está parcialmente¹⁷ amparada na fixidez de algumas premissas já pré-concebidas. E como se não bastasse, a conclusão do trabalho sugere uma orientação de ação, de comportamento, ou seja, a busca de um resultado, numa linguagem de *dever-ser*. Tudo isto serviria para fortalecer a fixação de um enfoque predominantemente dogmático¹⁸.

¹⁶ In Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 1988, p. 48

¹⁷ Fala-se em *parcialmente* porque a presente tese está amparada também na desintegração de outras premissas já estabelecidas, o que possibilita a assertiva de que se trata de uma verdadeira construção jurídica.

¹⁸ Importante ressaltar que a expressão *dogmático* não deve ser vista em sentido pejorativo, como que indicando uma intransigência ou arbitrariedade de pensamento, conforme bem adverte Miguel Reale acerca do seja Dogmática Jurídica: “*Dogmática Jurídica é uma palavra que devemos conservar. Não devemos aceitar a intrujice de dizer que Dogmática Jurídica é a teoria do crê ou morre...Dogma aí não significa verdade que não se discute, mas significa apenas o Direito posto. Nós os juristas, os advogados, temos que obedecer ao direito posto, porque senão perdemos a causa.*” Em *Teoria Tridimensional do Direito*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 120.

Não nos limitaremos, porém, em assumir tal enfoque sem maiores considerações. Com efeito, é o mesmo Tércio Sampaio Ferraz Junior que reconhece que não existe uma linha demarcatória bem definida entre os enfoques zetéticos e dogmáticos¹⁹, donde se conclui que toda investigação científica contém os dois enfoques, existindo, no máximo, o prevalecimento de um deles. Também é o mesmo autor que leciona que uma disciplina pode ser definida como dogmática na medida em que considera certas premissas como arbitrárias e vinculantes para o estudo.²⁰

Embora a adoção destas premissas esteja presente, conforme acima alertado, não é de se desprezar a forte presença de um enfoque zetético na construção e defesa desta tese, na medida em que se levantarão dúvidas acerca de algumas premissas básicas aparentemente definidas pela doutrina e jurisprudências nacionais acerca do tema, sugerindo que opiniões sejam dissolvidas, desintegradas.

No caso, busca-se desintegrar algumas posições doutrinárias no sentido de que a regra de regência supletiva da sociedade limitada impõe, obriga a aplicação e soluções do artigo 1.026 do Código Civil. Também se busca desintegrar a aplicação direta, pura e simples das regras contidas no artigo 48 do Decreto-Lei 7.661/45 e do artigo 123 da Lei 11.101/2005, que determinam a liquidação da cota na hipótese de falência de sócio, sugerindo-se a reflexão e a necessidade de compatibilidade da normativa supletiva, no caso de execução individual, ou normativa específica, na hipótese de falência, com as regras e princípios que regulam o instituto sob análise. Porém, o trabalho não se limita em levantar os problemas e dúvidas, mas, ao final, ousa em ditar a

¹⁹ Ob. cit., p. 42.

²⁰ Idem, p. 48.

direção de uma ação, de um comportamento, opinando como deve ser a melhor solução e direção para a questão.

Todavia, partindo-se do pressuposto de que os questionamentos não são expostos de forma finita, mas sim infinita e atacável, a presença do enfoque zetético é evidente. Até porque, como a missão do intérprete é adaptar o sentido da norma aos fins atuais, as premissas não podem ser absolutamente fechadas, presas a conceitos fixos, mas devem ser suscetíveis às mudanças e flexibilizações na medida em que se observar que os resultados alcançados não são necessariamente bons ou, em última análise, que apesar de serem bons em determinado momento, deixaram de ser a partir da evolução ou surgimento de uma nova realidade normativa, social, fática e/ou de valores.

Por isso, a proposta do não é encerrar o problema, mas sugerir o que se entende ser um resultado apropriado no momento, ainda que premissas necessitem ser questionadas e desintegradas, para atender os melhores anseios da sociedade limitada enquanto exercente de atividade empresarial.

Outrossim, como se adota outra premissa²¹ de que é possível a constatação de princípios colidentes que podem reger a questão, e que, portanto, o presente trabalho não pode assumir um enfoque absolutamente fechado, conformando os problemas às premissas. Mas, ao revés, tudo deve ser exposto de forma a tornar as proposições abertas não só aos novos questionamentos, mas também para possibilitar que, numa mesma época e sob o mesmo direito vigente, seja possível a busca de diferentes soluções tendo em vistas as peculiaridades do caso concreto.

Do acima exposto, é de se concluir que o trabalho está amparado num enfoque teórico predominantemente dogmático, até porque parte do que dispõe

²¹ Cf. item 5.2.3

a normativa vigente e dela não pretende se dissociar²², mas tão somente refletir acerca de algumas possíveis incertezas, postas diante de incertezas primitivas, ampliando-as de modo controlado, já que sugere a solução de eventuais conflitos com fundamento justamente no direito vigente. Todavia, possui também, ainda que não na mesma medida, uma análise zetética. E como este último enfoque não se limita ao enfrentamento das questões meramente formais e lógicas das proposições, mas enfrenta a investigação conforme a realidade social e econômica, e ainda, como se ocupa do direito como um instrumento atuante visando o atendimento dos anseios sociais, conclui-se pela presença de um enfoque zetético empírico e aplicado.

1.3 Interpretação e aplicação do direito empresarial

Impende, preliminarmente, explicar a utilização e o sentido da expressão *empresarial*. O propósito é manter a lógica com a nomenclatura adotada pelo moderno *direito de empresa* e, neste sentido, conceber a expressão *empresa* na sua concepção funcional, que foi acolhida pela legislação brasileira, sobretudo no Livro II do Código Civil, como sendo *atividade econômica organizada*. Isto porque, além de ser o sentido adotado pelas legislações modernas, codificada e extravagantes, a concepção de empresa como atividade, detentora de função social, consiste um dos pilares da construção do que ora se defende.

Portanto, a expressão direito ou legislação *empresarial* não é utilizada, neste trabalho, em seu sentido *lato*, concernente ao gênero de inúmeros subramos do direito que se interligam com a atividade empresarial, como o direito

²² Todavia, desde já adverte-se, embora seja esclarecido adiante, que o sistema jurídico não se reduz ao sistema normativo, mas é composto de uma totalidade, interrelacionando subsistemas fáticos e axiológicos.

tributário, o direito do trabalho, o direito da defesa da concorrência, da propriedade industrial, dentre outras.

Mas, ao revés, é utilizada em sentido estrito, referindo-se a um dos sub-ramos do direito civil²³, que outrora se denominava *direito comercial*. Assim, a expressão *direito empresarial* ou *legislação empresarial* é adotada mesmo quando os autores pesquisados referem-se ao *direito comercial* ou *legislação comercial*²⁴. Contudo, a expressão *empresarial* até pode ser exposta como sinônimo de *comercial*, embora a finalidade precípua do trabalho é utilizá-la como evolução do direito comercial.

Feitos tais esclarecimentos, cumpre dissertar acerca da técnica de interpretação e aplicação da legislação empresarial, já que tal norma consiste numa das premissas básicas consideradas para a constatação das incertezas e construção dos resultados levantados.

Nosso propósito maior é sugerir o que se julga ser a melhor solução para as hipóteses de constrição de cota de sociedade empresária limitada. Ficou elucidado, também, que a construção sugerida não se desvincula do direito posto, composto por regras e/ou princípios, mas, pelo contrário, se ampara nele, seja para o apontamento das incertezas, como também para a apresentação dos

²³ Diz-se subramo do direito civil, pois o direito de empresa passou a ser regido, de forma geral, pelo livro II do Código Civil de 2002, representando o único livro novo em relação ao Código Civil de 1916, embora também regido por legislação constitucional e infraconstitucional não codificada, como, por exemplo, a lei de falências (lei 11.101/2005), lei antitruste (lei 8.884/1994), dentre outras. Porém, é o Código Civil que passou a estabelecer as regras gerais do direito de empresa, donde é possível extrair os conceitos gerais, pressupostos e condições do exercício da atividade empresarial. Daí, entende-se ser inquestionável que o direito de empresa pertence ao ramo do direito civil.

²⁴ Até porque, como já asseverava MANUEL BROSETA PONT, o objeto do direito comercial nada mais é do que a atividade emanada da noção de empresa, que ocupa sua posição central. Em *La Empresa, La Unificación Del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965, p. 294.

resultados. Conclui-se, portanto, que o cerne do trabalho é sugerir a melhor interpretação e aplicação das normas jurídicas acerca do tema.

Embora seja um trabalho de direito empresarial, outrora denominado direito comercial, não se pode, simplesmente, adotar e aplicar as regras gerais já concebidas para a interpretação de normas desta natureza sem as devidas cautelas. CARLOS MAXIMILIANO²⁵ já preconizava que as normas de direito comercial têm, sobretudo, caráter dispositivo ou enunciativo, diferentemente daquelas de caráter imperativo, pois se aplicam apenas no silêncio da avença entre as partes, além de poderem ser por estas revogadas e/ou modificadas. Todavia, o citado autor ressalva que tal regra de hermenêutica não é absoluta, pois *“se não alteram na prática, ao arbítrio dos interessados, nem interpretam extensivamente, as leis de ordem pública em sendo imperativas, ou proibitivas.”*²⁶

As leis que regem a constrição da cota, seja o Código Civil, o Código de Processo Civil ou a legislação falimentar, não estão, absolutamente, dentre aquelas que podem ser livremente modificadas pelas partes. Isto porque as normas de direito civil que visam salvaguardar o interesse de terceiros, bem como as que regulam o procedimento civil, têm caráter de ordem pública. Seria por demais ilógico que tais regram ficassem sujeitas ao bom alvitre da sociedade e dos sócios, pois, na medida em que seus interesses são na maioria das vezes convergentes entre si, mas divergentes em relação aos credores, tal conjugação poderia colocar estes em situação desvantajosa, sujeitando-os a arbítrios furtivos de cumprimento de obrigações.

²⁵ Em *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, n. 386, p. 319.

²⁶ *Ibidem*.

Ainda que outrora existisse corrente de pensamento que entendia que a possibilidade de penhora de cota de sociedade limitada dependeria do que preceitua o contrato social acerca da sua circulação²⁷, sustenta-se que a normativa vigente não está subordinada a tal convenção privada. Isto porque, tanto o Código Civil, quanto o Código de Processo Civil, regulam a matéria de modo a não condicionar à vontade das partes a subsunção às hipóteses normativas e a aplicação das respectivas conseqüências jurídicas.

A própria lei prescreve, mas de forma limitadora e controlada, as possibilidades conferidas às partes conforme suas escolhas, quando, exemplificativamente, no artigo 1.026 do Código Civil coloca à disposição do credor a opção pela participação no quinhão que cabe ao devedor ou pela liquidação da cota, e ainda, quando confere a sociedade e aos demais sócios, nos termos do §4º do artigo 685-A do Código de Processo Civil, o direito de preferência na aquisição das cotas que foram arrematadas por estranhos ao quadro social.

Todavia, não dá a liberdade para as partes, sobretudo a sociedade e os demais sócios, disporem acerca da possibilidade ou não da penhora das cotas, ou tampouco delas estabelecerem limites, conseqüências e procedimentos que venham a atingir a esfera de interesses de terceiros credores contra a vontade destes.

Soma-se a estas considerações o fato de que as normas próprias de direito societário, que também são enfrentadas no presente trabalho, ora têm natureza de *normas de conduta*, pois regulam a conduta das pessoas que compõem ou se relacionam com a pessoa jurídica sociedade, ora têm a natureza de *normas de organização*, ao regular a estrutura e funcionamento das sociedades e de seus órgãos. As *normas de organização* aplicadas ao direito

²⁷ Cf. item 4.1.2

societário podem conter caráter *dispositivo*, sobretudo quando regulam as sociedades contratuais, na parte em que conferem aos sócios o poder de dispor acerca de sua organização interna e externa. Mas tal liberdade encontra suas fronteiras, existindo regras e princípios que são *imperativos*, não condicionando a vontade dos sócios, sociedade e\ou terceiros que com elas se relacionam.

No que tange ao tema relacionado às cotas de sociedade empresária limitada, embora tenham os sócios a disposição de dividir o capital social em determinado número de cotas, atribuir-lhes valor nominal igual ou desigual²⁸, conferir direitos e obrigações aos seus respectivos titulares e regular a possibilidade de livre cessão ou condicioná-la à anuência dos demais sócios²⁹, mediante *normas de organização*, constata-se que as regras que regulam a sua contrição por iniciativa de credor pessoal de sócio, cerne do presente trabalho, são *normas de conduta*, pois estabelecem uma relação deôntica hipotética ou condicional, na medida em que verificado determinado fato jurídico, dá-se a consequência prescrita na norma.

Conclui-se, portanto, que as normas sob análise não são de caráter meramente dispositivo, mas sim imperativo, o que exige ainda maior rigor na construção do que se defende, para que, embora o intérprete não deva se apegar ao sentido isolado e abstrato da lei, não venha a forçar a exegese dando margem para interpretações aventureiras, geradoras de mais incertezas, imprevisibilidades e, conseqüentemente, inseguranças jurídicas e custos de transação.

Em termos de aplicação do direito, outro aspecto que necessita ser delimitado para o desenvolvimento e melhor compreensão da pesquisa é a identificação ou o estabelecimento de quem será o destinatário da norma objeto

²⁸ Cf. artigo 1055 do Código Civil.

²⁹ Cf. artigo 1.057 do Código Civil.

da presente construção jurídica. O alerta é salutar na medida em que o tema conduz ao ramo do direito societário que é, certamente, o ramo preponderante do trabalho, embora o assunto construção da cota seja híbrido, mesclando questões de direito material societário e processual civil.

Sustenta-se que o tema é preponderantemente societário porque o cerne da pesquisa é a identificação da norma a ser aplicada quando se tratar de constrição de cota de sociedade limitada empresária. E, neste intento, os fundamentos jurídicos que conduzirão a conclusão de que os dispositivos legais que induzem a liquidação da cota de sociedade empresária por dívida pessoal de sócio não devem ser aplicados são de natureza eminentemente societária\empresarial e não de cunho processual.

E a justificativa do alerta que ora se propõe é que, de modo geral, os destinatários de normas societárias podem ser a sociedade, seus sócios e/ou terceiros que com estes se relacionam³⁰. Porém, nesta pesquisa, as normas objeto da discussão serão de aplicação do Poder Judiciário, que será, no caso, a autoridade competente para submeter um caso particular ao império de uma norma jurídica³¹, cuja identificação e determinação é sugerida nesta tese.

Em direito societário empresarial, como já adiantado, a norma jurídica deve ser aplicada e interpretada de modo a conferir segurança jurídica às partes envolvidas em relações societárias, assim como em relações com sociedades e sócios de sociedade empresária, mas, ao mesmo tempo, que não venha

³⁰ A expressão *podem* não é sem propósito. Com efeito, os destinatários da norma societária podem ser outras pessoas, particulares ou públicas, tais como a CVM, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, quando se tratar de uma norma constitucional, o Poder Judiciário, quando provocado a decidir um conflito deflagrado em juízo, dentre outras.

³¹ BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano; Giuffrè, 1949.

encapsular o operador econômico, impedindo uma livre e segura atuação e implicando custos de transação³².

Por outro lado, a interpretação e aplicação da lei, embora não se possa desvincular totalmente desta, deve se dar de tal forma a atender os anseios sociais modernos, concebendo-se que o mundo e a vida em sociedade são complexos e se manterão em constante e eterna luta e transformações, consciente ou inconsciente,³³ que inevitavelmente ocorrerão em velocidade cada vez maior.

Neste sentido, o apego e adesão ao direito positivo devem ser equilibrados³⁴. E diante da constatação de críticas acerca de suas prescrições postas, como é o caso do assunto em discussão, não se deve, no nosso entender, simplesmente cruzar os braços a aguardar a iniciativa de reformas legislativas, mas ir a *luta* pela adequação da norma aos anseios atuais³⁵.

Defende-se que, ao contrário do pensamento da *Escola da Exegese*, que sustentava que a legislação positiva já contém todas as soluções para as

³² Neste sentido, adverte ROLF KUNTZ: “*Segurança jurídica, simplicidade processual e rapidez na decisão podem facilitar os investidores internacionais e dar fluidez aos negócios.*” In *Qual o Futuro dos Direitos?* São Paulo: Max Limonad. 2002, p. 12

³³ Cf. MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Almedina, 1989.

³⁴ OGLIATI, Vittorio. *La Inautenticita' Del Diritto Positivo. Considerazioni sul Principio di Eguaglianza tra Codificazione e Decodificazione*. Em *Crítica Jurídica*, Curitiba: Unibrasil, 2003. pp. 79/91.

³⁵ Nos dizeres de RUDOLF VON IHERING: “*O direito no seu movimento histórico apresenta-nos pois um quadro de lucubrações, de combates, de lutas, numa palavra, de penosos esforços. O espírito humano, que exerce inconscientemente o seu trabalho de modelagem sobre a linguagem, não encontra resistência violenta, e a arte não tem outro inimigo a vencer senão o próprio passado – o gosto predominante. Mas o direito considerado como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que lhe opuser barreiras.*”. Em *A Luta pelo Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001, p. 7.

situações da vida em sociedade, cabendo aos juristas aterem-se ao sentido originário do texto da lei evitando sugerir ou aplicar soluções a ele estranhas, valendo-se da lógica matemática³⁶, a interpretação e aplicação da lei deve se dar da forma que melhor atender os anseios do momento.

Há que se reconhecer que nem todas as situações da vida estão hipotizadas nos textos de lei. E, principalmente, reconhecer que os significados destes não são imutáveis, mas devem acompanhar a evolução e transformações da vida em sociedade. Por tal razão, não basta perquirir a vontade do legislador para aferir os trabalhos preparatórios do processo legislativo, ou para sustentar a vontade de acordo com o momento em que foi posta. Deve-se perquirir a vontade do legislador para deduzir qual a resolução que daria no momento atual.

Para tanto, há que se conceber o sistema jurídico como dinâmico e aberto. Dinâmico porque na medida em que a evolução e transformações da vida fazem surgir novos supostos de fato, novas necessidades e, inevitavelmente, novos conflitos, doutrina e jurisprudência redesenham posições e criam novas normas jurídicas a par da escrita dos textos legais. Aberto porque o direito não se reduz ao texto legal. Este é apenas um elemento do sistema, que comporta outros elementos, tais como fatos e valores, que podem compor inclusive subsistemas específicos, interligados e interdependentes³⁷. É justamente esta interdependência que nos permite asseverar que os subsistemas se relacionam entre si de tal forma a compor um único sistema: o sistema jurídico³⁸.

³⁶ Cf. REALE, Miguel, ob cit., 274.

³⁷ Cf. SANTI ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

³⁸ A idéia de subsistemas normativos, fáticos e axiológicos relacionados e interdependentes fundamenta também a teoria tridimensional de MIGUEL REALE. Em *teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.

Neste sentido, impende asseverar que a certeza relativa que se defenderá não sugere uma solução *contra legem*, mas ampara-se em regras e princípios vigentes, numa interpretação sistemática do direito, visando atender o melhor interesse sócio-econômico atual dos destinatários do sistema normativo, reconhecendo-se a realidade social mutante³⁹.

Concebendo-se o direito como um sistema aberto e dinâmico, a ordenação do raciocínio não se limita em sugerir uma interpretação sob um prisma puramente gramatical, mas sob um prisma sobretudo sistemático, norteado por valores.

Analisando as técnicas de interpretação *literal, histórica, ontológica, teleológica e axiológica*⁴⁰ partimos do pressuposto que nenhuma delas deve ser adotada de forma isolada e também de que nenhuma prevalece sobre a outra, mas devem ser adotadas de forma concomitante e harmônica. Assim, pode-se afirmar que a interpretação do direito deve ser sistemática na medida em que todas as fases ou técnicas acima mencionadas são, na verdade, momentos da mesma atividade construtiva, cognitiva e relacional.⁴¹

³⁹ Neste sentido é também a lição de JUAREZ FREITAS: “Ao interpretar qualquer norma ou comando principiológico, o exegeta deve ascultar os fins para os quais se encontra erigida na atualidade. Deve, sim, realizar a máxima justiça possível, sem usurpar as funções típicas do legislador, respeitando a independência dos poderes. De outra parte, qualificado intérprete sistemático é aquele que nunca decide contrariamente ao Direito, nem ‘*contra legem*’, mas somente emite juízos a favor dos seus mais altos princípios, de suas normas e de seus valores considerados em conjunto.” Em *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 16\17.

⁴⁰ Técnicas concebidas modernamente, a par de longa evolução dos estudos, com o surgimento e desaparecimento de escolas hermenêuticas, que podem ser pesquisadas, por exemplo, em MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*. ob cit., pp. 273\289.

⁴¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

Por isso, o intérprete, na sua função construtiva, utiliza-se de toda esta riqueza de possibilidades para construir sua verificação ordenada e racional. Desta forma, o direito cumpre a sua função de *servir* sua destinatária, que é a vida em sociedade, atendendo-se os seus anseios atuais.

Esta construção, no âmbito empresarial, deve respeitar, de um lado, o propósito de que as relações sócio-econômicas devem ter a lei como amparo, não se sujeitando a soluções e, muitas vezes, opressões anarquistas e incertas, já que a imprevisibilidade pode provocar nefastas conseqüências para a economia. Mas, por outro lado, de que o direito não pode encapsular o operador econômico de tal forma a impedir o progresso, o desenvolvimento e a circulação de riquezas. Da mesma forma, em sendo a realidade empresarial absolutamente mutante, até mesmo volátil, sobretudo em épocas de globalização⁴² e extraordinária revolução tecnológica, onde as externalidades produzem efeitos mundiais quase que instantâneos, a busca por uma realidade jurídica que seja ao mesmo tempo estável e flexível é um dos grandes desafios dos juristas modernos⁴³.

Aliás, a aceitação de transformações para o estudioso de direito empresarial é quase que obrigatória, já que um traço essencial da atividade empresarial é justamente transformar. No caso, transformar abstrações em objetos.⁴⁴

⁴² A *globalização* pode ser concebida inclusive com caráter de *ineditismo*, ao estabelecer novos parâmetros para a compreensão econômica dos fenômenos sociais, como bem observam RODRIGO R. MONTEIRO DE CASTRO e LEANDRO SANTOS DE ARAGÃO no artigo *Natureza Jurídica da Sociedade de Propósito Específico*. Em *Sociedade Anônima*, ob cit., pp. 157\189.

⁴³ Neste sentido, vale a transcrição do pensamento de VITTORIO OGLIATI “*Como è noto, La irrimediabile variabilità dela dinamica sociale è sempre stata una delle questioni più problematiche pel la operazionalizzazione – valità, efficacia e legittimità – di ogni tipo di diritto in ogni tipo di società.*”. Ob. cit., p. 79

⁴⁴ Cf. NUNES, Marcelo Guedes. *A companhia, a especulação e o capitalismo moderno*. Em *Sociedade Anônima*. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 88\118. O

Embora nosso propósito não seja eleger uma escola hermenêutica específica para o lançamento das idéias que ora se pretende, pois tal filiação poderia, de um lado, inibir a inspiração criadora e, de outro lado, sujeitar-se às críticas por uma eventual infidelidade, não há de se negar que as premissas acima lançadas se assemelham àquelas próprias da hermenêutica sociológica, mais precisamente, da escola de jurisprudência sociológica que, segundo Jorge Lobo⁴⁵, seria a que mais atende aos reclamos do direito comercial.

LUIZ FERNANDO COELHO, explicando o pensamento da referida escola assevera que “*o direito deve ter estabilidade e, não obstante, não pode permanecer inalterável. Por isso toda meditação em torno do direito tem tratado de conciliar as necessidades contraditórias da estabilidade e transformação.*”⁴⁶

Feitas estas colocações resta esclarecida a adoção das técnicas de interpretação e método a partir das quais possibilitam, com coerência e lógica, propor a construção ora defendida. Pretende-se assim, pretensiosamente, colaborar com a elaboração da norma jurídica para a regulação do tema. E, para tanto, é necessário esclarecer que a norma não se confunde com o texto da lei. Este é apenas um *input* no ordenamento jurídico, e que apenas após as digressões da doutrina e jurisprudência é que a lei atinge o *output*, alcançando-se o produto final que é a norma jurídica.

Daí a razão do presente trabalho não ser despretensioso, já que o seu propósito é sugerir uma nova concepção de norma acerca de constrição de cota

autor faz referência a *reifificação*, doutrinada por Karl Marx para explicar este processo de transformação, própria da atividade empresarial.

⁴⁵ *In Interpretação do Direito Comercial*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros, 1999, n 115, p. 61.

⁴⁶ *Em Teoria Crítica do Direito*. 2ª Ed. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 113.

de sociedade empresária limitada, que possa atender os anseios de recuperação de crédito pelo credor e, concomitantemente, evitar que, para atingir tal intento, seja exposto em risco a atividade empresarial e todos os interesses a ela ligados.

1.4 Princípios, regras e valores

O cerne deste trabalho consiste na defesa acerca da normativa aplicável na hipótese de constrição de cota de sociedade empresária limitada por credor pessoal de sócio. A defesa está embasada, portanto, na delimitação de normas, mediante interpretação e aplicação sistemática do ordenamento jurídico, o que implica analisar suas estruturas e, conseqüentemente, enfrentar a análise de regras e princípios e suas eventuais colisões.

Assim sendo, antes de adentrarmos nas questões de fundo, mais especificamente, na determinação de quais as regras aplicáveis e quais os princípios que devem ser invocados e devem prevalecer, em se constatando colisões, mister elucidar as concepções que adotamos acerca das estruturas normativas, haja vista as eternas discussões existentes, sobretudo acerca de suas definições e alcances.

Inicialmente, adotamos o entendimento, preconizado por ROBERT ALEXY⁴⁷, no sentido de que as *normas* não se confundem com os textos ou enunciados normativos. Na verdade, interpretam-se os enunciados normativos para que deles se possam extrair as *normas*. Daí a assertiva de que os textos legais correspondem ao *objeto* da interpretação, sendo a norma o *resultado* desta tarefa⁴⁸.

⁴⁷ *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 50. Para o autor: “Uma norma es, pues, el significado de un enunciado normativo.” Ob. cit., p. 51.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

A inexistência de correspondência biunívoca entre norma e enunciado normativo, ou texto legal, possibilita afirmar que a existência de um dispositivo legal não pressupõe, necessariamente, a existência de uma norma e nem vice-versa. Desta feita, é possível asseverar que uma norma pode ser construída de vários enunciados⁴⁹, que de um enunciado possam-se extrair várias normas, que uma norma pode existir sem um enunciado específico que lhe dê suporte.⁵⁰

A falta desta correspondência também fundamenta toda a riqueza da interpretação, construção e reconstrução do direito. Com efeito, dela se afirma que uma mesma norma pode ser expressada de diversas formas. Isto dá azo a que um mesmo texto possa conduzir a diversos resultados segundo a visão específica de cada intérprete. Dá sustentação também às construções que visam modificar o alcance jurídico de determinados dispositivos, sem a modificação de sua estrutura lingüística, visando adequá-lo aos anseios modernos ou ao advento de um novo comando constitucional que retira ou modifica sua eficácia.

A visão moderna, que por esta razão também adotamos, é a de que *norma* é o gênero de duas espécies, denominadas *regras* e *princípios*⁵¹.

⁴⁹ Por exemplo, a aceção jurídica de empresário, segundo o código civil, decorre do enunciado contido não apenas no caput do artigo 966, mas também do que está enunciado no parágrafo único do mesmo artigo e no artigo 971 do citado diploma legal.

⁵⁰ Cf. ÁVILA, Humberto. Ob. cit., pp. 22\23.

⁵¹ A título exemplificativo, já que muitos autores adotam esta concepção: BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 158. DWORNKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, PEREZ LUNO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion*. Sevilha, Editora Tecnos, 5ª ed. 1994. Entre nós, ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, ÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação\Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

Podemos então deduzir que uma *norma* ou é uma *regra* ou é um *princípio*⁵². Preferimos, todavia, asseverar que uma *norma* é composta, é construída, a partir de uma regra, de um princípio, de uma regra e de um princípio, ou de várias regras e de vários princípios conjuntamente⁵³.

Por esta razão, embora não se negue a enorme importância dos princípios, conforme adiante será exposto, e que se reconheça a plena correção e sapiência das lições de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁵⁴, no sentido de que princípio é o “*mandamento nuclear de um sistema*” e ainda “*disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência*”, ousamos crer e asseverar que seria questionável, dentro desta acepção moderna de norma como gênero das espécies regras e princípios, a assertiva de que “*Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma*”.

Com efeito, se a norma é construída a partir do princípio ou pelo princípio, conjuntamente ou não com outros princípios e/ou com outras regras, pode-se afirmar que um princípio é ou compõe uma norma. Neste caso, salvo quando uma norma for composta apenas por uma regra, sua violação implicaria, direta ou indiretamente, a violação de um princípio. Assim, não há como se violar um princípio sem violar uma norma, já que onde há princípio, há norma. Por isso, entendemos questionável, diante deste pensamento contemporâneo, estabelecer um grau de violações de normas, regras e princípios. O importante, a nosso ver, é apontar as possibilidades de ponderações na fundamentação e

⁵² Cf. ALEXY, Robert: “*Toda norma es o bien una regla o um principio.*” *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit., p. 87.

⁵³ Próprias as lições de HUMBERTO ÁVILA neste sentido: “*Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio*”. Ob. cit., p. 26.

⁵⁴ *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 841\842

aplicação da norma jurídica. E, neste intento, destacar a possibilidade ou não de colisões entre as espécies de normas e as suas possíveis soluções, conforme será explorado adiante.

A expressão *princípio* não é utilizada apenas no direito, mas nos inúmeros campos do saber, como na filosofia, na teologia, na sociologia, na física e na política⁵⁵. Numa análise mais ampla e genérica exprime a idéia de algo que, como o próprio o nome diz, principia, dá origem, representando, conforme as palavras de LUIS DIEZ-PICAZO⁵⁶, “*as verdades primeiras*” que compõem a estruturação de idéias e pensamentos balizadores que subordinam todos os demais.

No âmbito do direito, a concepção dos princípios passou por uma evolução de visões, podendo-se chamá-las de fases⁵⁷. Na fase denominada *jusnaturalista* os princípios não eram concebidos como normas, mas apenas como verdades universais determinadas pela razão, donde se retiram as soluções preferíveis segundo a aceitação geral de um ideal de justiça.

Na fase *positivista* os princípios assumem seu caráter normativo, todavia como direito subsidiário, com função precípua integradora, de colmatação de lacunas. Enfim, não compunham o direito positivo, mas caminham ao lado da lei, no sentido de complementaridade em situações em que nesta não se encontra uma solução específica.

⁵⁵ Daí a classificação sugerida por Miguel Reale em *princípios omnivalentes*, que são válidos para todas as formas de saber, *princípios plurivalentes*, aplicáveis a mais de um campo de conhecimento e *princípios monovalentes*, que só valem no âmbito de determinada ciência, como por exemplo, os *princípios gerais de direito*. *Lições Preliminares de Direito*. Ob. cit., p. 300.

⁵⁶ Em *Experiências Jurídicas y Teoría Del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1973.

⁵⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 232\238

Já na fase denominada *pós positivista* os princípios deixaram de ser vistos como algo ao lado da lei, com função subsidiária, passando a ser concebidos como a própria norma, mais precisamente, como uma espécie de norma, juntamente com as regras. ANDRÉ RAMOS TAVARES⁵⁸ e PAULO BONAVIDES⁵⁹ noticiam que foi a fusão dos princípios gerais de direito às Constituições que provocou as transformações que os trouxe à visão desta nova fase⁶⁰.

Podemos asseverar que no Brasil adotou-se uma visão positivista quando da expedição do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶¹, onde a determinação de aplicação dos princípios é, visivelmente, conforme um direito subsidiário. Todavia, não é de se olvidar que a Constituição de 1988 é um comando sobretudo principiológico, concebendo, portanto, o aspecto normativo dos princípios⁶². Parece assim que o disposto no artigo 4º da Lei de

⁵⁸ *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios*. Em *Princípios Constitucionais*. LEITE, George Salomão (coordenador). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30

⁵⁹ *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., pp. 260/263.

⁶⁰ A respeito, conclui Paulo Bonavides: “*Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo, no sistema, o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade. Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica em novos conceitos de sua relevância.*” Ob. cit., p. 263. Quanto à esta visão, especificamente, se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: *O Brasil é um Estado Democrático de Direito fundado, dentre outros valores, na dignidade e na valorização do trabalho humanos. Esses princípios, consoante os pós-positivistas, influem na exegese da legislação infraconstitucional, porquanto em torno deles gravita todo o ordenamento jurídico, composto por normas inferiores que provêm destas normas qualificadas como soem ser as regras principiológicas*” (STJ, REsp 975322/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 03 de novembro de 2008).

⁶¹ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. Disposição idêntica é do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁶² Destacam-se, a título ilustrativo, o artigo 4º da Lei 8.078, denominada Código de Defesa de Consumidor, e artigos 47 e 75 da Lei 11.101/2005, denominada, Lei de Falências e Recuperação de Empresas, como exemplos preceitos infraconstitucionais que concebem os princípios com feições normativas.

Introdução ao Código Civil não corresponde, necessariamente, à concepção moderna de princípio, segundo a visão *pós positivista*. Isto porque, ao preceituar que os princípios gerais de direito serão utilizados no caso de omissão da lei, o legislador atribui aos princípios uma função eminentemente subsidiária. Todavia, em se concebendo hoje em dia os princípios como verdadeiras normas jurídicas e existindo um princípio que possa dar uma solução ao caso, seja como fundamentação ou como aplicação, então inexistiria lacuna, não havendo que se falar em omissão da lei. Em outras palavras, a existência de um princípio com caráter normativo aplicável ao caso conduz à inexistência de omissão, tornando absolutamente defasado o dispositivo que preceitua que os princípios são aplicáveis em caso de omissão.

Entendemos que a compreensão de que houve uma evolução na concepção de princípio permite aceitar e adequar o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil à realidade. Assim, tal dispositivo não deve ser desprezado, mas sua interpretação e aplicação devem ser flexibilizadas e adequadas aos anseios modernos. E, neste sentido, há que conceber os princípios com inúmeras funções, sendo que, além das funções interpretativa, diretiva e limitativa, podem também exercer a função de integração para construção, dedutiva e indutivamente, de um novo princípio, a exemplo do processo utilizado para a analogia, ou ainda como fundamentação para a construção de um raciocínio jurídico, o que ocorreria na hipótese de não se encontrar no ordenamento uma solução específica para o caso.

Nesta visão moderna, de princípios como norma jurídica, há ainda que se fazer uma ressalva quanto à utilização lingüística da expressão, distinguindo-se os princípios gerais *de* direito dos princípios gerais *do* direito. Os princípios gerais *de* direito são extraídos do interior do ordenamento jurídico, dele fazendo-se parte integrante, sendo concebido e mantido, assim, seu caráter normativo. Já os princípios gerais *do* direito não são normas, mas apenas

considerações dos juristas, em linguagem descritiva e não prescritiva, acerca do conteúdo e das tendências do direito positivo⁶³.

EROS ROBERTO GRAU⁶⁴ classifica os princípios normativos em *explícitos*, que são aqueles extraídos diretamente dos textos legais; *implícitos*, que são deduzidos ou, como preferir, inferidos segundo o resultado da análise de um ou de um conjunto de preceitos constitucionais e\ou infraconstitucionais; e *princípios gerais de direito*, que também seriam *implícitos*, mas que não são extraídos do *direito posto* pelo Estado, mas sim do *direito pressuposto*, ou seja, daquele que é imanente da vida em sociedade e que fora tomado como base para a positivação do direito⁶⁵.

Das assertivas acima apuram-se duas conclusões. A primeira, no sentido de que nem todo princípio necessita ser positivado, ou seja, recolhido diretamente do texto legal, seja este constitucional ou infraconstitucional, havendo aqueles que são deduzidos da análise de um ou mais dispositivos constitucionais e\ou infraconstitucionais, como também aqueles que são deduzidos não necessariamente do direito posto, mas do direito que emana da própria ordem social⁶⁶.

⁶³ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação\Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

⁶⁴ Ob. cit., pp. 139\142.

⁶⁵ A respeito assevera Eros Roberto Grau: “o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base.” Ob. cit., p. 142.

⁶⁶ Para bem fundamentar esta linha de raciocínio mister colacionar as lições de José Joaquim Gomes Canotilho: “os princípios se beneficiam de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular (por exemplo, não era pelo facto de a CRP em 1976 não

Assim sendo, é possível asseverar a existência de princípios não escritos, o que não legitima afirmar que tais princípios podem ser *criados* pela jurisprudência. Na verdade, os princípios já existem. E a invocação de um princípio pelo juiz, a fim de fundamentar a prescrição de uma norma individual e concreta – uma sentença, por exemplo – atribuiria a esta norma um caráter *declaratório* de princípio, mas não *constitutivo*. O princípio, assim, não seria criado, mas descoberto pela jurisprudência⁶⁷.

A segunda conclusão, decorrente da primeira, é no sentido de que nem todo o princípio é constitucionalizado⁶⁸, ou seja, decorrentes de dispositivos constitucionais, na medida em que podem ser extraídos ou inferidos da análise de disposições infraconstitucionais, como também do direito pressuposto⁶⁹. O fato é que as Constituições modernas têm apresentado a característica comum de constitucionalizar o maior número possível de princípios, fazendo com que a

ter consagrado o princípio do Estado de Direito que ele deixava de ter presença normativa e valor constitucional, dado que ele podia deduzir-se de vários preceitos constitucionais;” Em *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1983, p. 199.

⁶⁷ Cf. EWALD, François. *A Norma e o Direito*. 2ª ed. Lisboa: Veja, 2000, pp. 67\71. No mesmo sentido, DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito*. Revista dos Tribunais, vol 790. ano 90, 2001, p. 739.

⁶⁸ Neste sentido assevera André Ramos Tavares “*a constitucionalização de princípios não lhes altera a estrutura, pois continuam a pertencer a essa categoria geral denominada de ‘princípios’ (muito embora dela – constitucionalização – derive uma eficácia diversa para essa categoria mais específica)*. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios*, ob. cit., p. 24.

⁶⁹ Em sentido contrário: “*Basti difatti osservare, proprio in ragione della presenza nel nostro ordinamento di una Costituzione formale, che in realtà tutti i principi generali possono definirsi costituzionali, ovvero che tutti i principi devono avere una “copertura” da parte del testo costituzionale. Non vi è infatti una terza possibilità: o i principi generali desunti dall’ordinamento rispondono ai valori e agli assetti espressi dalla Costituzione, oppure sono da considerarsi inaccettabili (ed eventualmente le disposizioni che li enunciano illegittime). In questo modo la Costituzione diventa una guida sicura e certa per la individuazione dei principi generali, ponendo al termine dell’attività ermeneutica un inevitabile test di compatibilità.*” DONATI, Daniele, *Il principio di trasparenza in Costituzione*. Em www.unipig.it/~scipol/tutor/uploads/2_1_donati_transpareza_in_costituzione_15-9_.doc, recuperado em 09 de fevereiro de 2009.

esmagadora maioria dos princípios concebidos adquira o cunho constitucional. Mas daí não se pode asseverar que todo princípio seja, necessariamente, constitucional.

Outrossim, não entendemos que deixam de ter a acepção de constitucional aqueles princípios concernentes especificamente aos determinados subsistemas jurídicos ou ramificações estruturais do direito positivo, tais como o direito penal, civil, empresarial, dentre outros. Isto porque os próprios princípios constitucionais ora prescrevem fundamentos gerais, aplicáveis a toda a esfera do direito, ora são utilizados aos específicos subramos do direito. Isto até poderia sugerir uma eventual inexistência dos princípios infra constitucionais, ou da inexistência de diferenças destes com os princípios constitucionais. Tal assertiva, todavia, implicaria em simplesmente aniquilar qualquer tentativa e até mesmo êxito de se *descobrir*⁷⁰ princípios mediante inferências da análise de normas infra constitucionais, postas ou pressupostas.

Os princípios não se confundem com os valores. A razão de ser de um princípio até pode exprimir um determinado valor já pré-concebido. Os valores, com efeito, podem ser externados pelas normas, pelos princípios e pelas regras, mas não são necessariamente normas. A diferença fundamental é a de que os valores têm uma função axiológica e os princípios, como normas, têm uma função deontológica, expressando-se, ao contrário daqueles, em caráter de dever ser^{71 72}.

⁷⁰ A expressão *descobrir* não é sem propósito. Já que os princípios, conforme defendido, não são criados, mas já estão inseridos *no* ordenamento, podendo, no máximo, serem *descobertos*.

⁷¹ Cf. ROBERT ALEXY: “*los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico e axiológico respectivamente.*” Adiante complementa “*el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser.*” *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 147.

Isto não significa afirmar que os valores não sejam intrínsecos ao direito, já que, conforme defende MIGUEL REALE⁷³, “*direito é uma integração de fatos segundo valores*”. É que o direito não é um fim em si, mas visa atender o anseio de um relacionamento social adequado. Embora os valores possam não ter conotação normativa, é bem certo que com as normas se inter relacionam, seja no momento anterior, direcionando sua constituição (normas *prima facie*), como no momento posterior, norteando sua interpretação e aplicação (normas definitivas).

Conceber princípios e regras como espécies de normas implica em enfrentar um rico embate existente na doutrina contemporânea, acerca das diferenças entre regras e princípios, seja para a identificação de cada um deles no ordenamento, para a determinação de suas funções na fundamentação e na aplicação do direito, bem como para aferir a possibilidade de colisões e suas respectivas soluções.

A posição de RONALD DWORKIN⁷⁴ tem sido o ponto de partida para a análise crítica de muitos outros autores acerca da tentativa de se estabelecer diferenças entre regras e princípios. Para o referido autor a diferença entre tais espécies de normas é de “*natureza lógica*”, sendo que, embora apontem para decisões sobre obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, distinguem-se “*quanto à natureza da orientação que oferecem*”.⁷⁵

⁷² Em sentido contrário, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 255\256 e Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, ob. cit., pp. 66\67, apontam a existência de tematizações que sustentam a *tríade normativa*, ou seja, o gênero *norma* divide-se nas espécies princípios, regras e valores.

⁷³ Em *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

⁷⁴ *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 35/46.

⁷⁵ *Levando os Direitos a Sério*. Ob. cit., p. 39.

Para RONALD DWORKIN, as regras são aplicáveis de maneira *tudo ou nada*, resolvendo-se a questão no âmbito da validade, ou seja, quando o fato da vida se subsumir à hipótese normativa a respectiva regra ou é válida e, portanto, sua conseqüência deve ser aplicada, ou é inválida, ocasião em que nada contribuirá para a decisão. A regra até pode ter uma exceção, mas esta então deve compor o seu sentido completo.⁷⁶

Tal não ocorre com os princípios, segundo o mencionado autor, pois mesmo em se tratando daqueles que mais se assemelham com as regras, suas conseqüências jurídicas não necessariamente seguirão de forma automática quando observadas as condições respectivas. Os princípios, portanto, ditam uma direção, mas sua adoção depende do caso concreto. Assim, um princípio poderá ser afastado em determinado caso em decorrência de outros princípios, mas ainda sim manter-se em plena vigência no ordenamento jurídico, sendo que num caso diverso, tendo em vistas as especificidades deste, pode inclusive prevalecer em detrimento de outro.⁷⁷

A outra diferença sugerida por RONALD DWORKIN seria a de que os princípios possuem uma dimensão de *peso* ou *importância* que as regras não têm. Assim, numa eventual colisão entre princípios há que se levar em conta aquele que, por alguma razão, possui mais força em relação ao outro. Portanto, se duas regras colidem, uma delas não deve ser válida e, portanto, afastada, não havendo que se perquirir a importância de ambas para determinar o afastamento de uma delas. Já quando dois princípios se colidem, um deles deve prevalecer pelo critério do peso ou da importância, afastando-se o outro apenas neste caso, mas mantendo-se ambos válidos.⁷⁸

⁷⁶ Idem p. 40.

⁷⁷ Idem 41\42.

⁷⁸ Ob. cit., pp. 43.

ROBERT ALEXY⁷⁹, por sua vez, complementou o pensamento de RONALD DWORKIN, asseverando que a diferença entre regras e princípios não se fixa num aspecto gradual, mas sim *qualitativo*. Para o autor, os princípios são normas que prescrevem fins a serem atingidos, servindo como *mandamentos de otimização*, que podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida ordenada depende, para cumprimento, de possibilidades fáticas, porque a determinação do conteúdo dos princípios dependeria dos fatos concretos, e de possibilidades jurídicas, que são determinadas pelos princípios e regras em sentido contrário⁸⁰. As regras não dependem de nada, sempre ou somente podem ser cumpridas ou não podem ser cumpridas, dependendo se forem ou não forem válidas.

HUMBERTO ÁVILA⁸¹ analisou detidamente as diferenças sugeridas pela doutrina, formulando uma visão eminentemente crítica e sugerindo novos critérios para diferenciação. O referido autor apontou quatro critérios de diferenciação entre princípios e regras, extraídos das posições doutrinárias analisadas. O critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de que as regras são formuladas na estrutura do *se, então*, enquanto que os princípios apenas indicam a fundamentação que alimentará o aplicador na solução do caso concreto; o critério do *modo final de aplicação*, que sustenta que as normas são aplicadas de modo *tudo ou nada*, enquanto os princípios são aplicados de forma gradual, *mais ou menos*; o critério do *relacionamento normativo*, que fundamenta que entre regras há verdadeiro conflito, solucionado pelo reconhecimento de invalidade de uma delas, enquanto os princípios podem

⁷⁹ *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86\87.

⁸⁰ Neste sentido assevera ROBERT ALEXY: “*los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.*” *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 86.

⁸¹ *Teoría dos Princípios*, ob. cit. pp. 30/70.

ser imbricados, conforme uma análise de ponderação; e o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios fundamentos axiológicos para a solução do caso, ao contrário das regras.⁸²

Num segundo momento, formulando posição crítica em relação a cada um dos critérios, HUMBERTO ÁVILA assevera que as sugestões de classificações elaboradas pela doutrina analisam as normas, em geral, no plano *prima facie*, em abstrato, sendo que as conclusões aferidas nem sempre são confirmadas diante da aplicação das normas no plano concreto. A análise conforme esta distinção seria imprescindível, pois certos critérios são importantes e coerentes para um deles, mas não necessariamente para o outro⁸³.

E assim, sugere os seguintes critérios para fixar as diferenças entre princípios e regras⁸⁴. Critério da *natureza do comportamento prescrito*, fundamentado na argüição de que os princípios são imediatamente finalísticos, estabelecendo um estado ideal de coisas⁸⁵ a serem atingidos, cujo êxito depende da adoção de determinados comportamentos. Já as regras são imediatamente descritivas, onde as relações deônticas são determinadas mediante a descrição de qual conduta deve ser adotada e mediadamente finalísticas, sendo os fins estabelecidos indiretamente, estabelecendo com maior exatidão qual o comportamento a ser adotado para a concreção daquele fim. A diferença, desta feita, estaria na maior ou menor proximidade da relação com os fins a serem atingidos.

O critério da *natureza da justificação exigida*, que parece ser decorrente do primeiro, se fundamenta na argüição de que a interpretação e

⁸² Idem, ob. cit., pp. 30/31.

⁸³ Idem, ob. cit., p. 57

⁸⁴ *Teoria dos Princípios*, ob. cit., pp. 63\70.

⁸⁵ Define *estados de coisas* como sendo: “*uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação.*” Ob. cit., p. 63.

aplicação das regras dependem, num primeiro momento, da análise da correspondência entre os conceitos dos fatos e os conceitos das normas e da finalidade que lhe dá suporte. Como o comportamento é imediatamente descrito nas regras, a constatação de correspondência entre os conceitos fáticos e normativos pressupõe a adequação com as suas finalidades ou correspondência com o estado de coisas desejável. O ônus argumentativo para atingir os fins seria menor ou inexistente. Todavia, a aplicação das conseqüências imediatamente descritas poderia ser flexibilizada, dependendo, porém, de um maior rigor argumentativo para demonstrar que os fins desejáveis, embora presumivelmente atingíveis, não serão atendidos tendo em vista a constatação de situações específicas. Como nos princípios há a descrição imediata dos fins, em detrimento da descrição do comportamento, a avaliação necessária do aplicador é a correlação entre o resultado que seria obtido do comportamento a ser adotado com a realização gradual do estado de coisas desejado. Assim sendo, o traço distintivo entre princípios e regras não está no modo absoluto do cumprimento destas, num sistema de *tudo ou nada*, mas no modo como estas podem deixar de ser aplicadas na íntegra. Por isso a assertiva de que a diferença está na força justificativa e no objeto de avaliação.

O critério da *medida de contribuição para a decisão* está fundamentado na argüição de que, como os princípios não prescrevem de forma exata a conduta a ser tomada, apontando com maior ênfase as questões finalísticas, a decisão do caso concreto não será determinada exclusivamente pelo princípio. Por esta razão os princípios exercem uma função *parcial* e de *complementaridade* para a decisão. Já as regras pretendem abranger os aspectos relevantes para gerar uma solução específica. Por isso, são preliminarmente decisivas e abarcantes, embora as condutas nelas descritas possam ser afastadas e\ou flexibilizadas conforme a ponderação de fatos, finalidades, outras regras e\ou princípios.

Fazemos questão de expor as considerações de HUMBERTO ÁVILA pela riqueza de sua abordagem e inequívoca utilidade de suas lições e conclusões. Todavia, ousaríamos afirmar que as duas últimas diferenças apontadas seriam, na verdade, variações em decorrência da primeira diferença, que aponta a característica de um maior grau de abstração dos princípios em relação às regras.

LUIS PIETRO SANCHIS alerta que a diferenciação entre regras e princípios não é necessariamente de caráter lógico, de força ou qualitativo, pois, em alguns casos, as características atribuídas aos princípios poderiam ser encontradas nas normas e, em outros casos, ao revés, as supostas singularidades das regras não seriam inconcebíveis no mundo dos princípios⁸⁶. Desta assertiva poder-se-ia deduzir que na verdade tal diferença estaria muito mais no aspecto funcional das regras e dos princípios, do que no aspecto morfológico das referidas estruturas normativas.

Com efeito, asseverar que é possível aferir a distinção entre regras e princípios analisando as suas estruturas morfológicas parece contradizer com a assertiva de que as normas não se confundem com os enunciados normativos, mas representam o resultado da análise destes. Contradiz também a arguição de existência de princípios não escritos que, por tal condição, não possuem estrutura morfológica.

Seja para a identificação das regras e dos princípios, bem como para a sua utilização na tarefa de interpretação e aplicação do direito, a sua acepção funcional acaba por se tornar mais útil e exitosa. Isto também permite descortinar algo que já era concebido pelo pensamento positivista, que é a

⁸⁶ Em *Sobre Principios y normas*. Ob. cit. , p. 50.

heterogeneidade estrutural que se esconde sob a expressão *norma* e as várias técnicas de argumentação que desenvolvem o raciocínio jurídico.⁸⁷

Não chegamos ao ponto de afirmar que inexitem diferenças entre regras e princípios, mas a evolução dos estudos acerca do tema parece conduzir para uma redução destas diferenças, limitando-as muito mais a um aspecto de função do que de estrutura. Esta mudança de pensamento tem sido desenvolvida por LETIZIA GIANFROMAGGIO⁸⁸, que assevera que, na verdade, a diferença entre regras e princípios surge *exclusivamente* no momento da interpretação e/ou aplicação do direito. Embora não venhamos a acolher na integridade o pensamento da referida autora italiana, já que não nos parece plausível que antes do momento da argumentação existiria no ordenamento um conjunto indiferenciado de prescrições, o fato é que ela bem representa a demonstração de uma mudança de enfoque acerca de princípios e regras para delimitar seus alcances e utilidades. Trata-se da mudança da visão estrutura para a funcional.

Concluimos, outrossim, expondo o pensamento de HERBERT L.A. HARDT⁸⁹, cujas considerações também nos filiamos, no sentido de que regras e

⁸⁷ Conforme destaca Luiz Prieto Sanchis: “*creo que las ideas del ‘todo o nada’, del peso o importancia o del juicio de optimización se comprenden mucho mejor si aparecen formuladas como técnicas de interpretación, que acaso vengan estimuladas – pero no necesariamente – por la morfología de ciertos estándares normativo*” Em *Sobre principios y normas*. Adiante complementa: “*en el pensamiento de Dworkin ao final parece que la diferenciación no es tan lógica o rigurosa como se quiere aparentar, y ello aunque sólo sea porque se reconoce que algunos estándares pueden funcionar bien como normas, bien como principios; esto es, más que una diferencia estructural lo que parece existir es una diferencia de enfoque, pues no otra coisa significa que determinados estándares puedan desempeñar uno u outro papel, según los casos.*” Ob. cit., p. 51.

⁸⁸ Em “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi”. Em *Studdi sulla giustificazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 1986, p. 104.

⁸⁹ Em *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 321/326. Tal adesão até parece paradoxal ou irônica, já que HARDT foi duramente

princípios se diferenciam basicamente em dois aspectos. O primeiro é relativo ao grau de abstração, sendo que os princípios, ao contrário das regras, são mais extensos e gerais, não determinando, necessariamente, de forma específica e delimitada, o comportamento a ser adotado. E o segundo é que os princípios ditam certos objetivos, finalidades, necessidades ou valor e, por estes motivos, são encarados como desejáveis de manter ou de serem aderidos, exercendo uma função de fundamento lógico das regras e também de justificação de sua aplicação⁹⁰. A isto não significa afirmar, todavia, que não possam haver ponderações valorativas nos possíveis conflitos entre regras, conforme será melhor demonstrado adiante.

Esta distinção, como também outras acima expostas, sobretudo as sugeridas por HUMBERTO ÁVILA, corroboram a assertiva de que a diferenciação entre regras e princípios não é ditada pelas suas estruturas morfológicas, mas, sobretudo, pela sua função, embora esta, em alguns casos, quando diante de princípios explícitos, podem ser deduzidas da estruturação lingüística, mas não a esta reduzida.

1.4.1 A questão da colisão entre regras e princípios

As diferentes concepções acerca de regras e princípios implica na existência de diferentes posições também quanto à solução dos conflitos normativos. Assim, a questão da colisão envolvendo regras e princípios pode

criticado, sobretudo por Ronald Dworkin, pelo fato de não ter incluído os princípios em sua obra. Neste sentido: “*Durante muito tempo, a mais conhecida das críticas de Dworkin a este livro foi a de que ele apresenta, erradamente, o direito como consistindo apenas em regras de ‘tudo ou nada’, e ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, a saber os princípios jurídicos, que desempenham um papel importante e distintivo no raciocínio jurídico e no julgamento.*” Ob. cit., p. 321.

⁹⁰ No mesmo sentido Luis Prieto Sanchis: “Los principios, em cambio, ni ofrecen ni dejan de ofrecer una respuesta categórica, sino que “controlan” (ampliando o limitando) las soluciones que se deducen del conjunto de las normas.” Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico. Ob. cit., p. 33.

ser enfrentada segundo a visão de que regras e princípios não se colidem. O que poderia ocorrer é colisão entre regras e colisão entre princípios.

A teoria de RONALD DWORKIN, como vista, reza que o conflito entre regras se resolve na forma tudo ou nada, conforme o âmbito da validade. Ou seja, ou há uma outra regra que excepcione a situação e faça prevalecer uma das regras conflitantes, ou uma destas regras deve ser afastada do sistema, considerando-se inválida. Já o conflito entre os princípios seria resolvido conforme o critério do *peso* ou da *importância*, sendo que se num determinado caso, tendo em vista suas peculiaridades, certo princípio pode prevalecer em detrimento do outros através do referido critério, o princípio preterido não é retirado do ordenamento e em inúmeros outros casos o prevalecimento poderá ser inverso.

ROBERTO ALEXY, conforme também analisado, preconiza que as normas podem ser cumpridas ou podem não ser cumpridas, enquanto os princípios constituem mandados de otimização, que podem se cumpridos em diferentes graus, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, dependendo das possibilidades jurídicas e fáticas. O que se extrai destes pensamentos é que os conflitos entre as regras se resolvem no âmbito da validade, com preponderância de uma dentre as conflitantes, enquanto os conflitos entre princípios se resolvem no âmbito da ponderação, sem uma hierarquia em abstrato entre ambos, mediante a atribuição de peso ou importância a cada um deles no caso concreto⁹¹, o que será determinado segundo a prudência.⁹²

⁹¹ Conforme JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO ao tentar sistematizar as diferenças entre regras e princípios assevera: “*a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.*(2) *Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, ‘à lógica de tudo ou nada’), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam*

O pensamento de que regras e princípios não se colidem parte também do pressuposto de que regras são concreções dos princípios e de que os princípios possuem uma posição hierárquica que pode obstaculizar a validade de uma regra. Portanto, a colisão não se daria diretamente entre a regra e o princípio, mas sim entre um princípio cuja regra dá concreção e outro princípio. Uma vez alcançado este conflito (entre os princípios) a questão seria resolvida com a prevalência de um dos princípios e, conseqüentemente, com o afastamento da regra que dá concreção ao princípio preterido⁹³.

Tal pensamento, todavia, sugere algumas reflexões. Há que se questionar se realmente não é possível se estabelecer colisão entre regras e princípios. E ainda, se o conflito entre regras não pode efetivamente ser dirimido segundo um critério de peso ou importância, sem necessariamente determinar a invalidade definitiva da regra preterida.

espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos” *Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 166. No mesmo sentido ROBERT ALEXY: “*Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.*”. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit., p. 89.

⁹² Cf. EROS ROBERTO GRAU: “*Cada conjugação ou jogo de princípios será informado por determinações da mais variada ordem: é necessário insistir, neste ponto, e quem o fenômeno jurídico não é uma questão científica, porém uma questão de prudência; e, de outra parte, a aplicação do direito é uma prudência, e não uma ciência.*”. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação\Aplicação do Direito*. Ob., cit., p. 190.

⁹³ São as lições de EROS ROBERTO GRAU: “*As regras – isso também cumpre deixarmos bem vincado – são concreções dos princípios.*”. Adiante complementa: “*Logo, não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras. Estas operam a concreção daqueles. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente (isto é, dotadas de validade), no ordenamento jurídico.*” *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação\Aplicação do Direito*. Ob., cit., pp. 192\193. No mesmo sentido ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Ob. cit., p. 75.

Diante da assertiva de que as regras não se sujeitam ao critério do peso ou importância e que há que se reconhecer a invalidade de uma dentre as quais se estabeleceu o conflito, cabe o questionamento se tal invalidade se dá em definitivo ou apenas no caso concreto, donde se deduziria que, na verdade, o que se pretende afirmar é que duas regras não poderiam ser aplicadas ao mesmo tempo.

Ousamos afirmar que os pensamentos de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, que motivaram muitos outros, referem-se à primeira hipótese, qual seja, a de que a invalidade da regra não seria circunstancial, mas definitiva. Todavia, conforme bem alerta LUIS PRIETO SANCHIS⁹⁴ e GENARO R. CARRIÓ⁹⁵, nem todo o conflito entre regras se resolve com a invalidez de uma delas, e ademais, a prevalência circunstancial de uma regra em detrimento da outra, sem que implique necessariamente na sua invalidez, é mais corrente na prática dos tribunais.

HERBERT L.A. HARDT, ao preconizar que a diferença entre princípios e regras é uma questão de grau e que, portanto, encontram-se no mesmo plano, também entende que um conflito entre regras pode ser resolvido através da superação de uma delas por ser mais importante, mantendo-se a

⁹⁴ Leciona o autor: “no todo conflicto normativo se resuelve com la declaración de invalidez de una de las normas.” E adiante complementa: “la colisión de normas se resuelva em la preferencia circunstancial de una, pero sin que ello implique la invalidez de la otra, resulta mucho más corriente; se trata, em suma, de aquellos casos em que dos normas de sentido deóntico contradictorio (v.gr. una permite que la otra prohíbe) pueden conservarse mediante um juego adecuado de los ámbitos de validez, eso es, dotándolas de um ámbito de vigencia personal, material, especial y temporal parcialmente distinto, lo que permite aplicar una em ciertas ocasiones y la otra em las demás”. Em *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Ob. cit., p. 42.

⁹⁵ Assevera o autor: “nos es infrecuente que una decisión – que bien puede asumir la forma de um compromiso – deba fundarse em ‘el peso’ relativo de cada regla em el contexto del caso concreto.”. Em *Dworkin y positivismo jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1981, p. 38.

sobrevivência da regra preterida, que por sua vez poderá determinar o resultado em outros casos por ser considerada mais importante que a regra concorrente⁹⁶. Neste sentido, sustenta o referido autor que seria perfeitamente possível o conflito entre regras e princípios, sendo que o princípio poderia prevalecer nuns casos e perder em outros⁹⁷.

Embora sujeitos às discordâncias e contradições entre posições, é de se reconhecer a enorme utilidade dos estudos destacados, na medida em que dão sustentáculo ou embasamento científico para a consideração dos valores na justificação e aplicação do direito, trazendo, nas palavras de EDUADO DE AVELAR LAMY⁹⁸, “*racionalidade às considerações axiológicas necessárias a inúmeros julgamentos em meio ao muitas vezes exacerbado tecnicismo do operador jurídico.*” Todavia, julga-se que a completude dos estudos restaria

⁹⁶ “*Não vejo razões nem para aceitar este contraste nítido entre princípios e regras jurídicas, nem o ponto de vista de que, se uma regra válida for aplicável a um caso dado, deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso. Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, excepto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos em que seja julgada como sendo mais importante, do que outra regra concorrente*”. Em *O Conceito de Direito*. Ob. cit., p. 323\324.

⁹⁷ Complementa o autor baseado em um dos exemplos de Dworkin em que este demonstra que uma regra foi afastada por estar em colisão com um princípio: “*a existência de tal concorrência mostra seguramente que as regras não têm um carácter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num tal conflito com princípios, que as podem superar. Mesmo se descrevermos tais casos (como Dworkin por vezes sugere) não como conflitos entre regras e princípios, mas como um conflito entre o princípio que explica e justifica a regra em análise e um qualquer outro princípio, o contraste pronunciado entre regras de tudo-ou-nada e princípios não conclusivos desaparece; porque, deste ponto de vista, a regra não conseguirá determinar um resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com os seus termos, se o seu princípio justificativo for superado por outro. O mesmo é verdade se (como Dworkin também sugere) pensarmos num princípio que confira uma razão para uma nova interpretação de alguma regra jurídica claramente formulada.*”. Ob. cit., pp. 324\325.

⁹⁸ Em *A Fungibilidade de Meios na Perspectiva dos Direitos Fundamentais e da Distinção entre Meios e Fins Processuais*. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC \SP. São Paulo, p. 62

configurada caso a ponderação dos valores não restasse limitada apenas em relação aos princípios, mas que fosse aplicado também às regras, conforme sustentam HEBERT L.A. HARDT e LUIS PRIETO SANCHIS, acima citados.⁹⁹

Tal possibilidade pode ser aclarada a partir da exata concepção do discurso jurídico da argumentação, nos termos desenvolvidos pelo alemão KLAUS GUINTER¹⁰⁰. Na verdade, a intenção do referido autor é proporcionar a aplicação racional de discursos valorativos junto ao direito, intenção esta que não discrepa com a de RONALD DWORKIN, diferenciando-se pelo fato deste restringir as ponderações apenas no âmbito dos princípios.¹⁰¹

Para tanto, KLAUS GUINTER¹⁰² distingue o *discurso de fundamentação* do *discurso de aplicação* da norma jurídica, como componentes da teoria da argumentação. O primeiro, utilizado no momento da elaboração das normas, tem a finalidade de buscar o ideal na construção dos preceitos legais, contribuindo para, dentro do possível, uma perfeita subsunção posterior dos fatos da vida às hipóteses normativas. Já o discurso de aplicação considera as vicissitudes dos conceitos normativos e dos casos concretos, aliados aos valores incidentes, contribuindo assim para a solução das insuficiências do corpo normativo, seja no campo dos princípios como também no das regras.

⁹⁹ Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “*Em relação à fase de execução, se é certo que a expropriação de bens deve obedecer a forma menos gravosa ao devedor, também é correto afirmar que a atuação judicial existe para satisfação da obrigação inadimplida. Necessário a ‘ponderação de valores e princípios’ das regras processuais, para ensejar sua eficácia e efetividade*” (STJ, REsp 296893, Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 18 de agosto de 2008).

¹⁰⁰ Em *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993.

¹⁰¹ Cf. SANCHIS, Luis Prieto. Em *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Ob. cit., p. 32.

¹⁰² Em *The Sense of Appropriateness*. Ob. cit., p. 212.

Neste sentido, o referido autor não diferencia as espécies de normas em regras e princípios, mas sim em normas *prima facie*, baseadas em prescrição inicial, genérica e abstrata, segundo a lógica do discurso de fundamentação e *normas definitivas*, concebidas mediante a aplicação daquelas aos casos concretos, segundo o discurso de aplicação, onde haverá a ponderação de valores. Assim sendo, o conflito entre normas não se daria no âmbito da validade, mas sim no âmbito dos discursos de aplicação. Assim, quando válidas, as normas podem entrar em conflito quando todas as circunstâncias forem consideradas. Por isso, o conflito de normas não é apenas uma questão de validade, mas, sobretudo, de adequação e adaptação aos casos reais.

Ocorre que as considerações acerca das circunstâncias se dão na aplicação de todas as espécies de normas, sejam elas regras ou princípios. Desta feita, o discurso de aplicação do direito, com ponderação de valores e utilização de informações que inexistem no momento da elaboração das normas, se opera tanto no âmbito das regras quanto dos princípios. Em outras palavras, a consideração dos valores na justificação e aplicação do direito é possível na aplicação e, conseqüentemente, no conflito de regras e de princípios. Isto dá azo à conclusão de que o conflito entre regras não se resolve apenas no campo da validade, mas também através da ponderação, e que os princípios não estão sujeitos apenas aos valores, mas também à questão da validade. Permite ainda deduzir que é perfeitamente possível o conflito entre regras e princípios, solucionável, dentre outros, conforme o critério da validade e também da ponderação.

Filiamo-nos a esta forma de pensamento não apenas pela análise das posições doutrinárias teóricas, mas também da experiência, sobretudo do enfrentamento e da averiguação das soluções dadas pelos tribunais aos casos concretos.

Nos parece que os tribunais têm solucionado casos, julgando a prevalência ou afastamento de determinadas regras com a invocação de princípios e valores, donde se extrai a plena possibilidade, seja em abstrato e em concreto, de existência de colisão direta entre regras e princípios, sem que seja necessária a busca de um princípio cuja regra afastada dê concreção a fim de resolver o conflito entre os princípios superiores invocáveis¹⁰³.

A questão é que a expressão *conflito* não merece ser vista unicamente quando duas normas contenham idênticas hipóteses normativas com conseqüências distintas, colocando o operador numa situação insustentável. Isto realmente pode ser difícil de visualizar entre regras e princípios, pois cada uma delas tem uma forma específica de regular ou exigir determinado comportamento ou estado de coisas, tendo as regras a função de regular o comportamento de forma mais direta e específica e os princípios, imbuídos de maior abstração e generalidade, a função de prescrever de forma imediata objetivos e finalidades, e de forma mediata, precária e complementar, os comportamentos.

Porém, na medida em que uma regra dite um comportamento que se choque com os objetivos, finalidades e valores ditados por um princípio, é evidente que se pode afirmar que se estabeleceu um *conflito*. Quando LUIS PRIETO SANCHIS¹⁰⁴ leciona que “*la existencia de un principio obliga a preferir la solución que resulte más acorde con él*”, e que os princípios têm

¹⁰³ No mesmo sentido a posição de EDUARDO DE AVELAR LAMY: “*Isto porque a observação do cotidiano forense revela a ocorrência de conflitos entre princípios e regras, tal como ocorre quando da aplicação do princípio (norma principal) da fungibilidade de meios ao sistema processual. Ora, normas principais e não principais (princípios e regras) são normas que necessitam serem interpretadas e analisadas junto às características dos casos reais e ambas possuem tanto o âmbito da validade quanto o âmbito da valoração.*”. Em *A Fungibilidade de Meios na Perspectiva dos Direitos Fundamentais e da Distinção entre Meios e Fins Processuais*. Ob. cit., pp. 56\57.

¹⁰⁴ *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Ob. cit., p. 155.

uma “*superioridad jurídica, ‘lógica’ ou finalista*”, está pressupondo a plena possibilidade de verificação de *conflitos*, inclusive entre regras e princípios.

A análise das funções dos princípios, cuja tarefa propomos no item seguinte, permite observar que os princípios visam não apenas solucionar, como também evitar conflitos, seja de interpretação como de aplicação de normas. E tal função só têm sentido quando existe a possibilidade destes conflitos existirem, sejam entre regras, entre princípios e\ou entre regras e princípios.

Todavia, impende mencionar que, embora nossa aceitação à este pensamento, a defesa da presente tese não depende desta filiação. Vale dizer, como será explorado adiante, a inaplicabilidade das regras que determinam ou facultam a liquidação da cota do devedor sócio de sociedade empresária limitada, contidas no artigo 1.206 do Código Civil e no artigo 123 da Lei 11.101\2005, pode ser fundamentada tanto em solução de possível conflito entre regras e princípios, como entre os princípios cuja regras enfrentadas dão concreções.

Porém, as considerações acima servem de embasamento ao que ora se sustenta, mais precisamente, a de que as regras que determinam a liquidação da cota de sociedade empresária limitada por dívida pessoal de sócio podem ser afastadas, seja em abstrato, como em concreto, seja diante da aceitação e resolução de conflito entre regras, como na aceitação e resolução de conflito das referidas regras com princípios mediante ponderação de valores.

1.4.2 As funções dos princípios

Conforme assinalado, nos parece que a diferenciação entre regras e princípios decorre muito mais do seu aspecto funcional do que no aspecto

morfológico ou semântico. Neste sentido, a invocação dos princípios, sobretudo para a defesa de uma posição, imprescinde de se ter a noção de quais funções desempenham no processo de argumentação jurídica.

A delimitação das funções dos princípios permite compreender que eles podem ser invocados pelo aplicador ou pelo intérprete para explicar qual o sentido do ordenamento jurídico, contribuindo então para a tarefa de interpretação e\ou integração do direito. Podem ser invocados também para argüir qual o resultado que se pretende obter mediante sua aplicação, para os fins de ampliar ou limitar a eficácia de uma determinada disciplina normativa. E por fim, permitem ser invocados para fundamentar o raciocínio jurídico no processo de argumentação.

Numa classificação mais ampla, as funções dos princípios se dividem em *explicativas* e *normativas*. As primeiras não decorrem da utilização dos princípios com finalidade eminentemente normativa, mas sim como uma técnica descritiva das normas pelos juristas, transformando assim a linguagem do legislador. Já as funções normativas, que como visto representa uma visão *pos positivista* dos princípios, caracterizam-se pela possibilidade desta espécie normativa determinar comportamentos ou estado de coisas que permitam a interpretação e aplicação do direito.

Para tal propósito, NORBERTO BOBBIO¹⁰⁵ distingue quatro classes de funções dos princípios no desempenho da argumentação jurídica. A função *interpretativa*, para dirimir as dúvidas que possam advir acerca dos diferentes significados possíveis dos dispositivos legais. A função *integrativa*, visando suprir a eventual ausência de normativa para determinada situação. A função *limitativa*, fixando limitações de competência de órgãos e de eficácia de

¹⁰⁵ Em *Principi Generali di Diritto. Em Novissimo Digesto Italiano*, vol 13. Turim: UTET, 1966, p. 887

determinada regulamentação. E, por fim, a função *diretiva*, orientando a atividade do legislador e do aplicador do direito no momento de adoção de uma decisão.

LUIS PRIETO SANCHIS¹⁰⁶ entende que estas quatro funções sugeridas por NORBERTO BOBBIO podem ser reduzidas em duas, sustentando que os princípios podem ser uma *norma primária*, quando determinados a disciplinar diretamente uma situação fática qualquer, ou uma *norma secundária*, ao permitir ou contribuir para atribuição de determinado sentido a outro dispositivo, limitando ou ampliando seu significado lingüístico, ou ainda, afastando-o quando resultar incompatível com o sentido do princípio.

Quanto à sua função como norma secundária, os princípios estabelecem critérios que auxiliam o intérprete no momento de fixar determinado significado aos enunciados normativos, dentre diversos significados possíveis, obrigando que seja adotado aquele que mais se adegue com eles e rechaçando o que resulte menos fiel aos seus sentidos, tendo em vista o reconhecimento de sua superioridade jurídica, lógica e finalista.¹⁰⁷

¹⁰⁸Tendo em vista que tal pensamento representa uma das sustentações da

¹⁰⁶ *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Ob. cit., pp. 155.

¹⁰⁷ Neste sentido complementa LUIS PRIETO SANCHIS: “*si una norma merece esse calificativo porque es general frente a una regla particular o si lo merece porque constituye un fin frente a una norma ‘instrumental’, entonces resulta muy razonable que informe, inspire o determine el significado que há de darse a la disposición objeto de la interpretación*” Adiante complementa o autor: “. *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*. Ob. cit., pp. 156.

¹⁰⁸ Assim decidiu a Corte di Cassazione Italiana: E dunque a mente della Corte regolatrice anche nel silenzio della legge devono trovare applicazione i principi dello Statuto del contribuente, che in questo caso vengono ad assumere una funzione, ed un valore pari a quello di cui all'art. 12, 2° co. della preleggi al Codice civile, che prevede in caso di dubbio interpretativo che l'interprete deva decidere “*secondo i principi generali dell'ordinamento dello Stato*”.

(Corte di Cassazione, 30 de janeiro de 2007. Em <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/005765.aspx>, recuperado em 10 de fevereiro de 2009.

presente tese, transcrevemos o pensamento concludente de LUIS PRIETO SANCHIS a respeito:

“...entre dos interpretaciones diferentes y posibles de una misma disposición, debe preferirse aquella que resulta más acorde com la Constitución u, sobre todo, com los principios em ella recogidos, que por sua generalidad gravitan sobre el conjunto del ordenamiento y resultan más susceptibles de proyectarse sobre cualesquiera normas.”¹⁰⁹

Em relação ao tema que ora se sustenta, os princípios podem nortear a aplicação da regência supletiva da sociedade limitada. Com efeito, duas interpretações podem ser atribuídas ao disposto no artigo 1.053 do Código Civil quando determinada sociedade limitada é regida supletivamente pelas normas que regem a sociedade simples: uma, no sentido de que todos os dispositivos que regem à sociedade simples (artigos 997 à 1.038 do Código Civil) serão aplicáveis à sociedade limitada, e outra, no sentido de que nem todos os dispositivos serão aplicáveis, mas tão somente aqueles que forem compatíveis com a sociedade limitada.

A possibilidade de alguns dispositivos da sociedade simples não corresponderem com os objetivos e com as finalidades dos princípios que regem a atividade empresária, permite a conclusão pela plena possibilidade de invocação de tais princípios para delimitar o sentido e o alcance do disposto no artigo 1.053 do Código Civil, de maneira que serão aplicáveis à sociedade empresária limitada apenas os dispositivos da sociedade simples que forem compatíveis com os princípios e a natureza deste tipo societário e da atividade que exerce. Os princípios exerceriam, assim, uma função interpretativa do significado lingüístico do artigo 1.053 do Código Civil e também limitadora da

¹⁰⁹ *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico. Ob. cit., pp. 156.*

eficácia da disciplina normativa da sociedade simples em relação às sociedades empresárias limitadas.

Destacamos, outrossim, que a função normativa dos princípios não visa apenas dirimir dúvidas entre possíveis significados, mas também evitar antinomias, sobretudo quando as normas em conflito encontram-se no mesmo nível hierárquico¹¹⁰, ocasião em que a solução se estabelece mediante uma subordinação lógica ou finalista. E tal solução poderia ocorrer ainda mediante a invocação dos princípios como norma de segundo grau, ou seja, com o objetivo de regular o âmbito de aplicação das normas do sistema, resolvendo eventual antinomia antes mesmo que ela se configure¹¹¹.

A função normativa integradora dos princípios há que ser vista com ressalvas. Tal função corresponde àquela ditada pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme já refletido. A questão, conforme já exposto, é que, caso exista um princípio para solução ou direcionamento do assunto, não há que se falar em omissão da lei, pois os princípios são concebidos hodiernamente como normas jurídicas. Todavia, a invocação dos princípios em caso de omissão absoluta do ordenamento, ou seja, diante da inexistência de regras e/ou princípios que possam ser invocados, pode ocorrer em duas situações. A primeira, para a composição do raciocínio jurídico do intérprete e/ou do aplicador, conforme será melhor explorado adiante. E a segunda, para a construção de uma norma, ou seja, de um princípio, a partir de um conjunto de normas que estabeleçam conseqüências semelhantes a distintos supostos de fato ou de um princípio mais geral. Não se trata aqui de invocar

¹¹⁰ Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*Diante de antinomia aparente de normas, na impossibilidade da invocação dos princípios da hierarquia e da anterioridade, deve ser aplicado o da especialidade, segundo o qual a norma especial prefere à norma geral.*” (STJ, ERESP 692708/RS, Relator Ministro Castro Meira, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 14 de abril de 2008.)

¹¹¹ Cf. LUIS PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento Jurídico*. Ob. cit., pp. 158.

princípios implícitos, pois, a nosso ver, estes possuem a mesma força normativa que os explícitos, mas de construir um determinado princípio, de forma indutiva ou dedutiva, a exemplo do que ocorre com o processo de colmatação mediante a analogia. Apenas desta forma, segundo nosso modo de pensar, os princípios exerceriam uma função eminentemente integradora. Caso contrário, a aparente colmatação através de um princípio seria na verdade a sua invocação para fins interpretativos, conforme acima explorado.

Finalmente, os princípios podem ser invocados para a construção de determinado raciocínio jurídico, que ocorre quando o intérprete ou aplicador lança mão de técnicas e métodos para justificar sua decisão. Os princípios, então, não teriam a função normativa de regular determinada situação, mas, como dito, seriam invocados para a construção do raciocínio jurídico.

LUIS PRIETO SANCHIS¹¹² elenca, a título exemplificativo, os seguintes critérios para a invocação dos princípios para tal função. O critério da *universalização*, que representa uma das exigências essenciais da racionalidade jurídica e da argumentação moral e jurídica, sendo formulada no sentido de que, toda argumentação só poderia conter juízos de valor e de dever caso aplicável a todos os casos semelhantes, garantindo o tratamento idêntico a todos os demais cidadãos nas mesmas situações. O argumento *consensualista*, que se assemelha ao denominado argumento teleológico ou finalista, parte do pressuposto de que o ordenamento propõe certos valores ou objetivos políticos que devem ser perseguidos por todos os operadores do direito. E, por fim, elenca a *interpretação sistemática*, que implica em adequar a lógica de uma norma em relação a todas as demais do sistema.

¹¹² *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento Jurídico*. Ob. cit., pp. 162/186.

Contudo, concluímos a exposição acima esclarecendo as premissas adotadas na defesa da presente tese para a invocação dos princípios. Neste sentido, conforme construção exposta no Capítulo V, os princípios serão invocados segundo sua função normativa, justificando a conclusão de que, preliminarmente, inexistente antinomia jurídica acerca das regras aplicáveis para a regulação de constrição de cota de sociedade empresária limitada, e que, num segundo momento, determinados princípios impõem a composição de certo sentido dentre os possíveis, ampliam a eficácia de certas regras jurídicas e limitam a eficácia de outras em relação ao tema enfrentado.

CAPÍTULO II – A SOCIEDADE LIMITADA

A sociedade limitada no Código Civil brasileiro é tipificada como uma das sociedades eminentemente *empresárias*. A construção do que se defende está embasada, além de outros fundamentos, justamente nesta tipificação. E, para tanto, ainda a título de ambientalização do tema, mister destacar as características essenciais deste tipo societário e como ele está inserido no moderno direito de empresa.

2.1 O direito societário empresarial no Código Civil de 2002

O Código Civil brasileiro de 2002 (Lei 10.406/2002) revogou expressamente o Código Civil de 1916 (Lei 3.701/1916) e a Parte Primeira do Código Comercial de 1850 (Lei 556/1850)¹¹³, passando a regular as sociedades no direito brasileiro.

Publicado em 11 de janeiro de 2002, com *vacatio legis* de 01 (um) ano, o novo Código Civil possui estrutura bem semelhante àquela do Código Civil de 1916, sendo composto basicamente de duas partes, a Parte Geral e a Parte Especial. A Parte Geral é identicamente composta por três livros, *Das Pessoas* (Livro I), *Dos Bens* (Livro II) e *Dos Fatos Jurídicos* (Livro III). Na Parte Especial, por sua vez, manteve os mesmos quatro livros do Código de 1916, embora com numeração diferenciada, denominados *Do Direito das Obrigações* (Livro I), *Do Direito das Coisas* (Livro III), *Do Direito de Família* (Livro IV) e *Do Direito das Sucessões* (Livro V). Todavia, foi inserido um livro novo na

¹¹³ Cf. artigo 2.045 do Código Civil. Do Código Comercial de 1850 continua em vigor a parte II, *Do Comércio Marítimo*, haja vista que a parte III, *Das Quebras* já havia sido revogado pelas legislações falimentares.

Parte Especial, inédito em relação ao antigo código, que é o Livro II, denominado *Do Direito de Empresa*¹¹⁴.

Não se tratou, entretanto, de uma simples transposição de códigos, mas o advento do novo *Codex* civil representou uma verdadeira mudança de objeto do direito comercial\empresarial brasileiro. Com efeito, a nova estrutura legislativa codificada instituiu a unificação do direito das obrigações¹¹⁵ e consagrou em definitivo¹¹⁶ a adoção da Teoria da Empresa no Brasil, própria do direito italiano, em contraposição a Teoria de Atos do Comércio, preconizada pelo Código Comercial parcialmente revogado, própria do direito francês¹¹⁷.

O Livro II, *Do Direito de Empresa*, composto pelos artigos 966 a 1.195, regula a Teoria da Empresa¹¹⁸, composta pelo tripé: *empresa*, *empresário* e *estabelecimento*. Não se encontra, todavia, no referido livro, um

¹¹⁴ No Projeto do Código Civil o referido livro chegou a ser denominado de *Da Atividade Negocial*.

¹¹⁵ Cf MIGUEL REALE fez constar na exposição de motivos: “*Não uma unidade do direito privado, porque esta unidade não foi posta como alvo a ser atingido; o projeto realiza apenas a unidade da parte geral das obrigações, consagrando, no Código, aquilo que é duradouro, inclui na legislação civil aquelas regras dotadas de certa durabilidade.*” In *O Projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

¹¹⁶ Fala-se em *consagração em definitivo* porque, como adverte FÁBIO ULHOA COELHO, o Brasil já vinha migrando paulatinamente para o sistema de Teoria da Empresa, tendo em vista alguns dispositivos constitucionais que já utilizam a expressão *empresa*, como por exemplo, os artigos 171, 173, 179, 222 e) e §§ 1º e 2º e 176, § 1o, além do advento de algumas legislações infra constitucionais, tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a nova Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), a lei de Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Lei 8.934/94), dentre outras, sendo todos os referidos textos legais estruturados de acordo com o direito de empresa em sua concepção moderna, a despeito do sistema dicotômico (civil e comercial) preconizado pelo Código Civil de 1916 e Código Comercial de 1850 que ainda vigoravam. Em *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, pp. 20/21.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ Embora o Direito de Empresa também seja regulado por legislações extravagantes, com a Lei de Falências, (Lei 11.101/2005), da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), da Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), Registro Público de Empresas Mercantis (Lei 8.934/94), dentre outras.

artigo, ou um grupo de artigos, que estabeleça especificamente a noção do elemento *empresa*, o que é plenamente justificável. Como a legislação brasileira, seguindo o exemplo do Código Civil italiano, adotou a concepção funcional da *empresa*, ou seja, como sendo uma *atividade*¹¹⁹, dentre outros aspectos ou significados possíveis da expressão, o que importa para o legislador é regular os pressupostos e os efeitos da referida atividade. E pressupostos e efeitos de uma atividade recaem sobre uma pessoa e sobre um patrimônio. Para tanto, o estabelecimento de regulamentação acerca da pessoa (empresário) e do patrimônio (estabelecimento), além de institutos complementares, tais como registro, escrituração e prepostos, que, automaticamente, implica na regulação da atividade empresarial. Foi esta a técnica legislativa adotada pelo Código Civil, certamente inspirada no Código Civil italiano. A pessoa é regulada no Título I (Do Empresário) e no Título II (Da Sociedade), o patrimônio é regulado no Título III (Do Estabelecimento) e os institutos complementares regulados no Título IV.

A noção de empresa, portanto, é extraída das noções polarizadas de *empresário*¹²⁰, prescrita no artigo 966¹²¹, e de estabelecimento, prescrita no artigo 1.142¹²². De ambas as noções é possível deduzir que, para o Código Civil brasileiro, empresa é uma *atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços*.

¹¹⁹ Cf. LUIZ ANTÔNIO SOARES HENTZ: “Entende-se, outrossim, pela palavra empresa, não uma entidade; mas, ao contrário, a atividade empenhada na produção, circulação e distribuição da riqueza. É usada no sentido de atividade, que ao se estruturar, tendo por fim obter um resultado de natureza econômica, dá origem ao direito de empresa...” Em *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 10.

¹²⁰ Cf. MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 336.

¹²¹ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

¹²² “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Desta concepção jurídica de empresa¹²³ impende destacar seus principais elementos no intuito de bem delimitar seu sentido e alcance. Da expressão *atividade*, deduz-se que, segundo a noção jurídica preconizada pelo Código Civil brasileiro, inspirada no Código italiano, a *empresa* não se confunde com o *sujeito de direito* que a exerce, denominado *empresário* ou *sociedade empresária*¹²⁴, e tampouco com a *coisa* pertencente e/ou utilizada para o seu exercício, denominado *estabelecimento*¹²⁵.

Por sua vez, concebendo tal atividade como *econômica*, deduz-se que a atividade empresarial possui como um dos elementos essenciais a busca por resultados¹²⁶. Alerta-se, todavia, que os *resultados econômicos* são na verdade a

¹²³ MAGANO, Otávio Bueno, assevera que a expressão empresa pode ser concebida segundo um *aspecto econômico* e sob um *aspecto jurídico*. Todavia, ao procurar estabelecer sua acepção econômica a conceitua com sendo “*a combinação dos fatores de produção: terra, capital e trabalho*”, deixando claro que tal concepção cada vez mais se desvincula da noção de “*lugar de combinação de fatores de produção*”, além de a “*emancipar da noção da figura do proprietário*”, concluindo que o correto seria defini-la como uma “*organização da produção*”. Em *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp. 52\53. Constata-se, portanto, que a *acepção econômica* de empresa descrita pelo autor bem se aproxima de sua acepção jurídica conforme concebido pelo Código Civil italiano e brasileiro. Este pensamento se coaduna com a assertiva de que o conceito jurídico concebido foi construído a partir de seu conceito econômico, conforme REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50, e também BORBA, José Edwaldo Tavares, *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11.

¹²⁴ FRANCESCHELLI, Remo, *Imprese e Imprenditore*. Milano: Giuffrè, 1970. Elucida o autor que a fórmula “*sociedades são empresas*” é errônea por duas razões. Primeiro, porque nem toda a sociedade exerce empresa. Segundo, porque mesmo as que exercem, o sujeito não se confunde com a atividade.

¹²⁵ Cf. FÁBIO ULHOA COELHO: “*Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa)*”. Em *Curso de Direito Comercial* 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 27

¹²⁶ CF. COMPARATO, Fábio. *Estado, Empresa e Função Social*. RT n. 732, outubro de 1996, p. 45. JOHN KENNETH GALBRAITH defende a desvinculação da empresa, referindo-se, na verdade, a *grande empresa*, da noção de lucro, pois, em razão do poder que goza, o exercício de tal poder pode perseguir outros fins. Todavia, não afirma que estes outros fins, próprios da empresa, não são fins econômicos. Tanto que não assevera, de forma peremptória, que a empresa tenha como finalidade, por exemplo, a

finalidade da empresa, sendo sua consecução incerta tendo em vista o risco que lhe é inerente. Assim, pode existir empresa sem o êxito de alcançar lucros efetivos. Empresa, seria, portanto, uma atividade com *fins* econômicos e não necessariamente com *resultados* econômicos.

E, finalmente, sendo uma atividade econômica *organizada*, deduz-se que não é qualquer atividade que busque resultados econômicos que pode ser concebida como empresa. Mas a sua caracterização depende também da presença do elemento *organização*. Trata-se de uma *organização econômica* e não de uma *organização jurídica*¹²⁷. Esta, com efeito, pode existir numa atividade meramente intelectual, mas é mais evidente numa sociedade não empresária¹²⁸, que ao estabelecer as regras de administração, trabalho, forma de integralização de capital, distribuição dos resultados do exercício, dentre outras que a legislação coloca ao dispor, está tratando evidentemente de uma organização, caracterizando-se, porém, como uma *organização jurídica*. A expressão *organização*, como caracterizadora da empresa, tem uma conotação *econômica*, significando a combinação de fatores de produção, ou seja, de mão de obra alheia, matéria prima, capital e tecnologia¹²⁹ para atingir os resultados econômicos almejados.

Conforme se destacará adiante, o exercício de uma atividade eminentemente intelectual, como a de um escritor, ou de um profissional autônomo, também pode ser considerada econômica, pois busca auferir um

filantropia. Em *The New Industrial State*. Londres: Hamish Hamilton, 1986, 1968, p. 126.

¹²⁷ Cf. ABRÃO, Nelson. *Sociedades Simples*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975, p. 24.

¹²⁸ A exemplo da *sociedade simples*, conforme será melhor explorado no item seguinte.

¹²⁹ Os fatores de produção têm sido classicamente concebidos como capital, matéria prima, mão de obra alheia e tecnologia, cf. MORGAN, Edward Victo. *Introdução à Economia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

resultado para o seu titular. Porém, não é considerada juridicamente empresarial, por lhe faltar o elemento *organização*¹³⁰.

É evidente que esta não pode e nem pretende ser uma noção universal de empresa. Ciências, como a da administração e a da economia, por exemplo, podem concebê-la com outros significados e possibilidades. Até mesmo o direito pode estabelecer outra significação, a exemplo do próprio Código Civil que, no artigo 931¹³¹, preceitua a responsabilidade do empresário ou da *empresa* pelos produtos postos em circulação e o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho¹³², que prescreve a noção de empregador como sendo a *empresa individual* ou *coletiva*. Em ambos os dispositivos acima citados a expressão *empresa* é exposta com o significado de pessoa jurídica, ou seja, no seu aspecto *subjetivo*, o que parece não se coadunar com o significado ditado pelo direito de empresa propriamente dito, consagrado, no Brasil, pelo advento do Código Civil.

Nada obstante, como a lei tem autoridade de prescrever o que é o que deixa de ser, numa estrutura de ser e dever-ser, mediante uma de causalidade normativa que produz as conseqüências emanadas sem uma necessária correspondência com a realidade empírica, a exemplo do que ocorre com a causalidade física (natura) e/ou sociológica¹³³, a questão é que para o direito de

¹³⁰ Cf. ASCARELLI, Tulio: “*Precisamente para distinguir la actividad económica del empresario de al del trabajador autónomo, se debe recurrir necesariamente al requisito de la organización.*” Em *Iniciación al Estdo Del Derecho Mercantil*. Barcelona, 1964, p. 164. No mesmo sentido BOLAFFI, Renzo. *La Società Semplice*. Milano. Giuffrè, 1947, p. 145.

¹³¹ “Art. 931 - Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹³² “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

¹³³ Cf. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 27/30 e 55/60.

empresa a noção de *empresa* deve ser concebida como uma *atividade econômica organizada*¹³⁴, independentemente de outras possibilidades de significação¹³⁵.

Assim, a positivação codificada no direito de empresa parece tornar absolutamente ultrapassadas as discussões se a *empresa* deve ou não ser galgada como uma categoria jurídica, sob o argumento de que as noções de sociedade, propriedade e contrato bastavam para regular as relações jurídicas próprias das atividades produtivas, conforme apregoava MARKUS PARDES¹³⁶.

O direito de empresa moderno parece bem diferenciar os elementos da Teoria da Empresa (empresa, empresário e estabelecimento)¹³⁷, embora estabeleça uma necessária relação entre a atividade, o sujeito que a exercita e o patrimônio respectivo¹³⁸. Assim sendo, concebendo-se a *empresa* como uma *atividade* parece possível que, numa situação hipotética, exista o sujeito e o patrimônio, mas caso a atividade não esteja sendo exercida, não existe empresa.

¹³⁴ Destaca-se que nova lei de falências (Lei 11.101\2005) utiliza nomenclatura e significados em plena consonância como a do Código Civil, referindo-se, por exemplo, no artigo 1º, ao empresário e a sociedade empresária. A lei prima, através de regras e princípios, pela preservação da atividade empresarial e sua função social, conforme artigo 75.

¹³⁵ FERRARA, Francesco a respeito assevera: “*Pero puede observarse que, fuera los casos en que la palabra se emplea em sentido improprio y figurado de empresario o de hacienda, y que ha de rectificar el intérprete, la única significación que queda de la actividad económica organizada, puesta ya por otra parte, de relieve por Carnelutti y Messineo.* Em *Teoría Jurídica de La Hacienda Mercantil*, Madrid, 1950, p. 94.

¹³⁶ *Le Statut Juridique de l’Entreprise*. Strasbourg: Cahiers Del Droit Compare, 1964, p. 60.

¹³⁷ A reforma da lei de falências francesa em 1967, por exemplo, teve como objetivo principal separar a *empresa* do *homem*. Cf. BRUNET, Andrée. *De La Distinction de l’homme et d’enterprise*. Paris, 1984.

¹³⁸ Cf. Tullo Cavallazzi Filho em *A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional*. Florianópolis: OAB\SC Editora, 2006, p. 50

O fato é que o advento do Código Civil brasileiro apenas em 2002, embora se possa julgar ter ocorrido tardiamente tendo em vista as inúmeras transformações as quais se submeteram a sociedade e a economia no século passado, poupou os juristas modernos, sobretudo os nacionais, de discutir o alcance e os significados dos conceitos, tais como de empresa, empresário, sociedade e estabelecimento. Isto porque, certamente nos aproveitamos hoje das conclusões de grandes discussões, sobretudo conceituais, surgidas com o advento do Código Civil italiano.¹³⁹ Outrossim, em que pese o respeito que merece toda a doutrina brasileira que se prontificou a enfrentar o tema, não se pode deixar de atribuir a FÁBIO KONDER COMPARATO, que sempre a frente do seu tempo provocou reflexões e asseverou inúmeras lições acerca do fenômeno empresarial¹⁴⁰, e também a FÁBIO ULHOA COELHO, que com clareza e visão singulares antecipou-se ao advento do Código Civil para elucidar os significados jurídicos dos elementos da Teoria da Empresa¹⁴¹, a responsabilidade e o mérito pela doutrinação brasileira moderna acerca do Direito de Empresa que passou a ser regulado pelo Código Civil.

Com as concepções acima expostas, portanto, o Livro II, *Do Direito de Empresa* é dividido em 04 (quatro) títulos assim dispostos. O Título I, denominado *Do Empresário* composto pelos artigos 966 a 980, regula o empresário individual, preceituando basicamente a noção de empresário e os

¹³⁹ Com efeito, a doutrina italiana muito discutiu os referidos conceitos, havendo grandes nomes que em outrora preconizaram lições que não se coadunam com os significados concebidos modernamente. Por exemplo, GIUSEPPE FERRI asseverou que o elemento organização estava presente também no conceito de sociedade, em *Le Società*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 34. Outros, como FRANCESCO MESSINEO, em *Derecho Civil y Comercial*. 1955, tomo V, p. 308 e MARIO CASANOVA, *Le Imprese Commerciali*. Milano: Giuffrè, 1955, pp. 157/158 não dissociavam a noção de empresa da de sociedade.

¹⁴⁰ Destacando-se, de forma exemplificativa, *A reforma da empresa em Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, pp. 3 a 53, além das contribuições da clássica *O Poder de Controla na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

¹⁴¹ No seu *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, cuja primeira edição foi publicada antes do advento do Código Civil.

pressupostos para o exercício da atividade empresária. Assim, o Capítulo I do referido Título regula a caracterização de empresário, as obrigações e as formas de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. O Capítulo II regula a capacidade para o exercício da empresa. Embora regule o empresário individual, pessoa física, a caracterização de empresário, prescrita no artigo 966, *caput* e respectivo parágrafo único, donde se pode extrair a noção de empresa, é também utilizada para a caracterização de sociedade empresária. Isto decorre, segundo as palavras de SYLVIO MARCONDES¹⁴² “*porque é o conceito básico, para, depois, distinguir as sociedades empresárias e sociedades não-empresárias*”.

O Título III, denominado *Do Estabelecimento*, composto pelos artigos 1.141 a 1.149, regula o que se denomina *estabelecimento empresarial*. Trata-se de regulamentação até então inédita no direito brasileiro, embora existam alguns artigos esparsos que estabelecem conseqüências jurídicas para as hipóteses de transferência ou locação do estabelecimento, como é o caso do artigo 133 do Código Tributário Nacional, dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho e do §1º do artigo 52 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91)¹⁴³. Mas não existia um corpo normativo donde se pudesse extrair a noção do estabelecimento, sua natureza jurídica, bem como a noção, pressupostos e conseqüências do trespasse, como fez o Código Civil no referido Título III do Livro II.

¹⁴² *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10.

¹⁴³ Alerta-se que o artigo 133 do Código Tributário Nacional e o §1º do artigo 52 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), a despeito da incongruência terminológica com o Código Civil, utilizam a expressão *fundo de comércio* com o significado de estabelecimento. Certamente esta divergência ocorreu porque quando da expedição das referidas legislações extravagantes inexistia no Brasil uma lei que prescrevesse, especificamente, a noção de estabelecimento, a exemplo de como prescreve hoje o Código Civil no artigo 1.142.

O Título IV, denominado *Dos Institutos Complementares*, composto pelos artigos 1.150 a 1.195, prescreve as regras relativas à escrituração, inscrição e prepostos do empresário.

O Título II, denominado *Da Sociedade*, composto pelos artigos 981 a 1.141, prescreve a noção, personificação, obrigações registrárias das sociedades, bem como os tipos societários e suas regras específicas. O referido Título II é explorado mais detidamente no item seguinte, por estar ligado especificamente com o tema deste trabalho.

2.1.1 A noção de sociedade

A noção jurídica de sociedade decorre do disposto no artigo 981 do Código Civil, que prescreve: “*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.*”

Do dispositivo legal supra transcrito podemos extrair os elementos essenciais da sociedade, a saber. Da expressão “*celebram contrato*” entende-se que a sociedade é um contrato. Esta assertiva, todavia, pode ser concebida com ressalvas, já que a sociedade por ações, por exemplo, é constituída por estatuto que contém pressupostos e características que não necessariamente se coadunam como um contrato¹⁴⁴. O contrato de sociedade tem sido concebido

¹⁴⁴ Importante destacar que a discussão sugerida diz respeito apenas a formação do vínculo societário e não ao interesse social. FÁBIO ULHOA COELHO classifica as sociedades, segundo o critério do vínculo entre os sócios, em contratuais e institucionais. Trata-se, portanto, de se estabelecer a forma de vinculação e das respectivas consequências jurídicas de uma ou de outra. Diferente e, portanto, inaplicável ao exposto nesta parte do trabalho, é a discussão entre as teorias *contratualista* e *institucionalista* que defendem o significado e extensão do que seja *interesse social*, no sentido de que o *contratualismo* sustenta que *interesses social* significa interesse dos sócios e o *institucionalismo* defende que *interesse social* não se reduz ao interesse dos sócios, mas se estende à função econômica e o interesse público

como de natureza plurilateral e de organização, segundo as lições de TÚLIO ASCARELLI¹⁴⁵.

O caráter plurilateral de organização representa uma subdivisão dos contratos onerosos que, por sua vez, também podem ser de permuta. Decorre da possibilidade de participação de mais de duas partes e também da ocorrência de obrigações e direitos para todos os contraentes, a fim de atingir uma finalidade comum. O caráter organização decorre da função econômica do contrato plurilateral, na medida em que estabelece as regras internas, relativamente ao funcionamento deveres e direitos dos sócios, e também regras externas no relacionamento com terceiros, ligados à questão da personalidade jurídica. Tudo isto justifica a contraposição dos contratos plurilaterais aos contratos de permuta, sendo os contratos de sociedades a subespécie mais importante dos contratos plurilaterais, segundo TULLIO ASCARELLI¹⁴⁶.

CALIXTO SALOMÃO FILHO¹⁴⁷ sustenta, diferentemente de TULLIO ASCARELLI, que o diferencial entre os contratos associativos e os de permuta não decorre da existência ou não de uma finalidade comum, mas sim na acepção jurídica e não econômica de organização, ou seja, na coordenação recíproca de atos, ao ponto em que os contratos de permuta criam direitos subjetivos. Entendemos, particularmente, que a concepção da teoria do contrato-organização defendida por CALIXTO SALOMÃO FILHO é a que mais se aproxima da visão moderna da função social da empresa, na medida em que não defende a redução dos interesses a obtenção de eficiência econômica,

da atividade exercida pela sociedade. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁴⁵ *In Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 372/452.

¹⁴⁶ Ob. cit., pp. 376 e 435.

¹⁴⁷ *O Novo Direito Societário*. Ob. cit., pp. 33\35

mas visa o melhor ordenamento dos interesses envolvidos, sem se identificar apenas com a obtenção dos resultados ou apenas com a auto-preservação¹⁴⁸.

O segundo aspecto importante é extraído da expressão *pessoas*, no plural, donde se deduz que resta mantida, no Brasil, a impossibilidade de sociedade unipessoal, sendo exigidas, necessariamente, pelo menos duas pessoas para a constituição de sociedade¹⁴⁹. Existem no direito brasileiro, porém, duas previsões que possibilitam a sociedade unipessoal. Dentre a classificação sugerida por ANGELO GRISONI¹⁵⁰, uma delas pode ser classificada como *sociedade originalmente unipessoal*, que é a subsidiária integral, permitida e prevista no artigo 251, inciso I, da Lei 6.404/76. A outra possibilidade jurídica enquadra-se na classificação de *sociedade reduzida a um sócio*, ressaltando-se a sua temporalidade. No caso, pelo disposto no artigo 1.033, inciso IV, do Código Civil, aplicável às sociedades em geral, é permitida a unipessoalidade temporária, reduzindo-se a sociedade a um sócio pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias). Para a sociedade anônima, é permitido a esta se manter com um sócio até a realização da próxima assembléia geral ordinária, pelo que dispõe o artigo 206, inciso I, alínea *d*, da Lei 6.404/76. Como a assembléia geral ordinária deve se realizar anualmente, nos quatro primeiros meses ao término do exercício social, pelo que estabelece o artigo 132 da Lei do Anonimato, dependendo do caso concreto, mais precisamente, do momento em que a sociedade foi reduzida a um sócio e do momento em que se realizará a próxima assembléia geral ordinária, o prazo pode atingir até um ano, mas

¹⁴⁸ Conclui o autor: “por ser uma teoria cuja origem última é econômica, ela está livre de certos dogmas jurídicos que as outra contém. Identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de contratos envolvidos pela sociedade, esse poderá tanto traduzir-se no interesse à maximização dos lucros como no interesse à preservação da empresa, mas não se identificará necessariamente com nenhum deles.” Ob. cit., p. 34.

¹⁴⁹ A impossibilidade de sociedade unipessoal de responsabilidade limitada no Brasil tem sido objeto de inúmeras críticas, conforme José Waldecy Lucena em *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 827.

¹⁵⁰ *Le Società Con Uno Solo Sócio*. Padova: Giuffrè, 1971.

também pode ser bem reduzido em relação aquele de 180 (cento e oitenta) dias previsto no Código Civil.

Extraímos do trecho “*que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços*” outro elemento essencial da sociedade que é a contribuição dos sócios. Com efeito, a essência da sociedade é justamente a reunião de esforços para atingir a finalidade comum¹⁵¹. Destaca-se que a não contribuição do sócio representa a falta de cooperação e a falta com a obrigação essencial, além de configurar a condição de *remisso*, sendo motivo ensejador de exclusão do sócio inadimplente, conforme preceituam, por exemplo, os artigos 1.004 e 1.058 do Código Civil, além dos artigos 106 e 107 da Lei 6.404/76.

Já do trecho “*para exercício de atividade econômica*” colhemos um elemento diferenciador entre sociedade e associação, segundo o Código Civil vigente, que é a finalidade econômica. Com efeito, o artigo 53 prescreve que “*Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*”

Este não era o critério do Código Civil revogado. Tanto que o artigo 1.363 do Código de 1916 mencionava apenas *fins comuns*, sem delimitar quais seriam estes fins. Ademais, o inciso I do artigo 16 daquele diploma estabelecia a plena possibilidade de existência de sociedades religiosas, pias, morais, científicas ou literárias. O artigo 23, por sua vez, previa determinada consequência especificamente para as sociedades com fins econômicos, o que deduzia a possibilidade de existência de sociedades com outros fins. Como se não bastasse, a expressão *sociedade* era também utilizada para configurar a união conjugal, denominada de *sociedade conjugal*, conforme, por exemplo, o disposto no artigo 233 do Código Civil revogado.

¹⁵¹ Aliás, as expressões *combinar esforços* e *fins comuns* constavam do artigo 1.363 do Código Civil de 1916, que prescrevia a noção de sociedade.

Conclui-se, portanto, que a finalidade econômica como delimitadora da pessoa jurídica denominada *sociedade* é novidade, no direito brasileiro, do Código Civil de 2002. Em assim sendo, nos parece ser absolutamente atécnica, a partir do advento deste diploma, a utilização de expressões como *sociedade de fato*, ou termos semelhantes, para designar a comunhão de interesses ou de esforços que não seja para exercício de atividade econômica. Mesmo as sociedades não registradas, outrora apelidadas de *sociedade irregular* ou *sociedade de fato* possuem, no Código Civil vigente, tratamento e regulação específica, contida no capítulo próprio, composto pelos artigos 986 a 990.

O outro elemento essencial da sociedade é a *partilha dos resultados*, sendo nula de pleno direito a cláusula do contrato que exclua quaisquer dos sócios do direito de participar dos lucros, conforme prevê o artigo 1.008 do Código Civil. No regime antigo, o revogado artigo 288 do Código Comercial previa que a nulidade era do contrato social o que implicava em simplesmente fulminar com a sociedade.

Além da noção de sociedade, o Código Civil traz, a título de *Disposições Gerais*, outras regras, nos artigos 982 a 985, relativas à determinação do tipo societário e da personalização da sociedade mediante o registro. A questão da tipologia é tratada mais especificamente nos próximos itens.

2.1.2 Tipos societários

O Título II do Livro II, sob análise, tipifica as sociedades, ordenando-as da seguinte forma. Uma primeira divisão estabelecida é entre *sociedades não personificadas* (subtítulo I) e *sociedades personificadas* (subtítulo II).

Dentre as *sociedades não personificadas* tem-se a *sociedade em comum*, regida pelos artigos 986 a 980, que é aquela sociedade cujos atos

constitutivos não foram levados a registro. Como a personalidade jurídica no Brasil nasce com o registro, conforme preceituam os artigos 45 e 985 do Código Civil, é corolário lógico que a sociedade não registrada seja despersonalizada. A outra *sociedade não personificada* é a *sociedade em conta de participação*, regida pelos artigos 991 a 996, que representa um pacto entre um tipo de sócio, denominado sócio ostensivo, com outro tipo de sócio, denominado sócio participante, sendo que a atividade é exercida em nome, por conta e risco do sócio ostensivo. A conta de participação não é personificada, pois não representa sujeito de direito praticante de atos jurídicos, sendo que a sociedade se reduz a um contrato, não personificado, que só produz efeitos perante as partes contratantes.

As *sociedades personificadas*, por sua vez, possuem outra subdivisão, em *sociedades simples* e *sociedades empresárias*. O fundamento desta divisão está no disposto no artigo 983 do Código Civil, que prescreve que as *sociedades empresárias* serão constituídas segundo um dos tipos regulados nos artigos 1.039 a 1.092. Nestes artigos encontram-se todos os tipos societários previstos no Código Civil, com exceção da *sociedade simples*, regida pelos artigos 997 a 1.038, e da *cooperativa*, regida pelos artigos 1.093 a 1.096, que será sempre sociedades simples, pelo disposto no parágrafo único do artigo 982.

O critério da referida divisão não é a finalidade econômica, já que tal finalidade é a essência da pessoa jurídica sociedade e, tanto a *simples* quanto às *empresárias*, são tipos societários. Mas o critério diferenciador é a *empresarialidade*. A sociedade simples, portanto, possui finalidade econômica, mas é uma sociedade não empresária¹⁵², não se sujeitando, assim, ao regime jurídico próprio dos empresários, com os respectivos direitos e deveres.

¹⁵² Cf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. ob. cit. pp. 73\74 e COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. ob. cit., vol 2, p. 475. Embora preconize-se que o Código Civil brasileiro, mais especificamente a parte do Direito de

As sociedades simples são regidas pelos artigos 997 a 1.038 do Código Civil. As sociedades empresárias podem assumir um dos seguintes tipos societários: *sociedade em nome coletivo*, regida pelos artigos 1.039 a 1.044, *sociedade em comandita simples*, regida pelos artigos 1.045 a 1.051, *sociedade limitada*, regida pelos artigos 1.052 a 1.087, *sociedade anônima*, regida pelos artigos 1.088 e 1.089 e *sociedade em comandita por ações*, regida pelos artigos 1.090 a 1.092. O artigo 1.089 prescreve que a *sociedade anônima* será regida por lei especial, aplicando-se o Código Civil apenas nos casos omissos. Assim sendo, a *sociedade anônima* permanece regida, preponderantemente, pela Lei. 6.404/76.

Acerca ainda da regulação e da tipificação das sociedades, é importante destacar os seguintes aspectos. Independentemente do seu objeto as *cooperativas* são consideradas sociedades simples e as *sociedades por ações* são consideradas *empresárias*, conforme prescreve o parágrafo único do artigo 982 do *Codex Civil*.

E ainda, pelo que dispõe o artigo 983 do Código Civil, a *sociedade simples* poderá assumir a forma específica e, portanto, ser regidas pelos artigos próprios (artigos 997 a 1.038)¹⁵³. Porém, poderá assumir uma das formas das sociedades empresárias, ocasião em que será regida pelos artigos que lhe são inerentes. Assim, as sociedades simples poderão ser dos seguintes tipos: (i) *sociedade simples em nome coletivo*, regida pelos artigos 1.039 a 1.044, (ii)

Empresa, tenha se inspirado no direito italiano, a introdução da sociedade simples não se deu tal qual aquele direito, pois, enquanto no Código brasileiro a sociedade simples está expressamente elencada dentre as *sociedades personificadas*, na Itália este tipo societário é desvestido de personalidade jurídica, segundo entendimento predominante da jurisprudência daquele país. Cf. CASANOVA, Mario. *Le Imprese Commerciali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 149.

¹⁵³ Tem-se percebido na prática, neste aspecto, a utilização de expressões como *sociedades simples pura* ou *sociedade simples simples*. Particularmente, entendemos que quando a sociedade simples não assume uma das formas de sociedade empresária deveria se denominar simplesmente *sociedade simples*, até porque não existe na legislação qualquer previsão para adoção de outra forma de denominá-la.

sociedade simples em comandita simples, regida pelos artigos 1.045 a 1.051, (iii) *sociedade simples limitada*, regida pelos artigos 1.052 a 1.087, (iv) *cooperativas*, regida pelos artigos 1.093 a 1.096 do Código Civil e Lei 5.764/71, ou (v) *sociedades simples*, regida pelos artigos 997 a 1.038.

A despeito da faculdade de assumir uma das formas das sociedades empresárias, não citamos, dentre os tipos de sociedades simples, a *sociedade simples sociedade anônima*, nem a *sociedade simples comandita por ações*, justamente em respeito ao disposto no parágrafo único do artigo 982, que estabelece que as sociedades por ações serão sempre empresárias.

Tendo em vista o acima exposto, impende destacar outro aspecto importante para a construção sugerida na presente tese. Trata-se de diferenciar um tipo de sociedade empresária de uma sociedade simples que adotou a forma de empresária. Exemplificamos, por ser tema deste trabalho, o estabelecimento da diferença entre uma *sociedade empresária limitada* e uma *sociedade simples limitada*. A confusão pode ser gerada na medida em que ambas serão regidas pelos mesmos dispositivos, quais sejam, os artigos 1.052 a 1.087, donde se poder deduzir, equivocadamente, que não existiria qualquer diferença entre ambas.

Entretanto, ambas as sociedades são absolutamente distintas. É que embora a relação entre os sócios, entre os sócios e a sociedade e algumas¹⁵⁴ relações com terceiros sejam regidas pelos mesmos artigos, o regime jurídico em que ambas estão enquadradas é absolutamente diferenciado. Vale dizer, a *sociedade simples limitada* é uma sociedade não empresária e a *sociedade empresária limitada* é uma sociedade empresária. Portanto, apenas este último

¹⁵⁴ A expressão *algumas* não é sem propósito. Isto porque nem sempre a relação entre sócio ou sociedade com terceiros serão regidas pelo mesmo dispositivo. Um exemplo é o que se sustenta na presente tese, ou seja, o de que o artigo 1.026 do Código Civil é incompatível e, portanto, inaplicável às sociedades limitadas. Por isso, no item 5.2, será exposta a conclusão de que o artigo 1.026 pode ser aplicável à *sociedade simples limitada*, mas é inaplicável à *sociedade empresária limitada*.

tipo se enquadra no regime jurídico próprio dos empresários. Destaca-se, por exemplo, a questão registraria, na medida em que a *sociedade simples limitada* se vinculará ao registro civil das pessoas jurídicas, enquanto a *sociedade empresária limitada* ao registro público de empresas mercantis, conforme dispõe o artigo 1.150 do Código Civil. Destaca-se também à sujeição à lei de falências e recuperação judicial, na medida em que o artigo 1º da Lei 11.101/2005 prescreve que a referida lei “*disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*”. Assim sendo, apenas a *sociedade empresária limitada* poderia se sujeitar à falência e postular a recuperação judicial ou extrajudicial, não tendo o mesmo direito a *sociedade simples limitada*¹⁵⁵.

Enfim, sem o propósito de se esgotar todas as situações jurídicas, a diferenciação de regime jurídico entre ambas permite concluir que se tratam de sociedades distintas. Contudo, o acima exposto permite a uma importante conclusão para a construção do trabalho: a de que a sociedade limitada é uma sociedade empresária e que, portanto, enquadra-se no regime jurídico de empresários, estando sujeita às regras e aos princípios que regulam esta forma de atividade econômica organizada.

¹⁵⁵ Já tivemos a oportunidade de se manifestar sobre o assunto: “*as sociedades simples não têm a possibilidade e, conseqüentemente, legitimidade para requerer recuperação judicial, pelo simples fato de que não são consideradas empresárias. Mesmo que determinada sociedade simples opte por se constituir segundo um dos tipos da sociedade empresária, conforme faculta a segunda parte do caput do artigo 983 do Código Civil, ela não adquire, mediante esta opção, a condição de sociedade empresária. Ou seja, a opção eventualmente proferida pela sociedade simples apenas indica que as regras entre os sócios, entre os sócios e a sociedade e entre a sociedade e terceiros passará a ser conforme as regras do tipo societário escolhido (limitada, comandita simples ou nome coletivo). Porém, o regime jurídico se mantém, ou seja, ela continua sendo sociedade simples e não empresária.*” SOUSA, Marcos Andrey de. *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. Em DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores) i. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 218.

2.1.3 As sociedades simples e as sociedades empresárias

Conforme já exposto, a técnica legislativa adotada pelo Código Civil brasileiro foi a de utilizar a expressão *empresário* no Título I do Livro II para designar e regular na verdade o empresário individual, pessoa física, e importar o mesmo critério para então caracterizar e diferenciar as sociedades empresárias das sociedades simples. Neste sentido, convém, para a compreensão da referida diferenciação, analisar as regras de caracterização do empresário individual.

Diríamos que uma, dentre as pouquíssimas vantagens da Teoria de Atos de Comércio em relação à Teoria da Empresa¹⁵⁶, era a sua delimitação. Com efeito, como o critério entre atividade civil e comercial estava ligado ao *tipo* de atividade, bastava constatar se determinada atividade estava elencada dentre aquelas consideradas como *mercancia*, segundo o artigo 19 do Regulamento 737 de 1850¹⁵⁷.

No direito de empresa, o critério não é mais determinado pelo *tipo* da atividade, mas pela *forma* como ela é exercida. Tomando por exemplo a *prestação de serviços* de um modo geral¹⁵⁸, no regime antigo não era considerada atividade comercial, porque não estava elencada no dispositivo legal que tratava das atividades de mercancia. No regime vigente, a *prestação*

¹⁵⁶ Ver em Luiz Antônio Soares Henas desvantagens da Teoria de Atos do Comércio, em *Direito de Empresa no Novo Código Civil de 2002*, ob cit., pp. 10\15

¹⁵⁷ O artigo 19 do Regulamento 737 de 1.850 elencava os seguintes atos como sendo de mercancia:

“1º - compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

2º - as operações de câmbio, banco ou corretagem;

3º - em empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;

4º - os seguros, fretamentos, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

5º - a armação e expedição de navios.”

¹⁵⁸ Ressalvados aqueles expressamente elencados no artigo 19 do Regulamento 737 de 1.850, tais como, operações de câmbio, corretagem, banco, espetáculos públicos, depósitos, expedição, transporte de mercadorias.

de serviços, assim como qualquer outro *tipo* de atividade, pode ou não ser considerada empresária, dependendo da *forma* como ela é exercida.

A questão é que analisar a *forma* nem sempre permite separar de maneira objetiva e inequívoca o enquadramento de determinada atividade em empresarial ou não empresarial. Todavia, não se pode furtar, diante da atual e complexa realidade industrial e tecnológica, em constante transformação, à aceitação e aplicação de conceitos econômicos, que levam em conta muito mais a substância do que necessariamente a forma.¹⁵⁹ Ademais, a interdisciplinaridade cada vez maior entre o direito e a economia conduz que os conceitos jurídicos não sejam tão rígidos e fixos, mas devem ser passíveis de flexibilizações, diante, sobretudo, das transformações cada vez mais aceleradas dos fenômenos econômicos que o direito procura regular.

Prescreve a cabeça do artigo 966 do Código Civil: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*” Já o parágrafo único do mesmo artigo preceitua 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.*”

Extraem-se do dispositivo legal os elementos essenciais do empresário. O primeiro deles é a *profissionalidade*, que significa habitualidade, não ocasionalidade. A expressão *profissionalmente* contida na lei não tem relação, portanto, a profissão oficial ou regulamentada. O importante é observar que o

¹⁵⁹ Cf. ASCARELLI, Tullio. “*La frecuente referencia a conceptos económicos e a consideraciones de substancia y no de forma, fácilmente criticables ya que el derecho solo puede actuar utilizando conceptos jurídicos esconde en realidad la exigência de una elaboración de conceptos jurídicos diversos de los recibidos del derecho tradicional y más adecuados a la disciplina jurídica de una vida que se há venido transformando profundamente.*” Em *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Editora Barcelona, 1970, p. 17.

sujeito faz da atividade algo rotineiro e habitual, independentemente do objeto ou da existência ou não de regulamentação específica da atividade.¹⁶⁰

Outro elemento essencial é o exercício de *atividade econômica*, já explorado e desenvolvido acima para a definição do que seja empresa, segundo a legislação. Com efeito, a concepção jurídica de empresa decorre justamente da definição de empresário.

Mas, embora não conste expressamente do dispositivo, é possível asseverar que outra essência da noção de empresário é o exercício da atividade em nome próprio. Ou seja, o empresário produz ou circula produtos ou serviços em nome próprio, e não necessariamente de outrem. Caso contrário, seria empregado ou preposto de outrem. Ainda que seja *distribuidor* ou *agente*, por exemplo, cuja essência do contrato de colaboração é a simples *aproximação* entre duas partes e não necessariamente a *intermediação*, a atividade empresarial pode ser caracterizada pelo exercício profissional da atividade de distribuição ou de agência, exercida em nome próprio do colaborador.

E, por fim, o outro elemento essencial e, quem sabe, o grande diferenciador da atividade empresaria é a *organização econômica*, também já explorada acima, para aferir a concepção jurídica de empresa. É na organização, segundo sua acepção econômica, que pode estar o tal *elemento de empresa*, ao qual se refere o parágrafo único do artigo 966, acima transcrito. Em outras palavras, exercer uma atividade com *elemento de empresa* significa *organizar* fatores de produção. O resultado do produto ou do serviço não advém, preponderantemente, do intelecto do profissional, mas sim da organização dos fatores de capital, mão de obra alheira, capital e tecnologia. A fabricação de um produto eletrônico, por exemplo, não decorre, necessariamente, da atividade intelectual do profissional. Ele necessitará de toda uma organização

¹⁶⁰ Neste sentido GALGANO, Francesco, *Tratato di Diritti Civile e Commerciale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1982.

empresarial, composta por bens, matéria prima, funcionários e capital. Esta estrutura toda organizada é que possibilitará a produção dos equipamentos cuja circulação proporcionará o resultado econômico almejado.

A cantoria de uma música depende, preponderantemente, do saber intelectual do profissional que a canta. Assim como a produção de uma obra artística ou literária. Ainda que para o exercício destas atividades, consideradas pelo parágrafo único do artigo 966 do Código Civil, como *profissão intelectual*, possam ter o concurso de auxiliares ou colaboradores, a preponderância do intelecto para a produção do produto ou serviços faz com que, juridicamente, a atividade seja considerada não empresária.

Nada obsta, porém, que para o exercício da profissão considerada juridicamente de intelectual ganhe vulto sendo necessário ou conveniente organizar fatores de produção para exercê-la. Neste caso, restaria constituído o elemento de empresa no exercício da profissão, ocasião em que o respectivo profissional lograria o *status* de empresário, contraindo os direitos e deveres inerentes¹⁶¹.

Portanto, para a aferição de existência ou não de *elemento de empresa* ou de simples *concurso de auxiliares ou colaboradores* a fim de caracterizar determinada atividade como empresária ou não, há que se aferir, no caso

¹⁶¹ A respeito é a lição de Sylvio Marcondes: “*Há pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou serviços, mas não devem e não podem ser considerados empresários – referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual – pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazer os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores de produção; porque na prestação de serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários. A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários.*” *Questões de Direito Mercantil*. Ob. cit., p. 11.

concreto, qual o elemento preponderante para atingir o resultado final dos produtos ou dos serviços. Ou, mais precisamente, qual o elemento preponderante para atingir o resultado econômico almejado.

Entendemos, particularmente, que o critério prescrito no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil não é utilizado apenas para o que seja considerado *profissão intelectual*. O que se deve observar em todas as atividades, sejam elas intelectuais ou não, é a presença ou não do elemento de empresa. Vale dizer, entendemos que alguém possa exercer atividade de compra de mercadorias para revenda. Parece que tal atividade não necessariamente se enquadra no conceito de atividade de natureza científica, artística ou literária. Mas, se for exercida pessoalmente, sem a organização de fatores de produção, não é atividade empresária, ainda que não seja considerada juridicamente intelectual. Todavia, não há que se chegar ao exagero de afirmar que o disposto no parágrafo único do artigo 966 é redundante e desnecessário¹⁶². Poder-se-ia argüir neste sentido na medida em que qualquer atividade, seja ela considerada intelectual ou não, caso exercida com as características dispostas no *caput* do artigo 966 seria considerada juridicamente empresária. A utilidade do dispositivo sob análise é que ele permite, numa apreciação conjunta, colher elementos que melhor permitam identificar a essência empresarial de determinada atividade.

Destaca-se, outrossim, que não é o *registro* que permite definir se determinado profissional é ou não empresário. Tanto que o *registro* não consta da noção de empresário (artigo 966) e tampouco da noção de sociedade (artigo 981). Portanto, ser empresário é uma questão de *fato*. O registro é uma obrigação decorrente do exercício da atividade empresarial, ou seja, é uma das

¹⁶² Em sentido contrário é o pensamento de Luiz Antônio Soares Hentz: “A *ressalva do parágrafo único é totalmente dispensável para qualificação do empresário, pois, se não se constitui elemento de empresa, o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, não se enquadra na definição do caput.*” Em *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*, ob cit., p. 27.

obrigações de ser empresário, que por sua vez é caracterizado por exercer faticamente determinada atividade com as características prescritas em lei. A falta do registro não retira do profissional a condição de empresário, mas lhe confere a condição de *empresário irregular*, com as limitações e eventuais penalidades incidentes. Tanto que o *empresário irregular* estará sujeito à falência¹⁶³, embora não possa requerer recuperação judicial ou extrajudicial. Esta última impossibilidade, todavia, não decorre da inexistência da condição de empresário, mas sim porque a lei falimentar, nos artigos 48 e 161, elenca a regularidade registrária como um dos pressupostos para requerer os referidos benefícios.

Em se tratando especificamente de sociedade empresária, além de o registro não ser requisito essencial para a caracterização de *empresária*, não é também requisito para a caracterização da condição de *sociedade*, pois tal exigência não consta no artigo 981 do Código Civil como sendo um dos seus elementos essenciais. O registro é condição apenas para aquisição de personalidade jurídica, pelo que preceituam os artigos 45 e 985 do Código Civil¹⁶⁴. A sociedade nasce juridicamente com a celebração do contrato, seja escrito ou verbal¹⁶⁵, mas a personalidade jurídica nasce com o registro. Tanto

¹⁶³ O inciso VIII do artigo 96 da Lei 11.101/2005 prescreve que a falência não será decretada se o requerido provar, verbis: “VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.” A parte final dá conta de que, ainda que o empresário não possua mais seus registros regulares, ele poderá ter sua falência decretada caso reste comprovado que faticamente as atividades empresariais era exercidas. Como a lei de falências aplica-se ao empresário ou a sociedade empresária, conforme prescreve o seu artigo 1º, conclui-se que o profissional não regularmente registrado não perde a condição jurídica de empresário. Daí a assertiva de que empresário é uma condição de fato.

¹⁶⁴ Embora nem todo registro confere personalidade jurídica, conforme dispõe o artigo 993 do Código Civil, aplicável à *sociedade em conta de participação*.

¹⁶⁵ A possibilidade de existência de sociedade através de contrato verbal é observada pela análise do artigo 987 do Código Civil, verbis: Art. 987. *Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.* Enfim, embora a lei só permita

que a sociedade não registrada não deixa de ser sociedade, sendo considerada juridicamente *sociedade em comum*, regida por artigos específicos (artigos 986 à 990 do Código Civil).

Destas regras pode-se asseverar que o registro é *declaratório* para a condição de sociedade, pois apenas declara aquilo que já existe, e *constitutivo* para a condição de pessoa jurídica, pois faz nascer uma condição até então inexistente.

Conforme já exposto, a técnica legislativa do Código Civil foi a de conceituar o que seja *empresário individual* e importar tal critério para a caracterização de sociedade empresária e não empresária ou, como preferir, sociedade simples. Tendo em vista as questões e opiniões já expostas, resta apenas trazer uma situação hipotética para melhor ilustrar a diferenciação.

Utilizando-se do clássico exemplo do médico que exerce sua profissão em seu consultório, com feição visivelmente caracterizada como intelectual, mesmo tendo auxiliares e colaboradores, como uma secretária e uma enfermeira. Este profissional não é considerado *empresário*, à luz do que dispõe o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. Porém, se o movimento em seu consultório aumenta e ele passa a adquirir máquinas, equipamentos e matéria prima, a contratar funcionários, a adotar tecnologias, estruturando um verdadeiro *estabelecimento* denominado de clínica médica, restaria caracterizada a presença do elemento de empresa no exercício da profissão, configurando, assim, a sua condição de *empresário*.

Por outro lado, se ele exercesse a profissão intelectualmente em seu pequeno consultório, o simples fato de outro médico ir laborar no mesmo local não implicaria, por si só, o surgimento do *elemento de empresa* caracterizador

que sócios comprovem a existência da sociedade na forma escrita, o fato de permitir que terceiros comprovem de qualquer modo conduz a conclusão de que prevê a possibilidade de existência jurídica de sociedade sem o contrato escrito.

da atividade empresarial. Na hipótese destes dois médicos optarem por constituir uma sociedade, a fim de oficializar a reunião de esforços e a partilha de lucros e perdas, mediante a constituição de uma pessoa jurídica, estar-se-ia diante de uma sociedade entre profissionais intelectuais. Esta sociedade se caracterizaria como *sociedade simples*, ou seja, sociedade não empresária. Todavia, se o referido consultório médico, agora explorado por uma sociedade não empresária, se submetesse ao desenvolvimento acima exposto, culminando na constituição de uma clínica médica, o surgimento do elemento de empresa a transformaria em sociedade *empresária*.

Do contexto, algumas conclusões são extraídas, embora possam parecer óbvias diante da legislação e da doutrina nacionais, mas que são imprescindíveis para a construção ora sugerida, que é a de que a sociedade limitada é uma sociedade eminentemente empresária e, portanto, sujeita ao regime jurídico, regras e princípios próprios da Teoria da Empresa.

2.2 A sociedade limitada no Código Civil de 2002

A sociedade limitada não era prevista no Código Comercial de 1.850, vindo a ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 1919 pelo Decreto 3.708/19, que a denominava *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. O conciso diploma, composto por 19 artigos, foi objeto de opiniões diversas, havendo os que lhe imputassem severas críticas¹⁶⁶, mas também os que o elogiassem, sob o argumento da extraordinária proliferação da sociedade limitada no Brasil, sendo o tipo societário mais utilizado¹⁶⁷. Inegável, todavia, que a doutrina e a jurisprudência tiveram enorme contribuição na evolução do instituto.

¹⁶⁶ Cf. MARTINS, Fran. *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, vol 1, p. 317 e TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 17 e 28\29.

¹⁶⁷ Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: 2005, p.p. 23\24.

O Código Civil de 2002 que, como exposto, revogou a Parte I do Código Comercial de 1850, passou a regular as sociedades no Brasil, dentre as quais, a sociedade limitada, então regida por legislação extravagante, que ganhou um capítulo específico no Código Civil, passando sua regência a ser preponderantemente codificada. A sociedade anônima, por sua vez, continua sendo regida por lei especial, por força do artigo 1.089 do Código Civil, sujeitando-se aos ditames da Lei 6.404/76.

O Capítulo IV do Subtítulo II do Título II do Livro II do Código Civil, composto pelos artigos 1.052 a 1.087, regula o que passou a denominar *sociedade limitada*, revogando o Decreto 3.708/19, por regular inteiramente a matéria, pelo que dispõe o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁶⁸.

No que tange especificamente à regra de regência, o artigo 1.053, *caput* e respectivo parágrafo único, do Código Civil, preconiza que a sociedade limitada, nas omissões do capítulo específico, será regida pelas normas da sociedade simples ou pelas normas da sociedade anônima, caso expressamente eleita no contrato social. Transcreve-se o artigo por estar intimamente ligado ao tema central do presente trabalho:

“Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.”

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

¹⁶⁸ Referido dispositivo preceitua que uma lei regula a outra quando o faz expressamente, quando for com ela incompatível ou quando passe a regular inteiramente a matéria. Este tem sido o fundamento aceito argüir a total revogação do Decreto 3.708\19. Entende desta forma LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., pp. 32\33.

No regime antigo, o artigo 18 do Decreto 3.708/19 preceituava a regência supletiva das normas da sociedade anônima quando omissa o contrato social, nos seguintes termos:

“Art. 18 – Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, a parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônima.”

Particularmente, julgamos não ser boa a técnica legislativa, tanto do Decreto revogado, quanto do Código Civil, de reger tão importante instituto mediante um corpo de artigos reconhecidamente enxuto e omissa em pontos importantes como, por exemplo, o que compõe o tema do presente trabalho, apostando na supressão de omissões em regência supletiva por normas de tipo societário distinto, e ainda, no caso do *codex* vigente, facultando aos sócios a escolha dentre duas normas possíveis.

Esta técnica, sobretudo, quando abre duas possibilidades de regência supletiva, sempre implicará em avaliar os dispositivos que poderão ou não ser aplicados, gerando discussões, incertezas e imprevisibilidades¹⁶⁹. Isto porque, as normas de regência supletiva regulam tipos societários distintos, cada qual com suas peculiaridades a justificar regras e princípios específicos. E nem poderia ser diferente, eis que a própria existência de determinado tipo societário tem sentido justamente na sua especificidade a justificar a criação de um conjunto normativo próprio, diferente das regras já existentes para regular outros tipos.

¹⁶⁹ Egberto Lacerda Teixeira, por exemplo, em estudo realizado após setenta anos de vigência do Decreto 3.708/19 nos deu notícia a discussão ainda persistia: “A interpretação correta do art. 18 do Decreto n. 3.708/19 continua há cerca de sete décadas a desafiar a argúcia e a inteligência de juristas, tribunais, juntas comerciais etc.” Em *Sociedades Limitadas e Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 3.

O melhor seria a instituição de um corpo normativo mais completo, que pudesse reger de forma mais ampla possível a sociedade limitada, submetendo ou à regência supletiva ou à analogia os casos extremos de falta de previsão normativa expressa para as situações hipotéticas. Todavia, nada obstante as eventuais inconveniências da escolha feita pelo legislador, resta-nos enfrentar o direito na forma posta para sugerir as melhores soluções.

2.2.1 Algumas comparações entre o artigo 18 do Decreto 3.708/19 e o artigo 1.053 do Código Civil

Estabelecendo um comparativo entre os textos legais de regência supletiva do artigo 18 revogado Decreto 3.708/19 e do artigo 1.053 do Código Civil, destacamos os seguintes pontos.

O Código Civil estabelece duas possibilidades de regência supletiva: pelas normas da simples, como regra geral, ou pelas normas da sociedade anônima, quando expressamente eleita no contrato social. Referido decreto previa apenas a regência supletiva pela lei da sociedade anônima, independentemente do que dispusesse o contrato social.

Considerando o Capítulo da sociedade limitada no Código Civil também conciso, embora mais abrangente que o Decreto 3.708/19, não será rara a necessidade de se recorrer à regência supletiva. Somado este fato à faculdade de escolha dentre duas normas para a regência supletiva, possibilita-se a constituição de sociedades limitadas com características bem distintas, tendo em vista as significativas diferenças existentes entre a sociedade simples e a sociedade anônima.

Com efeito, a sociedade simples é uma sociedade não empresária, o que por si só já demonstra a sujeição a um regime jurídico bem distinto ao da

sociedade anônima. Depois, é uma sociedade com feição eminentemente personalista, razão pela qual as regras respectivas restringem consideravelmente a cessão da participação societária, sujeitando-a sempre à anuência da unanimidade dos sócios¹⁷⁰.

Por seu turno, a sociedade anônima é uma sociedade necessariamente empresária, com feição preponderantemente capitalista¹⁷¹, onde a circulação das ações é, por essência, livre, sendo inclusive vedado ao estatuto impedir a sua transmissão¹⁷². Esta questão implica em normas também distintas para as hipóteses de cessão involuntária de participação societária, que não tem qualquer previsão no capítulo da sociedade limitada. Portanto, a solução de questões importantes e de considerável incidência de conflitos, tais como, o falecimento e\ou a separação de sócio, a execução de participação societária por credor pessoal de sócio, o direito de retirada motivada ou imotivada, dentre outras questões, poderão depender da interpretação e aplicação de regência supletiva, muitas vezes conduzindo a resultados diferentes, de acordo com a norma eleita.

Esta dupla possibilidade de regência supletiva fundamenta a assertiva de FÁBIO ULHOA COELHO¹⁷³ no sentido de que o novo regime teria criado dois subtipos de sociedades limitadas, as quais propõem chamar de *sociedade limitada com vínculo instável* e *sociedade limitada com vínculo estável*. A

¹⁷⁰ Cf. artigo 1003 do Código Civil.

¹⁷¹ A expressão “*preponderantemente*” se justifica haja vista a possibilidade de existência de sociedade anônima com feições personalistas, conforme VENTURA, Renato. *A Lei das Sociedades por Ações e as Companhias Intuitus Personae*. Em CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de Castro & ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) *A Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 191/221.

¹⁷² Cf. artigo 36 da Lei. 6.404\76, que possibilita que os estatutos das companhias fechadas imponham limitações à circulação das ações, mas desde que não impeçam sua circulação e dependam sempre da concordância dos respectivos acionistas.

¹⁷³ Em *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit., pp. 23/25

nomenclatura, segundo o autor, decorre da possibilidade ou não de retirada do sócio sem justo motivo. Nas sociedades regidas supletivamente pelas normas da sociedade simples, aplicar-se-ia o artigo 1.029 do Código Civil, que permite a retirada imotivada dos sócios de sociedade com prazo indeterminado, provocando instabilidade na relação societária e, conseqüentemente, a nomenclatura sugerida de *sociedade com vínculo instável*. Nas sociedades regidas supletivamente pelas normas da anônima, o artigo 1.029 do Código Civil, segundo o autor, não seria inaplicável, e como também inexistia previsão de retirada imotivada na Lei 6.404/76, argumenta a existência de uma maior estabilidade no vínculo societário, justificando a proposta de nomenclatura em *sociedade limitada com vínculo estável*.

Independentemente do fato de a doutrina e a jurisprudência adotarem ou não a nomenclatura sugerida pelo citado autor, aqui mencionada a título ilustrativo, e também da aceitação ou não da tese de possibilidade ou impossibilidade de retirada imotivada em sociedade por prazo determinado, não se pode deixar de asseverar que as diferentes possibilidades de regência supletiva possibilitarão a existência de sociedades limitadas com feições distintas, o que representa, pelo menos, uma vantagem e uma desvantagem.

A vantagem é que será possível os sócios constituírem sociedade limitada adequando as peculiaridades dos seus interesses e encontrando, neste intento, amparo em direito positivo e não apenas nas normas privadas do contrato social, que podem ser suscetíveis de discussão, sob o fundamento de eventual confronto com normas gerais e abstratas. A desvantagem é que a distinção pode fundamentar o surgimento de subtipos societários, tornando incerta a relação com sociedades limitadas, pois exigirá, no caso concreto, a análise detida do contrato social para constatar a regência supletiva e seus efeitos em relação a determinadas regras que podem atingir a esfera de interesses de terceiros. Destaca-se, a título exemplificativo, a possível

incidência do parágrafo único do artigo 1.015 do Código Civil, constante no Capítulo da sociedade simples e, portanto, possivelmente aplicável supletivamente à sociedade limitada regida supletivamente pelas respectivas normas. O dispositivo em questão prescreve o direito de a sociedade se opor perante terceiros por atos praticados por seus administradores, como que fazendo renascer uma nova versão da teoria *ultra vires*. Em se adotar este entendimento no Brasil por conta do texto legal, a contratação com sociedade limitada, conforme dito, dependerá sempre de prévia e ampla análise dos contratos sociais, indo de encontro frontal com a necessidade de dinamismo das relações empresariais.

A questão é que a experiência é quem determinará a conveniência ou não deste sistema, embora sejamos da opinião, já externada, que a melhor técnica é a adoção de uma norma para reger da forma mais completa possível o instituto, evitando assim incertezas e imprevisibilidade.

Outra diferença apontada é que no texto do regime antigo havia a ressalva expressa de que a regência supletiva das disposições da lei da sociedade anônima seria apenas *na parte aplicável*, ressalva que não consta no texto do Código Civil.

Defendemos que a omissão quanto a esta ressalva no Código Civil não implica em qualquer modificação de ordem prática em relação ao antigo regime. Com efeito, a inexistência da referida expressão não pode levar à absurda conclusão de que é possível aplicar à sociedade limitada os dispositivos da lei da sociedade anônima, de forma supletiva, mesmo que não sejam àquela aplicáveis. E é justamente o que sustentamos no presente trabalho, ou seja, a aplicação supletiva deve ser restrita aos dispositivos que forem compatíveis com a sociedade limitada, sejam os da sociedade anônima, como também os da sociedade simples, conforme melhor explorado adiante.

Destacamos também a diferença de redação e, possivelmente, de alcance entre os dois regimes, no aspecto em que o Decreto previa que a regência supletiva pelas normas da anônima se daria quando da omissão do *estatuto social*, ao passo que no novo regime esta aplicação supletiva ocorre quando a *lei* da sociedade limitada for omissa, no caso, o Capítulo IV do Subtítulo II do Título II do Livro II do Código Civil, composto pelos artigos 1.052 a 1.087.

Esta possível diferença ainda é passível de questionamento. É que mesmo à luz do regime antigo é constatável a deflagração de considerável e impressionante discussão a respeito. Há os que entendem que a lei da anônima era aplicável apenas na omissão do *estatuto*, seguindo os exatos termos do artigo 18 do Decreto 3.708/19¹⁷⁴. Mas também havia quem sustentasse, nada obstante o sentido literal do texto legal, que as normas da sociedade anônima eram aplicáveis supletivamente também à *lei* das limitadas e não apenas ao estatuto social¹⁷⁵. Destacamos, ainda, a opinião existente no sentido de que na omissão do contrato haveria que se aplicar primeiramente o disposto no Código Comercial e, persistindo a omissão, a lei da sociedade anônima, por analogia. Mas sendo o contrato social parcialmente omissa, deixando de dar regulação apenas a determinado sistema ou órgão instituído pelo contrato, então sim aplicar-se-ia a lei do anonimato supletivamente.

O fato é que as discussões acima são inexistentes no regime vigente, haja vista que o artigo 1.053 do Código Civil, ao utilizar a expressão “*na omissão deste Capítulo*” não dá margem de dúvida para a interpretação de que a regência supletiva se dará na omissão da lei.

¹⁷⁴ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 22\23.

¹⁷⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Sociedades Limitadas e Anônimas no Direito Brasileiro*. Ob. cit., p. 3.

Nada obstante as comparações acima e suas possíveis diferenças, a questão é que a técnica adotada pelo Código Civil faz persistir a antiga discussão acerca dos limites da regência supletiva, mais especificamente, da determinação de quais dispositivos poderão ser aplicados supletivamente, tendo em vista as peculiaridades dos tipos societários.

2.2.2 Os limites de aplicação da lei da regência supletiva

Sempre foi unânime a opinião de que a aplicação das normas de regência supletiva têm seus limites. A discussão teve origem na doutrina em relação à aplicação da lei da sociedade anônima, prevista no regime antigo e agora também no regime atual. Assim, diante do regime vigente, além da necessidade de se estabelecer os limites de aplicação das normas da sociedade anônima, defendemos a posição de que haverá que se analisar e estabelecer possíveis limites também em relação às normas da sociedade simples, embora esta última possível limitação não tenha sido prestigiada pela doutrina. E, neste sentido, defendemos a posição de que nem todos os dispositivos da sociedade simples poderão ser aplicados supletivamente à sociedade limitada.

Sugerimos, contudo, a análise das discussões travadas acerca da supletividade das normas da sociedade anônima como auxílio no estabelecimento de um critério para aplicação da regência supletiva.

PAULO SALVADOR FRONTINI¹⁷⁶, enfrentando o tema à luz do regime antigo, fundamenta-se basicamente no critério da *compatibilidade* entre os institutos e as normas, ao concluir que as “*figuras e institutos da S.A somente*

¹⁷⁶ *A sociedade limitada e seu apelo às normas da sociedade anônima – tentativa para fixar um critério geral para interpretar o art. 18 do decreto 3.708\19*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: RT, 1990, n. 79, p. 24.

podem ser transladadas para sociedade limitada quando forem compatíveis com esta.”

E para materializar a questão do critério da compatibilidade o referido autor preceitua: *“Assim, quando a lei ou princípio de ordem pública não criar obstáculos, pode a sociedade limitada aproveitar fórmulas de sociedade anônima fechada, pois ambas, sociedade limitada e companhia fechada, perseguem fins mercantis e empresariais comuns.”*¹⁷⁷

Percebe-se que autor sugere que o critério da compatibilidade esteja ligado aos aspectos que se identifiquem com os fins mercantis e empresariais das sociedades em questão, havendo que se aferir também a inexistência de obstáculos que poderão ser configurados por eventuais choques com regras e princípios de ordem pública que impeçam a adoção de dispositivos da legislação supletiva. Tanto que conclui que alguns dispositivos da lei do anonimato: *“São normas especializadas, que preceitos de ordem pública, inderrogáveis pelos sócios, determinam só sejam aplicáveis àquelas sociedades anônimas e a nenhuma das outras, muito menos às sociedades limitadas.”*¹⁷⁸

Seguindo esta linha de raciocínio e transpondo-a, todavia, para a regência supletiva pelas normas da sociedade simples, parece absolutamente plausível sustentar que não são todos os dispositivos da sociedade simples que seriam aplicáveis à sociedade limitada, mas tão-somente aqueles que sejam com esta compatíveis.

E, para aferir esta compatibilidade, há que se analisar as finalidades de ambas as sociedades, suas inserções no ordenamento jurídico, e, principalmente, os preceitos legais e principiológicos que não podem ser

¹⁷⁷ Ob. cit., pp. 24\25.

¹⁷⁸ Idem p. 25.

lesados. Quanto aos fins, é de se destacar que a similitude entre a sociedade simples e a sociedade limitada estaria na sua finalidade econômica. Vale dizer, ambas têm fins econômicos, inclusive a sociedade simples, pois, caso contrário, não seria esta última uma sociedade, mas uma associação, já que este é o maior diferencial entre estes dois tipos de pessoas jurídicas de direito privado¹⁷⁹. Assim, a sociedade simples também persegue um fim econômico.

Por outro lado, em sendo a *simples* uma sociedade não empresária e sendo a *limitada* uma sociedade eminentemente empresária, é de se afirmar que ambas não possuem *fins empresariais* comuns, pois só a sociedade limitada possui fins desta natureza. Desta feita, os dispositivos da sociedade simples que sejam incompatíveis com a atividade empresarial não podem, em tese, ser aplicáveis às sociedades limitadas.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA¹⁸⁰ também enfrentou profundamente o tema, asseverando que nem todas as normas da sociedade anônima se ajustam ao modelo da sociedade limitada. E, na tentativa de bem delimitar esta aplicação supletiva, o festejado autor sugeriu a seguinte divisão das normas da sociedade anônima.

Normas imperativas ou cogentes, asseverando que seriam aplicáveis à limitada as normas relativas à transformação, fusão, cisão e incorporação, com exceção da cisão, que é aplicável apenas nas anônimas. A colocação do autor não subsistiria nos dias atuais, pois o Código Civil passou a regular as referidas operações societárias nos artigos 1.113 a 1.122, inclusive a cisão, que são aplicáveis a todas as sociedades codificadas, dentre as quais, a limitada. Assim, os dispositivos da Lei 6.404/76, que regulam estas operações, seriam aplicáveis

¹⁷⁹ Cf. item 2.1.2

¹⁸⁰ Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, 1978, p. 113.

apenas à sociedade anônima ou, no máximo, de forma supletiva ou por analogia, na hipótese de omissão do Código Civil em relação a alguma situação hipotética.

Normas supletivas, elucidando que, por ser o Decreto 3.708/19 omissivo a respeito, são aplicáveis às limitadas as normas relativas ao exercício do direito de recesso do sócio dissidente, aos prazos de ações anulatórias de deliberações sociais contrárias a lei, ao balanço e às demonstrações financeiras, com algumas exceções, à convocação e realização de assembléias, se não previstos no contrato, ao direito de preferência em operações de aumento de capital e ao critério de desempate. Ocorre que, de todos os assuntos acima, apenas o critério de desempate não tem previsão para a sociedade limitada, havendo de se aplicar supletivamente o §2º do artigo 1.010 do Código Civil, quando regida supletivamente pelas normas da sociedade simples, ou pelo §2º do artigo 129 da Lei 6.404/76 quando regida supletivamente pelas normas da sociedade anônima.

Normas facultativas, que são aquelas ajustáveis pelos sócios no contrato social e que poderiam ser importadas da lei da sociedade anônima, tais como às referentes à administração, ao conselho fiscal e à participação dos administradores nos lucros.

Normas incompatíveis, que não condizem com a natureza jurídica da sociedade limitada sendo, portanto, inaplicáveis, destacando uma série de exemplos, tais como, cotas sem valor nominal, ao portador, endossáveis, escriturais, custódia de cotas fungíveis, certificado de depósitos, valores mobiliários, sociedade de economia mista, subsidiária integral, alienação e aquisição de controle.

Em que pese ao respeito do estudo feito pelo referido autor, julgamos, pelo seu teor e conteúdo, sobretudo diante do que se tornou defasado pelo advento do Código de Civil, que tudo poderia se resumir no critério da *compatibilidade*, num resultado muito próximo ao defendido por PAULO SALVADOR FRONTINI. Assim, seriam inaplicáveis os dispositivos que não fossem compatíveis com a sociedade limitada, como também aqueles que são impedidos por regras e princípios de ordem pública. E o mesmo critério, conforme já defendido acima, deveria ser observado em relação à regência supletiva pelas normas da sociedade simples.

MODESTO CARVALHOSA¹⁸¹, ao analisar a questão segundo o regime antigo, entende também, que a sociedade anônima e a sociedade limitada possuem “peculiaridades distintas, *de forma que se não mostrava nem possível nem coerente o simples transplante de regras da anônima para a limitada, sob pena de descaracterizar o instituto.*”

Enfrentando a questão, segundo o artigo 1.053 do Código Civil, o referido autor analisa a regência supletiva pelas normas da simples e pelas normas da anônima. Em relação a esta última, mantém a mesma linha de pensamento já manifestada, concluindo que “*deverá prevalecer o critério da razoabilidade para distinguir onde a natureza de uma forma societária não permite a aplicação das regras da outra.*”¹⁸² Neste sentido, embora reconhecendo que os critérios que sugere não sejam definitivos, aponta que não seriam aplicáveis à limitada as regras concernentes à constituição da sociedade, à limitação de responsabilidade dos sócios, aos direitos e obrigações dos sócios entre si e para com a sociedade, à emissão de títulos estranhos ao capital social, à abertura de capital, à emissão de cotas sem valor nominal, à emissão de

¹⁸¹ Em *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195)*, São Paulo: Saraiva, 2003, vol 13, p. 38.

¹⁸² *Idem*, p. 45.

certificados de c&os e à subsidiária integral. Por outro lado, sustenta que seriam aplicáveis as regras relativas à estrutura organizacional, aos direitos, deveres e obrigações dos administradores, e aquelas que regem os pactos parassociais, como o acordo de cotistas.

Pelo critério e exemplos mencionados, demonstra-se que MODESTO CARVALHOSA acaba por seguir linha de raciocínio idêntica às acima apontadas, no sentido de sustentar que só poderiam ser aplicáveis questões de direitos disponíveis aos sócios, de acordo com as possibilidades inerentes à sociedade limitada, não sendo aplicáveis aquelas indisponíveis, vale dizer, aquelas que os sócios não podem regular em contrato, seja por violar disposições de normas de ordem pública, seja porque restritas à natureza específica da sociedade anônima. Portanto, de tudo o que expõe e defende, entendemos ser possível concluir que o autor também se sustenta na questão da *compatibilidade*, amparada esta na finalidade das sociedades e também no respeito às regras e aos princípios de ordem pública não sujeitas à disposição dos sócios.

Em relação à questão da regência supletiva pelas normas da sociedade simples, justifica que tal escolha decorre de outra opção do legislador em atribuir às normas da simples a regra geral de todos os tipos societários, somado ao fato de ser a limitada sociedade de natureza híbrida, podendo assumir feições de sociedade de pessoas e de capitais¹⁸³. Desta assertiva poder-se-ia concluir que todos os dispositivos que regem a sociedade simples seriam aplicados supletivamente, no caso de omissão do Capítulo das limitadas. Todavia, o mesmo autor, além de criticar veementemente esta escolha, por reconhecer que as regras da simples não são as mais adequadas, tendo em vista as diferentes finalidades em relação a sociedade limitada. E, adiante, sugere a análise um a

¹⁸³ *Idem*, p. 39.

um dos dispositivos que regem a sociedade simples para aferir “*a possibilidade ou a impossibilidade de sua aplicação às sociedades limitadas.*”¹⁸⁴

Embora o autor não mencione expressamente deste modo, podemos extrair de suas colocações, salvo melhor juízo, duas conclusões. A primeira, no sentido de que pode haver séria inadequação das normas da simples para a limitada, tendo em vista a distinção de estrutura e finalidade de ambas as sociedades. E segundo, que existem dispositivos da simples que podem ser inaplicáveis à limitada, embora não estabeleça um critério para delimitar especificamente tal aplicação. O fato é que parece plausível concluir, ainda que nas entrelinhas do exposto pelo autor, que a aplicação de todas as normas da simples, de forma subsidiária, não parece ser absoluta, havendo-se que analisar cada uma delas para aferir uma ampla e segura compatibilidade. Todavia, esclareça-se que o autor elenca o artigo 1.026 como aplicável à limitada, embora não faça qualquer reflexão a respeito.

Destacamos também a posição de FÁBIO ULHOA COELHO acerca do tema que, num primeiro momento, defende que o critério a ser analisado para delimitar os dispositivos da lei da sociedade anônima que podem ser aplicáveis supletivamente à limitada é o da *contratualidade*, isto é, “*a possibilidade de os sócios a regularem por manifestação de vontade.*”¹⁸⁵ Portanto, se determinado aspecto sequer poderia ser regulado pelo sócios no contrato social, então o dispositivo acerca do tema tratado pela lei da sociedade não seria aplicável. Por outro lado, seriam aplicáveis “*as matérias a respeito das quais podem os sócios contratar.*”¹⁸⁶

¹⁸⁴ Idem p. 40.

¹⁸⁵ Em *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit., p.19

¹⁸⁶ Ob. cit., p. 20.

Todavia, destaca o referido autor duas situações em que defende que a lei da sociedade anônima seria inaplicável, que seria a constituição e a dissolução. Argumenta, que a impossibilidade decorreria da natureza das sociedades. Ou seja, sendo a limitada sociedade eminentemente contratual e a anônima eminentemente institucional, as regras que tratam de constituição e dissolução são antagônicas. Em outras palavras, as disposições na lei da sociedade anônima acerca de constituição e dissolução da sociedade são próprias para sociedades contratuais e, portanto, inaplicáveis.¹⁸⁷

Tendo em vista esta última colocação, ousamos concluir que o autor, embora não se utilize destas palavras, também segue a linha do critério da compatibilidade, entendida esta na necessidade de se respeitar as questões ligadas à natureza e às finalidades econômicas e empresariais das sociedades, bem como na necessidade de não se lesar normas gerais e abstratas não adstritas à vontade dos sócios.

Porém, no que diz respeito à aplicação das normas da sociedade simples, o referido autor não destaca qualquer critério ou simples menção de necessidade de se aferir a existência de dispositivos eventualmente inaplicáveis, limitando-se a asseverar que as normas da sociedade simples correspondem ao regramento geral das sociedades contratuais.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS¹⁸⁸, quanto à regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, destaca e segue o mesmo entendimento de FÁBIO ULHOA COELHO. Todavia, é passível de menção a crítica que faz acerca da possibilidade de regência supletiva pelas normas da sociedade simples. Destaca o referido autor que a assertiva de sociedade simples como regramento geral é plenamente observável pela determinação

¹⁸⁷ Idem pp. 20\21.

¹⁸⁸ *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 37\39

expressa de sua aplicação de forma supletiva à sociedade em comum¹⁸⁹, à sociedade em conta de participação¹⁹⁰, à sociedade em nome coletivo¹⁹¹, à sociedade em comandita simples¹⁹², à sociedade limitada¹⁹³ e à sociedade anônima¹⁹⁴.

Argumenta, que é justificável a aplicação supletiva nas sociedades em comum, em conta de participação, comandita simples e nome coletivo. Mas, critica veementemente a regência supletiva das normas da simples à sociedade limitada. Fundamenta a natureza híbrida deste tipo societário que, segundo o autor, mais se aproxima do regime próprio das sociedades anônimas. Relembramos, embora não mencionado expressamente pelo autor, que um aspecto importante que aproxima a limitada da anônima e a afasta da simples é a *empresarialidade*, presente naquelas e inexistente nesta. Enfim, o fundamento da crítica do autor está ligado à diferença da natureza das sociedades, o que também pode conduzir à conclusão ora sugerida da necessidade de se aferir o critério da compatibilidade.

Finalmente, acrescemos à posição de JOSÉ WALDECY LUCENA¹⁹⁵, embora não sugira qualquer critério para delimitação dos dispositivos aplicáveis supletivamente, sejam da anônima como da simples, mas para demonstrar mais uma severa crítica da opção do Código Civil ao eleger as normas da sociedade simples como regra geral de regência supletiva da sociedade limitada.

Sustenta o referido autor que na verdade a opção representou uma modificação radical em relação ao regime antigo e vai de encontro com as

¹⁸⁹ Artigo 986 do Código Civil

¹⁹⁰ Artigo 996 do Código Civil

¹⁹¹ Artigo 1.040 do Código Civil

¹⁹² Artigo 1.046 do Código Civil

¹⁹³ Artigo 1.053 do Código Civil

¹⁹⁴ Artigo 1.089 do Código Civil

¹⁹⁵ *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 97\101.

modernas legislações estrangeiras, inclusive a fonte inspiradora, que é o Código Civil italiano, que em diversos dispositivos reguladores da sociedade limitada elege a lei das sociedades por ações como regência supletiva, mas não as da sociedade simples. E ainda, noticia que tudo poderia ter sido pior, pois na redação original do projeto não havia a possibilidade de escolha de regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, o que acabou ocorrendo com a inclusão do parágrafo único ao artigo 1.053 do Código Civil.

As colocações acima são feitas para demonstrar a crítica generalizada da doutrina nacional diante da opção do legislador em eleger as normas da sociedade simples com regentes da sociedade limitada quando omissos o Capítulo específico desta. Concordamos, particularmente, com as críticas acima mencionadas. Todavia, nosso propósito é ir um pouco mais além, no sentido de sugerir uma solução. E, neste intento, defendemos que não há como impedir a regência supletiva pelas normas da simples, pois isto seria defender algo contra texto expresso de lei, o que não se coaduna com o nosso entendimento, conforme exposto no enfoque teórico constante no primeiro capítulo deste trabalho.

Sustentamos, porém, que é possível aferir a inaplicabilidade de alguns dispositivos das normas da sociedade simples, ainda que seja esta a regência supletiva eleita e que seja omissos o capítulo da limitada a respeito, sob o fundamento de incompatibilidade com os fins econômicos e empresariais da sociedade empresária limitada, além da necessidade de se respeitar regras e princípios de ordem pública.

A necessidade de observância da compatibilidade da norma supletiva não é prevista de forma expressa no direito brasileiro, embora seja plenamente sustentável sua adoção. Mais que isso, não parece ser sustentável que, pela falta desta menção expressa, entenda-se que tal elemento não deva ser observado.

Além das posições doutrinárias acima colhidas, nos amparamos, a título comparativo no que dispõe o direito societário português acerca do assunto, mais precisamente o artigo 2º do Código das Sociedades de Portugal¹⁹⁶.

Com efeito, é inquestionável que o regime jurídico de ambas pode ser distinto, sendo a sociedade simples necessariamente não empresária e a sociedade limitada possivelmente empresária. A expressão “*possivelmente*” se justifica porque a sociedade limitada não é *empresária* em decorrência do tipo societário, a exemplo do que ocorre com a sociedade anônima. A condição de empresária da sociedade limitada estará condicionada à forma como seu objeto social é exercido, conforme exposto no item 2.1.4, acima. Porém, esclarecemos que a incompatibilidade ora defendida, mais especificamente, a inaplicabilidade do artigo 1.026 do Código Civil, é em relação à sociedade limitada empresária, já que o referido dispositivo, dentre outros, seria aplicável em se tratando de sociedade simples que adota a forma de limitada, segundo a faculdade prevista no artigo 983 do Código Civil.

Além do possível regime distinto por conta da empresarialidade, o forte caráter personalista da sociedade simples, comparado ao caráter híbrido da sociedade limitada, que possui feição também capitalista, ratifica que ambas podem possuir sérias incongruências. E são justamente estas incongruências que fundamentam as constantes críticas da doutrina acerca da escolha do legislador em incluir as normas da sociedade simples como uma das possíveis regências supletivas da sociedade limitada.

¹⁹⁶ “Artigo 2º - *Direito subsidiário. Os casos em que a presente lei não preveja são regulados segundo a norma desta lei aplicáveis aos casos análogos e, na sua falta, segundo as normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade no que não seja contrário nem aos princípios gerais da presente lei nem aos princípios informadores do tipo adotado.*”

Desta feita, diante de tantas críticas, por demais coerentes, acerca desta possibilidade de regência supletiva pelas normas da sociedade simples em decorrência de visíveis incongruências deste tipo societário com a sociedade limitada, somado com o entendimento pacífico no sentido de que a lei da sociedade anônima não é aplicável em toda e qualquer hipótese de omissão do capítulo das sociedades limitadas, ainda que seja esta a legislação eleita como supletiva, tendo em vista a necessidade do critério da compatibilidade, conclui-se que é plenamente plausível sustentar também que nem todos os dispositivos das normas da sociedade simples são aplicáveis à sociedade limitada.

No caso do presente trabalho, sustentamos que o artigo 1.026 do Código Civil pode não ser compatível com sociedade que exerce atividade de natureza empresária, seja em decorrência da distinta natureza das sociedades, pela distinta finalidade empresarial entre ambas e, principalmente, pelos obstáculos criados por regras e princípios de ordem pública que serão inevitavelmente lesados.

2.3 A natureza da sociedade limitada

Entendemos que o critério de classificação das sociedades deve se coadunar com o respectivo ordenamento jurídico que as regula. Por isso, a importação de classificações de doutrina e direito alienígena pode ser indesejada, senão inútil, tendo em vista sua possível inaplicabilidade.

Por exemplo, de nada adiantaria classificar as sociedades em *típicas* ou *atípicas* se no ordenamento jurídico brasileiro as sociedades são eminentemente típicas¹⁹⁷. Ainda a título exemplificativo, outra classificação, sugerida por

¹⁹⁷ Embora tal assertiva seja objeto de reflexão, conforme CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos, *Natureza Jurídica da Sociedade de Propósito Específico*. Em *Sociedade Anônima – 30 Anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

doutrina italiana¹⁹⁸, em *societades lucrativas* e *societades não lucrativas* passa a ser totalmente inaplicável no Brasil tendo em vista o advento do novo Código Civil, que preceitua as sociedades como sendo pessoas jurídicas com finalidade essencialmente econômica, segundo ao artigo 981.

Neste sentido, atual e absolutamente aplicável é a classificação sugerida por FÁBIO ULHOA COELHO¹⁹⁹ em sociedades *contratuais* ou *institucionais*, conforme o vínculo entre os sócios, *pessoas* ou *capitais*, conforme a condição dos sócios e *responsabilidade limitada*, *responsabilidade ilimitada* ou *mista*, conforme a responsabilidade dos sócios para com as obrigações sociais²⁰⁰.

A sociedade limitada é uma sociedade eminentemente *contratual*²⁰¹. E a classificação decorre por força impositiva de lei, seja pelo disposto no artigo 981 do Código Civil, que preconiza que as sociedades são constituídas via contrato, bem como pelo artigo 1.054, que reza que *o contrato* da sociedade limitada conterà, no que couber, às disposições do artigo 997 do citado diploma que, por sua vez, preceitua a forma e o conteúdo do *contrato social* da sociedade simples.

¹⁹⁸ Cf. GHINDINI, Mario, *Società Personali*. Padova, 1972.

¹⁹⁹ Em *Curso de Direito Comercial*. Ob. cit., vol 2, pp. 23\29

²⁰⁰ Outras classificações poderiam ser sugeridas segundo outros critérios, por exemplo, conforme a nacionalidade, a dependência de autorização para funcionar, o montante de participação acionária em outra, dentre outras. Todavia, como o propósito é bem esclarecer e delimitar a sociedade limitada, os critérios apontados são suficientes e mais apropriados. Esclareça-se ainda que outras variantes podem ser determinadas não necessariamente pelo tipo societário, mas por variações das regras contratuais, em decorrência da liberdade que se confere aos sócios até determinada medida para convencionar a estruturação societária. É onde poder-se-ia delimitar, por exemplo, as sociedades com propósitos específicos. Todavia, entendemos que tais formas de pactuação não conduzem necessariamente a um tipo societário diverso.

²⁰¹ Trata-se de um contrato *plurilateral de organização*, cujas características foram exploradas no 2.1.2.

Esta classificação contrapõe a sociedade limitada às sociedades *institucionais*, que têm como exemplo as sociedades por ações, cujo vínculo é estabelecido por estatuto social, com a natureza jurídica diversa um contrato. Dentre as possíveis implicações desta diferenciação destacamos a formalização da inclusão ou exclusão do quadro social. Nas contratuais, o ingresso ou retirada do sócio depende sempre da alteração do contrato social, enquanto, nas institucionais, não há a necessidade de reforma estatutária, mas apenas o registro específico nos livros de ações ou na relação da instituição financeira custodiante.

Nas sociedades contratuais preponderam os princípios específicos de direito contratual, tais como a liberdade contratual. Todavia, em se tratando especificamente de sociedade empresária limitada, há que ser concebida segundo um enfoque atual. Assim, encontra-se absolutamente defasada a visão contratual antiga que, ligada a concepção *intuitio personae*, impunha à sociedade limitada a vinculação a um igualitarismo essencial entre os participantes, consideração que fundamentou os argumentos interpretativos do artigo 15 do Decreto 3.708/19 no sentido de que as decisões da sociedade estariam sempre subordinadas a unanimidade²⁰². Na visão moderna, a contratualidade da sociedade limitada não implica na determinação desta igualdade absoluta. Prova disso são os preceitos que estabelecem os diferentes quoruns de deliberações dos sócios, que as condicionam à decisão da maioria²⁰³, havendo no Capítulo da sociedade limitada no Código Civil apenas um caso excepcional em que se exige a decisão unânime, que é a designação de administrador não sócio enquanto o capital social não estiver totalmente

²⁰² Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade por Quotas – Quotas Preferenciais*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: RT, 1994, n. 94, pp. 28/35.

²⁰³ Cf. Artigo 1.071 do Código Civil.

integralizado²⁰⁴. E ainda, a possibilidade agora expressa em lei de o capital social ser dividido em cotas “iguais ou desiguais”²⁰⁵.

Alertamos também acerca da necessidade de se identificar o alcance do sentido de *interesse social* na sociedade empresária eminentemente contratual. É que a doutrina antiga, sobretudo a italiana, concebia no *contratualismo* a redução do *interesse social* ao interesse dos sócios, em contraposição ao *institucionalismo*, que preconizava que o sentido de *interesse social* extrapola o simples interesse dos sócios, alcançando outras figuras e interesses externos à relação societária, mas que de alguma são atingidos pela atividade econômica por esta exercida²⁰⁶.

Não restam dúvidas que, em exercendo a sociedade limitada atividade na forma empresarial, o que a enquadraria na conceituação legal de sociedade empresária, os interesses a ela ligados não são reduzidos aos interesses dos sócios. Desta feita, a sociedade empresária limitada é *contratual* tendo em vista a formalização do vínculo societário, mas é *institucional* tendo em vista os interesses sociais que em torno dela gravitam.

A sociedade limitada é uma *sociedade de responsabilidade limitada*, pois a responsabilidade dos sócios para com as obrigações sociais é limitada ao montante do capital social subscrito e não integralizado, segundo dispõe o artigo 1.052 do Código Civil. Difere-se, assim, das sociedades de *responsabilidade ilimitada*, em que todos os sócios respondem ilimitadamente

²⁰⁴ Cf. Art. 1.061 do Código Civil.

²⁰⁵ Cf. Artigo 1.055 do Código Civil.

²⁰⁶ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. Ob. cit., pp. 14\33. Conclui o autor: “o interesse da empresa não pode se mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios nem, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação. Deve – isso, sim – ser relacionado à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente – e aqui a eficiência é a distributiva, e não a alocativa – as relações jurídica que cria.” Ob cit. 32\33.

pelas obrigações sociais, a exemplo da sociedade em nome coletivo e da sociedade simples, e também das *sociedades mistas*, compostas por sócios com responsabilidade limitada e por responsabilidade ilimitada, a exemplo das comanditas.

A classificação em *pessoas*, cuja criação e funcionamento decorrem do *intuitus personae*, e *capitais*, que atribui importância ao contribuição pecuniária, ou seja ao *intuitus pecuniae*, desvinculada a condição pessoal dos sócios, é fruto de considerável discussão. Há na verdade quem assevere que tal classificação é inexistente ou inútil²⁰⁷, haja vista que todas as sociedades têm, em certa medida, feições personalistas e também capitalistas. Prova disso é a concepção da sociedade anônima, instituída como sociedade tipicamente de capitais, mas que pode ser constituída e organizada de tal forma a possibilitar atribuir-lhe feição personalista²⁰⁸.

A par da visão de quem atribui à sociedade limitada um caráter eminentemente personalista²⁰⁹, de quem defende que sua evolução lhe atribua um caráter capitalista²¹⁰, ainda, de quem assevere que a condição personalista

²⁰⁷ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*. Ob. cit., p. 62., FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*. Ob. cit., p. 217-218, ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 53\54. CAÑIZARES, Felipe de Solá & AZTIRIA, Enrique. *Tratado de Sociedades de Responsabilidade Limitada*. Buenos Aires: editora, 1950, vol. I, p. 20.

²⁰⁸ Cf. RIBEIRO, Renato Ventura. *A Lei das Sociedades por Ações e as Companhias Intuitus Personae*. Em CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de Castro & ARAGÃO, Leandro Santos de, (coordenadores). *A Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. Ob. cit., pp. 191/220 e COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 32/42.

²⁰⁹ Cf. PEIXOTO, Carlos Eugênio da Cunha. *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Forense, 1956, vol I, p. 58 e 67. MARTINS, Fran. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 247. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, Tomo XLIX, p. 362.

²¹⁰ ROCHA, João Luiz Coelho da. *As sociedades por quotas como sociedades de capitais*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. 2001, n. 122. pp. 47\53

ou capitalista será determinada de acordo com as regras do contrato social²¹¹, nos filiamos à corrente que vislumbra na sociedade limitada uma natureza híbrida²¹², com certo *particularismo*. Segundo nosso entendimento, a sociedade limitada sempre conterà feições personalista e também capitalista²¹³.

Ainda que os sócios elejam no contrato sócia,l as normas da sociedade simples como regência supletiva e estabeleçam regras contratuais que vedem a livre cessão das cotas e o ingresso de herdeiros em caso de falecimento, não se pode afirmar que a sociedade será eminentemente pessoal. Da mesma forma, ainda que haja a eleição das normas da sociedade anônima como regência supletiva e que as regras preconizem a livre cessão das cotas, voluntária ou involuntariamente, permanecerá, ainda que em menor medida, um caráter personalista.

Com efeito, por conta de que alguns dispositivos legais inderrogáveis, a regência supletiva e as regras contratuais poderão atribuir uma feição preponderante, seja capitalista ou personalista, mas não permite, a nosso ver, enquadrar a sociedade limitada unicamente numa ou outra classificação²¹⁴.

²¹¹ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira, *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit., pp. 28\29 e COLEHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Ob. cit., vol 2, pp. 370\376.

²¹² Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Ob. it., pp. 36\37, LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., pp. 57\62 e ZUNINO, José Osvaldo. *Régimen de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires, 1993, p. 169.

²¹³ Destacamos também que na França existem as mesmas posições acerca da matéria, embora prevaleça o entendimento de possuir a sociedade limitada uma natureza mista, sendo impossível enquadrá-la como exclusivamente de pessoas ou de capitais. Neste sentido noticiam HÉMARD, Jean, TERRÉ, François & MABILAT, Pierre. *Sociétés Commerciales*. Paris: Dalloz, 1972, pp. 400/401: “*Les auteurs étaient divisés: certains y voyaient des sociétés par intérêt, le parts sociales n’étant pas négociables, à la différence des actions; d’autres les rangeaient parmi les sociétés de capitaux, mais la majorité de la doctrine leur reconnaissait une nature mixte, devant l’impossibilité d’y voir de pures sociétés par intérêt ou de capitaux*”.

²¹⁴ No mesmo sentido MODESTO CARVALHOSA: “*A adoção de um ou outro regime tem relação fundamental com a intensidade do intuitu personae ou do intuitu pecuniae, que unem os sócios*”. Em *Comentários ao Código Civil*. Ob. cit., p. 79.

Assim, a regra da responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital social, instituída pelo artigo 1.052 do Código Civil, por sinal inderrogável, dá conta que a essência da sociedade não é a captação de recursos junto a pessoas que não necessariamente se conheçam, ocasião em que a lei deve atribuir segurança jurídica específica como a responsabilidade de cada sócio limitada ao preço de emissão das suas ações subscritas, como é o caso da sociedade anônima²¹⁵. Mas, a responsabilização solidária instituída pelo referido dispositivo sugere uma certa proximidade entre os sócios, que devem estar imbuídos do elemento confiança, já que mesmo o sócio adimplente assume o risco pelo inadimplemento dos demais sócios.

Os *quoruns* qualificados para decisões importantes, como, por exemplo, a exigência de votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social para a modificação do contrato social, segundo a leitura conjunta do inciso II do artigo 1.076 com o inciso V do artigo 1.071 do Código Civil, dá conta da manutenção absoluta da relação entre propriedade e comando. Ou seja, dá conta de que o comando da sociedade fica nas mãos dos *proprietários* da sociedade, ou seja, dos detentores da considerável maioria do capital social. Isto parece restringir a possibilidade captação de recursos junto à sócios meramente investidores sem que haja a perda do controle. Tal regra, também inderrogável pelo contrato social, não parece condizente com a sociedade de natureza eminentemente capitalista.

A impossibilidade de emissão de valores mobiliários, estranhos ao capital social²¹⁶, restringindo o *autofinanciamento* da sociedade à subscrição de

²¹⁵ Artigo 1.088 do Código Civil e artigo 1º da Lei 6.404/76.

²¹⁶ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit. pp. 19/20.

cotas integrantes do capital, também sugere não se tratar de uma sociedade puramente capitalista.

Por outro lado, muitos dispositivos legais também inderrogáveis permitem conduzir o raciocínio que a sociedade limitada não pode assumir uma feição puramente personalista. Dão conta desta conclusão a possibilidade da tomada de decisões por maioria, conforme artigo 1.076 do Código Civil, a possibilidade de eleição de administradores não sócios, nos termos do artigo 1.062 do Código Civil, o que sugere a possibilidade da existência de sócios não gestores, bem como a possibilidade de se instituir acordo de cotistas²¹⁷.

Enfatizamos, porém, a questão da possibilidade de exclusão do sócio por justo motivo. A regra do artigo 1.085 do Código Civil permite a conclusão de que não é a simples desinteligência entre os sócios, ou quebra da *affectio societatis*, motivo ensejador para a desconstituição do vínculo societário com a exclusão do sócio minoritário. Ao prescrever que o justo motivo para a exclusão do sócio é a por “*em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade*”, o legislador atribui que o foco é a empresa e, conseqüentemente, todos os interesses que em torno dela gravitam. Permite a conclusão de que há uma transposição de interesses *pessoais* dos sócios, para os interesses *institucionais* da empresa.

Não que a desinteligência entre os sócios não possa ser motivo ensejador da exclusão. Porém, o motivo não é a desinteligência em si, mas deve restar demonstrado que a referida desinteligência coloca em risco a empresa. Deduz-se, assim, que o sócio majoritário deverá manter o vínculo com sócio que tenha eventualmente perdido a afeição, inclusive a societária, mantendo o

²¹⁷ Entendem ser possível tal pactuação CARVALHOSA, Modesto, *Acordo de Acionistas. Sociedade Anônima*. Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1993 e BARBI FILHO, Celso. *Revista de Direito Bancário*. São Paulo: RT, 2000

investimento na atividade econômica empresarial²¹⁸. Enfim, estas regras deduzem que a sociedade limitada não pode ser vista como uma sociedade puramente personalista, independentemente das regras do contrato social.

Concebendo-se a sociedade limitada de natureza híbrida, defendemos que a solução de muitas das questões controvertidas não devem ser resolvidas única e exclusivamente por conta da classificação em personalista ou capitalista. Deve-se, ao invés de se utilizar desta classificação como fonte genérica de interpretação do direito comercial²¹⁹, buscar soluções através da análise técnica do instituto de acordo com as normas aplicáveis.

Por esta razão, não julgamos conveniente a solução da questão da possibilidade ou impossibilidade da penhora de cota de sociedade limitada por dívida pessoal de sócio com base na classificação da referida sociedade, pois, como vimos, nem sempre se mostra fiel. Desta feita, a posição ora sustentada é que as regras e os princípios vigentes permitem uma solução mais adequada aos anseios atuais.

²¹⁸ Exemplifica-se com uma sociedade entre cônjuges, casados com comunhão parcial de bens, o que não se enquadra no proibitivo do artigo 977 do Código Civil, que tenham se desentendido de tal forma a provocar a separação matrimonial. A quebra da relação afetiva pessoal certamente pode repercutir no interesse de não mais manter a relação societária. Supondo ainda que um deles seja sócio minoritário e meramente capitalista, sem exercer atos de gestão, nem participar ativamente da vida social, nos parece que o sócio majoritário não terá motivos, segundo os ditames do artigo 1.085 do Código Civil, de excluir o ex-cônjuge caso este insista em se manter na sociedade. Enfim, tem-se uma inequívoca quebra de afeto de toda e qualquer natureza, inclusive societária, mas sem expor em risco a empresa, o que não enseja o rompimento do vínculo.

²¹⁹ Cf expressão utilizada na nota de atualização da clássica obra de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA. *Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Ob. cit., p. 26.

2.4 Princípios norteadores da sociedade empresária limitada

A construção da presente tese é sustentada na invocação de princípios em suas mais diferentes funções, sejam normativas, como também para a composição do raciocínio jurídico. Mas, para tanto, não serão invocados todos os princípios que norteiam a sociedade limitada e a atividade empresária, mas tão-somente alguns capazes de sustentar a delimitação da normativa aplicável, que é o objeto do trabalho. Para tanto, destacamos o *princípio da livre associação* e o *princípio da função social da empresa*.

2.4.1 Princípio da livre associação

Atribuiremos sustentáculo ao referido princípio que se extrai do dispositivo constitucional consubstanciado pelo inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal que prescreve: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Além disso, em sendo a sociedade limitada eminentemente contratual, entendemos que o princípio em questão se completa no princípio da liberdade contratual, que por sua vez pode ser considerado como uma particularização do princípio da autonomia da vontade²²⁰, e abrange a liberdade de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato.

Nestes termos, deduzimos que ninguém poderá ser compelido a contratar sociedade limitada com ninguém. E tal proteção abrangeria não só a constituição da sociedade, mas também o ingresso de alguém indesejado no quadro social no curso da vida societária. O desenvolvimento desta assertiva, no entanto, impescinde de algumas análises.

²²⁰ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49.

Inicialmente, é de se destacar que o princípio da livre associação na Constituição Federal abrange uma série de garantias, que não apenas àquela preconizada pelo inciso XX do artigo 5º, mas também as preceituadas pelos incisos XII (plena liberdade de associação para fins lícitos, salvo a de caráter paramilitar), XVIII (liberdade de criação de associações e cooperativas na forma da lei, independentemente de autorização, com vedação de interferência estatal), XIX (condicionamento da dissolução compulsória ou suspensão de atividades à decisão judicial transitada em julgado) e XXI (garantia da representação dos filiados pela associação). Portanto, a invocação no presente trabalho limita-se a uma das facetas do princípio da livre associação, qual seja, a da liberdade em se associar e não se associar.

Outra questão que merece esclarecimento é quanto à expressão *associação*. Nos dispositivos constitucionais acima citados, esta é apresentada em seu sentido amplo, abrangendo também aquelas coligações com finalidades lucrativas. Assim, não deve ser concebida conforme a linguagem do Código Civil, que preceitua a *associação* como um dos tipos de pessoas jurídicas de direito privado caracterizada pela finalidade não econômica.²²¹ Portanto, a garantia da constituição sujeita também as relações societárias, excluindo somente as associações profissionais ou sindicais, que merecem tratamento específico no artigo 8º da Constituição Federal.²²²

²²¹ Artigo 53 do Código Civil.

²²² Cf. SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 267: “A ausência de fim lucrativo não parece se elemento da associação, pois parece-nos que o texto abrange também as sociedades lucrativas. Então, a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico, estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades (coligações de fim lucrativo). O texto também compreende as bases gerais e os fundamentos primeiros dos partidos políticos, que são espécies de associações com disciplina constitucional específica estabelecida no art. 17. Outro tipo é a associação profissional ou sindical (art. 8º), que merecerá consideração depois.”

Conforme exposto, em sendo a sociedade limitada eminentemente contratual, a liberdade de associação deve ser vista conjuntamente com o que preconiza o ordenamento jurídico acerca da *liberdade de contratar*. Esta, com efeito, representou a idéia dos princípios ideológicos afirmados pela ciência jurídica e pelos legisladores do século XIX. Através deste princípio, afirma-se, segundo as palavras de ENZO ROPPO²²³, “*que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados*”, e tal liberdade abrangeria a soberania individual e o juízo de escolha sobre contratar ou não contratar, ou ainda, sobre escolher quem seria a contraparte contratual.

Especificamente em relação à estipulação do contrato, leciona o autor que aquela visão preconizava que:

*“não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por certo preço o em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.”*²²⁴

Em decorrência do princípio acima, que pode ser somado com a feição personalista, ainda que de forma híbrida, que assume a sociedade limitada²²⁵, poder-se-ia concluir pela total impossibilidade do ingresso de pessoa estranha ao quadro social sem a anuência dos demais sócios ou, pelo menos, da maioria deles.

²²³ Em *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 32.

²²⁴ *Idem*, pp. 32\33.

²²⁵ Cf. item 2.3

Todavia, é cediço que a partir do século XX os princípios fundamentais da teoria contratual clássica passaram por profundas revisões, tendo em vista não só a observância das desigualdades substanciais que a igualdade formal escondia²²⁶, mas também e principalmente pela evolução econômica proporcionada, sobretudo, pelo sistema capitalista, implicando em exigências, em setores de mercados cada mais numerosos, que as antigas regras não mais tinham condições de solucionar satisfatoriamente conforme os anseios modernos²²⁷.

Desta feita, o contrato não está acima da lei, não cabe mais às partes decidirem qual é a lei e, principalmente, não cabem às partes decidirem para sempre, conforme o escólio de GEORGES RIPERT:

*“O declínio do contrato não provém unicamente da limitação cada vez mais estreita do seu domínio; tem outra causa: a negação audaciosa da força contratual. (...)O contrato cria simplesmente uma situação jurídica, que não poderá se mais imutável que a situação legal. Esta situação jurídica gera conseqüências que o legislador determina soberanamente. O ato da vontade consiste unicamente em submeter-se à lei do contrato, mas não pertence às partes decidir para sempre, e em todos os casos, qual seja essa lei.”*²²⁸

²²⁶ Neste sentido assevera ENZO ROPPO: *esquece-se que a igualdade jurídica e só a igualdade de possibilidades abstratas, igualdades de posições formais, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contratantes que detêm riqueza e pode e contratantes que não dispõem senão de sua força de trabalho.”* O Contrato, ob. cit., p. 37.

²²⁷ Cf. GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e Boa Fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 61\63 e ROPPO, Enzo. *O Contrato*, ob. cit., pp. 61\62.

²²⁸ Em *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 313\314.

No direito vigente, outros princípios convivem na regulação das relações contratuais, dentre os quais se destacam o *princípio da boa fé objetiva* e o da *função social do contrato* que, nas palavras de GISELDA MARIA FERNANDES NOVAIS HIROMAKA revelam “*a feição contemporânea do contrato e seu traço de adaptação e coerência com a pessoa mais Ética desta pós-modernidade, centro de todos os interesses epistemológico do direito atual.*”²²⁹

Esta nova visão contratual atinge, inexoravelmente, os contratos que envolvem sociedades, que não devem mais ser concebidos segundo uma visão individual, com interesses reduzidos aos dos sócios, atuais e futuros, mas com interesses que extrapolam o universo destes e da pessoa jurídica, atingindo aqueles que de, alguma forma, se relacionam direta ou indiretamente com a sociedade.

A necessidade desta visão institucional é ainda mais evidente quando a sociedade exerce atividade empresarial, ocasião em que os interesses externos são mais explícitos e, hodiernamente, passaram a ser protegidos de forma ostensiva em regras e princípios no ordenamento constitucional e infra-constitucional. Desta feita, quando determinadas pessoas se prontificam a constituir sociedade para o exercício de atividade econômica, na forma empresarial, devem se sujeitar aos limites, deveres e obrigações que emergem do exercício desta atividade, muitas vezes de cunho social, que inevitavelmente limitam os direitos contratuais individuais dos sócios e da sociedade da qual integram. E o princípio da liberdade de contratar, mais especificamente no aspecto de escolher a contraparte, é inúmeras vezes restringido por regras e princípios que visam garantir os valores decorrentes da atividade empresarial. Podemos citar como exemplos de tais restrições as seguintes situações jurídicas.

²²⁹ *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. São Paulo: AASP, ano XXII, n. 68, dezembro de 2002, p. 83.

O artigo 1.148 do Código Civil preconiza que o adquirente do estabelecimento empresarial se sub-roga nos contratos celebrados pelo alienante com terceiros para exploração do referido estabelecimento. Enfim, para a garantia do investimento do empresário que adquiriu e pagou o preço e/ou sobrepreço do estabelecimento, aferido em decorrência do seu potencial de gerar riquezas, o que será mantido, via de regra, com a possibilidade de manutenção dos contratos para a exploração da atividade, a lei obriga que o terceiro, que inicialmente celebrou contrato com o alienante, mantenha relação contratual, agora como o adquirente. O rompimento do contrato só será possível em se demonstrando um justo motivo que, por sua vez, não pode estar ligado aos elementos subjetivos do novo contratante, mas a elementos objetivos, que indiscutivelmente possam atingir a esfera de interesses do terceiro.

Enfim, através da referida regra, alguém que tenha celebrado contrato com empresário ou sociedade empresária para que estes explorem estabelecimento empresarial, deverá manter a relação contratual com um estranho caso o estabelecimento seja alienado. Em outras palavras, trata-se de regra que possibilita configurar uma situação de manter-se compulsoriamente a relação contratual com quem não necessariamente se deseja. Vislumbra-se claramente desta regra a intenção de privilegiar os interesses próprios da atividade empresarial em detrimento dos interesses individuais das partes contratantes, dentre os quais, a liberdade de escolher a contraparte da relação contratual.

Outro exemplo pode-se extrair da regra contida no artigo 1.147 do Código Civil, que preconiza a impossibilidade do alienante do estabelecimento empresarial fazer concorrência no prazo de 05 (cinco) anos, denominada *regra do não restabelecimento*. Aqui a limitação à liberdade de contratar é inversa. Ou seja, a lei não obriga que alguém contrate ou se mantenha contratando, mas

impede a celebração de novos contratos ou manutenção de antigos contratos que caracterizam a concorrência vedada.

Especificamente em relação à sociedade limitada, citamos como exemplo a regra do artigo 1.085 do Código Civil que, por sua vez, passou a exigir, dentre outras formalidades, uma justa causa para a exclusão de sócio. Esta justa causa, esclarecemos, não está ligada aos interesses dos sócios ou da sociedade, mas exclusivamente à questão da atividade empresarial, ou seja, o sócio só poderá ser excluído se estiver expondo em risco a empresa pela prática de atos de inegável gravidade. Conforme já sustentamos, a simples quebra da *affectio societatis* não seria mais motivo suficiente para a exclusão do sócio minoritário. Tal ruptura só representaria justa causa caso seja de tal forma a expor a atividade em risco. Há uma mudança de foco dos interesses dos sócios para os interesses da empresa. Estas novas exigências legais podem também configurar uma situação em que os sócios sejam obrigados a manter relação societária, na forma de sociedade limitada, com quem não necessariamente se queira.

E, finalmente, impende colacionar a regra do artigo 1.057 do Código Civil, que regula especificamente a questão a circulação das cotas de sociedade limitada. Através desta, caso o contrato social seja omissivo a respeito, a cessão de cotas para estranhos ao quadro social poderá ocorrer se não houver oposição de mais sócios que representem mais de 25% (vinte e cinco por cento) do capital social. Neste caso, um sócio minoritário, com participação inferior aquela acima mencionada, terá que aceitar um estranho na sociedade contra a sua vontade. Ou seja, terá que manter contrato com quem não deseja.

Demonstramos, assim, que o princípio da livre associação, segundo a faceta aqui enfrentada, não é absoluto, mas restringido por outros princípios e regras que dão concreções a estes visando garantir, preponderantemente, a

atividade empresarial e todos os demais interesses que envolvem e que, muitas vezes, são externos aos interesses individuais dos sócios e da sociedade. Porém, poderá ser restringido também por outras regras e princípios de ordem pública, tais quais as que garantem a satisfação dos credores, conforme será desenvolvido no último capítulo.

2.4.2 Princípio da Função Social da Empresa

Sustentamos, portanto, que quem se prontifica a constituir sociedade limitada para exercício de atividade empresarial, além das regras e deveres que são inerentes ao tipo societário, deve se sujeitar às regras e aos princípios próprios da referida atividade. E tratar de empresa, nos dias atuais, não dispensa tratar de sua função social. Portanto, exercer atividade empresarial através de sociedade do tipo limitada implica, inevitavelmente, na sujeição ao princípio da função social da empresa.

Sustenta-se que a função social da empresa deriva da função social da propriedade²³⁰. A rigor, conforme assevera EROS ROBERTO GRAU²³¹ quando se faz alusão “à *função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa.*” Para bem compreender esta assertiva e seu alcance, imprescinde analisar as várias concepções de propriedade até o ponto em que galgou o *status* de ser reconhecida constitucionalmente como um instituto com função social.

²³⁰ Cf. BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *Da função social para a responsabilidade da empresa*. Em VIANA, Rui Geraldo Camargo, NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 235 e GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 212.

²³¹ Em *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 128.

2.4.2.1 A função social da propriedade

Nos parece que hodiernamente a visão social do direito busca o ponto de equilíbrio entre aquilo que preconiza o Sociologismo Jurídico, nos moldes sustentado por LÉON DUGUIT²³², que defendia que o direito subjetivo, embasado precipuamente na vontade humana, deveria ser substituído por uma função, que é a social, com as ponderações do tipo apresentada por GEORGES RIPERT²³³, no sentido de que, embora se reconheça a necessidade de respeito aos valores sociais e ao equilíbrio, não se pode esquecer a existência de uma autoridade reconhecida e preconizada pelo ordenamento através do direito positivo, defendendo que o que se deve buscar é uma base mais concreta com fundamento no ordenamento jurídico, havendo este que ser robustecido com valores morais em regras concretas e eficientes.

Por isso, GEORGES RIPERT²³⁴ sustenta que não basta invocar uma revolução social, mas é imprescindível que esta venha acompanhada de uma revolução jurídica, pois, caso contrário, não será uma legítima revolução, mas uma vã desordem política²³⁵. Por esta razão, a invocação da função social da propriedade e da função social da empresa deve estar acompanhada dos respectivos fundamentos jurídicos, para que se possa rotular de *jurídica* a construção que se pretende.

Nesta toada, alertamos, segundo as lições de SALVATORE PUGLIATTI²³⁶, que *função e direito subjetivo* são entidades diversas e que a

²³² Em *Las transformaciones de derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 179.

²³³ Em *La règle morale dans les obligations civiles*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

²³⁴ Em *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Campinas: Red Livros, 2002, p. 16.

²³⁵ Anuncia o autor: “A obra do jurista é a única que fica quando o tumulto das revoluções se aplaca.” *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Ob. cit., p. 379.

²³⁶ Em *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 141.

propriedade não é um função em sentido técnico, mas o direito de propriedade possui uma função social. Isto porque, embora a função implique em direitos e deveres, não representa, a exemplo do direito subjetivo²³⁷, uma soma de faculdades livres, ainda que sujeita a certos limites. Assim, se a propriedade fosse uma função social, então o sujeito investido teria que agir na representação de atuação de um direito alheio, diferente do interesse próprio, com base num dever jurídico de exercitar a atividade enquanto entendida para atuar no interesse público. O sujeito investido seria, em outras palavras, um órgão de atuação do interesse público.

Todavia, ao revés, o ordenamento jurídico atribui ao proprietário, *prima facie*, um direito e não uma função.²³⁸ E, assim sendo, lhe confere a faculdade de pleno gozo da coisa, ou seja, um direito que nasce fundamentalmente para a tutela do seu próprio interesse, mas que deve ser empregado também como instrumento para atuação, em situações específicas, em respeito a interesses públicos e concretos.

²³⁷ A concepção de direito subjetivo, aqui, se coaduna com a que sustenta GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR no sentido de ser uma permissão conferida pelo ordenamento jurídico. Em FRANÇA, Rubens Limoge (coordenador). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, vol 28, 1977, p. 298. Mas também pode ser concebida como um dever jurídico, na medida em que limita a interferência na esfera de liberdade do outro, conforme TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em *A Função Social da Empresa*. Revista dos Tribunais, n. 810, abril de 2003, p. 38.

²³⁸ Este pensamento se contrapõe ao clássico, porém criticável, pensamento de LEÓN DUGUIT, para quem a propriedade é uma função e não um direito subjetivo, pois não pode estar fundada na vontade humana. Sustenta, com efeito, o clássico autor: “*la propiedad espara todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social. Todo individuo tiene la obligación de cumplir e la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad nos es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza.*” Em *Las Transformaciones del Derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 240.

Desta feita, resta-nos asseverar, ainda segundo o pensamento de SALVATORE PUGLIATTI, que ao direito de propriedade possa-se considerar *conexa* uma função social, representando esta um elemento que paira sobre a propriedade. E tal conjunção não permite asseverar que o proprietário exerce uma função pública. Mas que o direito de propriedade, na sua acepção moderna, não pode ser concebido como meio de exclusiva tutela de interesse do proprietário, mas também como meio de atuação de um interesse público, que atingirá as relações com entes privados estranhos à relação de propriedade, já que também se pode considerar público o interesse que embasa a coordenação inter individual, representada pela harmônica colaboração aos fins nacionais.²³⁹

Nesta linha, FÁBIO KONDER COMPARATO ratifica que a função social da propriedade não representa necessariamente um limite negativo aos direitos de proprietário, impondo restrições ao uso e gozo dos bens próprios, mas representa, na verdade, um *poder-dever* de dar ao objeto destino específico e determinado, vinculando-o a certo objetivo. E este objetivo corresponde também ao interesse coletivo, podendo implicar numa harmonização com os interesses do proprietário²⁴⁰.

Feitas as ressalvas acima, cumpre-nos destacar que a *função social* da propriedade pode ser tratada e concebida como um *princípio*²⁴¹. E tal assertiva

²³⁹ Em *La Proprietà nel nuovo diritto*. Ob. cit., p. 142. Pertinentes também as lições de LODOVICO BARASSI: “*la proprietá – oggi, cidé giá com l’attuale codice civile – é strumento per Il soddisfacimento non solo (come si era sempre pensato) delle esigenze del suo titolare, ma anche di quelle nazionali*”. Em *La Proprietá. Com riferimento ao progetto di codice civile*. Milano: Giuffrè, 1939, p. 123.

²⁴⁰ Em *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Em *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32.

²⁴¹ A respeito SILVA, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 282: “*A função social (...) constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre o próprio conteúdo*”

se extrai do próprio texto constitucional constante no *caput* do artigo 170 da Constituição brasileira, conforme os seguintes termos: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência, digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”. Adiante, elencando os princípios em incisos, faz constar no inciso III a “função social da propriedade”²⁴².

Portanto, sendo a *função social da propriedade* um princípio, do qual deriva a *função social da empresa*, esta pode ser concebida também como um princípio. E assim sendo, pode ser invocado não apenas quando a propriedade ou a empresa estejam diretamente envolvidas no caso concreto, mas também para determinar que os interesses sociais devem ser coordenados com os interesses individuais do proprietário ou dos sócios.

O direito de propriedade, eminentemente individualista, próprio dos códigos oitocentistas, conforme as origens do Direito Romano, amparava-se no direito absoluto (*plena in re potestas*)²⁴³, não dando importância à atribuição de utilidade por parte do seu detentor, ou tampouco a diferença da natureza dos bens, se de consumo ou de produção. Diante daquela realidade, a propriedade era justificada por servir de proteção ao indivíduo e à família, provendo-lhes a subsistência.

Tal visão transmutou-se, passando-se a exigir que o referido direito se mostrasse socialmente útil. E ademais, o sustento familiar deixou de depender

²⁴² Cf. MORAES, José Diniz. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 64. Assevera o autor: “De que a função social da propriedade é um princípio não pode haver dúvida, não só porque tratada como tal pela Constituição, no capítulo da ordem econômica, isto é, formalmente consagrado.”

²⁴³ O artigo 544 do Código Civil francês define a propriedade como “la propriété le droit de jouir et disposer de choses de la manière le plus absolue”. O artigo 436 do Código Civil italiano de 1.865 preceituava que: “la proprietà è il diritto di godere e disporre della cosa nela maniera piú assoluta.”

da propriedade, vinculando-se ao emprego, ao salário e aos benefícios sociais conferidos pelo Estado²⁴⁴. Assim, a propriedade continua mantendo sua *função individual*, mas também passa a exercer uma *função social*²⁴⁵.

Na Constituição Federal de 1988 encontram-se os fundamentos do direito de propriedade, dotada de *função individual* e de *função social*²⁴⁶. O artigo 5º, inciso XXII²⁴⁷, da Carta Magna prescreve a propriedade dotada de função individual, ao figurar como “*um instrumento de garantia da própria subsistência do ser humano e da proteção de sua família, estando revestida de um indiscutível caráter de individualidade...*”²⁴⁸. Já a propriedade dotada de função social é distinta²⁴⁹ sujeitando-se a um dos princípios que compõem a ordem econômica, tendo previsão no inciso III do artigo 170 da Carta Magna, acima transcrito²⁵⁰.

²⁴⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Em *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. Ob. cit., p. 30.

²⁴⁵ Para uma análise da evolução histórica do direito de propriedade ver COSTA, José Rubens. *Síntese Histórica da Propriedade Imóvel*. Rio de Janeiro: Forense, n. 259, 1977, pp. 87\96.

²⁴⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 210\216. O autor assevera inclusive que, por tal razão, a afirmação de sua função social no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal não se justifica, já que a esta propriedade não é imputável *função social*, mas “*apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.*”. Ob. cit., p. 210.

²⁴⁷ “XXII - é garantido o direito de propriedade.”

²⁴⁸ CAVALLAZZI, Filho. *A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional*. Florianópolis: OAB\SC Editora, 2006, p. 45.

²⁴⁹ Assertiva veemente de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. ob. cit., p. 209.

²⁵⁰ A respeito leciona TULLO CAVALLAZZI FILHO: “*o fato de a Propriedade Privada e sua Função Social estarem incluídos como Princípios da ordem econômica constitucional tem levado parte dos doutrinadores a concluir que os referidos Princípios não guardam correlação de aplicabilidade com a Propriedade meramente individual (prevista nos direitos individuais do artigo 5º da Constituição), mas sim com as atividades econômicas integrantes da Livre Iniciativa, sobretudo, a Empresa.*”. Em *A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional*. Ob. cit., p. 48. E, neste sentido, EROS ROBERTO GRAU defende que a previsão contida no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal – *a propriedade atenderá sua função social* – é criticável e não se assemelha àquela ditada pelo inciso III do artigo 170, mas refere-se,

Esta acepção moderna de propriedade com função social parte da aceitação de uma relevante distinção dos bens, entre *bens de consumo*, que são aqueles destinados a uma utilização eminentemente individualista, e *bens de produção*, que são aqueles idôneos a serem empregados no ciclo produtivo²⁵¹²⁵². Não que a antiga divisão entre bens móveis e imóveis seja irrelevante, tanto que o ordenamento jurídico vigente atribui pressupostos e efeitos diferenciados levando-se em conta tal distinção²⁵³. Todavia, o desenvolvimento técnico e econômico assumiu um ritmo tal que não apenas tornou defasado o pensamento que concebia maior importância ao solo e seus frutos²⁵⁴, como também, tendo

na verdade, àquela que excede o padrão qualificador como propriedade com função individual, qual seja, a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina. Em *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. ob. cit., p. 212.

²⁵¹ Cf. MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 144.

²⁵² Particularmente, não julgamos que o critério de destruição no momento da satisfação da necessidade seja útil para bem distinguir os *bens de consumo*, já que muitos bens de produção também são suscetíveis a tal destruição imediata, como por exemplo o combustível em uma indústria. Ademais, entendemos que as expressões “bens” e “ciclo produtivo” devem ser concebidas no sentido jurídico e amplo, concebendo-se *bens* como tudo aquilo que for suscetível de ser possuído pelo homem, material ou imaterialmente, e de ser apreciado economicamente. E no conceito de *ciclo produtivo* não deve ser incluída apenas a produção de bens, como também a prestação de serviços. Assim, bens de produção seriam a espécie, do gênero coisa, material ou imaterial, suscetível de ser possuído e apreciado economicamente, destinado à produção de bens ou serviços.

²⁵³ Exemplifica-se nas regras acerca das formalidades para transferência, que exigem a escrituração e registro para os bens imóveis e a simples tradição para os bens móveis, e nas regras que preceituam prazos diferenciados para o usucapião de bens imóveis e móveis.

²⁵⁴ Para uma análise acerca da evolução da distinção entre bens móveis e imóveis ver AZARA, Antonio & EULA, Ernesto. *Cosa Mobile e Immobile. Novissimo Digesto Italiano*. Tomo IV. Torino: Torinese, pp. 1023/1029. Da referida obra se extrai: “La tradizionale distinzione tra cose mobili ed immobile trapassa nelle condifcazioni moderne. Il fondamento vuole essere quello della maggiore importanza dei beni. Ma la antica tradizione, che considerava come cose di maggiore importanza Il suolo e tutto ciò che ad esso inerisce, risulta superato: lo sviluppo tecnico ed econômico assume un ritmo talmente veloce ed incalzante che la cerchia delle cose socialmente importanti si allarga sempre più; non coincide com gli immobili, ed è assurdo ripetere Il vetusto principio *moilium vilissima possessio*.”. Ob. cit., p. 1.024.

em vista o sistema capitalista, que orientou a vida social para a atividade de produção ou circulação de bens ou serviços em massa, provocou o pensamento de que a mais importante distinção jurídica entre os bens passou a ser a de bens de produção e de consumo. E nesta concepção, é indiferente que os bens de consumo ou de produção sejam móveis ou imóveis²⁵⁵.

A exploração de bens de produção não pode ser vista, unicamente, segundo os interesses da propriedade individual, já que tais bens exercem, preponderantemente, uma função social. É assim o tratamento conferido à função social da propriedade pelo artigo 170 da Constituição Federal, eis que inserido na regulação da ordem econômica. E, desta feita, a finalidade de “assegurar a existência digna”, como também os “ditames da justiça social” são fatores condicionantes da exploração econômica²⁵⁶, somados aos demais princípios normativos elencados no mesmo artigo – incisos I à IX -, bem como aos fundamentos do Estado de Direito, preconizados no artigo 1º, *caput* e respectivos incisos da Constituição da República.

Dessa forma, podemos asseverar que a finalidade precípua da ordem econômica é a garantia e o respeito à dignidade da pessoa humana, segundo os ditames da justiça social e os fundamentos da valorização do trabalho e da livre-iniciativa. Esses são os princípios norteadores do exercício do direito de propriedade, sobretudo dos bens de produção, destinados à exploração econômica. Por isso, os interesses do proprietário hão de se harmonizar com os demais interesses sociais, que lhe impõem deveres positivos e negativos. Eis a razão da assertiva de ser a função social da propriedade um *poder-dever* de dar

²⁵⁵ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Em *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 28\29.

²⁵⁶ Cf. VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 493.

aos bens de produção o destino específico, em consonância com os princípios norteadores da ordem econômica e com os fundamentos do Estado de Direito.

2.4.2.2 A função social da propriedade empresarial

O caráter empresarial da função social da propriedade se configura na medida em que a exploração dos bens de produção se dá através da organização concebida pelo ordenamento jurídico como empresa. Esta organização e exercício pode se dar na pessoa física do empresário, denominado empresário individual, ou mediante a constituição de uma pessoa jurídica, denominada sociedade empresária. Neste último caso, incidirão os interesses da sociedade, incluindo os da pessoa jurídica e dos acionistas, mas também os da empresa – concebida juridicamente como atividade econômica organizada - e dos *stakeholders*²⁵⁷, conforme abalizada colocação de EROS ROBERTO GRAU:

*“se pensarmos a propriedade dos bens de produção, em organização do tipo capitalista, aí teremos, nos dois momentos, a sociedade e a empresa. A sociedade – os acionistas – detêm uma situação jurídica de pertinência. Já a empresa detém o poder de que os bens sociais emergem. Daí podermos sustentar que a sociedade existe juridicamente enquanto situação subjetiva – direito – ao passo que a empresa existe juridicamente enquanto fonte de poder – função.”*²⁵⁸

²⁵⁷ Entende-se por *stakeholders*: “todo o grupo ou indivíduo que influencia a corporação e é por ela influenciado. São os acionistas, funcionários, clientes, fornecedores, distribuidores e toda a cadeia responsável pela própria razão de ser da empresa. Em um nível macro, pode-se dizer que a humanidade compõe a categoria de *stakeholders* de uma empresa, já que as ações e iniciativas da corporação podem abalar (influenciar) toda uma comunidade, no tempo presente ou no futuro.” HUSNI, Alexandre. *Empresa Socialmente Responsável*. São Paulo: Quatier Latin, 2007, p. 58.

²⁵⁸ Em *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 131.

Outrossim, quando a exploração de tais bens não se dá em nome próprio do proprietário, mas através da organização de atividade econômica (empresa), mediante a constituição de uma pessoa jurídica (sociedade), então este *poder-dever* transfere-se para quem detém o comando desta exploração, mais precisamente, do controlador em sentido amplo. Neste caso, a titularidade dos bens de produção é da pessoa jurídica, mas a responsabilidade de dar destinação social é das pessoas responsáveis por ditar os rumos de tal exploração, no caso, os controladores e\ou administradores.

Eis a razão do disposto no parágrafo único do artigo 116²⁵⁹ e no artigo 154²⁶⁰ da Lei 6.404/76, representando os deveres dos controladores e dos administradores uma das facetas da função social da empresa. Nesta construção, a função social da empresa seria, portanto, um princípio que prescreve um *poder-dever* dos comandantes – controladores e administradores – harmonizarem os interesses da sociedade empresária com os demais interesses que gravitam em torno da empresa – atividade – garantindo assim a destinação social dos bens de produção.

E a força normativa do princípio da função social da empresa não atinge apenas o controlador, em sentido estrito, mas todos que possuem participação societária, a exemplo do que ocorre com participações diluídas, como também aqueles que sequer possuem participação, que são os administradores não sócios. Isto porque, sendo a pessoa jurídica uma ficção do direito, sua vontade é determinada por pessoas que ditam, direta ou

²⁵⁹ “Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

²⁶⁰ “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

indiretamente, os rumos dos bens de produção por ela explorados. Pode atingir até mesmo aqueles que não possuem relação formal com a sociedade, mas que de alguma maneira podem ditar seus rumos, a exemplo com o que ocorre com o que FÁBIO KONDER COMPARATO denomina de *poder externo*²⁶¹.

No caso de sociedade limitada, tal *poder-dever* é assumido, portanto, aos cotistas e seus administradores, ou outro eventual detentor de poder externo, sobretudo diante do Código Civil brasileiro vigente, que diluiu o poder de controle do sócio majoritário ao preceituar *quorum* privilegiado para decisões importantes da sociedade, dentre as quais, a modificação do contrato social, exigindo, para tanto, o voto de sócios que representem 3\4 (três) quartos do capital social²⁶².

A transferência dos bens dos sócios ou do proprietário individual para a pessoa jurídica, para que esta titularize a exploração da atividade econômica representa, nas palavras de TULLO CAVALLAZZI FILHO²⁶³ e de CAIO MAIO DA SILVA PEREIRA²⁶⁴, a concepção de uma nova fase denominada de *propriedade empresarial*. E nesta estrutura, a contrapartida desta transferência é

²⁶¹ Em *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 68/83.

²⁶² Cf artigo 1.071 cumulado com artigo 1.076 do Código Civil. O quorum para a modificação do contrato social é estabelecido pelo disposto no inciso V do artigo 1.071 cumulado como o inciso I do artigo 1.076.

²⁶³ Em *A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional*. Ob., cit., p. 40.

²⁶⁴ Neste sentido assevera o autor: “*Em meio a tais tendências, o direito moderno conhece um novo tipo dominial, o da propriedade empresarial. Com a concentração do poder econômico, tornou-se necessário imprimir ao domínio maior flexibilidade, que lhe permita adaptar-se a condições de mais fácil mobilização dos capitais, diminuição de encargos tributários etc. Por outro lado, certos empreendimentos requerem disponibilidades enormes. Em consequência de tudo isto, institui-se a empresa como organização econômica, dentro da qual se fragmentam os direitos de cada um, e, em vez de o investidor apresentar-se como titular do domínio sobre os bens de valor imenso, desloca-se para a empresa o ius dominii, dispersando-se por um sem número de sócios, ou mais comumente acionistas, os direitos expressos em títulos representativos de uma espécie de propriedade usufrutuária.*” Em *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, volume 5, p. 87.

a titularização de participações societárias pelos investidores – cotas para as sociedades limitadas e ações para as sociedades anônimas – que também se dá no regime de propriedade. A congruência e delimitação de interesses desta estrutura parte da exata compreensão, portanto, de que o instituto da propriedade (sentido amplo) não é único, mas é composto pelo conjunto de vários institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens, implicando no reconhecimento da *multiplicidade da propriedade*.²⁶⁵

O reconhecimento desta multiplicidade, somado à plena destinação dos bens a um ciclo produtivo, que é o que caracteriza os bens de produção, motiva a concepção de perfil específico do direito de propriedade que é o seu *dinamismo*²⁶⁶, em contra posição a uma concepção *estática*²⁶⁷, própria dos bens de consumo, cujo ciclo se encerra na sua fruição pelo proprietário. O fato é que a inserção dos bens num ciclo produtivo faz emergir um feixe de outros interesses que concorrem com os interesses individuais do proprietário, o que não ocorre, via de regra, com os bens de consumo.

Os bens nesta condição exercem uma função imbuída de social. Por isso que, nas lições de EROS ROBERTO GRAU²⁶⁸, é sobre os bens de produção que se realiza a função social da propriedade. E, como a exploração dos bens de produção, num sistema capitalista, se dá preponderantemente

²⁶⁵ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 211.

²⁶⁶ “O aspecto dinâmico das propriedades, tal como o concebemos, repousa, sobretudo, na idéia de ação, de atividade econômica organizada.” VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

²⁶⁷ FACHIN, LUIZ EDSON FACHIN assevera que a função social da propriedade: “tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação antiindividualista.” Em *A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

²⁶⁸ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Ob. cit., p. 212.

através de uma organização empresarial, a função social da propriedade se expressa na *função social da empresa*.

Cumpra aqui distinguir a *função social da empresa* da sua *responsabilidade social*. Aquela é representada por um princípio e, portanto, com feições deonticas, impondo um *dever-poder* e está intimamente ligada à atividade exercida para exploração do objeto social e a consecução dos seus fins. Trata-se, portanto, de uma norma que está intimamente ligada a finalidade precípua da sociedade. A *responsabilidade social* não é algo obrigatório, decorrendo de uma integração voluntária de atos das empresas em busca de uma justiça social, que não estão ligados, necessariamente, ao objeto da sociedade empresária²⁶⁹. A prática de atos desta natureza podem, em certa medida, se contrapor à consecução do objeto social. E como os interesses dos investidores (sócios ou acionistas) é um dos interesses que necessitam ser harmonizados, a prática de atos altruístas, além de serem facultativos, devem ser restringidos quando se chocarem com a obrigação de atendimento aos demais interesses inerentes à atividade empresarial explorada, tais como a sua própria sobrevivência.

Daí a distinção, proposta por ALEXANDRE HUSNI²⁷⁰, entre empresas *socialmente responsáveis* das *societariamente responsáveis*. Aquelas visam contribuir com o Estado na busca de um desenvolvimento sustentável,

²⁶⁹ A propósito assevera RACHEL SZTAJN: “As relações externas das companhias passa a incluir, dessa forma, ‘credores involuntário’, ou seja, pessoas ou comunidades que sofrem os efeitos da atividade, especialmente no que se refere a direitos de solidariedade, direitos esses de ordem ética, moral, não legal, e que têm como contrapartida a denominada responsabilidade social. A expressão é empregada em sentido muito largo, para abarcar não só as pessoas diretamente ligadas à sociedade ou empresa, no entender de alguns, mas também quem, por qualquer forma, possa ser atingido pelo resultado de atividades econômicas desenvolvidas no e para o mercado.” Em *A Responsabilidade Social das Companhias*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros, n. 114, p. 34.

²⁷⁰ Em *Empresa Socialmente Responsável*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 87\91.

interagindo com as políticas públicas, numa atuação proativa e não impositiva²⁷¹. As empresas *societariamente responsáveis*, por seu turno, são aquelas que cumprem satisfatoriamente seus deveres para com seus empregados, pagando salários justos, contribuem satisfatoriamente com o bem público ao recolher os tributos devidos e, ao mesmo tempo, buscam obter condições de sobrevivência na consecução do seu objeto social.

Esta linha de pensamento sugere o enfrentamento e a solução de questão intrigante, no sentido de se aferir se a busca pelo lucro é primordial na atividade empresarial, ou se deve esta primar pela prática de atos em busca da justiça social. E neste sentido, ALEXANDRE HUSNI sugere que a obrigação normativa da empresa é a busca do lucro na consecução do seu objeto social, sendo as atividades altruístas não impositivas.²⁷²

Identificado e delimitado o princípio da função social da empresa, cumpre destacar que ele se irradia, fundamentalmente, sobre dois raios de aplicação²⁷³. Num deles funciona como *incentivador do exercício da empresa*, que dá origem ao denominado *princípio da preservação da empresa*. Este âmbito de aplicação condiz diretamente com o tema do presente trabalho, razão pela qual será explorado mais detidamente em item específico a seguir.

²⁷¹ A respeito, assevera o autor: “Os valores abrangidos que compõem o universo das empresas socialmente responsáveis extravasam a sua própria atividade empresarial e o seu objeto social, pois buscam interagir com um desenvolvimento sustentável e com as políticas públicas de forma a reduzir desigualdades sociais, num exercício de atividade não impositiva, realidade de forma estudada e proativa.”

²⁷² Neste sentido, reflete o autor: “A realidade é que a empresa primariamente deve obter condições de sobrevivência comercial buscando o lucro para poder bem atingir o seu objeto social. Se paralelamente a este fator podem-se adicionar outros incrementos, o empresário deve não só ter a atitude realçada pelos stakeholders como poderia gozar de certos benefícios gerados por algumas leis específicas.” Ob. cit., p. 89.

²⁷³ Cf. PEREZ, Viviane. *A Função Social da Empresa: Uma proposta de sistematização do conceito*. Em ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção & GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Temas de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 206.

Noutro âmbito, o princípio funciona como *condicionador do exercício da atividade*, que por sua vez pode ser classificada em vertente *endógena*, atingindo as relações internas da empresa, e *exógena*, relativo aos interesses externos da empresa. O aspecto da limitação *endógena* se verifica na necessidade de respeito às leis trabalhistas, nos termos do inciso III do artigo 170 da Constituição Federal, no respeito aos interesses dos sócios ou acionistas, que atinge os administradores e controladores, conforme os ditames do inciso II do referido artigo constitucional e conforme as regras esculpidas no parágrafo único do artigo 116 e artigo 154, ambos da Lei. 6.404/76. O aspecto *exógeno* se irradia nos centros de interesses contrapostos ao da empresa, como os da concorrência, dos consumidores e do meio ambiente, previstos, respectivamente, nos incisos IV, V e VI do artigo 170 da Constituição Federal.²⁷⁴

Há quem critique, todavia, a falta de sanção, pelo descumprimento do dever de atendimento à função social da empresa²⁷⁵. Malgrado a possível omissão, o fato é que a concepção da função social como um princípio e, conseqüentemente, com caráter e função normativa, tem amplas condições de ditar deveres e obrigações, determinar resultados e comportamentos, mediata e imediatamente, mas principalmente, exercer todas as demais funções normativas próprias dos princípios, tais como a interpretativa, integrativa e limitativa, conforme explorado no 1.4.2 deste trabalho. Assim, o referido princípio teria o condão de conferir significados aos enunciados normativos segundo as finalidades e valores que preceitua, de evitar antinomias jurídicas dentre duas possíveis aplicações, limitar ou ampliar a aplicação de determinado

²⁷⁴ Cf. PEREZ, Viviane. *A Função Social da Empresa: Uma proposta de sistematização do conceito*. Ob. cit., pp. 214\216.

²⁷⁵ Cf. TOKARS, Fábio Leandro. *Função Social da Empresa*. Em RAMOS, Carmem Lúcia (coordenadora). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 84 e COMPARATO, Fábio Konder. *A função social dos bens de produção*, Ob. cit., pp. 36.

instituto jurídico, e ainda, de compor a construção de determinado raciocínio jurídico.

2.4.2.3 A função social da empresa no Código Civil

Critica-se que a função social da empresa não tenha sido objeto de previsão explícita no Código Civil, a exemplo da previsão contida no artigo 421 do citado diploma, que prescreve a função social do contrato como limite da liberdade de contratar²⁷⁶. Diante desta omissão, foi sugerida por NEWTON DE LUCCA e acolhida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal²⁷⁷ a expedição do enunciado 53, com o seguinte teor:

“Art. 966: Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.”

Além disso, existem projetos de lei de reforma do Código Civil para inserir no Livro que regula a *empresa* prescrições legais que visam estabelecer princípios norteadores da atividade²⁷⁸.

Malgrado a *aparente* omissão, não é de se olvidar que a *função social*, assim como a boa-fé objetiva, o respeito aos bons costumes e a coibição ao

²⁷⁶ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁷⁷ O referido Centro de Estudos teve a coordenação do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar e a comissão responsável pela análise do Direito de Empresa foi presidida por ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, tendo como relatores NEWTON DE LUCCA e JORGE LUIZ LOPES DO CANTO. Em <http://www.cjf.gov.br>, recuperado em 12 de fevereiro de 2009.

²⁷⁸ Destaca-se o Projeto de Lei 6.960/2002, encaminhado pelo Deputado Ricardo Fiúza, que pretende inserir o parágrafo segundo ao artigo 966 com os seguintes dizeres: “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.”

abuso de direito são princípios norteadores das relações jurídicas que envolvem não só do contrato, conforme artigo 421 acima mencionado e artigo 187²⁷⁹, mas também a propriedade, nos termos do parágrafo único do artigo 2.035 do *Codex Civil* que prescreve: “*Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*”

Ademais, é reconhecido hodiernamente que o direito civil e seus respectivos institutos não estão isolados dos princípios norteadores do direito, dentre os quais os princípios constitucionais, sobretudo os que regulam a ordem econômica e a propriedade privada. É que o direito civil não visa mais regular direitos meramente individuais, haja vista que, cada vez mais, os interesses individuais, sociais e estatais de convergem e se confundem.

Assim, não há como se analisar e aplicar as regras que regulam a pessoa, conforme a normativa do Código Civil, sem se amparar também no respeito à dignidade da pessoa humana, ditada pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Não há como se regular as relações contratuais, sem o respeito à proteção aos consumidores, conforme preceitua o inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170 da Constituição Federal. Não há como regular a propriedade sem respeitar os ditames da sua função social, nos termos do inciso III do artigo 170 da Carta Magna. E por fim, para encerrar esta série de exemplos num aspecto que diz respeito ao tema ora tratado, não há como regular a atividade empresária, conforme as regras do Livro II do Código Civil, sem observar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, especialmente os previstos nos incisos III e IV do artigo 1º – dignidade da

²⁷⁹ “Art. 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.”

pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa - e os princípios da ordem econômica, previstos no artigo 170, todos da Constituição Federal.

Conforme assevera GUSTAVO TEPENDINO “a adjetivação do direito civil, dito ‘constitucionalizado, socializado, despatrimonializado’, ressalta o trabalho que incumbe ao intérprete de reler a legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”²⁸⁰

O atual Código Civil vige e se aplica, portanto, conforme o atual perfil do Estado de Direito que, com o advento do intervencionismo, transformou-se de Estado Liberal para o Estado Social, que surge para corrigir as distorções constatadas do voluntarismo jurídico, diante, sobretudo, da massificação das relações jurídicas e do reconhecimento da existência de forças opressoras que atuavam sob o *escudo* da igualdade.²⁸¹

Assim sendo, os institutos da propriedade e da empresa, mesmo nos moldes regulados pelo Código Civil devem ser analisados e aplicados dentro daquilo que se dissemina ser a *constitucionalização do direito civil*²⁸²,

²⁸⁰ Em *Inovações na teoria geral do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 94.

²⁸¹ A respeito leciona EDUARDO DE AVELAR LAMY: “A principal mudança de perfil ocorrida no Estado de Direito, transformando-o de Estado Liberal para Estado Social foi o advento do intervencionismo. O Estado Social não garante somente os direitos individuais e políticos, mas também os direitos sociais e econômicos. Há uma intervenção nas relações econômicas, nas relações de trabalho, na educação e na própria formação da família.” Em *A Fungibilidade de Meios na Perspectiva dos Direitos Fundamentais e da Distinção entre Meios e Fins Processuais*. Ob. cit., p. 32.

²⁸² Expressão utilizada por RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. Em SCARLET, Ingo Wolfgang (coordenador). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 87\104.

concebendo-os com a finalidade de efetivar valores sociais²⁸³. É por esta razão que, a despeito de uma eventual inexistência de enunciado explícito acerca da função social da empresa, é plausível sustentar que tal princípio não só incide, como emerge da normativa preconizada pelo Código Civil.

2.4.2.4 A preservação da empresa

Conforme elucidamos acima, o reconhecimento da função social da empresa não implica, exclusivamente, na concepção de um poder-dever dos seus comandantes, segundo uma função *condicionadora do exercício da empresa*. Esta é uma das facetas de tal princípio. Mas um outro perfil que dele se pode extrair é o da função *incentivadora do exercício da empresa*, que se desenrola do princípio da *preservação da empresa*. Este reconhece também o surgimento de um feixe de interesses em decorrência da exploração dos bens de produção através de estrutura empresarial.

É que a organização e exploração econômica da atividade empresarial não se opera única e exclusivamente mediante atos dos controladores e sócios e, conseqüentemente, os interesses envolvidos não se reduzem aos interesses destes. A organização de fatores de produção, tais como matéria prima, capital, mão de obra alheia e tecnologia, para a produção ou circulação de bens ou serviços implica na celebração de um feixe de contratos²⁸⁴, emergindo interesses intrínsecos e extrínsecos à empresa e possibilitando o surgimento de conflitos entre a propriedade e o trabalho, atingindo a esfera de interesses dos

²⁸³ Conforme assevera MARIA CELINA BODIN DE MORAES TEPENDINO “*Configura-se, inevitável, em conseqüência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social.*” Em *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, 1993, p. 28.

²⁸⁴ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. Ob. cit., p.33/35

trabalhadores, dos consumidores, do fisco, dos concorrentes, do meio ambiente e da comunidade em geral.

Do ponto de vista constitucional, portanto, preconizamos que o princípio da *preservação da empresa* deriva da função social da propriedade – inciso III do artigo 170 – e do princípio da busca pelo pleno emprego – inciso VIII do artigo 170²⁸⁵ ²⁸⁶.

Tal princípio, hodiernamente, não nos parece construído para o atendimento apenas dos interesses de quem, de alguma forma, se relaciona com o empresário ou com a sociedade empresária, mas decorre também do reconhecimento da *utilidade social* que exerce a empresa, como verdadeira célula da sociedade, sendo órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado²⁸⁷.

²⁸⁵ Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Apontamentos de Direito Comercial*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 99. A propósito assevera o autor que o princípio da busca pelo pleno emprego “corresponde ao da preservação ou da manutenção da empresa (de que é corolário o da recuperação da empresa), segundo o qual, diante das opções legais que conduzam a dúvida entre aplicar regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão ou situação jurídica sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que implique em sacrifício de outros direitos também dignos de tutela jurídica.” No mesmo sentido APENDINO, Ricardo. *A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/45*. Em *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, n. 128, outubro à dezembro de 2002, p. 167: “Impossível esquecer-se de que a Constituição Federal eleva a função social da propriedade e a busca do pleno emprego à condição de princípios da atividade econômica (art. 170, III e VIII”. Adiante complementa “não será destruindo centros de produção que essas normas serão observadas.”

²⁸⁶ “a Constituição não faz uma distinção maquiavélica entre trabalho e capital, mesmo porque trabalho humano é utilizado tanto pelo trabalhador quanto pelo empresário. Além disso, pode-se ponderar também que os encargos sociais, a participação nos lucros ou resultados desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, na gestão da empresa (art. 7º, XI), também são formas de valorização do trabalho.” MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes, *A Função Social da Empresa como Parâmetro de Legalidade*. Em *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba: Juruá, n. 4, julho à dezembro de 2005, p. 279.

²⁸⁷ ARNOLD WALD bem destaca o papel da empresa na sociedade contemporânea: “Uma vez ultrapassada a concepção do Estado Providência, que desaparece em todos

Há quem sustente que o princípio da preservação da empresa é um princípio implícito ou não escrito²⁸⁸. Tal conclusão pode até ser extraída da análise do texto constitucional. Todavia, afirmamos que em alguns dispositivos infra-constitucionais, nada obstante a inexistência da expressão específica, o referido princípio é manifestado de forma explícita, assumindo esta feição porque, sobretudo, está em perfeita consonância com os princípios constitucionais inerentes.

Destacamos, a respeito, os artigos 47²⁸⁹ e 75²⁹⁰ da Lei 11.101/2005. O primeiro preconiza os princípios norteadores da recuperação judicial e o segundo os princípios da falência. E neste aspecto, ressaltamos que, mesmo em falência, onde os bens do falido - empresário ou sociedade empresária – serão liquidados para pagamento dos credores, a lei prescreve regras que visam, dentro do possível, manter a atividade empresarial, seja pela própria massa falida, como pelos pretensos adquirentes dos ativos da massa.

*os países, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, amplia-se a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado, e como criadora de empregos e formadora de uma mão de obra qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados, sem os quais a sociedade não pode prosseguir, e interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores dos seus produtos.” Em *O Espírito Empresarial, a Empresa e a Reforma Constitucional*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros, n. 98, p. 53.*

²⁸⁸ Cf. CASTRO, Carlos Alberto Farracha. *Preservação da Empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 47.

²⁸⁹ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

²⁹⁰ “Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”

Assinalamos, neste sentido, alguns dispositivos da Lei 11.101/2005, especialmente, o artigo 108, que possibilita a manutenção do funcionamento do estabelecimento empresarial, caso não gere maiores prejuízos para a massa; o artigo 140, que dá prioridade de venda dos estabelecimentos montados, primeiramente em bloco e depois de forma isolada; os incisos I e II do artigo 84, que privilegiam a prestação de serviços e o fornecimento de recursos e produtos para a massa falida, dentre outros.

Defendemos, outrossim, diante de tudo o que foi exposto, que o princípio da preservação da empresa, próprio do princípio da função social da empresa, não é extraído apenas dos princípios da função social da propriedade e da busca pelo pleno emprego, mas de todos os princípios da ordem econômica, previstos no artigo 170 da Constituição Federal, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, especialmente os previstos nos incisos III e IV do artigo 1º da Carta Magna, bem como dos dispositivos infra-constitucionais que preconizam a boa-fé, a função social do contrato e da propriedade, a manutenção da atividade econômica e a função social da empresa, podendo-se citar, a título exemplificativo, os artigos 187, 421, §1º do artigo 1.228 e parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, os artigos 47 e 75 da Lei 11.101/2005, o § 1º do artigo 116 e o artigo 154 da Lei 6.404/76.

Finalmente, alertamos que a aplicação de referido princípio não visa manter a atuação de empresas deficitárias que provocam externalidades e custos no mercado e na economia. O propósito do princípio sob comento é manter a empresa que, nada obstante sujeita à crise e dificuldades, tenha condições de manter sua função social. A empresa manifestamente inviável ou mal conduzida certamente não atinge o propósito de satisfação da função social, necessitando ser retirada do mercado, no primeiro caso, e ter seu comando substituído, no segundo caso, situações possíveis através do instituto da

falência, conforme bem assevera MARCELO GUEDES NUNES e MARCO AURÉLIO FREIRE.²⁹¹

2.4.2.5 Conclusão

Tratar do assunto da constrição de cota de sociedade limitada empresária diante da realidade acima, implica considerar que o titular da cota integra sociedade que exerce atividade cujos interesses não se reduzem aos interesses dos seus proprietários diretos, vale dizer, dos seus sócios. Por outro lado, os referidos titulares de participações societárias, na condição de responsáveis por ditar os rumos da exploração dos bens de produção efetivada em nome da sociedade, são detentores de um *poder-dever* próprio da função social da propriedade, que por sua vez faz emergir o princípio da função social da empresa.

Assim sendo, os interesses dos cotistas devem se projetar aos demais interesses coletivos envolvidos, tais como, os dos trabalhadores, consumidores, fornecedores, meio ambiente, fisco, dentre outros. Por isso, quando o credor busca a satisfação do seu crédito mediante a constrição de cotas sociais do sócio devedor, não se está diante de dois interesses meramente individuais, o do sócio devedor e o do respectivo credor, já que tal conflito não se desvincula dos interesses que emergem da titularidade da cota social. Portanto, o referido conflito e, conseqüentemente, os interesses do credor, são atingidos pelos interesses sociais envolvidos provenientes da destinação social dos bens de produção.

²⁹¹ *Apontamentos sobre a Comunhão de Credores e Viabilidade econômica*. Em CASTRO, Rodrigo R. Monteiro & ARAGÃO, Leandro (coordenadores). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 311.

Isto não significa afirmar que sob o escudo da função social da empresa as cotas seriam impenhoráveis, ou que o caminho do credor deva, necessariamente, ser mais tortuoso. Mas, o que pretendemos sustentar é que a satisfação dos interesses do credor deve se harmonizar, na maior medida possível, com os interesses sociais envolvidos. Tal harmonização pode se dar através da determinação de um meio para a satisfação dos credores, dentre vários disponíveis ou possíveis, que não atinja ou que o faça em menor medida os interesses sociais envolvidos.

É neste aspecto que sugerimos a reflexão acerca da liquidação da cota para a satisfação dos credores. E tal reflexão não se limita a questão da preservação da empresa, mas se expande junto à questão da manutenção da exploração econômica de bens de produção, o que representaria a continuidade do exercício da função social da propriedade.

Esclarecemos. Em conferindo a lei ao credor a opção pela liquidação da cota, sem que contra tal opção possa se opor a sociedade, os sócios e os demais interessados, tal como ocorre segundo a regra do artigo 1.026 do Código Civil, a adoção desta opção implicaria em duas possíveis conseqüências. A primeira no sentido de que a sociedade será descapitalizada para o cumprimento do pagamento do valor liquidado ou, mais precisamente, do valor do crédito, caso o valor da liquidação seja maior do que este, segundo determinação contida no parágrafo único do referido dispositivo legal. Se tal descapitalização for de tal monta a comprometer a saúde financeira da sociedade expondo em risco sua continuidade, a medida afrontaria a preservação da empresa e, conseqüentemente, valores, princípios e interesses de caráter coletivo. A segunda conseqüência é a de que o pagamento do valor liquidado implicará em retirar da sociedade uma parte, comprometedor ou não, da capacidade de exploração dos bens de produção, atingindo diretamente o exercício de sua função social.

Pretendemos sustentar com o acima exposto que a liquidação da cota, seja em execução individual, segundo os ditames do artigo 1.026 do Código Civil, como também em falência, nos termos do artigo 123 da Lei 11.101/2005, afronta o princípio da função social da empresa em seu aspecto mais amplo. E assim sendo, a fim de se manter a satisfação dos interesses do credor, que também é um interesse social, garantido por normas de ordem pública, a solução jurídica satisfatória não seria o estreitamento ou a limitação das condições de cobrança, mas a possibilidade de adoção de outro meio que não seja a liquidação da cota. E, neste ponto, coloca o ordenamento jurídico à disposição do credor a possibilidade de constrição da cota para praxeamento, conferindo o direito de preferência aos sócios a fim de assegurar o princípio da livre associação, no caso de execução individual, ou da venda dos ativos em bloco ou isolada, em caso de falência.

Não olvidamos que caso os sócios ou a sociedade não tenham condições de satisfazer o preço da cota em execução individual, e que neste caso ou em caso de falência os bens sejam adquiridos por terceiros, haverá, numa ou noutra situação, o ingresso de estranhos no quadro social. Pode-se arguir, com efeito, que tal consequência não se coaduna com o princípio da livre associação, contrapondo-se aos interesses individuais dos sócios e da sociedade. Porém, seria uma solução diversa da liquidação da cota, cujas consequências, além de atingir os interesses individuais dos sócios e da sociedade, poderiam ir de encontro com os demais interesses sociais envolvidos, conforme as razões já expostas.

Sustentamos, portanto, a aplicação do princípio da função social da empresa, conforme o caráter eminentemente normativo dos princípios, para ditar determinada interpretação aos enunciados normativos que se coadune com

seus valores e finalidades²⁹², bem como para limitar a aplicação do instituto da liquidação da cota para satisfação de credor pessoal de sócio²⁹³.

²⁹² “A função social da empresa deve ser considerada um dos parâmetros legais na hermenêutica e aplicação das normas que se relacionam com a empresa, nos vários campos do conhecimento.” MELO, Gisele Luciane de Oliveira Lopes. Em *A Função Social da Empresa como Parâmetro de Legalidade*. Ob. cit., p. 288\289.

²⁹³ Trata-se de defesa de aplicação do princípio em abstrato, malgrado a existência de posição de que a aplicação do princípio da função social da empresa só deva ser trabalhada no caso concreto, conforme MELO, Gisele Luciane de Oliveira Lopes. Em *A Função Social da Empresa como Parâmetro de Legalidade*. Ob. cit., p. 282.

CAPÍTULO III - O CAPITAL SOCIAL E AS COTAS DA SOCIEDADE LIMITADA

3.1 Noções de Capital Social

O capital social é um instituto jurídico que vive verdadeira crise de identificação, tamanhas as divergências quanto à sua definição. Mesmo assim mantém sua relevância por ser considerado elemento indissociável da sociedade²⁹⁴. ANTONIO PÈREZ DE LA CRUZ BLANCO²⁹⁵ sugere o agrupamento e a sistematização das diversas orientações doutrinárias a respeito em três categorias de definições de capital social: *contribuição dos sócios*, *entidade contábil* e *entidade nominal e real* (concepção dualista).

A posição do capital como *contribuição dos sócios*, sustentada por autores estrangeiros, como ADOLFO GAMBARDILLA²⁹⁶, e também nacionais como J.X CARVALHO DE MENDONÇA²⁹⁷, concebe que o capital social representa o valor correspondente às contribuições dos sócios na constituição da sociedade para a realização de seus objetivos.

Esta concepção merece considerações, haja vista que nem sempre toda a contribuição dos sócios comporá o capital social, como na hipótese de ágio,

²⁹⁴ Cf. MENDONÇA, J.X. Carvalho de. *Tratato de Direito Comercial Brasileiro*. 3ª ed. Freitas Bastos, 1938, n. 535, p. 27; FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1951, n. 203, pp. 212/213; MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, tomo XLIX, § 5191, pp. 166/167, TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Ob., cit., p. 84, GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Regime Jurídico do Capital Autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10; PENTEADO, Mauro Rodrigues, *Aumento de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 29/30; LUCENA, José Waldecy, *Das Sociedades Limitadas*, ob., cit., p. 262.

²⁹⁵ *La reducción del capital em sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Bolonia: Real Colégio de España, 1973, p. 29.

²⁹⁶ Em *Variazioni di Capitale nelle società anonime*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, s/d.

²⁹⁷ *Tratato de Direito Comercial Brasileiro*. Ob. cit., p. 28

ocasião em que a quantia superior ao valor nominal comporá reserva de capital. Por outro lado, nem sempre o capital social é formado exclusivamente por contribuição dos sócios, como na hipótese de aumento de capital mediante capitalização de lucros ou reservas. Somamos ainda a possibilidade do capital não estar totalmente integralizado, ocasião em que o capital social seria composto por valores prometidos, mas não efetivamente contribuídos.

A concepção do capital social como entidade contábil parte do pressuposto de capital social e patrimônio líquido são entidades distintas, conforme se demonstrará no item subsequente, o que não significa afirmar que as demais correntes não admitam tal distinção. Assim, o capital social seria apenas uma cifra estatutária, que consta no passivo do balanço da sociedade, tendo em vista a técnica de contabilidade por partidas dobradas, exercendo uma função contábil e jurídica.

Todavia, compreender o capital social como uma entidade puramente imaterial dificulta a interpretação e a aplicação de alguns institutos tais como os da integralização do capital social, já que não se pode integrar algo imaterial, o reembolso do capital, a conferência de bens, o aumento e/ou redução do capital social, dentre outros que consideram o capital como algo que reflete diretamente no aspecto material e não apenas forma.

Por isso, a concepção dualista – formal e real – é que a melhor permite compreender o capital social. Isto porque, o capital pode ser concebido como uma entidade imaterial, mas também pode ser aceito como uma fração do patrimônio líquido, determinada quantitativamente e não qualitativamente, que a sociedade não pode dispor à título de distribuição de lucros e dividendos, pela necessidade de cobrir o importe do capital. Em outras palavras, embora possa o capital social ser definido como uma cifra, correspondente ao valor dos bens

que os sócios transferiram ou se obrigaram a transferir à sociedade²⁹⁸, exerce uma influência direta nos bens da sociedade, razão pela qual não pode ser considerado como uma entidade meramente formal, assumindo também uma acepção material, o que permite compreender disposições acerca da formação, integralização, aumento, reembolso, bem como compreender a função do capital social como garantia de credores.

Neste sentido o escólio de ANTONIO PEREZ DE LA CRUZ BLANCO²⁹⁹ e GIOVANNI TANTINI³⁰⁰. Entre nós e a posição de MAURO RODRIGUES PENTEADO³⁰¹.

3.2 Diferenças entre capital social e patrimônio social

Uma boa compreensão do capital social pode ser tirada do estabelecimento das suas diferenças com o patrimônio social.

O capital social é uma cifra estatutária, um valor, um elemento fictício, um puro *nomen juris*, vazio de conteúdo patrimonial, composto pelos valores que os sócios se comprometeram a contribuir e também pelos valores do reinvestimento dos lucros e das reservas que os sócios decidem incorporar ao invés de distribuir, possuindo uma função meramente contábil, servindo como

²⁹⁸ Cf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Ob. cit., p. 52.

²⁹⁹ “*Por todo ello, parece ser esta última concepción dualista del capital la que ofrece una mayor consistencia y la que proporciona al propio tiempo, un útil instrumento para la correcta interpretación de los textos legales en que se emplea la citada expresión.*” Em *La reducción del capital em sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Ob. cit., p. 38.

³⁰⁰ “*Per quanto concerne Il termino de capitale, i significati principali sono due: con Il primo si indica l’entità contabile che si inscrive nel passivo del bilancio (di apertura, di esercizio, ecc.). Com Il secondo, quella aliquota del patrimonio sociale, in origine costituito dai conferimento, che fa da pendat, nell’ attivo del bilancio, al primo. E comunmente si denomina Il primo capitale nominale (o socieale), e Il secondo capital reale.*” Em *Capitale e Patrimonio nella società per azioni*. Padova. CEDAM, 1980, p. 14.

³⁰¹ Em *Aumento de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 14.

medida para a determinação dos resultados sociais, e jurídica, na medida em que representa uma exigência para a constituição da sociedade, mede os valores que os sócios devem contribuir e também a responsabilidade dos sócios perante as obrigações sociais.

O patrimônio social é o conjunto de bens efetivos, materiais e imateriais, direitos e obrigações pertencentes à sociedade, através dos quais esta exerce sua atividade econômica e garante o cumprimento de suas obrigações. Ao contrário do capital social, o patrimônio é essencialmente mutante, em decorrência das mudanças de preços de mercado dos bens, das vicissitudes da empresa, assim entendidas, as perdas e os lucros da gestão. A variação positiva do patrimônio ocorre quando os bens crescem em relação às obrigações, e a negativa quando as obrigações superam o crescimento dos bens e direitos da sociedade³⁰².

O capital social, ao revés, é relativamente fixo, já que só poderá ser modificado através de alteração estatutária, mediante certas condições e formalidades legais, seja com o ingresso de novos recursos ou com as incorporações de cifras contábeis, como os lucros e reservas.

Assim, o capital social é um elemento quantitativo, pois representa apenas uma medida, e o patrimônio um elemento qualitativo, já que representa os bens efetivos. Por isso, o capital social não pode ser determinado por certo bem, o que torna impossível delimitar qual entre os vários bens da sociedade que compõe o capital social.

A cifra contábil do capital social consta no passivo do balanço patrimonial, mas não porque representa uma dívida perante os sócios, conforme

³⁰² Cf. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 121/122.

afirma WALDÍRIO BULGARELLI³⁰³, mas por uma exigência técnica da contabilidade por partidas dobradas, adotada tradicionalmente pelos países latinos, que assenta a necessidade da constante coincidência das somas das colunas do ativo e do passivo.

Por esta razão é o patrimônio que efetivamente está sujeito à expropriação para a satisfação dos credores, ressalvados os bens eventualmente impenhoráveis ou inalienáveis.

3.3 Funções do capital social

O capital social exerce funções internas ou externas na vida da sociedade, pois interfere na relação entre os sócios e na organização da sociedade, bem como na relação dos sócios e da sociedade com terceiros.

Dentre as funções internas do capital social destacamos a função de *produção* e a função de *organização societária*. A primeira decorre do fato do capital social representar o valor que os sócios se comprometeram a contribuir para a realização do objeto social. Assim sendo, os recursos ou bens oriundos dos sócios em valores e quantidades necessários para honrar com o capital prometido, ou subscrito, representam os meios de produção utilizados pela sociedade para a exploração da atividade econômica. Daí a assertiva do capital social possuir uma função de produção.

A função de organização societária decorre do fato de que o capital social mede a participação de cada sócio na sociedade e, conseqüentemente, o poder que cada um possui para as deliberações sociais e a determinação dos rumos e das decisões da sociedade. A ruptura entre o poder político e a

³⁰³ *Manuel das Sociedades Anônimas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 94

participação social será excepcional e decorrerá de vontade dos sócios no estabelecimento das regras societárias.

Externamente o capital social exerce a função de garantia de credores e de fixação dos limites da responsabilidade dos sócios. A função de garantia de credores deve ser compreendida. Isto porque, o que efetivamente garante os credores é o patrimônio social, que é o elemento qualitativo, sujeito à expropriação, sendo o capital social uma cifra meramente contábil insuscetível de ser expropriado.

Esta função é preconizada pela característica da intangibilidade do capital social, o que representaria uma garantia indireta dos credores, na medida em que o valor do capital social determina a quantidade de ativos que a sociedade deverá reter no seu patrimônio, ou seja, que não poderá ser distribuída aos sócios, sob pena de responsabilização destes, conforme dispõe o artigo 1.059 do Código Civil³⁰⁴. Em outras palavras, a medida do capital social impediria que os sócios vertessem para os seus patrimônios próprios bens do patrimônio social em prejuízo aos credores da sociedade³⁰⁵. Esta é a razão do capital social figurar no passivo do balanço patrimonial.

Embora possa parecer questionável ou, pelo menos, mal compreendida referida função, ousamos afirmar que as penalidades civis e tributárias contra a distribuição ilegal de lucros, ou em prejuízo ao capital social, faz subsistir a sua função de garantia de credores, ainda que se conceba que tal garantia seja indireta.

³⁰⁴ “Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.”

³⁰⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do Capital Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 33.

A outra função externa do capital social é decorrente dos limites que ele estabelece para a responsabilização dos sócios. Com efeito, na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios é restrita ao valor nominal de suas cotas, ou seja, ao valor da parcela do capital social com a qual se comprometeram a contribuir para a formação do patrimônio social. E, ao contrário da sociedade anônima, cada um dos sócios responde solidariamente perante os credores sociais pelo total do capital ainda não integralizado, nos termos do artigo 1.052 do Código Civil³⁰⁶.

3.4 A cota da sociedade limitada

O artigo 1.055 do Código Civil prescreve que o capital social da sociedade limitada será dividido em cotas “iguais e desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio”. Já o artigo 1.056 do citado diploma prescreve que a cota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeitos de transferência, mas poderá ela ser objeto de propriedade conjunta sob o regime de condomínio, nos termos do §1º do mesmo artigo.

Este é o tratamento jurídico dado pelo novo regime. E como o cerne do presente trabalho trata da constrição da cota, imprescinde analisar algumas questões importantes para o seu bom deslinde.

3.4.1 Posições acerca da natureza jurídica da cota social

JOSÉ WALDEY LUCENA³⁰⁷ aponta a existência de algumas teorias que tentam explicar a natureza da cota social, tais como, *teoria da posse*

³⁰⁶ “Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

³⁰⁷ Em *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 311. Esclareça-se que o autor não é adepto à referidas teorias, mas se filia aos que a concebem como um bem móvel incorpóreo, conforme se demonstrará adiante.

conjunta, do condomínio, da co-propriedade, da sociedade comunhão e do fundo pertencente a todos os sócios. Independentemente do nome que se atribua, as referidas teorias partem de uma mesma premissa, que seria a existência de um patrimônio comum e que as cotas representariam uma parcela, um quinhão do referido patrimônio, sendo distribuídas aos sócios em contrapartida e proporcionalmente ao aporte prometido.

Não há, todavia, como acolher estas teorias. É que na estrutura da sociedade limitada, assim como nas demais sociedades personificadas, inexistem um patrimônio comum pertencente aos sócios. Quando estes realizam o aporte prometido, ou em outras palavras, integralizam o capital que subscreveram, os bens aportados deixam de integrar seus respectivos patrimônios e passam a integrar o patrimônio da sociedade. Aliás, enquanto o bem respectivo não for integralmente transferido para a sociedade a integralização não se perfectibiliza e o sócio permanece inadimplente, podendo ser constituído em mora para a configuração da situação de sócio remisso³⁰⁸.

O patrimônio social, portanto, pertence à pessoa jurídica e não aos sócios. Assim, não é correto afirmar que os sócios são co-proprietários do patrimônio social. E, conseqüentemente, não é correto asseverar que a cota social representa uma parcela, uma cota parte, deste patrimônio. O que parece é que tais teorias partem da acepção de um significado genérico da expressão *cota*, como sendo parte de patrimônio comum. Todavia, a acepção jurídica do direito societário é outra e a concebe como uma espécie de cota passiva, ou seja, como uma parcela do que se prometeu. Mas isto é apenas uma questão linguística, porque a natureza jurídica da cota, segundo defendemos, é a de um *bem*, conforme adiante esclarecido.

³⁰⁸ Cf. artigo 1.058 cumulado com artigo 1.004 do Código Civil.

Sem razão, no nosso sentir, a posição de AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA³⁰⁹, que entende que entre o sócio e a sociedade há uma espécie de bipartição ou desdobramento do direito de propriedade, no sentido de que, embora o sócio transfira o domínio do bem aportado para a sociedade, não haveria a perda definitiva dos poderes de usar e gozar da coisa, mantendo o sócio à posse indireta, enquanto a posse direta mantém-se com a propriedade.

Além das razões acima expostas, discordamos da referida posição, com todo o respeito que mereça, sob o fundamento de que, em prevalecendo tal entendimento, a sociedade não poderia transmitir o bem que fosse originado de aporte de sócio, pois não teria os poderes amplos e absolutos de proprietário, na medida em que os poderes do sócio estariam apenas *suspensos* e este manteria a posse indireta. Também, na hipótese de direito de retirada com o desfazimento do vínculo societário do sócio retirante, este teria o direito de se restituir do bem que aportou. Da mesma forma, teriam direito à restituição os herdeiros do sócio falecido, o cônjuge ou herdeiro do sócio que se separou ou o credor pessoal do sócio, caso aplicável a hipótese de liquidação da cota. Decididamente não é isto que ocorre. A liquidação da cota considera o patrimônio líquido da sociedade, sem qualquer vínculo com os bens aportados, que pode ser utilizados amplamente. E, outrossim, o aporte de bens, com a personificação da sociedade, implica na total e ampla autonomia da sociedade, que poderá dispor de todos os direitos de propriedade, desvinculando por completo os direitos do sócio em relação ao referido bem.

Soma-se a todos os argumentos acima, o fato de que é o *capital social* que é dividido em cotas e não o patrimônio social, que são coisas distintas, conforme analisado no item 3.2, acima. Ademais, a cota, ou mais precisamente,

³⁰⁹ Em *A Bipartição no Domínio no Direito Societário: Propriedade Direta e Indireta*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n. 107, julho\setembro de 1997, pp. 133\134.

o seu valor nominal, não é a divisão material ou qualitativa do capital social, justamente porque o capital social não é qualitativo, mas apenas uma cifra contábil de caráter quantitativo. Assim sendo, o valor nominal da cota seria apenas uma parte representativa do capital social, para fins de determinação da extensão dos direitos pessoais e materiais. Por esta razão, não é plausível conceber a natureza da cota como co-propriedade, ou coisa que o valha, já que o patrimônio social não pertence aos sócios e o capital social, por não ser patrimônio, não é passível de apropriação.

Na doutrina italiana, especificamente, os estudos acerca da natureza jurídica da cota permitiram, num primeiro momento, o agrupamento das posições nas seguintes correntes de pensamento. Uma, que concebe a cota como um *diritto de senhoria individual*, que garante ao sócio uma posição societária. Outra, que a concebe como um *diritto corporativo*, de natureza ambígua ao direito real e ao direito de crédito, o que representaria um *diritto sui generis* de natureza obrigatória. E uma terceira, que a concebe como um *diritto comum*, entendido como conferido à pluralidade de sócios para a administração do patrimônio social e para o cumprimento de todos os atos necessários para a realização do escopo social. Num segundo momento, acresceu-se o pensamento de quem visualiza a cota como um *diritto absoluto*, que tem como objeto a participação da sociedade na medida da cota, mas não apenas no lado ativo, como também no lado passivo³¹⁰. Desde já alertamos que a natureza da cota não pode ser reduzida a um direito, mas as posições doutrinárias acima colaboraram para a construção de concebê-la, hodiernamente, como um bem, conforme adiante se demonstrará.

³¹⁰. Cf. BONSIGNORI, Ângelo. *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*. Ob. cit., pp. 47\48.

ÁTILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JUNIOR³¹¹ defende que a natureza da cota é do tipo misto, pois representa, ao mesmo tempo, um direito abstrato pelo fato de que as cotas não existem fisicamente, e um crédito com relação aos sócios e a sociedade. Nos afastamos deste entendimento, também com o respeito que mereça. O fato de as cotas existirem fisicamente não impede de concebê-las como um bem, objeto do direito de propriedade, a exemplo do que ocorre com os bens imateriais ou incorpóreos.

Outrossim, não vislumbramos a possibilidade de reduzir a natureza jurídica da cota a um *crédito*. Primeiro, porque o direito de crédito eventual não é a única consequência da titularidade da cota, incidindo outros direitos de cunho pessoal, além de deveres e obrigações específicos de sócio, também de cunho pessoal e patrimonial.

Ademais, os sócios não são *per se* credores da sociedade. No que tange ao direito de percepção dos lucros, que é reconhecidamente um dos direitos essenciais do sócio, pelo que prescrevem o artigo 1.008 do Código Civil e o inciso I do artigo 109 da Lei 6.404/76, o direito de crédito só surge mediante a configuração de duas condições necessárias e não suficientes³¹², quais sejam, a auferição de lucros disponíveis pela sociedade e a deliberação em distribuir tais lucros, já que a sociedade pode decidir, pela maioria dos sócios ou pelo *quorum* eleito no contrato social, reservar ou reinvestir os resultados positivos do exercício. O crédito decorrente do lucro, portanto, é na verdade, uma expectativa de direito.

³¹¹ Em *O Novo Direito Societário Brasileiro*. Brasília: Editora Brasília, 1999, p. 196\197.

³¹² Afirmamos *necessárias e não suficientes* pela necessidade de configuração das duas condições, conjuntamente, mas bastando apenas a configuração de uma delas. A propósito leciona J.X.CARVALHO DE MENDONÇA: “*Este direito de crédito é, como se vê, condicionado, podendo ser exercido somente sobre os lucros líquidos, partilháveis conforme os termos do contrato social, e sobre o ativo líquido, a dizer, sobre o saldo verificado depois da liquidação.*” Em *Tratado de Direito Comercial*. Ob. cit., n. 591, p. 71.

No que diz respeito ao quinhão em hipótese de liquidação, o crédito só se perfectibiliza na constatação de ativos líquidos a serem partilháveis após concluída a fase de liquidação, no processo de dissolução da sociedade, ou do pagamento de todos os credores, no caso de falência³¹³. Assim sendo, não parece razoável asseverar que a cota representa um crédito efetivo do sócio para com a sociedade e, neste sentido, sua natureza jurídica não pode ser reduzida a um direito de crédito.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA³¹⁴, por sua vez, afirma que cota “*é a entrada, ou contingente de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para a formação do capital social.*” Reconhece o referido autor que este é um sentido genérico atribuído pelo Código Comercial de 1.850 e afirma que o sentido específico é a “*a porção de capital que a cada sócio cabe na sociedade*”.

Em que pese o respeito a uma das maiores autoridades em sociedade limitada do nosso país, ousamos questionar ambas as colocações. Quanto à *porção* do capital social já nos referimos acima, no sentido de que a cota não é uma parcela no sentido literal da palavra, mas indica apenas uma representação nominal, cujo valor interfere na extensão dos direitos dos sócios. Em relação ao primeiro sentido exposto, divergimos pela razão de que a cota não representa a *entrada* ou *contingente de bens*. Estes representam, na verdade, o *aporte* que o sócio é obrigado a realizar para integralizar as cotas subscritas³¹⁵.

³¹³ Na falência os sócios são considerados credores subordinados, nos termos da aliena b) do inciso VIII do artigo 83 da Lei 11.101\2005.

³¹⁴ Em *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Ob. cit., p. 97.

³¹⁵ “*Os pagamentos, totaes ou parciaes, da quota chama-se entradas ou prestações.*” MENDONÇA. J.X. Carvalho de. Ob. cit., n. 551, p. 39.

O valor nominal que se atribui à cota mede a responsabilidade do sócio que a subscreveu ou, mais precisamente, a quantidade de bens ou dinheiro que se obriga integralizar, mas os bens conferidos, vale dizer, as entradas efetivas, representam o aporte e não as cotas em si. Por esta razão, o conceito ou a natureza jurídica das cotas não podem ser reduzidos às entradas. Como defendemos que a cota é um bem, afirmamos que a subscrição e a integralização das cotas não modifica o valor do patrimônio pessoal do sócio, pois, em contrapartida, aos bens que conferirá, ele recebe outro bem que se denomina cota^{316 317}.

3.4.2 A cota social e sua qualificação como um bem

Em que pese o respeito a entendimentos contrários, ousamos asseverar que a questão hoje já merece definição, sendo possível sustentar, com base no direito positivo e em moderna doutrina brasileira e italiana, que a cota da sociedade limitada tem a natureza jurídica de um *bem móvel incorpóreo e de produção*. Justificamos, outrossim, tal assertiva.

A titularidade da cota social pode ser adquirida de forma *originária* ou por *transmissão*. A aquisição originária decorre do ato de *subscrição*³¹⁸ da cota, que na sociedade limitada se opera com a assinatura do contrato social, seja na constituição da sociedade ou no aumento de capital social com a emissão de

³¹⁶ Neste sentido o escólio de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO. “*Em troca dos recursos que o sócio retira ou promete retirar do seu patrimônio pessoal para transferir para a sociedade, é-lhe atribuída uma quota. Seu patrimônio pessoal continua o mesmo, porquanto substitui os recursos transferidos para a sociedade por uma quota de participação dela.*” Em *Direito de Empresa*. Revista dos Tribunais: 2007, p. 311

³¹⁷ No mesmo sentido JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA: “*As cotas são para o sócio a contrapartida dos bens transmitidos à sociedade.*” Ob. cit., p. 27.

³¹⁸ FÁBIO ULHOA COELHO define capital subscrito como “*uma referência à soma de dinheiro, bens ou créditos prometidos pelos sócios à sociedade*”. Em *Curso de Direito Comercial*. Ob. cit., p. 398.

novas cotas. Com efeito, é no momento da *subscrição* que o sujeito torna-se sócio e proprietário da cota, independentemente de ter integralizado a parcela prometida. A *integralização* é uma das obrigações que o sócio contrai por conta da *subscrição*, mas mesmo antes dela sua condição de sócio já está perfectibilizada, emergindo todos os direitos inerentes, tais como, percepção dos lucros, voto, fiscalização, dentre todos os outros.³¹⁹

A integralização, portanto, não é condicionante para a aquisição do estado de sócio e sua falta poderá atribuir inúmeras conseqüências ao sócio inadimplente, dentre as quais, a sua exclusão da sociedade, conforme o artigo 1.058 do Código Civil que prescreve: “*Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.*” As expressões “*sócio remisso*”, “*outros sócios*” e, sobretudo, “*excluindo o primitivo titular*” dá conta inequívoca de que quem subscreveu mas não integralizou é sócio e titular da respectiva cota social.

Destacamos, neste aspecto, que a configuração da condição de *sócio remisso* sequer decorre do mero inadimplemento, mas depende da efetiva constituição em mora do sócio devedor, mediante notificação expressa. Nos

³¹⁹ Em sentido contrário a opinião de CARLOS HENRIQUE ABRÃO: “*A possibilidade de aquisição de direitos e obrigações não ocorre de maneira unilateral, mas sim de forma proporcional e recíproca. Assim é que ao sócio compete uma séria de deveres para com a sociedade, tanto de ordem formal, como de natureza material, mas isto não importa na sua qualidade de membro da entidade. À medida que o sócio vai se desincumbindo das suas obrigações e realizando os seus deveres no seio da sociedade, ele passa a ser titular de direitos de maneira mais ampla, gozando, plenamente, do seu satus socii.*”. Em *Penhora de Cotas na Sociedade de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 31.

termos do artigo 1.004³²⁰ do Código Civil, aplicável por determinação expressa do artigo 1.058, apenas decorridos 30 (trinta) dias da notificação do sócio inadimplente é que se configura a condição de sócio remisso, incidindo as conseqüências inerentes.

A outra forma de aquisição da titularidade da cota é por transmissão, que pode se operar voluntária ou involuntariamente (tomando-se por base a vontade do sócio), por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, embora sejam todas elas sujeitas às regras específicas da lei e do contrato social.

Uma vez titularizada a cota, com a configuração do *status socii*, o respectivo titular adquire direitos de natureza *patrimonial*, consubstanciado pela percepção de lucros ou quinhão na liquidação da sociedade, e de natureza *pessoal*, como os de fiscalização e de voto^{321 322}. Concomitantemente, contrai obrigações, como a de contribuição e de lealdade, dentre outras prescritas no contrato social. Toda a assertiva acima serve para justificar que a cota social não é um direito em si, mas a sua titularidade consubstancia direitos, o que proporciona o enftretamento da definição da sua natureza jurídica.

Colhemos, para fundamentar nossa defesa, posições da doutrina civilista acerca do significado e extensão do que seja bem. DE PLÁCIDO E SILVA sustenta que “*tôda coisa, todo direito, tôda obrigação, enfim, qualquer elemento material ou imaterial, representando uma utilidade ou uma riqueza,*

³²⁰ “Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.”

³²¹ Cf. MENDONÇA, J.X. CARVALHO de. *Tratado de Direito Comercial*. Ob. cit., n. 591, pp. 71/72. GONÇALVEZ NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. Revista dos Tribunais: 2007, p. 312 e REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Ob. cit., vol 2, n. 317, p. 63.

³²² No mesmo sentido GONÇALVEZ NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. Revista dos Tribunais: 2007, p. 312.

integrado no patrimônio de alguém é passível de apreciação monetária, pode ser designada como bens.”³²³ Já J.M. CARVALHO SANTOS leciona que “*Em sentido lato, bens são tudo quanto é suscetível de se tornar objeto de direito; em sentido restrito, significa apenas as coisas que são objeto dos direitos, que formam o nosso patrimônio, ou a nossa riqueza.*” WASHIGTON DE BARROS MONTEIRO complementa, com importante consideração, no sentido de que, conforme o significado jurídico

*“é tudo quanto seja suscetível de posse exclusiva pelo homem, sendo economicamente apreciável. Coisas e bens econômicos constituem o patrimônio da pessoa natural ou jurídica. Mas, para que possam integrá-lo, preciso é sejam economicamente apreciáveis, idôneos à estimação pecuniária. Se não são suscetíveis de aferição monetária, escapam ao raio de ação do direito. O dinheiro, é assim por dizer, seu denominador comum”*³²⁴

Hodiernamente MARIA HELENA DINIZ³²⁵ leciona que bens “*são coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto de uma relação jurídica.*”

Fizemos questão de transcrever as referidas e abalizadas posições doutrinárias para demonstrar a plausibilidade em sustentar o enquadramento das participações societárias, dentre as quais as cotas sociais de sociedade limitada, como um bem jurídico econômico, porque é passível de ser possuído por um sujeito, tem existência autônoma a este, é apreciável economicamente e exerce uma finalidade econômica.

³²³ A propósito esclarece ainda o autor: “*Na compreensão jurídica, somente como bens podem ser compreendidas as coisas, que tenham dono, isto é, as coisas apropriadas. Escapam, pois, ao sentido de bens, as coisas sem dono (res nullius).* Em *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1973 p. 237\238.

³²⁴ Em *Curso de Direito Civil*. 28ª ed. Saraiva: São Paulo, 1990, p. 135.

³²⁵ Em *Código Civil Anotado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Ademais, a previsão legal expressa de que a cota pode ser objeto de co-propriedade em regime de *condomínio*, disposta nos §§ 1º e 2º do artigo 1.056 do Código Civil, dá conta que ela é um bem³²⁶, pois apenas bens podem ser objeto de condomínio, nos termos do artigo 1.314 do citado diploma³²⁷, já que tal instituto representa um direito de propriedade^{328 329}. Se a cota fosse simplesmente uma *posição contratual* ou um *crédito*, sua co-titularidade representaria situação jurídica de *solidariedade ativa*, pelo que prescreve o artigo do Código Civil³³⁰, mas não de condomínio.

³²⁶ O Código Civil de 2002 trata as *coisas* de forma mais específica, no Livro III da Parte Especial e os *bens* de forma mais abrangente no Livro II da Parte Geral, a exemplo do Código Civil de 1916. A razão de ser desta nomenclatura e localização no Código, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA é a seguinte: “O código civil brasileiro preferiu denominar dos bens o livro segundo da parte geral para, de acordo com a extinção maior do significado da palavra bens, dar-lhe maior latitude ao alcance dos dispositivos. A palavra bens compreende: coisas, direitos reais, obrigacionais e hereditários. Na parte especial, conservou a designação direito das coisas, porque é da propriedade e dos seus desmembramentos que se trata.” *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953

³²⁷ Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.”

³²⁸ DE PLÁCIDO E SILVA demonstrando que o condomínio está intimamente ligado ao direito de propriedade assevera que: “a palavra formada da preposição com e do substantivo domínio, do latim dominium (direito de propriedade), assinala a circunstância de ser a propriedade pertencente a mais de uma pessoa.(...) O condomínio, pois, indica a propriedade em comum, ainda em estado de indivisão, ou seja pro indiviso” Em *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1973, p. 390

³²⁹ Modernamente, levando-se em conta especificamente o que preceitua o Código Civil vigente, lecionam CLEYSON DE MORAES MELLO e TELMA ARAÚJO ESTEVES FRAGA: “Entende-se por condomínio, latu sensu, a propriedade comum que recai sobre determinado bem, onde cada qual dos proprietários tem o exercício, pelo menos potencial, das faculdades inerentes a tal direito, inexistindo parte individualizada do bem afeta ou quinhão, sendo tal bem considerado indivisível física ou juridicamente.” Por fim, complementam: “Considera-se o condomínio uma forma especial de exercício das faculdades do direito de propriedade.” Em *Condomínio*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 3.

³³⁰ “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

SERPA LOPES³³¹ traz importante diferença entre *condomínio* e *comunhão*. Para o autor: “*comunhão diz-se do estado jurídico no qual se podem encontrar, com ou sem vontade, duas ou mais pessoas em face de uma coisa não ainda entre elas dividida, e sobre a qual, por motivos particulares determinadores ou geradores da indivisão, gozam de um direito qualquer (Cantimela Schiafani).*”. Adiante complementa: “*A comunhão envolve não somente a co-propriedade de uma mesma coisa, como igualmente o gozo comum de um direito pessoal ou real, desde que se encontre indivisível entre duas ou mais pessoas.*” Assim sendo, como a lei trata a co-titularidade da cota como um *condomínio*, é possível aferir que a cota é um bem, objeto de direito real e não meramente pessoal, embora sua titularidade possa consubstanciar também direitos pessoais.

A propriedade da cota, como vimos, consubstancia direitos³³² de natureza patrimonial e pessoal. E, por esta razão, segundo a doutrina de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA³³³, configura-se como um *bem móvel*, à luz do que prescreve o inciso III, do artigo 83 do Código Civil³³⁴. A doutrina italiana também não discrepa desta opinião, segundo o escólio de ANTONIO BRUNETTI³³⁵.

³³¹ Em *Curso de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, vol IV, n. 784, p. 495.

³³² Neste sentido JOSÉ WALDECY LUCENA: “*A quota social, consubstanciando direitos, estes nascidos do contrato, constitui-se em um bem móvel.*”. Em *Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 312.

³³³ É a opinião do autor: “*Ainda que controvertida a sua natureza, pode-se afirmar tratar-se de um bem classificável, para os efeitos legais, como móvel, integrando a categoria dos bens incorpóreos (art. 83, inciso III, do Código Civil). As cotas, portanto, funcionam como objeto do direito de propriedade. Os cotistas detêm a sua propriedade*”. Em *Direito Societário*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 30.

³³⁴ “*Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: (...) III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações*”;

³³⁵ “*È da escludersi a priori che la quota sia un bene immobile o un diritto immobiliare. (...). È pertanto un bene mobile (...). Vamo così applicate le norme della espropriazione mobiliare*” Em *Tratatto del Diritto Delle Società*. Milano: Giuffrè, 1950, p. 156.

Entre nós, também é digna de menção a posição de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES³³⁶ e ALFREDO DE ASSIS GONÇAVEZ NETO, que, por sua vez, assevera: “*A quota, portanto, é uma espécie de bem que possui existência autônoma e valor próprio, suscetível, por isso, de ser objeto de relações jurídicas. Ela tem, assim, a natureza de um bem incorpóreo que enfeixa direitos pessoais e patrimoniais*”.³³⁷

Não restam dúvidas, portanto, que a cota social pode ser objeto de relações jurídicas. Mas, como bem esclarece o italiano ANGELO BONSIGNORI³³⁸, sua transferência não se regula conforme a cessão de contrato. Sua titularidade, com efeito, não se reduz a uma posição contratual, mas pode ser consequência de tal posição. Por outro lado, por ser um bem incorpóreo³³⁹, a cota não é voluntariamente transferível através do negócio jurídico de compra e venda, mas através do negócio de cessão, pois, como adverte OSCAR BARRETO FILHO “*bens corpóreos podem ser objeto de compra e venda, ao passo que os incorpóreos são suscetíveis de cessão. Por*

³³⁶ Definida assim, a cota social como um bem imaterial objeto de um único direito (direito de cota), de conteúdo complexo.” Em *Sociedade por Cotas – Cota social – Penhorabilidade. Comentários*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, pp. 116-124.

³³⁷ Em *Direito de Empresa*. Ob. cit., pp. 311\312.

³³⁸ Cf. BONSIGNORI, Ângelo. *Espropriazione della quota di Società a Responsabilità Limitata*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 54: “*Neppure è dogmaticamente fruttuoso ravvicinare la cessione della posizione di sócio alla cessione di contratto: infatti è bem vero che pur dopo la creazione della persona giuridica ‘società’ non viene meno il vincolo contrattuale che iega tutti i soci, ma v’è da rilevare, in proposito, che i rapporti fra contraente ceduto e cedente, e fra cessionario e ceduto, (...) sono disciplinati per la quota societaria de modo diverso, rispettivamente dalla norma dell’art. 2481, e dal principio generale che nella cessione della parte sociale non si risponde della validità del contrato sociale. Si potrebbe, pertanto, parlare solamente di cessione di contrato anômala, ma allora si attribuirebbe al trasferimento della quota um puro nomen iuris, insuscetibile di applicazioni concrete.*”

³³⁹ Para OSCAR BARRETO FILHO “*Bens incorpóreos são produtos da ordem jurídica, não têm existência material, mas o direito os reconhece como objetos necessários de relações jurídicas.*” Em *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 37.

*outro lado os bens incorpóreos não se prestam, em princípio, à tradição e ao usucapião; por isso não podem ser objeto dos contratos reais, que se fundam na entrega de alguma coisa.”*³⁴⁰.

Eis a razão do disposto no artigo 1.057 do Código Civil³⁴¹, inserido no capítulo *Das Sociedades Limitadas*, que não trata a transmissão negocial da cota como compra e venda, mas sim como “*cessão*”. O mesmo tratamento recebem as cotas da sociedade simples, conforme disposto no artigo 1.003³⁴² do mesmo diploma. Porém, nada obstante a expressão *cessão*, não se trata de *cessão do contrato*, mas de *cessão do bem*.

As assertivas acima, inclusive a posição da doutrina italiana mencionada, encontra total respaldo no nosso direito positivo. Isto porque, em se concebendo a cota como um bem incorpóreo, que não é suscetível de compra e venda e de contratos reais, por não ser dependente de entrega, e não representando ela uma posição contratual em si, mas decorrente de uma posição contratual, a sua transmissão não se opera com a cessão de um contrato, mas antes dela.

Em outras palavras, a transmissão da cota se opera através do consenso entre as partes negociantes, através do negócio jurídico entre elas celebrado. A alteração do contrato social ou a averbação da referida transferência não é condição de validade do negócio jurídico, mas apenas

³⁴⁰ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. Ob. cit., p. 38.

³⁴¹ “Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social. *Parágrafo único*. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.”

³⁴² “Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.”

condição de que o referido negócio surta efeitos perante terceiros, especialmente perante aos demais sócios, à sociedade e à comunidade em geral³⁴³.

É o que dispõe o parágrafo único do artigo 1.057 do Código Civil, *in verbis*: “A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.” Destacamos que a lei, pelo referido enunciado, trata de *eficácia* e não de *validade*.

Assim sendo, uma cessão de cotas operada sem os devidos registros, ou ainda, operada de forma diversa daquela autorizada pelo contrato, tem plena validade entre as partes contratantes, embora não surta efeitos jurídicos eficazes perante à sociedade e terceiros³⁴⁴. A condição de validade estaria sujeito às demais prescrições legais acerca dos negócios jurídicos. E caso houvesse violação da lei, o respectivo ato jurídico seria inválido.

Caso não houvesse violação das condições essenciais do ato jurídico, a cessão seria absolutamente válida entre as partes contratantes, inclusive para a exigência do preço respectivo, embora não oponível à sociedade e aos demais sócios para o exercício dos direitos sociais. Portanto, se o ato de transferência

³⁴³ Este sempre foi o entendimento que predominou na Itália. “*la titolarità della quota si società a r.l. sai passata nell’acquirente in virtù del semplice consenso e che l’iscrizione nel libro dei soci costituisca una formalità ulteriore, volta, sotto un primo profilo, a consentire agli organi societari un vaglio della legittimazione all’esercizio dei diritti sociali, mentre da un diverso punto di vista essa garantisce all’iscritto l’esperienza dei diritti stessi.*” BONSIGNORI, Ângelo. *Espropriazione della quota di Società a Responsabilità Limitata*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 45.

³⁴⁴ A propósito DANILO GALLETI: “*La dogmatica tradizionale ponde poi in evidenza com la alienazione a terzi no conforme allo schema statutario) perché vietata, o più spesso per il diniego del gradimento, la sua mancata richiesta o la cionolazione della clausola di prelazione) no dia luogo ad um contratto nullo per illiceità o impossibilità dell’oggetto, ma ad un trasferimento ‘effettivo’, tuttavia non opponibile alla società ed agli altri soci ai fini dell’esercizio dei diritti sociali*”. Em *Il Creditore Particolare del Sócio*. Ob. cit., p. 58.

for válido, mas não for eficaz perante à sociedade, o negócio surte efeitos perante as partes, mas o cessionário não pode exigir seu ingresso na sociedade. Agora, se a cessão for válida, operada de acordo com a autorização constante no contrato e, se por alguma razão, a concretização da averbação depender da prática de atos pelos demais sócios e/ou sociedade, é cabível a execução específica caso a obrigação não seja atendida a tempo e modo.³⁴⁵

Não pretendemos discutir a utilidade que a referida situação possa conferir. O propósito é justamente o de ratificar a posição de que a natureza jurídica da cota não é uma posição contratual, cuja transmissão dependeria e se regularia segundo a cessão de contrato. É um bem incorpóreo, que se opera através do instituto da *cessão*, não dependendo da modificação do contrato social para a sua validade, mas apenas para a sua eficácia.

Esta assertiva parte também do pressuposto de que a cota da sociedade limitada é receptáculo de economicidade e que esta característica pode estar desvinculada da organização societária. Ou seja, é possível que ela seja objeto de negócio jurídico sem que ocorra o ingresso do adquirente no quadro social. Isto demonstra que a titularidade da cota não depende necessariamente de uma posição contratual. Esta é imprescindível para que o titular adquira a condições de sócio perante à sociedade e perante aos demais sócios, mas não para que ocorra a circulação da riqueza que a ela seja inerente.

Somam-se aos argumentos acima expostos, que se a ação de uma sociedade anônima pode ser considerada um bem, a cota da limitada também pode, embora aquela seja um valor mobiliário e esta não. É que as referidas participações societárias possuem semelhanças e diferenças, mas estas não

³⁴⁵ No mesmo sentido ANGELO BONSIGNORI: “*di contro al diritto dell’acquirente della quota di ottenere l’iscrizione sta un dovere della società di provvedersi*” Em *Espropriazione della quota di Società a Responsabilità Limitata*. Ob. cit., p. 46.

estão na natureza jurídica em discussão. Tanto as cotas quanto as ações se assemelham na sua essência e natureza jurídica, valendo dizer, que ambas são bens econômicos que representam participação societária³⁴⁶. Suas principais diferenças, entretanto, decorrem mais das regras e naturezas das respectivas sociedades cujo capital representam, do que da falsa impressão de que uma é um bem e a outra não é.

Salutar para o bom deslinde da questão é a menção do atual e completo estudo do italiano DANILO GALLETI, que analisa a natureza da cota para fins de sua execução forçada. O referido autor parte inicialmente da premissa de que, nada obstante a existência de teorias acerca da natureza da cota, somente se ela for qualificada como *bem é* que a tutela e as situações subjetivas eventualmente constituídas poderão satisfazer plenamente as expectativas e o interesse de quem pretende usufruí-la, como o seqüestrante, o credor pignoratício ou o usufrutuário³⁴⁷.

A principal reflexão do autor e que fazemos questão de assumir é que os modelos de explicação da cessão da cota andam conjuntamente com a concepção da natureza jurídica desta. Porém, aponta, que as análises doutrinárias modernas acerca da qualificação da cota societária não são realizadas em respeito a uma exigência teórica e metodológica pura, mas sob a ótica de sua alienação e, que, para tanto, a doutrina tem feito enormes esforços de reconstrução intelectual, face ao total desconhecimento desta complexa

³⁴⁶ Neste sentido já lecionava J.X. CARVALHO DE MENDONÇA: “*Economicamente, essas locuções têm o mesmo valor; uma e outra são os elementos componentes do capital da sociedade.*”. Ob. cit., n. 538, p. 30.

³⁴⁷ Em *Il Creditore Particolare del Sócio*. Milano: Giuffrè, 2002, pp. 7 e 8. As considerações do autor, é bem verdade, decorrem da existência de previsão expressa no direito italiano de penhor, usufruto e seqüestro da participação em sociedade limitada, conforme o artigo 2.471-bis do Código Civil daquele país, com redação dada pela reforma do decreto legislativo n. 6\2003, em vigor a partir de 01 de janeiro de 2004.

transferência pelas categorias translativas civilistas³⁴⁸. E, dentro deste contexto, conclui que a qualificação da cota societária como um bem torna-se um fato concebido pela linguagem normativa e uma conclusão obrigatória no atual momento do pensamento jurídico e da evolução econômica e tecnológica.³⁴⁹

Concordamos, evidentemente, com a posição da doutrina italiana ora mencionada. Todavia, ressaltamos que, ao contrário do que defende, a concepção da cota como um bem não necessita de uma extraordinária e fantasiosa construção doutrinária, e ainda, que referida concepção decorre, sobretudo, de um interesse da atual conjectura econômica e tecnológica em possibilitar constituí-la como objeto de relação jurídica, dentre as quais a expropriação forçada em interesse de credores particulares de sócio. Entendemos que, tanto na moderna doutrina civilista, como na comercialista, vale dizer, na empresarialista, bem como no direito positivo vigente, encontra-se amplo respaldo para esta concepção, por todas as razões acima expostas.

Concebendo-se a cota social da sociedade limitada como um *bem móvel incorpóreo*, resta-nos, outrossim, enfrentar a questão acerca da sua

³⁴⁸ São as palavras do autor: “*i modelli di spiegazione della cessione della partecipazione sembrano andare in dottrina di pari passo con quelli dedicati alla natura giuridica della partecipazione stessa: può dirsi anzi che chi opera una determinata qualificazione della ‘quota’ societária non lo faccia mai per esigenze teoriche o metodologiche ‘pure’, ma soprattutto e per lo più nell’ottica dell’alienazione della stessa. Di fronte all’apparente paradosso (influenzato anche dal domínio culturale della società per azioni, le cui quote sono in genere rappresentate da titoli di credito) del trasferimento di una situazione la cui complessità è sconosciuta alle ordinarie categorie traslative civilistiche, la dottrina ha partorito sforzi di ricostruzione intellettuale di straordinaria varietà e fantasia.*” *Il Creditore Particolare del Sócio*. Ob. cit., p. 9

³⁴⁹ Neste sentido suas salutare conclusões: “*La qualificazione di bene della quota societaria diviene allora un dato acquisito del linguaggio normativo, ed una conclusione obbligata, in un certo momento del pensiero giuridico e dell’evoluzione economica e tecnológica; si ritorna alla posizione del Cottino, ma nos si riesce più a capire a cosa serve parlare di ‘contrato’, uma volta che Il risultano di quella riflessione (ossia l’applicazione della disciplina sui beni, e sui diritti che si possono costituire su di essi) è conseguito in modo da prescindere da quella qualificazione, a bem vedere anodina e superflua.*” *Il Creditore Particolare del Sócio*. Ob. cit., p. 17

natureza, segundo a classificação dos bens, que tem sido considerada como a mais relevante nos dias atuais, conforme sustenta FÁBIO KONDER COMPARATO, explorada no 2.4.2.1, que é entre bens de consumo e bens de produção.

É o próprio FÁBIO KONDER COMPARATO³⁵⁰ quem leciona que “*a atividade produtiva é reconhecida, na análise econômica, não pela criação de coisas materiais, mas pela criação de valor*”, considerando-se como de produção, nesta toada, o dinheiro na forma de moeda ou de crédito. EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO³⁵¹, por sua vez, preconiza que “*bens de produção são as fontes de riqueza de uma sociedade, enquanto os bens de consumo destinados ao uso de seu proprietário.*”

Neste sentido, defendemos que a cota social da sociedade limitada enquadra-se na classificação dos *bens de produção*. E isto porque, ela representa um *investimento*, visando a criação de valores. E por ser a contrapartida da promessa de aporte em sociedade, o destino deste investimento é justamente o ciclo produtivo, ora concebido no sentido amplo, como produção de bens ou prestação de serviços, pois é essência de toda a sociedade a exploração de atividade econômica, nos termos do artigo 981 do Código Civil, conforme explorado no item 2.1.2.³⁵²

É bem certo que não é a *cota* em si que será utilizada no ciclo produtivo. Os bens ou recursos que integrarão o ciclo serão, na verdade, o objeto do aporte do sócio. Porém, como exposto, a cota é a representação de um investimento. E, embora ela exista antes mesmo do aporte, pois surge da

³⁵⁰ Em *A Função Social dos Bens de Produção*. Ob. cit., p. 29.

³⁵¹ Em *A Função Social da Empresa*. Revista dos Tribunais, n. 810, abril de 2003, p. 37.

³⁵² A propósito assevera FÁBIO ULHOA COELHO: “*participar de sociedade limitada também é investir, empregar dinheiro numa atividade econômica.*” *Curso de Direito Comercial*, ob. cit., p. 82.

subscrição, é também representativa de um crédito da sociedade para com o sócio, que poderá exercer seu direito visando buscar os recursos necessários para a consecução do seu objeto social. A assertiva é reforçada pelo fundamento de que os bens aportados para fins de integralização deverão se coadunar com o objetivo social.³⁵³

Portanto, se o crédito enquadra-se dentre os bens de produção, segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, então a cota, que é também representativa de um aporte efetivo ou, enquanto este não realizado, de um crédito da sociedade para com o sócio, também se enquadra na mesma classificação.

Poder-se-ia argüir que a cota seria um bem de consumo quando o sócio a possui para auferir rendimentos para sua subsistência e de sua família. Não julgamos, todavia, a melhor forma de enfrentar a questão, pois o meio de subsistência não seria a cota em si, mas os frutos dela decorrentes, seja através da distribuição de lucros, da partilha após processo de liquidação ou da sua cessão onerosa para terceiros. Com efeito, o sócio não consome a cota. Consome o rendimento oriundo do investimento no ciclo produtivo.

Portanto, defendemos que a cota de sociedade empresária limitada é um *bem móvel incorpóreo e de produção*. Assim, do exposto acima, extraímos duas premissas importantes para a sustentação das conclusões do trabalho. Sendo um bem e, portanto, podendo ser objeto de relações jurídicas, a cota social de sociedade limitada pode perfeitamente ser objeto de penhora, demonstrando-se congruente a previsão contida no inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil³⁵⁴.

³⁵³ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, vol 1, p. 60.

³⁵⁴ Cf. bem fundamenta DANILO GALETTI: “*Ma la qualificazione in termini di ‘bene’, e la conseguenziale presenza nella quota di un ‘valore’ giuridicamente dissociabile dalla persona del suo titolare, fanno sorgere anche l’ interesse dei*

E, sendo um bem de produção, é essência da cota social o caráter de *dinamismo*, emergindo de sua exploração a função social da propriedade e função social da empresa. Portanto, a liquidação da cota para a satisfação do credor, somado à exclusão do sócio da sociedade, conforme os ditames do artigo 1.026 cumulado com o parágrafo único do artigo 1.030 do Código Civil, significa a extinção de um investimento, com a retirada de recursos do ciclo produtivo e, conseqüentemente, a deturpação dos fins individuais e coletivos do referido bem, o que vai de encontro frontal com os ditames da função social da propriedade. E, se tratando de cota social de sociedade limitada *empresária*, que é o tema deste trabalho, o choque atinge também a função social da empresa, conforme o desenvolvimento exposto no 2.4.2.

Portanto, a liquidação da cota implica não só a extinção, como também a retirada de um investimento. Assim sendo, a aquisição da cota por terceiros, estranhos ou não ao quadro social, para satisfação do credor pessoal do sócio, representa a manutenção da existência da cota e, portanto, do investimento na produção. Trata-se de um caminho, dentre outros possíveis, de satisfação do credor que atinge em menor medida a empresa e a propriedade empresarial, embora possa afrontar, em algumas situações específicas, os interesses individuais dos demais sócios.

3.5 A transmissão da cota da sociedade limitada

Como já salientado, as cotas podem ser transferíveis de forma voluntária ou involuntária, sendo utilizada esta expressão, geralmente,

creditori particolari del sócio alla espropriazione del bene.” Em Il Creditore Particolare del Sócio. Ob. cit., p. 37.

tomando-se por base a vontade do sócio cedente³⁵⁵. Trata-se, portanto, de situações em que o sócio deseja transferir suas cotas – transmissão voluntária – ou as cotas são transferidas independentemente da vontade do sócio cedente – transmissão involuntária. Sem prejuízo desta distinção, as cotas podem ser transferidas por ato *inter vivos* ou *causa mortis*.

Como exemplo de transmissão voluntária *inter vivos* temos a cessão negocial, com fundamento no artigo 1.057 do Código Civil, acerca da qual fizemos algumas menções acima, com o propósito de bem delimitar a natureza jurídica da cota e não para o esgotamento do tema. A transmissão *causa mortis* é tida como involuntária, embora os sócios possam, em vida, por conta das regras do contrato social, antecipar se as cotas serão transferidas aos herdeiros ou se serão liquidadas para o pagamento destes. A transmissão involuntária *inter vivos* ocorreria na hipótese de constrição de cotas, seja em execução individual ou falência, bem como na hipótese de separação de sócio, embora nesta hipótese o entendimento é que não haja a transmissão da titularidade da cota, mas apenas a possibilidade de partilha dos direitos econômicos dela advindos.

Não nos aprofundaremos na análise de todas elas, já que apenas uma diz respeito ao tema do presente trabalho, que é a transmissão involuntária por dívida pessoal do sócio. Porém, a menção ora feita, embora sucinta, visa alertar tão-somente que cada uma delas representa uma situação específica, envolvendo interesses, regras e princípios próprios. Portanto, não se poderia, a *priori*, aferir uma norma única, aplicável para todas as hipóteses

³⁵⁵ Merece consideração as considerações de MURILO ZANETTI LEAL a respeito: “O emprego da expressão ‘transferência involuntária de quotas’ é usada em sentido lato, isto porque, em verdade, não há manifestação de vontade negocial de parte do sócio que irá se desvincular, embora sempre haja a necessidade de uma manifestação de vontade (que nem sempre é a negocial) pelo adquirente das quotas para recebê-las.” Em *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

indistintamente, no sentido de determinar se é possível a transmissão forçada e, em caso desta se concretizar, se o adquirente assume ou não o *status socii*, caso não haja a concordância dos demais sócios com o ingresso dos terceiros no quadro social.

O que sugerimos é sempre a reflexão para, dentro do possível, não sujeitar a sociedade empresária à necessária liquidação das cotas para satisfação dos interesses de terceiros (credor, herdeiros ou sucessores, cônjuge, herdeiro de cônjuge), pois a hipótese poderia representar flagrante lesão ao princípio da função social da empresa.

No caso de separação judicial de sócio, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça³⁵⁶ já havia se manifestado no sentido de que o cônjuge do sócio que se separou não se torna sócio e, por esta razão, não faz *jus* ao direito de retirada com imediata apuração e pagamento dos respectivos haveres, até que a sociedade se liquide. Neste ínterim, ou seja, enquanto a sociedade não estivesse dissolvida, a partilha das cotas conferiria ao cônjuge do sócio que se separou apenas o direito de participar dos lucros e, na hipótese de liquidação, a participação no quinhão que couber ao referido sócio.

Seria estabelecida entre o sócio que se separou e o cônjuge ou herdeiros do cônjuge daquele uma espécie de sociedade de segundo grau, que só surtiria efeitos entre ambos, com fulcro no artigo 1.388 do Código Civil³⁵⁷ de

³⁵⁶ “A ação de apuração de haveres em sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada cabe somente a quem dela seja sócio, não se equiparando a tal quem adquire quotas de outro sócio, ainda que por partilha em dissolução de casamento pelo regime de comunhão de bens.” (STJ – REsp 29.897-RJ, Relator Ministro Dias Trindade, publicado no Diário da Justiça da União em 01.03.1993). Precedente jurisprudencial colhido em LEAL, Murilo. *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 43.

³⁵⁷ “Art. 1.388. Para associar um estranho ao seu quinhão social, não necessita o sócio do concurso dos outros; mas não pode, sem aquiescência deles, associá-lo à sociedade.”

1.916 e artigo 334 do Código Comercial. Assim, perante à sociedade o sócio e somente ele mantém o *status socii*, não se transferindo esta condição ao cônjuge ou aos herdeiros, dando-se concreção ao brocardo *socii meus socius, meus socius non est*³⁵⁸. Trata-se da figura do sócio *agregado*, que não é um verdadeiro sócio, distinta da figura do co-proprietário ou condômino, que têm o *satus socii*, ainda que sob o regime de co-participação.³⁵⁹

O artigo 1.027 do Código Civil³⁶⁰, prescrito no capítulo que regula a sociedade simples, mas que pode ser aplicado à sociedade limitada como regência supletiva, parece que estratificou este entendimento. Neste sentido, pode-se entender que o dispositivo só seria aplicável à sociedade limitada quando regida supletivamente pelas normas da simples, a teor do artigo 1.053 do Código Civil. No entanto, também seria suscetível de argüição a sua aplicação quando a sociedade limitada for regida supletivamente pelas normas da sociedade anônima, com amparo no artigo 1.089 do Código Civil, sob o fundamento de que a Lei 6.404/76 é omissa a respeito.

A referida solução sofreu críticas de MURILO LEAL ZANETTI³⁶¹, que a julgou infeliz, sob o argumento de que o destino do cônjuge do sócio que se separou ficará ao total alvedrio dos demais sócios, que terão amplos poderes, sem qualquer interferência daquele, acerca da distribuição dos lucros e da decisão de dissolução da sociedade. Além das vulnerabilidades acima, somamos outras, no sentido de que o cônjuge, por não ser sócio, não poderá requerer a exibição de documentos e/ou prestação de contas junto à sociedade,

³⁵⁸ Cf. LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 328.

³⁵⁹ Cf. TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Ob. cit., p. 256.

³⁶⁰“Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.”

³⁶¹ Em *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. Ob. cit., pp. 82\86.

mas apenas perante o seu consorte. Estaria sujeito ainda aos conluíus entre os sócios, que poderiam provocar sucessivos aumentos de capital para diminuir a participação do sócio que se separou e, conseqüentemente, a participação nos lucros. E, desta feita, se num segundo momento ocorresse novo aumento, com a integralização pelo sócio que se separou para aumentar sua participação, surgiria a discussão de que as novas cotas não teriam sido objeto da partilha, mas apenas as anteriores, até porque a *quota* é indivisível “*perante a sociedade*”, nos termos do artigo 1.056 do Código Civil, mas não perante terceiros.

Enfim, conforme o exposto, não nos aprofundaremos na discussão por fugir ao tema do presente trabalho. Alertamos, porém, que a solução mais adequada impescinde da ponderação de princípios que possa incidir, sejam os ligados à função social da empresa e da propriedade, bem como, de princípios específicos do direito de família. Todavia, o que concordamos é que o ordenamento não impõem a obrigatória liquidação das cotas para satisfação do cônjuge do sócio que se separou, pois esta imposição poderia expor em risco os interesses que emergem da atividade empresarial.

Na hipótese de falecimento de sócio, por sua vez, o entendimento anterior ao advento do Código Civil era o de que as conseqüências seriam ditadas segundo às regras do contrato social, pelo que preceituavam o artigo 335, 4º do Código Comercial e o artigo 1.402 do Código Civil de 1.916. Todavia, caso o contrato fosse omissivo, as cotas seriam transmitidas aos herdeiros, entendimento este extraído do contido no artigo 7º do Decreto-lei 3.708/19. O Código Civil passou a regular a questão no artigo 1.028³⁶², também inserido no capítulo que rege a sociedade simples. Neste caso, persiste a

³⁶² “Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I - se o contrato dispuser diferentemente; II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.”

discussão acerca da sua aplicabilidade à sociedade limitada, tendo em vista a regra prescrita no artigo 1.053 antes referido.

Entendemos que, independentemente da regência supletiva e, portanto, da aplicação ou não do artigo 1.028 à sociedade limitada, sempre haverá a preponderância do que estabelece o contrato social. O problema surge na hipótese de o contrato social ser omissivo a respeito. É que no regime antigo, como visto, a posição era praticamente pacífica no sentido de que as cotas eram transmitidas aos herdeiros e sucessores. No atual regime, contudo, caso aplicável o artigo 1.028 do Código Civil, a solução, na omissão do contrato, é a de liquidação da cota para o pagamento dos herdeiros e sucessores. A hipótese de substituição do falecido por representante dos herdeiros, bem como a transmissão das cotas a estes, ao invés da liquidação, sempre dependerá de acordo com os herdeiros. Independentemente dos possíveis entendimentos a respeito, que não serão explorados, por não representar objeto do presente trabalho, ratificamos nossa posição no sentido de que a solução deverá sempre levar em conta a função social da propriedade e da empresa, que deverão ser levados em conta na ponderação com outros princípios que possam incidir, no caso, próprios do direito das sucessões.

Neste sentido, é digno de menção o entendimento de MODESTO CARVALHOSA, cuja essência é similar à tese que ora defendemos para aplicação nas hipóteses de execução por credor pessoal de sócio e que, por isso, fazemos questão de transcrever:

“sob a égide do Código Civil de 2002, deve permanecer o entendimento de que as quotas do sócio falecido são automaticamente transferidas aos seus herdeiros, tendo em vista o referido princípio da continuidade da empresa e a natureza comercial da sociedade limitada. Assim, no sistema do Código Civil de 2002, poderão os herdeiros do sócio pré-morto

ingressar livremente na sociedade, desde que não haja expressa disposição em contrário no contrato social.”³⁶³

Como se vê, o princípio da função social da empresa, tendo em vista as características da generalidade e da maior abstração, próprias de todos os princípios, se irradia em diversos aspectos da vida da empresa, devendo estar sempre presente na ponderação com outros princípios incidentes para a delimitação da solução que melhor atenda aos anseios atuais.

3.6 As características da cota no ordenamento brasileiro

Pelo ordenamento jurídico vigente, os sócios terão ampla liberdade, mediante a celebração das regras do contrato social, de estabelecer a quantidade de cotas pelas quais o contrato social será dividido e os seus respectivos valores nominais, de acordo com o artigo 1.055 do Código Civil, segundo o qual, o contrato poderá estabelecer uma ou diversas cotas para os sócios e atribuí-las valores iguais ou desiguais. Por sua vez, o artigo 1.056 preconiza que as cotas serão indivisíveis, salvo para efeitos de transferência.

Das regras antes mencionadas, extraem-se as principais características da cota da sociedade limitada, quais sejam, a *pluralidade de cotas*, a *livre valoração* e a *indivisibilidade*.

Quanto à característica da *pluralidade de cotas* é útil mencionar que existem fundamentalmente três sistemas para a distribuição das cotas aos sócios. O sistema de *cota única inicial*, que preconiza que a cada sócio cabe, inicialmente, uma cota, e as cotas que eventualmente virem a adquirir serão distintas da primeira. O sistema de *cota única permanente*, que preconiza também que os sócios terão sempre apenas uma cota, sendo que as futuras

³⁶³ Em *Comentários ao Código Civil*. Ob. cit., pp. 89/90.

subscrições e os aportes não implicariam na emissão de novas cotas, mas o aumento nominal das cotas já existentes. E, por fim, o sistema de *pluralidade de cotas*, onde a estipulação e a distribuição do número de cotas entre os sócios são livres, cabendo uma ou mais para cada um, geralmente em proporção às suas respectivas contribuições para a composição do capital social³⁶⁴.

Tendo em vista o artigo 5º do Decreto 3.708/19³⁶⁵, adotou-se inicialmente no Brasil o sistema de *cota única inicial*. Porém, anuncia MODESTO CARVALHOSA³⁶⁶ que os usos e os costumes comerciais acabaram instituindo o sistema de *pluralidade de cotas*, tendo em vista a omissão da legislação revogada acerca das cotas sucessivas, como também pelas inúmeras vantagens que este sistema proporciona, especialmente, a facilidade na realização do capital social, no cômputo dos votos, na cessão e transferência das cotas e na minimização dos problemas da cota indivisa e do condomínio.

Tem-se, assim, que o vigente Código Civil brasileiro apenas estratificou aquilo que já era utilizado na prática, positivando o sistema de *pluralidade de cotas*, pelo que se extrai da parte final do *caput* do artigo 1.055 nos termos “*cabendo uma ou diversas para cada sócio*”. Não negamos a utilidade desta positivação, em respeito à maior segurança jurídica, sobretudo na hipótese de aquisição de novas cotas em aumento de capital social, que era omissa no regime antigo, como também na transferência das cotas.

No que tange ao tema do presente trabalho, este aspecto assume crucial importância, na medida em que o devedor responderá com tantos bens quanto forem suficientes para a satisfação do seu débito. Assim sendo, caso o valor do

³⁶⁴ Cf. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Ob. cit., pp. 68/69.

³⁶⁵ “ Art. 5º - Para todos os efeitos, serão havidas como quotas distintas a quota primitiva de um sócio e as que posteriormente adquirir.”

³⁶⁶ Em *Comentários ao Código Civil*. Ob. cit. p. 69.

débito seja inferior ao valor de mercado das cotas, a penhora não recairia, necessariamente, sobre toda a participação societária do devedor, mas apenas sobre a quantidade de cotas suficientes para a satisfação do débito. O que implicaria que na penhora sobre a totalidade ou a parcialidade da cota não seria a característica essencial da cota, mas sim o valor do débito.

Este sistema pode minimizar uma preocupação que seria o completo afastamento do sócio do quadro social. Imaginando que apenas parte das cotas seriam suficientes para a satisfação do débito, o sócio devedor ainda permaneceria no quadro social, embora com uma participação menor. Porém, em caso de penhora com expropriação, que é a solução defendida neste trabalho, embora também possa restar garantida a permanência do sócio devedor com a participação reduzida, não minimiza a questão da entrada de estranho no quadro social.

A *livre valoração* é extraída da expressão “*iguais ou desiguais*”, também contida no *caput* do artigo 1.055 do Código Civil. Partindo-se do pressuposto de que a cota social confere ao seu titular direitos pessoais e patrimoniais, somando com a regra de hermenêutica jurídica, no sentido de que “*onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir*”, entendemos que a igualdade ou desigualdade mencionada no referido dispositivo podem-se referir tanto aos direitos patrimoniais, quanto aos direitos pessoais.

Esta forma de pensar possibilitaria, em tese, a constituição pelo contrato social de cotas com poderes desiguais, inclusive em relação ao voto. Não nos aprofundaremos nesta matéria por não ser tema do presente trabalho. Mas cumpre assumir que este entendimento não tem sido desenvolvido pela doutrina nacional, devendo prevalecer o entendimento, pelo menos por ora, de

que a igualdade e a desigualdade, as quais se referem o dispositivo legal, dizem respeito ao valor nominal da cota³⁶⁷.

Assim sendo, podemos afirmar que esta regra também não traz maiores novidades, considerando-se o entendimento doutrinário de que no regime antigo era possível o estabelecimento de valores nominais desiguais para as cotas de sociedade limitada, embora não existisse previsão expressa.³⁶⁸ Todavia, conforme previsão expressa no ordenamento vigente, o contrato social terá ampla liberdade de estabelecer não só o número de cotas, mas o valor nominal de cada uma, podendo todas ter o mesmo valor ou valores diferenciados.

É evidente que cotas com valores nominais diferentes implicam em direitos e obrigações também distintos. No que diz respeito ao aspecto passivo, a cota com valor maior implica numa maior responsabilidade pela integralização do capital social, já que esta obrigação é determinada pelo valor nominal. Já alguns direitos, tanto pessoais como patrimoniais, como direito de voto, participação nos lucros, participação no quinhão em liquidação, apuração de haveres, dentre outros, não são determinados pelo valor nominal das cotas, mas pela proporção que elas representam na participação no capital social.

Por exemplo, o titular da cota com valor nominal superior perceberá mais lucros do que o titular da cota com valor nominal inferior, nada obstante ambos sejam titulares do mesmo número de cotas. O sócio titular de uma cota, porém, com valor nominal superior, terá mais poder de voto do que outro sócio que possua diversas cotas, cujo somatório dos respectivos valores nominais seja inferior. Isto porque, o poder de voto, como a participação nos lucros, são

³⁶⁷ Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. Ob. cit., pp. 312\313.

³⁶⁸ Cf. J.X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*. Ob. cit., n. 546, p. 36 e BORBA, José Edwaldo Tavares, *Direito Societário*. Ob. cit., pp. 111\112.

ditados pela proporção estabelecida entre o valor da cota e o valor do capital social, mas não pela quantidade de cotas.

Em relação ao tema do presente trabalho, o assunto em questão assume importância em relação ao aspecto da proporcionalidade, mas não em relação ao valor nominal. Isto porque, quando da execução da cota para o pagamento do credor pessoal do sócio, o valor da liquidação não se dará pelo valor nominal da cota, mas pela proporção do valor da cota em relação ao valor do capital social. De outra parte, na hipótese de penhora para adjudicação ou arrematação, o valor da hasta não se dará pelo valor nominal, mas pelo valor de mercado. Assim sendo, a cota que representa maior participação no capital social terá, presumivelmente, o valor de mercado superior, já que implicará em diferenciação de direitos pessoais e patrimoniais.

Por fim, cumpre analisar o aspecto da *indivisibilidade*. Conforme exposto, o artigo 1.056 do Código Civil prescreve que a cota social será indivisível perante a sociedade, salvo para os efeitos de transferência. É necessário bem compreender esta regra. Sob um aspecto, o teor da regra é no sentido de que uma cota não poderá ser desmembrada para rateio entre mais de um titular. Por exemplo, se existem três cotas para serem distribuídas para dois sócios, não poderá cada um deles possuir uma cota e meia. Mas, um poderá possuir uma cota e o outro duas cotas. Nos casos em que a divisão seja necessária não é resolvido pela divisão da cota, mas pelo regime do condomínio, pelo que autorizam os §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Porém, se o sentido da regra fosse apenas este, seria ela aparentemente inútil diante de um sistema que permite fragmentar as cotas de acordo com a vontade dos sócios, sem preconizar a lei um valor mínimo. Dessa forma, a regra possui outro sentido, cuja análise permite observar não só o seu completo

conteúdo e alcance, mas também a exceção da indivisibilidade para a transferência, que é a matéria que nos interessa.

Alertamos que o artigo 1.056 do Código Civil não preconiza simplesmente que a cota é indivisível, mas expressa que esta indivisibilidade é *perante a sociedade*. Neste sentido, conforme bem esclarece ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO³⁶⁹, a expressão legal “*quota*”³⁷⁰, no singular, não significa a parcela mínima do capital social, sentido com o qual trabalhamos até o presente momento. Mas significa a totalidade da participação de um sócio, ainda que este seja titular de mais de uma cota. Por exemplo, se um sócio possui 2.000 (duas mil) cotas, representativas de 20% (vinte por cento) do capital social, conforme o sentido atribuído pelo *caput* do artigo 1.056 do Código Civil, podemos afirmar que todas as cotas do referido sócio, ou seja, toda a sua participação societária pode ser referida como sendo a sua *quota* (no singular). Em outras palavras, a *quota* deste sócio, composta por 2.000 (duas mil) cotas, é representativa de 20% (vinte por cento) do capital social.

O que seria indivisível, portanto, segundo o sentido ora analisado, não seria necessariamente a *quota* em si, mas os direitos e os deveres que emergem da participação societária. Por exemplo, quanto ao direito de voto, o referido sócio não poderia votar em um sentido, utilizando-se, para tanto, parte de suas cotas, e ao mesmo tempo, em outro sentido, utilizando-se da outra parte.

Num outro exemplo, o sócio é obrigado a integralizar toda a parcela do capital, ou seja, todas as cotas que subscreveu. Se ele integraliza apenas parte da importância total subscrita e é constituído em mora, será considerado remisso e poderá ser excluído da sociedade, reembolsando-se das importâncias

³⁶⁹ Em *Direito de Empresa*, Ob., cit. ,p. 315.

³⁷⁰ Utilizamos aqui a grafia *quota* por representar a transcrição do texto legal, nada obstante durante o trabalho tenhamos nos utilizado da grafia *cota*, o que é perfeitamente possível.

pagas, abatidos os eventuais juros e multa decorrentes, se esta for a vontade dos demais sócios. Como a *quota* (no singular) é indivisível perante a sociedade, não poderá alegar o sócio inadimplente que a parcela paga representa a integralização de parte de suas cotas, impedindo a sua exclusão, implicando apenas a perda da quantidade de cotas correspondente à parcela inadimplida, com a transmissão para terceiros ou a redução do capital social. Tal hipótese até seria possível, mas só se fosse uma das opções adotadas pelos demais sócios, tendo em vista as faculdades conferidas pelo artigo 1.004 do Código Civil. Não poderá, todavia, ser invocada pelo sócio devedor, cuja inadimplência compromete toda a sua participação societária.

Esta interpretação permite bem compreender a ressalva contida no mesmo artigo, de que a tal indivisibilidade é ressalvada “*para efeito de transferência*”, que deve ser conjugada com a previsão contida no artigo 1.057 do mesmo Código, no sentido de que a cessão da cota poderá se operar “*total ou parcialmente*”.

Utilizando-se desta interpretação conjugada no exemplo que mencionamos, poderíamos afirmar que o sócio que possui 2.000 (duas mil) cotas poderá ceder a totalidade de sua participação societária, o que significa afirmar a totalidade de sua *quota* (no singular) ou todas as suas 2.000 (duas mil) cotas. Mas, por outro lado, poderá ceder parte de sua *quota* (no singular), ou seja, parte de suas 2.000 (duas mil) cotas.

Levando em conta este entendimento ao tema objeto do presente trabalho, somado com a regra de que o devedor responderá com tantos bens quantos forem suficientes para a satisfação do seu débito, nos parece não haver dificuldades em aceitar a idéia de que é plenamente possível que apenas parte das cotas pertencentes ao sócio devedor possam ser penhoradas para

expropriação, ou parte delas possam ser objeto de liquidação para a satisfação do credor.

Este é o sentido da exceção da indivisibilidade, contida no *caput* do artigo 1.056 e no artigo 1.057 do Código Civil. Todavia, alertamos que esta ressalva não possibilita fragmentar a cota para fins de transmissão da cota. Ou seja, a interpretação da referida excepcionalidade não dá azo a que uma cota possa ser dividida em meia cota para um titular e meia cota para outro se tal divisão tiver como finalidade a transmissão da cota. Uma cota é, com efeito, a participação mínima no contrato social. Não há como alguém ser titular de meia cota. A necessidade de co-participação, conforme já demonstramos, se resolve pela instituição do condomínio, mas jamais pela divisão da cota.

Esta discussão, conforme dito, pode ser inútil quando determinada sociedade adotar uma ampla fragmentação do seu capital social em cotas com valores módicos. Mas passa a ter relevância quando o capital social for dividido em poucas cotas e possuir patrimônio líquido elevado, o que é perfeitamente possível diante do ordenamento jurídico vigente. Neste caso, uma cota poderá ter grande representatividade no capital social e, conseqüentemente, no poder de voto, no direito à percepção de lucros e quinhão em liquidação, dentre os demais direitos de sócio. Em assim sendo, a cota poderá ter relevante representatividade no patrimônio pessoal do sócio.

Desta feita, em caso de execução da cota para a satisfação do seu credor pessoal, poderá ocorrer de que o valor patrimonial e de mercado da cota seja superior ao valor do crédito objeto da execução. Neste sentido, se fosse aceitável a interpretação de que a ressalva da indivisibilidade permitira fragmentar a cota, seria possível que apenas parte da cota fosse liquidada, no montante suficiente para alcançar na sociedade patrimônio líquido suficiente para a satisfação do crédito executado. Da mesma forma, seria possível

penhorar e conduzir à expropriação parte da cota, ocasião em que uma parcela da cota se manteria na propriedade do sócio devedor, que era o seu primitivo titular, e a outra parte seria de propriedade de quem viesse a adquiri-la. O resultado prático das duas operações, quais sejam, a liquidação parcial ou a penhora parcial, seria a constituição de um capital que contivesse cotas desmembradas, o que nos parece esdrúxulo, para não dizer ilegítimo.

CAPÍTULO IV - A CONSTRIÇÃO DA COTA DA SOCIEDADE LIMITADA

A constrição da cota sempre foi tema de inúmeros debates e controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. E o interessante é que as discussões surgem quando a legislação é omissa a respeito, a exemplo do que ocorria em nosso ordenamento à luz do Decreto 3.708/19, mas também quando há previsões legais expressas, a exemplo dos vigentes Códigos Civil e de Processo Civil.

Um dos aspectos que dificulta o tema é que a matéria é de natureza híbrida, possuindo questões de direito material, como também de direito processual. Neste sentido, além do problema do choque de princípios, a doutrina comercialista enfrenta o tema até certo ponto, analisando-o limitadamente sob um aspecto societário. Ao revés, a doutrina processualista o analisa também de uma maneira não exauriente, porque sob um enfoque sobretudo processual.

Entendemos que nos dias atuais, antes das discussões de fundo, de natureza material e processual, no sentido de ditar os procedimentos específicos e suas respectivas soluções, existe outra que diz respeito à normativa que será aplicável, para que, então, num segundo momento, seja possível enfrentar os aspectos jurídicos práticos para a materialização do instituto.

Por isso, nosso propósito de enfrentamento da questão não é exaurir as nuances possíveis decorrentes do procedimento da constrição num caso concreto, mas limitarmos ao aspecto preliminar acima mencionado, ou seja, sugerir a delimitação da normativa aplicável, o que, via de consequência, determinará o respectivo procedimento. A idéia máxima da contribuição é dar maior previsibilidade à aplicação normativa. Com efeito, diante das várias

possibilidades de interpretação, advirão, inevitavelmente, incidentes preliminares para determinar a norma regente, em detrimento da solução efetiva para o deslinde do embate que visa a satisfação do crédito.

Uma solução previsível, clara e coerente para a determinação da norma aplicável evitará ou, no mínimo, minimizará estes incidentes preliminares, contribuindo para que as eventuais discussões se limitem às questões de fundo, ligadas à determinação da legitimidade e da importância do crédito. Mas, antes de fixarmos, ou, pelo menos, sugerirmos qual a normativa a ser aplicável, julgamos salutar a análise das possibilidades, refletindo que cada uma delas deflagrará possíveis conflitos de interesses específicos e contrapostos.

Isto porque, conforme certa normativa e respectivo procedimento, a busca da satisfação do credor se dará através da constrição dos resultados da sociedade destinados aos sócios, seja dos lucros ou do fruto da liquidação da cota, sem o ingresso de estranhos no quadro social. Já, segundo outra normativa, a satisfação se dará com os frutos da alienação da cota, o que poderá implicar no ingresso de estranhos na sociedade, mas, por outro lado, não comprometerá o patrimônio e o capital social.

Diante destas possibilidades, a problemática é comumente enfrentada analisando possíveis conflitos de interesses entre o credor, de um lado, e os interesses dos sócios e da sociedade (pessoa jurídica). O que sugerimos é refletir acerca de uma possível expansão de irradiação de conseqüências decorrentes da escolha de determinada solução. E, para tanto, entendemos que a problemática precisa ser enfrentada também segundo um novo enfoque, não mais limitado à questão do ingresso ou não de um estranho no quadro social. Mas deve ser avaliada reconhecendo que, segundo determinada solução, o patrimônio da sociedade poderá ser atingido para a satisfação do credor, e conforme a outra solução, não haverá este comprometimento patrimonial.

Desta feita, em decorrência da análise deste enfoque, cumpre refletir que o comprometimento patrimonial não atinge apenas a esfera de interesses da sociedade e dos sócios remanescentes, porque, na medida em que o desfalque possa atingir de alguma forma a capacidade de consecução do objetivo social, outros interesses *interna corporis* e *externa corporis* se emergem, devendo ser ponderados para a delimitação das possibilidades jurídicas.

Isto não significa afirmar que a problemática não deva mais ser enfrentada em respeito aos interesses dos credores, do sócio devedor, dos sócios remanescentes e da sociedade. Mas que, além destes interesses, que não devem ser desprezados, outros emergem e devem ser harmonizados, quais sejam, os inerentes ao exercício da atividade empresarial. E, como já observado nas linhas acima, o reconhecimento de tais interesses é de tal monta que motivou o desenvolvimento no direito no sentido de conferir ao exercício de tal atividade uma função social.

Portanto, a expansão do enfoque de análise sugerida é considerável, pois a esfera de interesses que passa a ser reconhecida é de natureza social, atingindo interesse público. Entretanto, o reconhecimento do necessário respeito a este interesse não pode representar uma verdadeira revolução social, mas deve ser acompanhada e, porque não dizer, limitada a uma solução jurídica, para que não fique às margens do ordenamento e sujeita às ilimitadas ideologias, o que traria muito mais instabilidade, imprevisibilidade e ineficiência na busca da satisfação do crédito e da exploração de atividade empresarial.

Por isso, o enfrentamento da delimitação normativa aplicável acerca da constrição de cota de sociedade limitada implica em reconhecer os seguintes aspectos. O primeiro, relativamente ao advento de novos enunciados

normativos específicos que visam reger a questão. E o segundo, quanto ao reconhecimento de valores, interesses e princípios atuais que devem nortear a eleição da norma aplicável. E, para tanto, há que analisar, para depois concluir, se tais novidades são capazes de determinar uma mudança de posição e de direção da doutrina e da jurisprudência que se consolidou acerca do tema. Em outras palavras, há que se perquirir se as posições consolidadas permanecem atuais e aplicáveis ou se necessitam serem revistas, aperfeiçoadas ou completamente rechaçadas. E, neste intento, cumpre analisarmos as correntes de pensamento que se estabeleceram antes do advento das modernas legislações que visa regular a matéria, especialmente, o Código Civil de 2002 e o advento da Lei 11.32/2006, que reformou o Código de Processo Civil.

4.1 As correntes antes do advento do Código Civil de 2002 e reformas do Código de Processo Civil

Antes do advento do Código Civil de 2002 e da Lei 11.32/2006, que inseriu reformas ao Código de Processo Civil, desenvolveram-se, fundamentalmente, as seguintes correntes de pensamento sobre o tema.

4.1.1 Impenhorabilidade absoluta

Esta corrente entendia que as cotas da sociedade limitada eram absolutamente impenhoráveis, sustentando-se na visão dogmática de direito comercial que, concebendo o caráter *intuitu personae* deste tipo societário, preconizava a obrigação de se garantir a *affectio societatis*. Assim, vislumbrava a necessidade de se impedir medida contrária aos interesses da sociedade e dos demais sócios, representada pela entrada de estranhos no quadro social, o que poderia ocorrer com a alienação das cotas do sócio devedor.

Fundava-se também na regra que estabelecia a separação e a autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios, esculpida no artigo 20 do Código Civil de 1.916³⁷¹, como também na aplicação do artigo 292 do Código Comercial³⁷², tendo em vista a omissão do Decreto 3.408/19 a respeito, que preconizava, peremptoriamente, que o credor particular do sócio, caso este não possuísse outros bens desembargados e suficientes para satisfação do crédito, só poderia executar os *fundos líquidos* que o devedor possuísse na sociedade.

Esta regra se conjugava com as prescrições do Código de Processo Civil de 1.939 que estabelecia no artigo 932, inciso V, a possibilidade de penhora sobre direitos e ações, elucidando o artigo 931 daquele *Codex* processual que, por direitos e ações deva se entender, dentre outros “*os fundos líquidos que possua o executado em sociedade comercial ou civil*”.

Assim, a construção pela impenhorabilidade era complementada pelo entendimento predominante na doutrina de que os *fundos líquidos*, referidos na lei, não se confundem com as cotas sociais, mas correspondem aos *lucros sociais* acerca dos quais ainda não tenha ocorrido deliberação sobre sua destinação³⁷³. Destacam-se, nesta toada, os julgados do Supremo Tribunal Federal no RE 95.381-7-PR, de relatoria do Ministro Décio Miranda.

³⁷¹ Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.”

³⁷² “Art. 292 - O credor particular de um sócio só pode executar os fundos líquidos que o devedor possuir na companhia ou sociedade, não tendo este outros bens desembargados, ou se, depois de executados, os que tiver não forem suficientes para o pagamento. Quando uma mesma pessoa é membro de diversas companhias ou sociedades com diversos sócios, falindo uma, os credores dela só podem executar a quota líquida que o sócio comum tiver nas companhias ou sociedades solventes depois de pagos os credores destas. Esta disposição tem lugar se as mesmas pessoas formatarem diversas companhias ou sociedades; falindo uma, os credores da massa falida só terão direito sobre as massas solventes depois de pagos os credores destas.”

³⁷³ A propósito é o escólio de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA: “Cumpre preliminarmente, observar que a quota não pode ser definida como sendo apenas o fundo líquido que o sócio possui na sociedade.” A quota representa um título complexo

4.1.2 Penhorabilidade condicionada

Outra corrente defendia que a possibilidade ou não da penhora das cotas dependeria do que dispusesse o contrato social acerca da cessão das cotas para terceiros. Segundo este entendimento, se não existir no contrato social proibição para a cessão das cotas para terceiros sem a anuência dos demais sócios, significa que estes nada têm a opor acerca da entrada de estranhos no quadro social, evidenciando-se o caráter *intuitu pecunae* da sociedade, sendo as cotas alienáveis, voluntária ou involuntariamente, e, portanto, penhoráveis. Destacamos a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n. 24.118-SP, de relatoria do Ministro Barros Monteiro.

Porém, se houver proibitivo contratual de cessão de cotas sem anuência dos demais sócios, resta evidenciado o caráter *intuitu personae* da sociedade, sendo as cotas sociais inalienáveis involuntariamente e, portanto, impenhoráveis, pelo disposto no artigo 649, I do Código de Processo Civil. Enaltecemos, a respeito, a decisão do Superior de Tribunal de Justiça no RESP 34.882-5/SP, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro.

A este respeito, mencionamos, a título exemplificativo, as doutrinas de JOÃO EUNÁPIO BORGES³⁷⁴, CARLOS FULGÊNCIO CUNHA PEIXOTO³⁷⁵ e, mais recentemente, de RUBENS REQUIÃO no seguinte sentido:

de participação na vida econômica e administrativa da sociedade.” E por fim, complementa: “*Por este lado, poder-se-ia, desde logo, afirmar que as quotas dos sócios nas sociedades limitadas são insuscetíveis de penhora.*” Em *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Ob. cit., p. 277.

³⁷⁴ *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 359.

³⁷⁵ *A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1956, vol I, p. 224.

“A quota somente será penhorável se houver, no contrato social, a cláusula pela qual possa ela ser cessível a terceiro, sem a anuência dos demais companheiros. A sociedade demonstraria, com isso, sua completa despreocupação e alheamento em relação à pessoa dos sócios, dando-lhe um nítido sabor de sociedade de capital”³⁷⁶

Esta forma de pensamento encontra óbice no argumento de que a expropriação de bens econômicos pertencentes ao devedor, garantida por norma de ordem pública, não pode estar adstrita às convenções privadas constantes no contrato social. Isto possibilitaria fraudes, conforme adverte ALEXANDRE FREITAS CÂMARA³⁷⁷, na medida em que o particular constituiria sociedade limitada, fazendo constar no contrato social a inalienabilidade e a impenhorabilidade das cotas, e aportaria todos os seus bens na sociedade, ocasião em que não teria bens sujeitos ao pagamento dos credores.

Ademais, há que se conceber a distinção feita pela doutrina italiana entre a *intransmissibilidade* da cota, que é disponível aos sócios, e *inexpropriabilidade*, que é prerrogativa de lei e inderrogável pelos particulares, conforme será melhor desenvolvido no item 4.3.2.2, adiante.

4.1.3 Penhorabilidade relativa

O Código de Processo Civil de 1973 não reproduziu os dispositivos do Código de 1939 que fundamentaram a construção da impenhorabilidade da cota social, nos termos informados no item 4.1.2, contribuindo para uma maior lacunosidade do tema, o que provocou o surgimento de novas formas de pensamento, nada obstante permanecesse em vigor o artigo 292 do Código

³⁷⁶ *Curso de Direito Comercial*. Ob. cit., p. 349.

³⁷⁷ *Em Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 283\284.

Comercial, o que permitira argüir que a questão poderia ser resolvida na concepção jurídica do que seja *fundos líquidos*.

Nada obstante, o vigente Código de Processo Civil contém a previsão de que todos os bens do devedor, presentes ou futuros, estão sujeitos ao cumprimento das suas obrigações, nos termos do artigo 591, e continha originalmente a previsão de que seria passível de penhora o usufruto do *quinhão do sócio na empresa*, nos termos do artigo 720, que posteriormente fora excluída da nova redação do dispositivo dada pela reforma da Lei 11.382/2006.

Desenvolveu-se, assim, outra corrente de pensamento que até reconhece o caráter *intuitu personae* da sociedade limitada e a necessidade de se respeitar a *affectio societatis* e a vontade dos sócios em não desejar que um terceiro estranho venha a imiscuir-se na sociedade. Porém, parte do pressuposto de que a existência e a atuação de uma sociedade não permite que se focalize apenas o vínculo contratual entre os sócios, já que o objetivo primordial e a razão de existência desta entidade é justamente a consecução de resultados econômicos. E o maior interesse para os credores está justamente nestes resultados e não necessariamente no vínculo social. Por isso, a expressão patrimonial da cota, vale dizer, os seus rendimentos, seus frutos e seus haveres não poderiam ser sonegados aos credores para a satisfação dos seus interesses creditícios.

Esta reflexão está contida num importante julgado do Supremo Tribunal Federal³⁷⁸, onde o Ministro XAVIER ALBUQUERQUE argumenta que pelas “*contribuições traduzidas pelas cotas, a sociedade deve aos sócios, que junto a ela possuem créditos correspondentes. Esse créditos são direitos que compõem os patrimônios individuais dos sócios, integrando-se na garantia*

³⁷⁸ STF – RE 90.910-PR, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, em RTJ 95\837

geral com que contam seus respectivos credores” E adiante complementa “se não é possível que para a sociedade ingresse um estranho no lugar do sócio que lhe devia, ou um estranho que arrematou, em juízo, o direito do sócio devedor, então, que se converta essa solução em apuração de haveres, em liquidação parcial, ou no que quer que seja, contanto que se preserve – isto é o que mais me impressiona – no entendimento de que um bem patrimonial indiscutível, que alguém possui, não responde pelas dívidas junto aos seus credores.”

Portanto, quando utilizamos a expressão “*penhorabilidade relativa*”, queremos nos referir não a penhora da cota em si, para sua alienação para terceiros em hasta pública, mas à penhora dos direitos patrimoniais consubstanciados pela titularidade da cota, sem a aquisição do *status socii*.

Segundo a sustentação de DOMINGOS AFONSO KRIEGER FILHO³⁷⁹, a parcela pessoal não deve sofrer a incidência da constrição num primeiro momento, mas apenas a parcela patrimonial, pois é a única que possui a economicidade prevista no artigo 591 do Código de Processo Civil, ressalva que deve constar expressamente dos editais da hasta pública, ficando o estado de sócio do arrematante condicionado à aceitação expressa pelos demais sócios, quanto ao ingresso no quadro social do arrematante, cuja recusa implicará na dissolução parcial da sociedade.

Destacamos, também, como prosélito desta linha, a autoridade de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, cujo escólio transcrevemos para bem compreendê-la:

³⁷⁹ *A penhorabilidade da Cota do Sócio de uma Limitada*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, setembro de 1993.

*“Sem embargos de algumas opiniões em contrário, tem prevalecido, desde longa data, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que apenas os fundos líquidos que o sócio tenha como credor da sociedade comercial podem ser penhorados; não assim a sua cota social, que, salvo na hipótese de sociedade anônima, não seria um valor disponível, mas parte do próprio capital da pessoa jurídica, sem o qual esta não pode subsistir.”*³⁸⁰

Nesta toada, reconhecendo o ilustre autor que *“A qualidade de sócio me parece que, inegavelmente, é personalíssima e, assim, nas sociedades intuito personae, não pode ser expropriada e transferida a terceiro por arrematação em execução forçada”*, defende que *“A arrematação ou adjudicação da cota social, destarte, faz-se por meio de sub-rogação apenas econômica do adquirente sobre os direitos do sócio de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade, a fim de receber seus haveres na empresa”*³⁸¹

LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES³⁸², por sua vez, esclarecia que o credor poderia fazer recair a penhora sobre os lucros já existentes ou sobre os valores a serem partilhados, caso esteja em liquidação. E, mesmo quando a sociedade possua lucros a distribuir e não esteja em liquidação, a constrição recairia sobre os lucros futuros ou nos fundos líquidos a serem futuramente partilhados.

Enfim, como a cota consubstancia direitos *personais e patrimoniais*, a penhora recairia somente sobre os direitos *patrimoniais*. Por isso, que o arrematante ou o adjudicante não adquire o *status socii*, conforme as palavras de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

³⁸⁰ Em *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, vol II, n. 816, p. 196.

³⁸¹ Em *Curso de Direito Processual Civil*. Ob. cit. pp. 198/199.

³⁸² Em *Sociedade por cotas – Cota social – Penhorabilidade. Comentários*. Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 5, pp. 116/124.

“Ocorre que a penhora só recai sobre os direitos patrimoniais da quota e, portanto, se tais quotas forem a leilão, quem as adjudicar não estará adquirindo o direito de ser sócio, mas, tão somente, direito de receber os valores em dinheiro que elas outorguem a seu titular, o que é alcançado pela redução a dinheiro do que a quota representa em termos patrimoniais – ou seja, pela sua liquidação, mais precisamente, pela conversão da quota em dinheiro mediante a apuração de haveres que representa.”^{383 384}

É de se perceber que esta corrente de pensamento defendia um claro propósito, o de não sonegar ao credor a possibilidade de satisfação dos seus interesses, impedindo, ao mesmo tempo, o ingresso de estranhos na sociedade. Porém, deixa em aberto dois aspectos importantes. O primeiro, é que o credor sempre buscará a satisfação do seu crédito da forma mais certa e rápida possível. Assim sendo, se a sociedade não possuir lucros já disponíveis para distribuição, o credor restaria desestimulado em se sujeitar ao tempo e ao risco necessários para a consecução dos lucros suficientes, além de ter que se submeter às deliberações sociais em distribuir ou reinvestir os lucros auferidos. Em se configurando tal situação, o que nos parece plenamente possível, o credor certamente optaria pela liquidação da cota, com a apuração e o pagamento de haveres. E nesta hipótese, os recursos destinados para a satisfação do crédito seriam oriundos do patrimônio social, embora fossem subtraídos dos direitos do sócio devedor, implicando numa inevitável descapitalização ou desinvestimento no seu ciclo produtivo.

A outra questão é que, em ocorrendo tal situação, ou seja, o pagamento ao credor dos haveres que caberiam ao sócio devedor, este

³⁸³ Em *Direito de Empresa*. Ob. cit., p. 231.

³⁸⁴ No mesmo sentido é a opinião de JOSÉ WALDECY LUCENA. *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., pp. 377/382.

certamente deveria ser excluído do quadro social, salvo liberalidade ou benesse dos demais sócios, pois sua participação teria sido extirpada da sociedade. Assim sendo, a solução, em vez de garantir a integridade da *relação contratual*, na verdade a vulnera, pois levaria ao rompimento do vínculo societário.

Desta feita, uma posição intermediária foi sugerida por FÁBIO ULHOA COELHO³⁸⁵. Analisando a questão antes do advento do Código Civil de 2002, o referido expôs seu entendimento no sentido de que, em se tratando de sociedade de pessoas, o que restaria caracterizada pelas regras do contrato social que condicionam a cessão das cotas à vontade dos demais sócios, e caso os demais sócios se oponham a entrada do arrematante da cota na sociedade, este figuraria no quadro social numa situação *sui generis*, assemelhada ao de um acionista preferencialista sem direito de voto na sociedade anônima. Ou seja, lhe seria assegurada a participação nos resultados econômicos da sociedade, sem ingerência na administração ou nas deliberações sociais. Ademais, o seu direito de retirada, com apuração e pagamento de haveres só poderia ocorrer na hipótese de dissenso em relação à decisão que prejudicasse seus interesses econômicos. Por outro lado, por ser sócio, responderia ele pelas obrigações sociais da mesma forma que o sócio expropriado.

Esta construção tem duas grandes diferenças daquelas acima expostas. Uma é a de que a sociedade não se sujeitaria à dissolução parcial imediata, o que seria de grande valia, estando esta restrita à tomada de decisão que interfira nos interesses econômicos do sócio arrematante. E a outra diferença é a de que o arrematante assume feições de sócio, ainda que de forma *sui generis*, o que é caracterizado pelo argumento de que ele responderia às obrigações na condição do sócio expropriado.

³⁸⁵ Em *Penhorabilidade de cotas sociais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 30, abril-junho de 1991, pp. 99/100.

Em que pese a enorme valia da solução, sobretudo na parte em que tornaria restrita a dissolução parcial, esta pode encontrar alguns óbices, pois implica o surgimento de uma nova relação societária, ou um novo tipo de sócio, inexistente no ordenamento jurídico pátrio.

4.1.4 Penhorabilidade absoluta

Mais recentemente desenvolveu-se na jurisprudência a corrente defensora do entendimento de que as cotas sociais são absolutamente penhoráveis em qualquer caso. Fundamenta-se no argumento de que o contrato social, norma de caráter privado, não pode sobrepor-se às normas de caráter público, que asseguram ao credor a satisfação do seu crédito mediante a sujeição de todos os bens do devedor, conforme disposto no artigo 591 do Código de Processo Civil.

Ademais, as cotas sociais não estariam previstas no rol taxativo dos bens impenhoráveis, a teor do disposto no artigo 649 do Código de Processo Civil, não havendo como se estender a elas esta condição jurídica. Assim, a existência de cláusula contratual proibitiva de cessão de cotas sem a anuência dos demais sócios não seria causa impeditiva da sua penhora, mas apenas garantiria à sociedade ou aos sócios remir a execução, remir o bem ou exercer o direito de preferência, a tanto por tanto, com fundamento nos artigos 1.117, 1.118 e 1.119 do Código de Processo Civil.

Destacamos os julgados do Superior Tribunal de Justiça no RESP 30.854-2-SP³⁸⁶ e 147.547-RS, ambos de relatoria do Ministro Sálvio de

³⁸⁶ *Processo civil e direito comercial. Legitimidade ativa da sociedade para opor embargos de terceiro contra penhora de cotas do sócio por dívida particular deste. Penhorabilidade das cotas de sociedade de responsabilidade limitada. Doutrina. Precedentes. Recurso provido.*

Figueiredo, que atribui à existência de previsão contratual de restrição de cessão de cotas, a consequência de possibilitar à sociedade remir a execução, remir o bem ou conceder aos sócios o direito de preferência, embora reconheça que, não havendo qualquer restrição contratual, a cota pode ser levada para o praxeamento, adquirindo o arrematante o *statu socii*.

Neste sentido é o trecho do voto do referido Ministro, proferido no julgamento do RESP 30.54-2-SP:

*“Divirjo, respeitosamente, desse entendimento, sob o argumento de que a impenhorabilidade atinente aos bens inalienáveis, preconizada pelo art. 649, I, CPC, concerne aos bens gravados com cláusula de inalienabilidade, nos moldes fixados pela legislação civil. Esses casos são regulados em lei, não sendo de dilargar as causas de sua instituição, principalmente em face da repercussão sobre os direitos de terceiros, não valendo sua estipulação em causa própria. A constituição de sociedade com proibição de alienação de quotas tem validade entre os sócios e pode ser oposta aos terceiros adquirentes, no âmbito do direito privado. Não pode, entretanto, ser erigida em autêntica “cláusula de inalienabilidade”, oponível **erga omnes**. ”*

Em seguida, no mesmo voto complementa:

I - representando as cotas os direitos do cotista sobre o patrimônio líquido da sociedade, a penhora que recai sobre elas pode ser atacada pela sociedade via dos embargos de terceiro.

II - a penhorabilidade das cotas não vedada em lei, e de ser reconhecida.

III - os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais não de ser determinados em atenção aos princípios societários, considerando-se haver, ou não, no contrato social proibição a livre alienação das mesmas.

IV - havendo restrição contratual, deve ser facultado a sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1117, 1118 e 1119).

V - não havendo limitação no ato constitutivo, nada impede que a cota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ele concernentes, inclusive o ‘status’ de sócio.”

*"A penhorabilidade das cotas, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida. Os efeitos de sua excussão, no entanto, hão de ser determinados em atenção aos princípios societários, considerando-se haver, ou não, no contrato proibição a livre alienação das mesmas. Daí, na esteira do magistério de Carlos Henrique Abrão, entender que seja facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução sub-rogando-se nos direitos do credor, ou, ainda, remir o bem (CPC, art. 787) ou conceder-se à sociedade e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto, aplicando-se os arts. 1.117, 1.118 e 1.119, CPC, ou, ainda, que sejam apurados os haveres do arrematante. Garante-se, desta forma, que possa a sociedade obstar a entrada em seu meio de pessoa indesejável. Não havendo restrição no ato constitutivo, nada impede que a cota seja arrematada com inclusão de todos os direitos a ela concernentes, inclusive o **status** de sócio."*

A respeito, é a opinião de MURILO ZANETTI LEAL:

*"Essa realmente é a melhor interpretação que pode ser dada ao tema, numa exegese conciliadora entre as normas processuais, de interesse público, com as regras do direito privado concernentes às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, tanto que vem sendo ratificada em precedentes posteriores do Superior Tribunal de Justiça e defendida por autores modernos."*³⁸⁷

Destaca-se que esta corrente muito se assemelha à da *penhorabilidade relativa*, informada no item 4.1.3, embora divirja na forma da execução, sendo que naquela a penhora recairia apenas sobre os direitos patrimoniais, e na presente recairia sobre todos os direitos dos sócios na hipótese de existir

³⁸⁷ A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas. Ob. cit., p. 74.

cláusula que restrinja a circulação das cotas ou quando os sócios não invocassem a remição ou a prelação.

4.1.5 Conclusão

No âmbito falimentar, embora não exposto acima, cumpre destacar que as discussões não se apresentam de forma tão contundente, de modo a propiciar seu agrupamento em correntes de pensamento, a exemplo da constrição em execução individual. No caso, tem prevalecido o entendimento pela necessária aplicação do artigo 48 do Decreto-lei 7.661/45 e do artigo 123 da Lei 11.101/2005, que estabelecem a necessidade de liquidação da cota da sociedade falida, apurando-se seus haveres em favor da massa falida, conforme será explorado no 4.2.3.

Quanto à execução individual, da análise das correntes acima, é possível extrair as seguintes conclusões e esclarecimentos.

A tese da *impenhorabilidade absoluta* está defasada e afastada. Já, as demais encontram prosélitos, tanto na doutrina como na jurisprudência. A corrente da *penhorabilidade condicionada* se diferencia das demais porque defende que, na existência de cláusula restritiva de cessão de cotas, estas não poderiam ser objeto de constrição judicial.

As correntes da *penhorabilidade relativa* e da *penhorabilidade absoluta*, por sua vez, sustentam que as cotas seriam sempre penhoráveis, ainda que exista cláusula restritiva no contrato. A diferença entre ambas, porém, estaria na forma da execução. É que, segundo a corrente da *penhorabilidade relativa*, a constrição recairia apenas sobre os direitos patrimoniais do cotista, mantendo este a condição de sócio com os direitos pessoais, salvo na hipótese

de liquidação da cota, ocasião em que seria excluído da sociedade com a destinação dos haveres para o pagamento do seu credor.

Segundo a corrente da *penhorabilidade absoluta*, a constrição recairia sobre a cota em si, que seria levada para praxeamento. A eventual restrição contratual implicaria apenas conferir aos demais sócios algumas possibilidades para evitar o ingresso de estranhos no quadro social, tais como, a remição³⁸⁸ ou o exercício do direito de preferência, com base nos artigos 1.117, 1.118 e 1.119 do Código de Processo Civil. Porém, inexistindo restrição contratual ou não exercendo os sócios as possibilidades que lhes conferem, a cota pode ser levada para hasta pública ou ser adjudicada pelo credor, sendo que o arrematante adquire a condição de sócio com todos os direitos inerentes, pessoais e patrimoniais.

Chamamos atenção, todavia, de que nas discussões travadas pouca ou nenhuma referência se percebe acerca dos interesses da empresa, concebida esta como atividade, e que poderão ser atingidos na hipótese de solução via liquidação da cota social para pagamento do credor. Os interesses destacados e postos em conflito são os do credor, dos sócios e da sociedade. Todavia, não há olvidar que na medida em que se está tratando de sociedade empresária, a aplicação das normas e a determinação das conseqüências devem se coadunar com os princípios norteadores da atividade empresarial, vinculando-se à necessária harmonização com os valores e com o *poder-dever* ditados pelos princípios da função social da propriedade e da função social da empresa.

³⁸⁸ Utilizamos aqui a expressão *remição* para ser fiel aos termos da construção que ora se informa. Todavia, desde já esclarecemos que os artigos 787 a 790 do Código de Processo Civil que previam a remição do bem por terceiros foram revogados pela Lei 11.382/2006. As pessoas que na legislação revogada poderiam remir o bem, no sistema vigente poderão se utilizar da adjudicação, nos termos do artigo 685-A e 685-B do Código de Processo Civil. A remição no sistema atual foi reservada apenas ao devedor que resolver pagar espontaneamente o débito após o vencimento do prazo para pagamento fixado com a citação e até a lavratura do auto de adjudicação ou de arrematação, conforme o artigo 651 do *Codex* processual.

Por tal razão e para que possamos sustentar nossa defesa, a exposição das correntes adquire o propósito de, num primeiro plano, refletir se as construções elaboradas e concebidas pela doutrina e pela jurisprudência são aplicáveis e invocáveis diante do ordenamento jurídico vigente, ou se há a necessidade ou a possibilidade de se sugerir novas soluções que melhor se adéquem aos anseios atuais. E ademais, inserir no âmbito das discussões a invocação do princípio da função social da empresa, conforme sua função eminentemente normativa, afim de bem delimitar a norma aplicável e suas respectivas conseqüências jurídicas.

4.2 O instituto no direito brasileiro

No ordenamento jurídico vigente, a constrição da cota em execução individual encontra regência expressa no Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil, conforme as últimas reformas. E na falência, as previsões encontram-se no Decreto-lei 7.661/45, ainda aplicável às falências decretadas sob sua vigência, e na Lei 11.101/2005, que rege as falências decretadas a partir de sua vigência até os dias atuais.

4.2.1 Código Civil de 2002

O capítulo que regula a sociedade limitada no Código Civil de 2002, composto pelos artigos 1.053 a 1.087, é omissivo em relação ao tema, o que levanta a discussão se a constrição da cota em execução individual será ditada por regência supletiva ou pelo que dispõe o Código de Processo Civil, o que representa o tema do presente trabalho.

No Código Civil a constrição da cota social é regida pelo disposto no artigo 1.026 inserido no capítulo que rege a sociedade simples e que prescreve, *verbis*:

“Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.”

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.”

O referido dispositivo, embora com algumas diferenças, é flagrantemente inspirado no artigo 2.270 do Código Civil italiano que, por sua vez, também está inserido no capítulo da sociedade simples daquele Código, conforme será melhor informado adiante, no item 4.3.1.

Pelo conteúdo do dispositivo do Código Civil brasileiro, acima transcrito, afirmamos que o legislador visivelmente procura resolver antiga discussão, que é a de satisfazer o credor e, ao mesmo tempo, evitar o ingresso de estranhos no quadro social sem a vontade dos demais sócios. Tal pretensão decorre do inequívoco caráter personalista, que é próprio da sociedade simples.

Ousamos, porém, inspirados em legislação estrangeira, afirmar que existe outra razão de ser. É que na sociedade simples a responsabilidade de

todos os sócios pelas obrigações sociais é ilimitada³⁸⁹. Desta feita, seria inadequado ou, no mínimo, desestimulante, que um terceiro viesse adquirir um bem que lhe atribua responsabilidade ilimitada. Tal inadequação ou desestímulo atingiria o próprio credor diante da sua possibilidade jurídica de adjudicação do bem, já que, no intento de recuperar seu crédito, acabaria por contrair obrigações e responsabilidades.³⁹⁰

Nossa assertiva acima, como dito, é inspirada em legislação estrangeira, sobretudo nos direitos italiano, português e argentino. Em todas as referidas normas, que serão abordadas adiante no 4.3, existe previsão idêntica a do nosso artigo 1.026 do Código Civil para as sociedades de pessoas com responsabilidade ilimitada, como a sociedade em nome coletivo e a sociedade simples, que, aliás, na Itália sequer têm personalidade jurídica.

Por outro lado, ao contrário do Código Civil brasileiro, todas elas têm uma previsão diferente para a sociedade de responsabilidade limitada, que é o praxeamento da cota com direito de prelação aos sócios e à sociedade. Isto nos faz crer que não só em razão do caráter personalista da sociedade, como também da responsabilidade ilimitada, o legislador conferiu conseqüência

³⁸⁹ Embora aceitando que tal posição é passível de discussão, entendemos que, nada obstante a redação do inciso VIII do artigo 997, não é dado aos sócios a possibilidade de optar, via contrato social, pela limitação da responsabilidade. Concluimos desta forma tendo em vista interpretação sistemática com o inciso VII do artigo 997, artigo 1.008, artigo 1.023 e artigo 1.024, todos do Código Civil. A razão de ser do inciso VIII do artigo 997 é o disposto no artigo 1.023, que estabelece a possibilidade dos sócios decidirem se responderão solidariamente entre si pelas obrigações sociais, ou se a responsabilidade de cada um é proporcional ao capital social. Porém, num ou noutro caso, sua responsabilidade perante os credores, será sempre subsidiária em relação à sociedade. Daí a expressão *subsidiariamente* contida no inciso VIII do artigo 997 que, por ser mal colocada, dá a falsa interpretação, segundo nosso entendimento, de que caberiam aos sócios optarem pela responsabilidade limitada ou ilimitada. Se numa sociedade simples os sócios desejarem a responsabilidade limitada, então terão que adotar a forma da sociedade limitada, conforme faculta o artigo 983 do Código Civil.

³⁹⁰ A respeito EDUARDO GRASSO assevera peremptoriamente: “*La quota non è espropriabile: a) Nei tipi societari diversi dalla società a responsabilità limitata*”. Em *L’Espropriazione della Quota*. Milano: Giuffrè, 1.957, p. 238.

específica para a constrição da cota, de modo que permita a satisfação do credor sem o seu ingresso no quadro social, já que tal inclusão, além de ser possivelmente contrário aos interesses dos demais sócios, pode não corresponder aos interesses do arrematante ou do adjudicante, na medida em que acabarão assumindo o risco da responsabilidade por obrigações de sociedade gerida por pessoas que não são necessariamente conhecidas ou de sua confiança.

Independentemente da vontade real do legislador, estes são os termos do enunciado normativo que merece maior análise. E, segundo nossa opinião, o sentido da norma é de impedir por completo o ingresso de estranho no quadro social. Aliás, a solução prescrita corresponde exatamente àquela sugerida pela corrente da *penhorabilidade relativa* das cotas da sociedade limitada, conforme explorado acima no 4.1.3, já que a constrição da cota, segundo o dispositivo sob análise, incidirá nos denominados direitos patrimoniais do credor, quais sejam, a participação nos lucros, no quinhão quando da liquidação da sociedade, ou no resultado da liquidação da cota quando a sociedade não estiver dissolvida.

Com efeito, em nenhuma das possibilidades conferidas pelo dispositivo ocorrerá o ingresso de estranhos no quadro societário. Esta aceção permitirá conferir determinada interpretação para as situações duvidosas que do enunciado normativo possam advir.

Pois bem, destrinchando o conteúdo e a extensão do dispositivo, alguns aspectos necessitam de uma análise mais acurada. O primeiro deles é o seu pressuposto essencial de aplicação, que é a *insuficiência de outros bens do devedor*. Tal ressalva permite a interpretação de que, se o devedor possuir outros bens passíveis de constrição, esta não poderia recair sobre a cota social, já que o ato implicaria em atingir a esfera de interesses de terceiros, sobretudo, da sociedade e dos demais sócios. Se há outros meios para a satisfação do

credor, não há razão para que se possibilite a ele a polêmica atitude de constriar a sua cota social.

A compreensão de que esta seria a razão da lei permite uma interpretação mais específica da ressalva. É que a expressão “*na insuficiência de outros bens*” deve ser interpretada, na verdade, como insuficiência de outros bens *livres e desonerados*. Com efeito, se os bens que o devedor possui estão onerados de forma a impedir ou, pelo menos, dificultar as possibilidades do credor, nos parece que a constrição possa fazer recair sobre a cota social. Pensar o contrário, seria expor o credor a um sacrifício desproporcional para o atendimento dos interesses dos terceiros (sócios e sociedade) que possam ser atingidos.

Embora não tenha colocado a questão de forma tão explícita quanto a presente, parece que o escólio de JOSÉ WALDEY LUCENA³⁹¹ também é nesta toada, o que se deduz, das suas colocações, que o preenchimento do pressuposto legal implica na constatação de existência de “*outros bens livres de execução simples e linear*”.

Assim sendo, restariam desconsiderados, por exemplo, os bens absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 649 do Código de Processo Civil e os inalienáveis, segundo as legislações esparsas. Mas, conforme nosso entendimento, não apenas estes. Um bem ofertado em garantia hipotecária ou já onerado por penhora judicial não é absolutamente impenhorável, ocasião em que poderá se estabelecer um concurso de credores. Nesta hipótese, se o credor do sócio devedor não for privilegiado em relação aos demais que provocaram o gravame, defendemos que o bem não poderá ser considerado para fins de impedir a constrição sobre a cota, pois representaria a exposição do credor numa situação desprivilegiada e de risco.

³⁹¹ *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 386.

Isto sem contar com a abertura de possibilidade para fraudes. Imaginemos que um sujeito tenha uma parte de seus bens penhorados e outra parte ainda desonerada. Ele constituiria uma sociedade simples para aportar os bens desonerados e a existência dos demais simplesmente impediria que a constrição recaísse sobre sua cota social. Portanto, o preenchimento do pressuposto legal de “*insuficiência de outros bens do devedor*” deve ser interpretada como outros bens *livres e desonerados*.

Configurada, portanto, a hipótese normativa nas condições acima, fica facultado ao credor fazer recair a execução sobre os direitos patrimoniais do sócio devedor, quais sejam, os lucros ou a parte em liquidação que a este couberem. Ou ainda, enquanto a sociedade não estiver dissolvida, poderá requerer o credor a liquidação da cota do sócio devedor, ocasião em que os haveres serão apurados na forma do artigo 1.031 e os resultados alcançados deverão ser depositados pela sociedade no prazo de 90 (noventa) dias após a liquidação, implicando a exclusão do sócio devedor do quadro social, conforme prescreve o parágrafo único do artigo 1.030 do Código Civil.

Outro aspecto importante diz respeito à extensão da faculdade conferida pela expressão “*pode*”, contida no *caput* e no parágrafo único do artigo 1.026 do Código Civil. Cumpre identificar se a expressão assume caráter *restritivo* ou *ampliativo*. Ou seja, o dispositivo confere três possibilidades ao credor, quais sejam, fazer a execução recair sobre os lucros do sócio devedor, sobre o quinhão que a este couber em dissolução ou sobre os valores apurados através da liquidação da cota.

Resta saber, portanto, se estas são as únicas possibilidades do credor, entendimento que conferirá à expressão “*pode*” um caráter *restritivo*, no sentido de que a faculdade se entende a apenas uma destas três opções. De outra

parte, conceber à expressão “*pode*” um caráter *ampliativo*, significa que além das três alternativas, o credor tem outras conferidas pelo ordenamento, quais sejam, a penhora da cota para adjudicação ou o praxeamento. Assim, a interpretação seria no sentido de que, além da penhora da cota para alienação em hasta pública, o credor *pode* fazer a execução recair sobre o quinhão patrimonial que couber ao sócio na sociedade.

Como sustentamos que o dispositivo tem um propósito, que é o de proteger o caráter personalista e de responsabilidade ilimitada da sociedade, nos parece que o intuito do legislador é claro no sentido de evitar o ingresso de um estranho no quadro social. Em assim sendo, há que se conceber uma feição *restritiva* à expressão “*pode*”, ou seja, é facultado ao credor optar por uma das três possibilidades que o dispositivo lhe confere, não sendo possível a penhora da cota para adjudicação ou praxeamento.

Todavia, este entendimento não é unânime. Ao analisar a aplicação do referido dispositivo à sociedade limitada, o professor FÁBIO ULHOA COELHO³⁹² assim sustenta: “*Relembrando, a liquidação das quotas a pedido do credor do sócio cabe unicamente nas sociedades limitadas com vínculo estável. Quando o devedor é sócio de uma sociedade desse subtipo, o seu credor pode optar em requerer a liquidação da quota ou sua penhora.*”

É importante esclarecer que o referido autor está analisando a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade limitada. Seu entendimento é o de que quando determinada sociedade limitada for regida supletivamente pelas normas que regulam a sociedade simples, denominada pelo estudioso como subtipo de limitada com vínculo instável, o referido dispositivo é aplicável.

³⁹² *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit., p. 39.

A abordagem é diferente da que propomos neste momento. Aqui analisamos o conteúdo do artigo, inserido no capítulo da sociedade simples. A possibilidade ou não de sua aplicação à sociedade limitada será abordada no próximo capítulo, consistindo esta discussão o ponto central desta tese. Porém, a colocação do respeitado autor não deixa de ser útil e aplicável a presente discussão. É que parece sustentar o professor que, quando aplicável, o credor tem as possibilidades conferidas pelo dispositivo ou de penhorar a cota. Embora não tenha sido explícito, é possível interpretar seu entendimento no sentido de que a expressão *pode é ampliativa e não restritiva*.

Sob outra ótica são as colocações de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, no sentido de que “*O legislador provavelmente teve em mira evitar a discussão que havia a respeito da possibilidade ou não de penhora da quota social e buscou trazer solução capaz de contornar, senão substituir, a penhora de quotas sociais.*”³⁹³

Na mesma toada é a posição de JOSÉ WALDECY LUCENA refletindo que, nada obstante as construções doutrinárias e jurisprudenciais que passaram a aceitar a penhora das cotas para hasta pública, a nova regra afasta tal possibilidade, ofertando ao credor apenas a liquidação ou a participação nos lucros. Neste sentido, sustenta que não há mais o que se contestar que haja a penhora de cota, embora advirta:

“*bastando que o direito pretoriano se adapte a essa modalidade única de liquidação da quota, já que não mais se recorrerá à expropriação das quotas, em que, como visto precedentemente, um estranho, como arrematante, poderia vir a se tornar sócio, em substituição ao sócio desalijado do grêmio social.*”³⁹⁴

³⁹³ *Direito de Empresa*. Ob. cit., p. 230.

³⁹⁴ *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 389.

Como sustentamos que a lei tem o propósito de evitar o ingresso de estranhos no quadro social, considerando-se o caráter personalista e de responsabilidade ilimitada, próprios da sociedade simples, o sentido da regra é o de que o credor tem à sua disposição apenas as possibilidades taxativas contidas no artigo 1.026 do Código Civil. Não é possível, portanto, na aplicação do referido dispositivo, que a cota social seja penhorada para adjudicação ou praxeamento.

Ademais, entendemos que a interpretação do referido artigo deve ser conjugada com a interpretação do artigo 655 do Código de Processo Civil, que preceitua os bens passíveis de penhora, elencando no inciso VI as “*ações e quotas de sociedades empresárias*”. Enfim, se são penhoráveis apenas as cotas de sociedades *empresárias*, então as cotas das sociedades não empresárias, que é o caso da sociedade simples, não poderiam sofrer tal constrição para alienação. Para este tipo societário a solução é outra, nos termos ditados pelo artigo 1.026 do Código Civil.

Neste sentido, nos adiantamos acerca de uma das conclusões do presente trabalho, no sentido de que a solução ditada pelo artigo 655, inciso VI, e §4º do artigo 685-A, do Código de Processo Civil é totalmente distinta daquela preconizada pelo artigo 1.026 do Código Civil. Este artigo é aplicável para a execução de cota de sociedade simples, não empresária, enquanto a regra do Código de Processo Civil é aplicável para as ações e as cotas de sociedades empresárias. Por esta razão, a cota da sociedade simples não pode ser penhorada para praxeamento, sendo exaustivas as alternativas ditadas pelo artigo 1.026 do Código Civil.

Por esta razão, é que não há como sugerir interpretação diversa mediante a invocação do princípio da preservação da empresa, que poderia ser

abalado com a liquidação da cota, porque a sociedade simples não é empresária e não se está discutindo, neste momento, a aplicação do dispositivo ora analisado à sociedade limitada.

Outra questão que colocamos em voga é quanto à liberdade de escolha do credor dentre as possibilidades conferidas pelo artigo. É que segundo o escólio de JOSÉ WALDECY LUCENA o credor não teria ampla liberdade, devendo de percorrer o caminho pré-determinado pela lei. Assim, não poderia de plano optar pela liquidação da cota, já que esta medida estaria subordinada à inexistência de lucros que pudesse lhe satisfazer e ao fato de a sociedade não estar dissolvida.

Para não deixar dúvidas, transcrevemos sua posição:

“A segunda condição é a de que, antes de se liquidar a quota do sócio devedor, primeiro se executem os lucros deste na sociedade, ou, se a sociedade houver sido dissolvida, executa-se então a parte que lhe tocar na respectiva liquidação. Assim, somente se inexistirem outros bens do sócio devedor, se não houver lucros ou se forem insuficientes para suportar a execução, e, finalmente, se a sociedade não estiver dissolvida, somente então dar-se-á a penhora das quotas sociais, as quais serão objeto de liquidação, cujo valor será depositado em dinheiro, no juízo a execução, até noventa dias após a conclusão da liquidação (art. 1.026 e p.u.).”³⁹⁵

As colocações do autor necessitam ser bem compreendidas. De fato, se a sociedade estiver dissolvida ou em processo de dissolução, não caberia a liquidação da cota, pois a lei é clara ao expor a ressalva se “a sociedade não estiver dissolvida”. A lei, contudo, não condiciona a liquidação da cota à inexistência de lucros. Para tanto, há que se fazer uma ponderação. Embora a lei

³⁹⁵ *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 386.

não assevere peremptoriamente, é evidente que o credor poderá fazer a execução recair sobre os lucros já existentes ou sobre os lucros futuros.

Se já existirem lucros disponíveis, vale dizer, apurados, deliberados para a distribuição e suficientes para a satisfação do crédito, a liquidação seria um meio mais tortuoso para o próprio credor, para o devedor, para a sociedade e para o processo. Invocando, assim, a economia processual e a execução de forma menos gravosa para o devedor, é plausível sustentar que, já tendo o credor meios de satisfazer o seu crédito, deve-se evitar a liquidação que, além do desfalque patrimonial na sociedade, implicaria na exclusão do sócio devedor, à luz do que preceitua o parágrafo único do artigo 1.030 do Código Civil.

Mesmo assim, não há como imputar ao credor o ônus de demonstrar a insuficiência de lucros já existentes, pois geralmente não detém as informações suficientes e até sigilosas da sociedade. Caberia à sociedade ou ao sócio devedor demonstrar e disponibilizar os recursos relativos aos lucros para evitar a liquidação, caso o credor tenha anunciado que esta seria a sua opção.

Todavia, esta argumentação não encontraria o mesmo sustentáculo quando se estivesse tratando de execução sobre os lucros futuros. Neste caso, não há como submeter o credor a, primeiramente, tentar a obtenção de lucros, para somente após, constatando que a sociedade não vislumbra a produção de resultados suficientes, é que poderia optar pela liquidação. A solução seria impraticável e absolutamente onerosa, ferindo flagrantemente o princípio da efetividade do processo.

É bem certo que a interpretação dada por JOSÉ WALDECY LUCENA não foi neste sentido. Por isso, não asseveramos que discordamos dela, mas apenas que ela merecia ser bem compreendida.

Além das considerações acima, a aplicação do referido dispositivo depende do enfrentamento de algumas dificuldades práticas e questões interpretativas e procedimentais, que serão abordadas no próximo capítulo, sem o propósito absoluto de solucioná-las, por não condizer com o objetivo do presente trabalho, mas apenas para demonstrar a problemática de sua adoção, sobretudo para reger a constrição de cota de sociedade empresária limitada.

4.2.2 As reformas do Código de Processo Civil

A constrição de participação societária passou a ser regulada no Brasil também pelo Código de Processo Civil, mediante as reformas ditadas pela Lei 11.382, de 2006, que deu nova redação ao inciso VI do artigo 655, nos seguintes termos:

“Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (...)

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;”

E na subseção que regula a possibilidade do exequente adjudicar o bem penhorado, acresceu o § 4º ao artigo 685-A, com a seguinte redação:

“Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados:(...)”

§ 4º No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios.”

4.2.2.1 Objetivos da reforma

Antes de adentrarmos na análise do conteúdo dos artigos acima transcritos, é mister o alerta acerca do propósito das reformas e em que momento histórico e sistemático elas estão inseridas.

É cediço que o direito processual civil, num momento histórico não distante, passou por fases que podem ser denominadas de fase do *sincretismo*, quando era concebido como mero apêndice ao direito material, a fase da *autonomia*, ocasião em que existiu enorme preocupação com o tecnicismo processual e consolidação de seus principais institutos, e finalmente, a fase do *instrumentalismo*, quando passou a valorizar mais o conteúdo do que necessariamente a forma na busca de um resultado mais eficiente.³⁹⁶

Todavia, o movimento de reformas do Código de Processo Civil brasileiro, que se iniciou já na década de 1990, teve o intuito de dar um passo além, buscando-se a *máxima efetividade* conciliada com a *segurança*³⁹⁷. Tal movimento partiu do reconhecimento de que o processo civil não se mostrou apto a resolver com eficiência e satisfação o atendimento das partes que têm suas contendas deflagradas em juízo. Sobre as razões desta evolução, próprias são as colocações de RUI PORTANOVA:

“Quando do esforço de autonomia da ciência processual, principalmente com Büllow, o processo precisava afirmar sua especialidade. A forma de tal afirmação científica prendeu-se à demonstração de princípios próprios, categorias autônomas, técnica específica e conceitos adequados, tudo numa visão dogmática de perfeita coerência e sistemática interna. Tais

³⁹⁶ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2007, p. 15.

³⁹⁷ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas do Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 16.

necessidades couberam, mão de luva, para os interesses da democracia liberal que, como já visto no princípio jurídico, trabalha mais com o formal do que com o material, mais com o nominal do que com o real, mais a superfície que a profundidade. Como se vê, o processo sofre influências ideológicas de determinado momento histórico. O processo progrediu, mas ao seu progresso não correspondeu respectiva evolução no funcionamento da justiça. Pouco a pouco, a realidade foi mostrando o descompasso entre a sociedade e a vida do processo. O processo precisava mudar. A mudança começa com a aproximação do processo com o constitucionalismo, prossegue até que ele seja instrumento de efetiva realização dos direitos e aporta no processo como instrumento de justiça.”³⁹⁸

Portanto, a Constituição Federal de 1988 foi a pedra fundamental da nova tendência e das reformas do processo civil, que não se amparou, portanto, em meras ideologias e construções doutrinárias, mas no que preceitua o ordenamento constitucional que, por sua vez, deu sustentação positiva ao princípio *efetividade do processo*, já outrora destacado por LUIZ GUILHERME MARINONI³⁹⁹.

A *efetividade do processo* é um princípio de direito fundamental esculpido, inicialmente, pelo inciso XXXV⁴⁰⁰ do artigo 5º da Constituição Federal, cuja redação permite a interpretação de um preceito de garantia a prestação jurisdicional célere e eficiente. Posteriormente, este propósito foi

³⁹⁸ *Princípios do Processo Civil*. 6a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

³⁹⁹ *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 8.

⁴⁰⁰ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

consolidado pelo inciso LXXVIII⁴⁰¹ do mesmo artigo, ditado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Por outro lado, percebeu-se que a garantia efetiva, desejada pela sociedade e sustentada pela principiologia constitucional, não se concretiza apenas com um julgamento célere, ou seja, de *duração razoável*. É preciso, a par disso, que a prestação seja eficiente e segura, respeitando-se outras garantias fundamentais, como, por exemplo, a do contraditório. Podemos, pois, afirmar que a *celeridade* e *efetividade* não são necessariamente sinônimos, embora se complemente. Enquanto a primeira está ligada à duração do trâmite processual, a segunda está, na garantia da oferta do direito efetivo, conforme as palavras de TEREZA ARRUDA ALVIM⁴⁰²: “*pode-se afirmar que o processo, como instrumento, deve oferecer o caminho que assegure à parte individual e coletiva, solução, o mais possível aproximada, se não igual àquela que obteria não tivesse havido transgressão da norma legal.*”

O processo de execução assume importância fundamental neste intento, pois de nada adianta julgamentos rápidos se os comandos da decisão judicial não se forem cumpridos, ou se a sistemática processual não ofereça meios eficientes para garantia de tal cumprimento.

Por isso, o movimento reformista não poderia desprezar, como de fato não desprezou, o processo de execução. Especificamente em relação ao tema do presente trabalho, intimamente ligado à reforma ditada pela Lei 11.382/2006, nada obstante a existência de abalizada doutrina, que com lucidez e percuciência pode bem elucidar os propósitos das reformas, julgamos que é

⁴⁰¹ “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Dispositivo incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

⁴⁰² *A Tutela Específica do Art. 461, do Código de Processo Civil.*” Revista de Processo Civil. 80/104.

possível extrair total fidelidade dos objetivos através da exposição de motivos e dos termos dos projetos legislativos.⁴⁰³

Já da exposição de motivos da Lei 11.382/2006, da lavra do Ministro MÁRCIO THOMAZ BASTOS⁴⁰⁴, colhe-se os esclarecimentos no sentido de que *“são sugeridas muitas alterações no sentido de propiciar maior efetividade à execução, pela adoção de condutas preconizadas pela doutrina e pelos tribunais ou sugerias pela dinâmica das atuais relações econômicas, inclusive com apelo aos meios eletrônicos, limitando-se o formalismo ao estritamente necessário.”*

Tais considerações são imprescindíveis para sustentar que, em existindo mais de um meio para o deslinde do feito e satisfação do crédito, o princípio da efetividade do processo, invocado segundo a função normativa

⁴⁰³ Assim, colacionamos as considerações do Relator do Projeto de Lei 3.253/2004, que culminou com a expedição da Lei 11.382/2006: *“Submetida a proposição a uma análise contextual, pode-se afirmar que as alterações sugeridas fazem parte de um objetivo maior, qual seja, o de reforma de todo o sistema processual civil, e que consiste em estabelecer mecanismos de otimização do processo. A busca pela efetividade passa a dar mais valor ao direito material, considerando o processo apenas instrumento de sua realização. Já dizia Enrico Tullio Liebman que ‘o processo seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade’. O processo de execução não pode ser um instrumento de favorecimento do devedor inadimplente. As regras atuais da execução de quantia pecuniária oferecem meios para o executado furtar-se à constrição judicial, inviabilizando o atendimento da pretensão do exequente. A reforma processual não pode, por certo, ir de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas deve criar mecanismos que estimulem o cumprimento das decisões judiciais e desestimulem o uso de expedientes procrastinatórios. Não há dúvida de que atualmente o sistema serve muito mais a quem não quer cumprir suas obrigações, o que precisa ser modificado. Para a efetividade da tutela jurisdicional, o projeto oferece ao sujeito ativo da relação processual os instrumentos necessários para a obtenção do crédito de forma mais célere e eficaz, reduzindo os percalços hoje enfrentados pelo credor para a satisfação de seu direito. Com isso, aperfeiçoa-se a sistemática processual dotando a sociedade de regras dinâmicas.”* Em CALMON FILHO, Petrônio (coordenador). *Reforma Infraconstitucional do Processo Civil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005, pp. 71\72.

⁴⁰⁴ Em CALMON FILHO, Petrônio (coordenador). *Reforma Infraconstitucional do Processo Civil*. Ob. cit., pp. 48\49

própria dos princípios, certamente ditará pela forma mais desembaraçada, menos custosa e mais eficiente, sem necessariamente desrespeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Trata-se da invocação dos propósitos da lei e dos princípios para delimitar a normativa aplicável, seja na solução de antinomias, mas, sobretudo, o que julgamos perfeitamente possível no debate e na conclusão propostos pelo presente trabalho, para evitar antinomias, buscando a melhor interpretação das normas e a delimitação daquela que deva ser aplicada, no intuito de melhor atender os anseios atuais.

Portanto, as referidas considerações não visam destrinchar os alcances teóricos e práticos das normas processuais, por não ser este o propósito do presente trabalho, mas apenas possibilitar aferir e defender qual a norma aplicável para reger as possibilidades e procedimentos de construção de cota de sociedade limitada empresária.

4.2.2.2 Aplicação da norma

A nova prescrição contida no inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil representa o encerramento total da discussão se as cotas da sociedade limitada podem ou não ser objeto de penhora. É de se destacar que a legislação deu o mesmo tratamento para as ações e para as cotas. Assim sendo, esvaziam-se os argumentos de que as cotas da sociedade limitada não poderiam ser penhoradas por serem posições contratuais e, portanto, diferentes de ações, que são valores mobiliários.

Afastada tal discussão, cumpre alertar, todavia, que conforme a legislação analisada, o que pode se sujeitar a penhora são as cotas de *sociedades empresárias*. Portanto, em se tratando de sociedade limitada, a regra só seria

aplicável para a *sociedade limitada empresária*. Não se aplicaria, por conseguinte, para a sociedade simples que assume a forma de limitada, conforme a faculdade conferida pelo artigo 983 do Código Civil.

E conforme exploramos no item 2.1.4, o que determinará se a sociedade será empresária ou não empresária não é seu tipo ou seu objeto, mas a forma como a atividade é organizada, salvo no caso de sociedade por ações, que será sempre empresária, e a cooperativa, que será sempre simples, nos termos do parágrafo único do artigo 982 do Código Civil.

Assim, a sociedade limitada pode ser empresária ou não. Mais precisamente, há previsão no Código Civil de existência de *sociedade simples limitada*, que é uma sociedade não empresária, ou de *sociedade limitada empresária*, que exerce atividade empresária e se sujeita ao regime jurídico próprio dos empresários.

A constrição das cotas da *sociedade simples limitada*, portanto, é regida pelo artigo 1.026 do Código Civil, não se sujeitando à penhora para adjudicação ou alienação, por absoluta falta de previsão legal. A constrição das cotas da *sociedade limitada empresária*, por seu turno, é regida pelo Código de Processo Civil, sujeitando-se à penhora para adjudicação ou alienação. É esta a posição que defendemos no presente trabalho.

Prevendo a penhora da cota, a legislação processual vigente possibilita que o credor exequente ou quaisquer das pessoas elencadas no §2º do artigo 685-A do Código de Processo Civil (credor com garantia real, credor concorrente, cônjuge, descendente ou ascendente) adjudiquem o respectivo bem, nos termos dos artigos 685-A e 685-B do mesmo diploma, oferecendo o preço não inferior ao da avaliação.

Destacamos alguns aspectos importantes para o desenvolvimento e a conclusão do presente trabalho. O primeiro, é o de que a lei não condiciona a penhora às regras do contrato social. Assim, pouco importa se a cessão das cotas sociais, conforme o contrato, é livre, proibida ou condicionada. E depois, a lei não limita os direitos adquiridos pelo adjudicante. Ou seja, concretizada a operação, o adjudicante não adquire apenas os direitos patrimoniais sobre a cota, resguardando-se ao sócio devedor os direitos pessoais. Não há qualquer menção ou ressalva legal neste sentido. Se assim fosse, os procedimentos seriam os mesmos do artigo 1.026 do Código Civil, mas não a previsão de penhora, adjudicação e/ou arrematação.

Por esta razão, o adjudicante, pouco importa quem o seja, se sócio ou estranho ao quadro social, passa a ser o novo titular da cota, com a exclusão do sócio devedor do quadro social, mediante a transferência involuntária da propriedade do bem, adquirindo o que se denomina de *status socii*.

Nos apoiamos, outrossim, na doutrina italiana que distingue entre *intransmissibilidade* e a *inexpropriabilidade* da cota social. Para tanto, EDUARDO GRASSO⁴⁰⁵ sugere inicialmente a aceitação da existência de três espécies de *intransmissibilidade*, que podem decorrer da natureza do direito, da lei ou da vontade das partes.

A *intransmissibilidade natural* decorre da inidoneidade absoluta do direito a ser transferido e, assim sendo, não é suscetível de valoração econômica. Consequentemente, o referido direito não é expropriável, por que não é transferível.

Já a *intransmissibilidade legal* parte do pressuposto que o direito é naturalmente transferível, porém existe uma proibição implícita ou explícita no

⁴⁰⁵ *L'Espropriazione della Quota*. Milano: Giuffrè, 1951, pp. 214\221.

ordenamento, sem a qual a transferência não poderia ser impedida. De tal inalienabilidade decorre a inexpropriabilidade.⁴⁰⁶ Como exemplo teríamos a impenhorabilidade absoluta, que representa uma vedação de natureza processual, prevista no artigo 647 do Código de Processo Civil, cuja tutela é predisposta em favor do titular do bem, e a inalienabilidade, que representa uma vedação de cunho material, prevista em legislações esparsas, cujo sujeito tutelado é diverso do titular do direito intransmissível.

Por fim, existe a *intransmissibilidade convencional*, decorrente da manifestação da vontade dos sujeitos. Nesta os interesses são apenas das partes envolvidas, ainda que exista uma previsão legal que permita tal pacto. A autonomia das partes, com efeito, não excede à possibilidade de criação de um direito, destituído do poder de disposição, que seja suficiente para limitar também os direitos de terceiros e dos poderes do órgão executivo. Aqui existe uma total desvinculação com a inexpropriabilidade. Em outras palavras, a existência de um pacto negocial de inalienabilidade não conduz que o bem não possa ser expropriável pelo órgão executivo para a satisfação de credores.⁴⁰⁷

Com exemplo desta última, citamos a hipótese do contrato social proibir a alienação de imóvel da sociedade sem a anuência expressa de todos os sócios. Tal pacto, com efeito, não produz efeitos *erga omnes* ao ponto de impedir que o credor da sociedade de satisfaça com a constrição do referido bem. Nesta concepção, não nos restam dúvidas em afirmar que tanto a limitação de circulação das ações da sociedade anônima, permitida pelo artigo 36 da Lei

⁴⁰⁶ Neste sentido é peremptória a assertiva de ANGELO SONSIGNORI: “*se um bene é inalienabile ex lege esso è pure inespropriabile, perché in entrambi i casi il diritto non può essere svincolato dal soggetto cui effèrisce per venire attributo ad un acquirente.*” Em *Espropriazione della Quota di Società a Responsabilità Limitada*. Ob. cit., p. 28. O referido autor nega a diferença entre a inalienabilidade legal da natural, sustentando que esta decorre daquela.

⁴⁰⁷ No mesmo sentido ANGELO BONSIGNORE. *Espropriazione della Quota di Società a Responsabilità Limitada*. Ob. cit., p. 38.

6.404/76, quanto a proibição ou limitação da cessão de cotas de sociedade limitada, representam *intransmissibilidade convencional*, incapazes de conduzir à *inexpropriabilidade*.

Como vimos, a cota social é naturalmente transferível. Não há vedação no ordenamento jurídico que conduza à sua impenhorabilidade. Ao revés, existe previsão explícita, no inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil, que tal bem é suscetível de penhora, sem ressalvas quanto à existência de convenção contratual que proíba ou limite sua cessão. Portanto, conforme assevera DANILO GALLETI⁴⁰⁸, não são as regras contratuais que podem influenciar ou determinar o regime executivo da cota social, mas apenas a lei.

Tais concepções encontram respaldo também em fundamentação outrora levantada quando do embate sobre o tema, no sentido de que as normas privadas do contrato social não podem sobrepor as normas inderrogáveis de ordem pública. No caso, duas normas de ordem pública incidem sobre o ponto em discussão. Uma, que preconiza expressamente que as cotas são penhoráveis, conforme o inciso VI do artigo 655 do CPC, conjugada com o artigo 685-A, sobretudo com o disposto no §2º. E outra, no sentido de que, sendo penhoráveis, as cotas não estão arroladas dentre os bens *impenhoráveis* ou *inalienáveis*.⁴⁰⁹

Portanto, a legislação faculta aos sócios celebrarem as regras sobre a cessão voluntária das cotas sociais, liberando-a, proibindo-a ou condicionando-a à decisão da unanimidade ou maioria dos demais sócios. Porém, tal faculdade não é abrangente de forma a poder regular ou limitar a execução forçada das

⁴⁰⁸ *Il Creditore Particolare del Sócio*. Ob. cit., p. 68.

⁴⁰⁹ A *impenhorabilidade* é questão de direito processual, sendo que os bens sujeitos a tal restrição são expressa e taxativamente arrolados no artigo 647 do Código de Processo Civil. Já a *inalienabilidade* é questão de direito material, sendo a restrição ditada por diversas legislações. Como exemplo tem-se as regras sobre o *bem de família*, ditadas pela lei 8.009/1990.

cotas sociais, pois interferirá em interesses de terceiros tutelados por norma de ordem pública. Em outras palavras, pelo princípio da relatividade contratual, de uma obrigação negocialmente posta a cargo de um contraente e a favor das outras partes do contrato, não pode derivar um direito que prevaleça nos confrontos com os terceiros credores do contraente. Trata-se, em outras palavras, de *intransmissibilidade* de natureza convencional, que é relativa, que não conduz à *inexpropriabilidade*.

A respeito, o n. 2 do artigo 239 do Código das Sociedades Comerciais de Portugal possui ressalva expressa nos seguintes termos:

“2. A transmissão de quotas em processo executivo ou de liquidação de patrimónios não pode ser proibida ou limitada pelo contrato de sociedade nem está dependente do consentimento desta. Todavia, o contrato pode atribuir à sociedade o direito de amortizar quotas em caso de penhora.”

A inexistência de disposição idêntica no nosso ordenamento evidentemente não permite a conclusão de que haja a possibilidade do contrato limitar a execução de cota social, nada obstante a posição sustentada pela corrente da *penhorabilidade condicionada*, exposta no item 4.1.2. Não nos parece, todavia, segundo interpretação sistemática das regras e princípios vigentes, que este pensamento se sobressaia, razão pela qual nos posicionamos que a execução forçada da cota decorre de norma cogente e inderrogável pelos sócios.

O sistema desta forma se mostra lógico e coerente, no sentido de determinar a constrição apenas sobre os direitos patrimoniais, caso se trate de sociedade não empresária, pelo disposto no artigo 1.026 do Código Civil, e pela penhora de cotas de sociedades empresárias, para fins de adjudicação e

arrematação, com aquisição da plena titularidade pelo exequente, adjudicante ou arrematante, estranhos ou não ao quadro social.

Com efeito, a cota social da sociedade simples não é expropriável. E tal condição não é determinada pela convenção contratual estabelecida entre os sócios, mas é decorrente de lei, que direciona a satisfação dos credores através da participação nos lucros ou no quinhão que couber ao sócio devedor apurado na liquidação da cota. Trata-se de hipótese de intransmissibilidade legal. É que embora não seja de forma explícita enquadrada sob a rubrica da impenhorabilidade e/ou inalienabilidade, decorre inequivocamente de estruturas legais positivas, próprias do tipo do societário, personalista e de responsabilidade ilimitada, que conduz a meio diverso para alternativo para a satisfação do credor, que seria a constrição sobre os frutos da cota, mas não sobre a cota em si.

Já as cotas da sociedade limitada empresária são expropriáveis, pois as regras limitativas ou condicionantes do contrato social são meramente convencionais, que não conduzem à inexpropriabilidade. E nesta hipótese, o adquirente das cotas assume irrestritamente os direitos e deveres de sócio, sejam eles pessoais ou patrimoniais. Em outras palavras, adquire o denominado *status socii*, ainda que determinada sociedade assuma feições personalista, seja pela regência supletiva ou pelas regras específicas do contrato social.

É que, particularmente, questionamos a conveniência e a plausibilidade de se distinguir a titularidade dos direitos consubstanciados pela propriedade da cota de sociedade limitada, transferindo-se apenas os direitos patrimoniais para o adjudicante ou arrematante e mantendo os direitos pessoais como o sócio devedor primitivo. É que a razão de ser do direito pessoal muitas vezes está intimamente ligado ao direito patrimonial, o que torna no mínimo duvidosa a possibilidade de estabelecer uma divisão exata.

Com efeito, dos direitos patrimoniais é que decorre o direito de prestação de contas, de fiscalização, dentre outros de natureza pessoal. Apenas para traçar um paralelo, mesmo nas ações preferenciais sem voto ou de voto restrito, possível nas sociedades anônimas, não se pode afirmar que o respectivo acionista não possua direitos de natureza pessoal. Tanto que se as preferências não lhe forem asseguradas ele passa a exercer seu direito de voto. Algumas decisões, como, por exemplo, para a operação de transformação são condicionadas ao voto de todos os sócios, mesmo os que não tenham direito de voto. A amortização de ações depende da vontade da maioria dos acionistas das classes atingidas, mesmo dos que não votam. Isto sem falar no direito de fiscalização, no direito de requerer a exibição dos livros sociais, dependendo de *quorum* específico, dentre outros direitos que se enquadram na natureza de pessoal e cuja justificativa está existência dos direitos patrimoniais.

A solução eventualmente possível para que o adquirente não se intrometa na vida da sociedade seria aquela sugerida por FÁBIO ULHOA COELHO, conforme anunciada no 4.1.3, no sentido de que o adquirente assumiria uma posição intermediária, participando dos resultados econômicos, assumindo as responsabilidades, mas não exercendo o direito de voto. Todavia, conforme já nos manifestamos, seria o caso de criar o tipo de sócio inexistente no ordenamento jurídico, pelo menos para as sociedades limitadas, além de depender da possibilidade jurídica de existência de cotas diferenciadas quanto ao poder, como espécie de cotas preferenciais, de discutível possibilidade e de ainda não receptividade pelas Juntas Comerciais.

A questão parece se resolver com a previsão legal de que a cota social é passível de penhora, a luz do novo inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil. Esta previsão traz a conclusão de que o bem em si é passível de expropriação e, portanto, de transmissão para terceiros, sem qualquer limitação

ou distinção dos direitos que a ela se consubstanciam. Não se negue que a cota é um bem de natureza complexa, pois atribui ao seu titular uma posição ativa de direitos de naturezas distintas, mas ao mesmo tempo uma possível passiva, tendo em vista os deveres e obrigações que emergem da posição de sócio, ainda que se trate de sociedade de responsabilidade limitada.

Mas, como lucidamente adverte ANGELO BONSIGNORI⁴¹⁰, se não existisse uma previsão legal de expropriação da cota, poderia advir o argumento de que tal bem poderia não ser incluído na previsão genérica de que todos os bens do devedor estariam sujeitos à expropriação para a satisfação dos credores, tendo em vista a complexidade dos direitos que da sua titularidade emergem, sejam ativos ou passivos. Poder-se-ia sustentar, diante da hipotética falta de previsão legal, que a expropriação recaísse apenas sobre determinados elementos ativos do sócio, mas não sobre a complexidade dos direitos emergentes, sobretudo porque as obrigações e os deveres não são concebidos como direitos acessórios que seguiriam o principal.

Somamos a tal argumento o fato de que não existe a relação principal-acessório entre os direitos patrimoniais e pessoais de sócio. Assim sendo, a constrição de um não pressuporia, necessariamente, a constrição sobre o outro. Ademais, apenas sobre os direitos patrimoniais estaria a economicidade que interessaria ao credor e, portanto, estaria sujeita à constrição. Com efeito, não haveria sempre o interesse em se penhorar os direitos pessoais, mas apenas os patrimoniais. E, por outro lado, certamente não haveria o interesse em se penhorar posições passivas, mas apenas ativas.

A questão é que embora seja sustentável que a cota da sociedade limitada seja qualificada juridicamente como um bem, não é de se olvidar que o seu caráter *sui generis*, decorrente da complexidade de direitos e obrigações que

⁴¹⁰ *Espropriazione della Quota di Società a Responsabilità Limitada*. Ob. cit., p. 57.

da sua titularidade emergem. E esta especificidade daria azo a arguições de que ela não se subsumiria à previsão genérica de que todos os bens do devedor se sujeitam à constrição para a satisfação dos credores.

A previsão legal de expropriação da cota em si pressupõe a conexão de todas as posições jurídicas, sejam ativas e passivas, numa síntese unitária suscetível de ser transferida e transformada em dinheiro para a satisfação dos credores. Até porque, ainda que a titularidade deste complexo jurídico implique na assunção de obrigações de sócio, os direitos pessoais, porque não totalmente desvinculados dos direitos patrimoniais, podem acrescer o valor econômico e de transferência do bem. Desta feita, a expropriação sobre o bem traria não só melhores resultados econômicos, como também desembaraça o deslinde do processo.

Ademais, nos parece ingrata a posição de quem mantenha sobre si todas as responsabilidades de sócio, mas que não logre a contrapartida de poder participar dos resultados econômicos. Seria rara a situação em que o referido sócio nesta situação manteria a disposição e o interesse de laborar com o mesmo afim se lhe foi expropriada a possibilidade de auferir os louros da atividade. Ainda que possa perceber *pro labore* pelo exercício da administração, é de se lembrar que para tanto ele não precisa ser sócio, à luz do que dispõe o artigo 1.062 do Código Civil. E ademais, tal remuneração será sempre limitada, sobretudo pela incidência fiscal que sobre ela incide, diferentemente dos lucros, sendo que as expectativas são bem diversas da participação nos resultados econômicos.

Traçando-se um paralelo, perceberemos que o acionista preferencialista, é verdade, pode não exercer o poder de voto. Mas os demais acionistas votantes, além do poder pessoal, também têm os direitos econômicos sobre os resultados. Portanto, nos parece que, salvo situações específicas, seria

inadequado, para não dizer não factível, a existência em uma sociedade limitada empresária que contenha em seu quadro sócio apenas com direitos pessoais e sócio apenas com direitos patrimoniais sobre a mesma cota. Embora possa existir alguma situação hipotética que tal configuração seja conveniente, não julgamos próprio que as situações gerais sejam resolvidas desta forma.

É por isso que, segundo nossa opinião, o ordenamento jurídico brasileiro vigente conduz à situação de que o adjudicante ou arrematante de cota de sociedade limitada, ainda que estranho ao quadro social, adquire o estado de sócio. Desta situação, pode surgir o conflito de interesses com os demais sócios, quanto à possibilidade que se cria de que terceiros possam se imiscuir na vida da societária.

E é justamente para resguardar estes interesses possivelmente contrários à razão da inclusão do §4º do artigo 685-A, que confere aos sócios a preferência na adjudicação das cotas. A propósito CASSIO SCARPINELLA BUENO elucida que *“consagrando vencedora diretriz doutrinária e jurisprudencial quanto à penhorabilidade de ações e quotas mesmo quando não tenham cotação em bolsa e mesmo que constitutivas de sociedades que, pela sua própria razão de ser, pressupõe a affectio societatis entre seus componentes.”*⁴¹¹

A rigor, temos que reconhecer que o legislador processual, através da adoção da referida sistemática, não se preocupou exclusivamente com as questões societárias. Embora tais interesses não tenham sido totalmente desprezados, eles se conjugam com o propósito atual de conferir *efetividade* ao processo. Para tanto, a lei possibilita a penhora do bem e sua aquisição por terceiros, com preferência aos sócios, para de certa forma induzir a solução do

⁴¹¹ *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol 3, p. 108.

feito mediante o pagamento do débito e satisfação do credor. Não se trata, evidentemente, de sobrepor os valores ou princípios societários, mas de conjugá-los de tal forma a melhor atender a satisfação dos interesses das partes envolvidas.

É o que leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO:

*“Longe de pretender instituir, com a admissibilidade da penhora, uma sociedade forçada entre os demais sócios e o exeqüente, em substituição ao executado, a penhora destes bens repousa no seu equivalente monetário a ser obtido por uma das formas de expropriação admitidas pelo art. 647”.*⁴¹²

Salientamos ainda que pelo disposto no §4º do artigo 685-A do Código de Processo Civil, a lei confere o direito de preferência para os sócios no caso de *adjudicação* das cotas penhoradas, nada dispondo para a hipótese de arrematação por terceiros, a exemplo do que ocorre no direito argentino⁴¹³. Mas tal previsão tem uma explicação sistemática e não significa que os sócios ficarão descobertos deste direito.

É que a reforma processual modificou a ordem e o perfil de expropriação do bem penhorado. No antigo sistema as fases de expropriação eram estanques e a alienação em hasta pública era a regra, sendo a alienação privada e a adjudicação a exceção. Tanto que a antiga redação do revogado

⁴¹² A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Ob. cit., p. 108.

⁴¹³ A segunda parte do artigo 153 da Lei 19.550 preceitua “*En la ejecución forzada de cuotas limitadas en su transmisibilidad, la resolución que disponga la subasta será notificada a la sociedad con no menos de quince (15) días de anticipación a la fecha del remate. Si en dicho lapso el acreedor, el deudor y la sociedad no llegan a un acuerdo sobre la venta de la cuota, se realizará su subasta. Pero el juez no la adjudicará si dentro de los diez (10) días la sociedad presenta un adquirente o ella o los socios ejercitan la opción de compra por el mismo precio, depositando su importe.*”

artigo 714 do Código de Processo Civil⁴¹⁴ estabelecia como pressuposto da adjudicação o fim da praça sem lançador.

A Lei 11.382/2006, por sua vez, mudou a estrutura do artigo 647 do Código de Processo Civil⁴¹⁵. Apesar de ter mantido o *caput*, alterou os seus incisos e acrescentou um novo, conferindo a seguinte ordem expropriatória: primeiro abre-se a oportunidade para a adjudicação do bem pelo credor, pelas pessoas elencadas no §2º do artigo 685-A (credor com garantia real, credores concorrentes, cônjuge, descendentes ou ascendentes do executado); inexistindo adjudicação, o bem poderá ser alienado por iniciativa do particular; apenas na hipótese de não haver tal alienação particular é que o bem será levado para hasta pública.; e, por fim, haverá a hipótese de usufruto da empresa.⁴¹⁶

Todavia, conforme expusemos, não existem fases estanques, a exemplo do sistema revogado. Por isso, via de regra, concretizada a penhora e

⁴¹⁴ “Artigo 714. Finda a praça sem lançador, é lícito ao credor, oferecendo preço não inferior ao que consta do edital, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados.” Artigo revogado pela Lei 11.382/2006.

⁴¹⁵ “Art. 647. A expropriação consiste: I - na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei; II - na alienação por iniciativa particular; III - na alienação em hasta pública; IV - no usufruto de bem móvel ou imóvel.”

⁴¹⁶ Na exposição de motivos da reforma ditada pela Lei 11.382/2006, elaborada pelo Ministro MÁRCIO THOMAS BASTOS, colhe-se o seguinte trecho acerca do tema ora tratado: “f) quanto aos meios executórios, são sugeridas relevantíssimas mudanças. A alienação em hasta pública, de todo anacrônica e formalista, além de onerosa e demorada, apresenta-se sabidamente como a maneira menos eficaz de alcançar um justo preço para o bem expropriado. Propõe-se, assim, como meio expropriatório preferencial, a adjudicação pelo próprio credor, por preço não inferior ao da avaliação; g) não pretendendo adjudicar o bem penhorado, o credor poderá solicitar sua alienação por iniciativa particular ou através de agentes credenciados, sob supervisão do juiz; h) somente em último far-se-á a alienação em hasta pública, simplificados seus trâmites (prevendo-se até o uso de meios eletrônicos) e permitido ao arrematante o pagamento parcelado do preço do bem imóvel, mediante garantia hipotecária; i) é abolido o instituto da remição, que teve razão de ser em tempos idos, sob diferentes condições econômicas e sociais, atualmente de limitadíssimo uso. Ao cônjuge e aos ascendentes e descendentes do executado será lícito, isto sem, exercer a faculdade de adjudicação, em concorrência com o exequente;

avaliado o bem, a rigor, o exequente poderá dar início à venda particular, sendo possível que a adjudicação seja exercida pelas pessoas de direito a qualquer momento⁴¹⁷. Quando se trata de penhora de cotas sociais, porém, entendemos que nenhuma medida possa ser tomada antes de que a sociedade seja intimada, para que os sócios possam exercer o direito de preferência, pelo disposto no §4º do artigo 685-A.

Portanto, não sendo mais a adjudicação uma medida condicionada à frustração da hasta pública, e sendo o meio privilegiado em relação às demais formas de expropriação⁴¹⁸, o direito de preferência na aquisição do bem penhorado tem que ser garantido e exercido na adjudicação e não na arrematação.

Em outras palavras, se o legislador estabelecesse a possibilidade do exercício da prelação sobre a cota social após ou concomitantemente com a arrematação do bem, a exemplo do Código Civil italiano, ficaria aberta a possibilidade do bem ser expropriado antes, através da adjudicação ou da alienação por particular, tornando a referida garantia absolutamente ineficaz.

Esta é a razão de que a preferência dos sócios sobre as cotas penhoradas é regulada e garantida, no direito brasileiro, em relação à

⁴¹⁷ CASSIO SCARPINELLA BUENO opina que o credor deve exercer o direito à adjudicação “*desde quando realizada a penhora e avaliado o bem respectivo (arts. 664 e 681). Não há nenhuma razão para que se espere qualquer outro evento ou prazo processual para que o pedido de adjudicação possa vir a ser formulado.*” Em *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Ob. cit., p. 169.

⁴¹⁸ A respeito anuncia CAETANO LOPES: “*O credor passou a contar com proteção mais ampliada, podendo adjudicar os bens penhorados pelo valor da avaliação sem prévia hasta pública. A derradeira modalidade de alienação, por sinal, passa a ter natureza secundária e se não houver alienação por iniciativa particular (art. 686). Apenas o usufruto de bem móvel o imóvel constituirá forma derradeira de satisfação do credor (art. 647).*” *Os princípios fundamentais do Código Civil de 2002 e seus Reflexos na Reforma do Processo Civil*. Em SANTOS, Ernani Fidélis dos (coordenador). *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 716.

adjudicação, que é a forma prioritária de expropriação segundo a nova sistemática ditada pela reforma do Código de Processo Civil. Assim sendo, inexistindo fases distintas, após a sociedade ser intimada da penhora das cotas, os sócios podem exercer a preferência legal e adjudicá-las a qualquer tempo, não havendo preclusão temporal, mas até o momento em que a cota seja expropriada por qualquer outra forma prevista em lei. Por isso, é recomendável que o façam o quanto antes, pois o bem pode a qualquer momento ser expropriado, de forma particular ou em hasta pública.

Esclarecida a forma e a razão do direito de preferência garantida pela lei processual, retomamos o assunto para completar o argumento de que o adquirente da cota penhorada, por adjudicação ou arrematação, adentrará no quadro social, ainda que seja a ele estranho. É que tanto a preocupação do legislador, quanto a indução de resolução do feito pelo estímulo pelo exercício da preferência, só tem sentido se ocorrer tal consequência.

Se a constrição, adjudicação ou alienação particular ou pública incidisse apenas sobre os direitos patrimoniais, não surtiria tanto interesse nos demais em adquirir as cotas, pois se ao sócio devedor restassem assegurados os direitos pessoais, o direito de voto, fiscalização, de prestação de contas e demais informações societárias não seriam transferidos para o estranho. Enfim, a ingerência sobre a vida societária restaria mantida com o sócio primitivo, sendo indiferente, para os demais, distribuir os lucros para este ou para aquele. No mais, não se pode deixar de mencionar, ainda que de forma repetida, a situação esdrúxula que se criaria com o fato de que o titular do direito ao lucro não pudesse proferir voto sobre sua destinação. Ficaria com o sócio devedor primitivo o poder de determinar a destinação do lucro, se para a sociedade ou se para estranho, que seus direitos patrimoniais teriam sido transferidos.

Ademais, o argumento acerca do eventual caráter personalista da sociedade limitada, de modo a impedir a penhora das suas cotas, também parece defasada. Com efeito, hodiernamente já se reconhece que até mesmo a sociedade anônima pode assumir feições personalistas, dependendo de determinadas regras estatutárias⁴¹⁹. E mesmo assim as ações das companhias são passíveis de penhora com possível aquisição por terceiros. Pelo sistema vigente, a diferença entre ação e cota de limitada não estaria em que uma pode ser penhorada e outra não, mas que na penhora das cotas haverá direito de preferência aos demais sócios, e na penhora de ações não. Concluimos neste sentido porque no inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil, ao elencar os bens passíveis de penhora, o legislador faz questão de distinguir as expressões *ações* e *quotas* de sociedades empresárias, e no §4º do artigo 685-A, que garante a prelação, faz referência apenas às *quotas*.

Portanto, concluimos que as construções doutrinárias e jurisprudências que motivaram as correntes de pensamento expostas no 4.1 não são mais aplicáveis no direito vigente. Hoje, as cotas de sociedade limitada empresária são sujeitas à penhora, com a possibilidade de adjudicação ou aquisição por terceiros estranhos ao quadro social, sendo garantido aos demais sócios apenas o direito de preferência.

4.2.3 A legislação falimentar

As hipóteses acima analisadas se aplicam para a execução individual do sócio devedor. Porém, quando o sócio da sociedade limitada for empresário individual ou sociedade empresária, e tiver a sua falência declarada, a solução

⁴¹⁹ RIBEIRO, Renato Ventura. *A Lei das Sociedades por Ações e as Companhias Intuitus Personae*. Em CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de Castro & ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) *A Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

não é ditada pelo Código de Processo Civil, mas pelas legislações falimentares aplicáveis.

Pelo disposto no artigo 192 da Lei 11.101/2005, as falências decretadas antes da sua vigência⁴²⁰ são regidas pelo Decreto-lei 7.661/45 até o seu encerramento. Por conseguinte, a nova lei aplica-se para as falências decretadas em sua vigência, pelo disposto no §4º do mesmo artigo. Ocorre que em ambas as legislações as soluções são as mesmas, quais sejam, a cota do sócio falido será liquidada e os haveres apurados serão destinados para a massa falida para pagamento dos credores.

É o que dispõe o artigo 48 do Decreto-lei 7.661/45:

“Art. 48. Se o falido fizer parte de alguma sociedade, como sócio solidário, comanditário ou cotista, para a massa falida entrarão somente os haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato. Se este nada dispuser a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei ou pelo contrato, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa.”

Já o artigo 123 da Lei 11.101/2005 prescreve:

“Art. 123. Se o falido fizer parte de alguma sociedade como sócio comanditário ou cotista, para a massa falida entrarão somente os

⁴²⁰ A referida lei foi publicada em 09 de fevereiro de 2005, e entrou em vigor 120 (cento e vinte) dias da sua publicação, pelo disposto no artigo 201.

haveres que na sociedade ele possuir e forem apurados na forma estabelecida no contrato ou estatuto social.

§ 1º Se o contrato ou o estatuto social nada disciplinar a respeito, a apuração far-se-á judicialmente, salvo se, por lei, pelo contrato ou estatuto, a sociedade tiver de liquidar-se, caso em que os haveres do falido, somente após o pagamento de todo o passivo da sociedade, entrarão para a massa falida.

A legislação brasileira, portanto, tanto a antiga como a nova, impõe como conseqüência da falência do sócio de sociedade limitada a resolução parcial desta, apurando-se os haveres do sócio falido para pagamento do valor alcançado para a massa. E nas hipóteses em que, por lei ou por contrato, a falência de um dos sócios implicar na dissolução total da sociedade, o valor fruto da liquidação será depositado para a massa após o pagamento de todo o passivo.

Em outras palavras, pode-se afirmar que existe uma única possibilidade no caso de falência de sócio de sociedade limitada empresária, qual seja, a liquidação da cota do sócio falido, implicando num desfalque patrimonial da sociedade para depositar o respectivo valor para a massa.

MURILO ZANETTI LEAL a respeito assevera:

“Apenas na hipótese de arrecadação judicial de quotas é que não se dá a possibilidade do ingresso da massa em substituição ao sócio falido. Por força de lei, e até por uma exigência lógica da necessidade de liquidação do ativo para pagamento aos credores que participarem do processo falencial ou

*da insolvência civil, será obrigatoriamente realizada a apuração dos haveres.”*⁴²¹

A previsão do artigo 48 do Decreto-lei 7.661/45 foi visto como uma evolução à época, pois antes de sua vigência a falência do sócio era motivo para a dissolução total da sociedade, pelo que preconizava o artigo 335, n. 2, do Código Comercial e o Decreto-lei, hoje também já revogado, passou a disciplinar que a dissolução total não se daria necessariamente, mas apenas se o contrato social ou a lei assim dispusesse. Caso contrário, a regra geral preconizava que a hipótese implicava apenas na sua dissolução parcial, mantendo-se a sociedade com os demais sócios e com o patrimônio restante da liquidação do sócio falido.⁴²²

E a nova lei de falências (Lei 11.101/2005) segue a mesma toada, conforme o *caput* artigo 123 e respectivo §1º, acima transcritos. Assim sendo, falindo o sócio da sociedade, conforme o escólio de FÁBIO ULHOA COELHO:

*“deve o administrador judicial notificar a sociedade limitada de que faz parte o falido para que ela promova a apuração dos haveres, levantando o balanço de determinação apto a mensurar o valor do seu patrimônio líquido na data da decretação da falência. Feito o balanço, a sociedade deve entregar à massa falida o valor apurado proporcional à participação do falido no capital social, encerrando-se a apuração.”*⁴²³

⁴²¹ *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. Ob. cit., p. 79.

⁴²² Cf. DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 2, n. 550, p. 249.

⁴²³ *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 339.

A solução da legislação brasileira, *data vênia*, não é das melhores e vai na contra-mão da história. A liquidação da cota não tem sido vista como a melhor solução para as sociedades limitadas e sociedades anônimas, sejam em execução individual, como em falência. Isto porque, este procedimento implicará num desfalque patrimonial vindo a prejudicar ou até inviabilizar a continuidade da empresa, ferindo flagrantemente o princípio da função social da empresa, na vertente que determina a preservação da empresa.

Tanto que LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ⁴²⁴ faz a sugestão no seguinte sentido: “*Entendemos ser viável a realização de acordo, principalmente no tocante a prazos e divisão em parcelas, de modo a não inviabilizar financeiramente a empresa.*”

Além de não ser a mais apropriada, esta solução implica numa ruptura lógica do sistema. É que na hipótese de execução individual, o legislador nacional, como o estrangeiro, procurou adotar duas situações distintas. Uma, para as sociedades eminentemente personalistas e de responsabilidade ilimitada, que é a satisfação dos credores mediante a participação nos frutos da cota do sócio devedor ou dos frutos da sua liquidação. Mas, na hipótese de sociedade limitada, as soluções modernas têm sido outra, qual seja, a execução forçada da cota, mediante sua adjudicação ou alienação judicial, com direito de prelação aos sócios e à sociedade.

O legislador italiano adota esta solução para a sociedade limitada, segundo o preceito do artigo 2.471 do Código Civil daquele país, que adiante se demonstrará, e tomou o cuidado de prescrevê-la não só na hipótese de execução individual de sócio devedor, como também para a hipótese de falência deste,

⁴²⁴ Em DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Recuperação Judicial de Empresas e de Falências*. Ob. cit., p. 504.

pelo que preceitua a parte final do referido artigo, nos seguintes termos “*Le disposizioni del comma precedente si applicano anche in caso di fallimento di un socio.*”

Ora, não faz qualquer sentido estabelecer certa solução a execução individual, preservando-se certos valores e princípios, e outra solução para a execução coletiva que se choca frontalmente com os propósitos da estrutura normativa. A melhor solução deveria ser a italiana, que ao preceituar as mesmas conseqüências para a execução individual e coletiva, mantém a estrutura lógica do sistema. Pelo dispositivos da lei brasileira, é temerário para a sociedade limitada ter como sócios outra sociedade, pois a falência deste sócio pode implicar na inviabilidade da sociedade.

Por esta razão, defenderemos, conforme exposição no item 5.4, a construção no sentido de encontrar na própria legislação falimentar outras formas de obtenção de recurso para a massa, adotando a liquidação da cota apenas em última hipótese, caso as demais tentativas restem infrutíferas.

4.2.4 O direito projetado

Enfrentamos a questão segundo a legislação vigente. Todavia, a título ilustrativo, além das previsões na legislação estrangeira, que possibilitam aferir a visão moderna do instituto ora enfrentado, julgamos útil, no intuito de ratificar os anseios atuais, informar a existência de projeto de lei para regular a constrição da cota da sociedade limitada.

Destacamos o Anteprojeto da Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, cuja Comissão foi nomeada pelo Ministro da Justiça através da Portaria n. 145 de 30.03.1999, com atribuições ampliadas pela Portaria 492, de 15.09.1999, tendo ARNOLD WALD como presidente, JORGE LOBO, como

relator, e como membros, o Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, ALFREDO LAMY FILHO, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA E WALDÍRIO BULGARELLI.

O artigo 31 do referido Anteprojeto prevê expressamente a execução forçada das cotas, resguardando o direito de prelação aos sócios não só nesta, como nas demais formas de cessão das cotas, sugerindo a seguinte redação:

“salvo disposição em contrário no contrato social, se a cessão for gratuita, a título oneroso distinto da compra e venda, por preço substancialmente diferente do de mercado, por força de regime matrimonial ou de processo de execução forçada, a sociedade e os demais sócios terão direito de preferência à aquisição, calculando-se o preço das cotas na forma do disposto no §4º do art. 20, devendo o pagamento efetuar-se no prazo do §6º do art. 20.”

Alertamos, todavia, que a transformação do referido projeto de lei não é imprescindível para atingir o resultado defendido no presente trabalho, haja vista, sobretudo, o advento das reformas do Código de Processo Civil acima informadas que, segundo nosso entendimento, já são suficientes para fundamentar a posição ora sustentada.

Todavia, somada com a análise de com o instituto é regido no direito estrangeiro, o que será feito nos próximos itens, a informação da existência e do conteúdo do Anteprojeto demonstra qual a visão e a tendência moderna sobre a constrição de cota de sociedade limitada.

4.3 O instituto no direito estrangeiro

O objetivo do presente item não é apresentar uma exposição de direito comparado, na sua acepção técnico-científica. As finalidades são basicamente duas, expor a legislação italiana que inspirou a legislação brasileira, e outras que àquela se assemelha, e demonstrar que cada qual prevê uma determinada solução para a sociedade simples, sociedades em geral ou sociedade em nome coletivo, e outra solução diversa para a sociedade limitada, que se assemelha aquela ditada no Brasil pelo Código de Processo Civil.

Esta estrutura sugere, no mínimo, a reflexão se uma solução ditada para outros tipos societários, com feições eminentemente personalistas e de responsabilidade ilimitada, é conveniente e aplicável para a sociedade limitada, com feições próprias e que exerce atividade empresária, fazendo incidir princípios e regras específicas.

4.3.1 O direito italiano

O Código Civil italiano, no capítulo que regula a sociedade simples, contém, no artigo 2.270, disposição idêntica ao do artigo 1.026 do Código Civil brasileiro, servindo aquele dispositivo, inclusive, como fonte inspiradora deste, conforme os seguintes termos:

“Art. 2270 Creditore particolare del socio

Il creditore particolare del socio, finché dura la società, può far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al debitore e compiere atti conservativi (Cod. Proc. Civ. 670 e seguente) sulla quota spettante a quest'ultimo nella liquidazione.

Se gli altri beni del debitore sono insufficienti a soddisfare i suoi crediti, il creditore particolare del socio può inoltre chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore. La quota deve essere liquidata entro tre mesi dalla domanda, salvo che sia deliberato lo scioglimento della società.”

A essência do dispositivo é bem semelhante a do artigo 1.026 do Código Civil, na medida em que a constrição não representa a expropriação forçada da cota social em si. Tanto que o artigo 2.471, que trata da constrição da cota da sociedade limitada, é intitulado “*Espropriazione della partecipazione*”⁴²⁵, enquanto o artigo sob comento é intitulado “*Creditore particolare del socio*”. Isto já induz que a expropriação da cota em si só ocorre na sociedade limitada e não na sociedade simples.

O legislador não prescreve de forma explícita a impenhorabilidade absoluta, mas o conteúdo da norma induz à uma *intransmissibilidade legal* da cota, o que afasta um dos pressupostos da expropriação⁴²⁶, prevendo que a satisfação do credores se dê através de outros meios, mediante a constrição dos frutos econômicos que da cota possa resultar, sejam os lucros ou o resultado de sua liquidação.

Todavia, algumas diferenças merecem destaque. A primeira é a de que o legislador italiano privilegia que a constrição recaia sobre os lucros ou sobre o quinhão que couber ao sócio devedor quando a sociedade estiver em processo

⁴²⁵ O antigo artigo 2.480 do Código Civil italiano, que regulava a matéria antes da reforma de 2003, expressava “*Espropriazione della quota*”.

⁴²⁶ Cf. CARNELUTTI, Francesco. “*se l’espropriazione si risolve nel trasferimento (forzato), al creditore stesso o ad un terzo, del diritto che al debitore spetta su uno o più beni, è chiaro che la idoneità del diritto ad essere trasferito ne costituisce il presupposto, onde, quando tale idoneità non vi sia, deve esse riconosciuto un caso d’impignorabilità*”. *Diritto e Processo nella Teoria delle Obbligazioni*. Em *Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua, Cedam, 1929, p. 180.

de dissolução. Tanto que para a referida constrição não existe a necessidade de demonstrar que o devedor não possui outros bens suficientes para a satisfação do débito.

A exigência da demonstração de insuficiência de bens é preconizada apenas para a hipótese de liquidação da cota. E esta é uma diferença significativa da regra brasileira, na qual, conforme demonstrado, a insuficiência patrimonial do sócio devedor é pressuposto mesmo para a constrição sobre os lucros ou quinhão em dissolução. A opção italiana certamente decorre do fato de que a constrição sobre os lucros do sócio devedor ou seu quinhão em dissolução é a que menos interfere na vida societária e dos interesses dos demais sócios. Já a liquidação da cota representa, salvo se o patrimônio líquido não for positivo, um desfalque patrimonial da sociedade, cujos patamares poderá inclusive conduzir a inviabilidade da continuação da atividade.

Outra diferença considerável é que o prazo de 90 (noventa) dias fixados na lei italiana não é para o pagamento dos haveres apurados, mas para a conclusão da liquidação. Na lei brasileira o referido prazo é para o pagamento dos haveres, sendo o termo *a quo* o fim da liquidação. A esta, todavia, não há fixação de prazo para a sua conclusão.

A solução pode parecer salutar, embora provavelmente seja impraticável para a realidade brasileira. É que fixando o prazo para a conclusão da liquidação o credor não ficaria sujeita às consideráveis delongas para sua conclusão, havendo uma maior expectativa no recebimento do seu crédito. Todavia, entendemos que a fixação deste prazo na legislação brasileira poderia não surtir maiores efeitos práticos. Com efeito, se o credor não concordar com os valores apurados unilateralmente pela sociedade, o que é por demais plausível, já que o interesse da sociedade é se submeter ao menor desfalque

possível, a contenda terá que ser resolvida judicialmente, o que demandará tempo muito superior ao referido.

A semelhança da legislação brasileira com a italiana, em relação à sociedade simples, permite colher algumas discussões doutrinárias que podem auxiliar a solução de algumas questões levantadas. Destacamos a discussão por nós já aventada acerca da definição se as possibilidades do credor são limitativas ou ampliativas. Vale dizer, o credor possui apenas as faculdades previstas expressamente na lei, tais como, fazer a constrição recair sobre os frutos da cota, ou se paralelamente persiste a possibilidade da expropriação forçada da cota para adjudicação ou praxeamento.

Embora já tenhamos manifestado nossa posição no item 4.2.1, reportamo-nos às lições de DANILO GALLETI acerca do tema, que reforça à conclusão que sugerimos, no sentido de que as opções da regra são limitativas, não possibilitando a execução forçada da cota da sociedade simples, eminentemente personalista.

O doutrinador italiano parte do pressuposto que, embora a cota social possua a natureza jurídica de um bem, conforme também já abordamos no item 3.4.2, o ordenamento confere uma consideração diferenciada e *graduada* acerca da circulação da cota, levando em conta os interesses próprios de cada tipo societário. Assim, por exemplo, na sociedade anônima não pode haver proibição, mas apenas restrição à circulação das ações. Já na sociedade limitada as cotas são essencialmente circuláveis, embora haja a previsão de certa restrição legal, como também há a possibilidade de limitação e de completa proibição estatutária. Mas, nas sociedades de pessoas, como é a sociedade

simples, a natureza da cota conduz a uma essência pela não circulabilidade, salvo se houver anuência expressa de todos os sócios.⁴²⁷

Neste sentido, a norma de caráter publicístico, ou seja, o ordenamento jurídico positivo preconiza, amparado, sobretudo, no caráter *intuitus personae*, a exclusão absoluta da circulação da cota social, com exceção da sucessão *causa mortis*⁴²⁸. E enfrentando especificamente as possibilidades do artigo 2.270, sob comento, conclui que o legislador provavelmente não haveria previsto um mecanismo de satisfação do credor que se põe claramente como alternativo à execução forçada, se não estivesse preocupado com uma possível interpretação extensiva, sensível às razões de proteção do crédito e, portanto, favorável a expropriação. No mais, a possibilidade de constrição sobre o lucro seria por demais óbvia, já que trata de um direito de crédito externo à sociedade, portanto, passível de constrição por terceiro, o que demonstra que a possibilidade de liquidação é extensiva das tutelas normais de tutela de crédito.

O autor destaca ainda que a inexistência na lei de prescrição explícita de que a cota da sociedade simples não é expropriável, não permite a conclusão de que ela é suscetível à execução forçada, por considerar que tal previsão é absolutamente desnecessária em sociedade essencialmente personalista, posto que o caráter geral do referido modelo societário consente em considerar a inexpropriabilidade um elemento próprio.

⁴²⁷ *Il Creditore Particolare del Sócio*. Ob. cit., p. 57.

⁴²⁸ “Nelle società di persone, invece, la regola iuris è per l’esclusione della circolazione, con l’eccezione della quota dell’acomandante, per la quale è tratteggiata una disciplina peculiare, estesa anche al profilo della successione mortis causa. Tale assetto normativo si ricava, implicitamente ma sicuramente, dall’iscrizione ai modelli elementari de tratto tipológico dell’*intuitus personae*, il quale si risolve proprio, al di là delle suggestioni e delle omofonie contrattualistiche, nella ‘chiusura’ della compagine, e nella necessità di ottenere il consenso di tutti per introdurre un nuovo membro.” *Il Creditore Particolare del Sócio*. Ob. cit., p. 57

Assim sendo, as alternativas expostas no artigo 2.270 visam reduzir as possibilidades dos credores, mas não potenciá-las, tendo em vista a vocação não circulatória das cotas da referida sociedade. EDUARDO GRASSO⁴²⁹ a respeito é ainda mais contundente em asseverar que a quota da sociedade simples não é expropriável.

Por outro lado, sustenta ainda DANILO GALETTI que esta essência não é inderrogável, podendo os sócios pré estabelecer no contrato social uma livre circulação das cotas, ou ainda condicionar a cessão ao direito de prelação, por exemplo. Nesta situação, defende que os próprios sócios anunciam que o elemento personalista não é essencial, conduzindo a questão à outra solução, qual seja, a de possibilitar a expropriação da cota, aplicando-se analogicamente o artigo 2.480 do Código Civil italiano.⁴³⁰ Todavia, faz a ressalva de que não é possível os sócios estabelecem a possibilidade de cessão voluntária das cotas e, ao mesmo tempo, vetar a transferência involuntária pela via da execução forçada. É que na medida em que o elemento personalístico perdeu sua força, não poderiam os sócios dispor de conseqüências que só caberiam a lei.

Entendemos que a solução sugerida e que segundo o autor representa o pensamento da moderna doutrina italiana, não discrepa dos argumentos de que não seria possível as normas privadas do contrato se sobreporem à norma pública, argumento por nós levantado para argüir que o contrato social da

⁴²⁹ *“Negli altri tipi di contitolarità, l’ecuzione sulla quota deve escludersi, pela la sola considerazione che manca una norma permissiva. Per altro, in diverse disposizioni (art. 2.270, ...) Il principio della non espropriabilità trova più o meno esplicita conferma, e talvolta costituisce il motivo delle disposizioni stesse, intese a predisporre um sostitutivo dell’ecuzione inuttabile”* Em *L’Espropriazione della Quota*. Ob. cit., p. 238.

⁴³⁰ O artigo 2.480 regula a execução forçada da cota da sociedade limitada, considerando-a, diferente da cota da sociedade simples, plenamente expropriável. Mencionamos o artigo “2.480” para ser fiel a exposição do autor, proferida no momento da publicação da sua obra em 2002. É que em 2003 a legislação italiana foi reformada e as regras do referido artigo passaram a constar no artigo 2.471-bis, conforme adiante se esclarecerá.

limitada não poderia impedir a constrição judicial da cota. Mas, ao contrário, os argumentos se coadunam.

É que em relação à sociedade limitada existem duas particularidades. A primeira é que a cota desta sociedade tem vocação essencialmente circulatória, embora em menor grau que as ações da sociedade anônima, o que possibilita o contrato social limitar ou proibir a circulação. E é justamente por esta vocação que as restrições do contrato social, na verdade, não impedem a circulação em si, mas sim o ingresso de estranhos no quadro social. Assim sendo, a transmissão em desobediência ao estatuto implicaria apenas em limitar a eficácia da circulação perante terceiros, embora ela produza efeito perante as partes – cedente e cessionário.

A outra particularidade é que existe legislação que prevê a execução forçada da cota da sociedade limitada, que por ser norma de ordem pública é inderrogável pelas partes – sócio e sociedade. Por isso, que a possibilidade de execução forçada da cota não pode ficar condicionada às regras privadas do contrato social.

A situação sustentada pela doutrina italiana em relação à sociedade simples, e perfeitamente importável para a interpretação da normativa brasileira, é diversa. Na hipótese da sociedade simples, a sua essência, que não é ditada pelas partes ou pela doutrina, mas pela lei, é personalista. E assim sendo, para que não haja uma ruptura do sistema lógico do ordenamento, que deveria explicitar a impenhorabilidade de sua cota para evitar discussões, estabelece situações específicas para a satisfação do credor, diversa da expropriação.

Porém, não haveria razão para legislação impedir de forma absoluta que as cotas sejam transmitidas na hipótese de todos os sócios assim desejarem,

afinal de contas, a cota social possui a natureza jurídica de um bem e é representativa de valor econômico. Se tal autorização ocorrer em situação específica e não ditada previamente pelo contrato, a sociedade não perdeu seu caráter personalista, pois deduz-se que os sócios puderam analisar no caso concreto o terceiro pretendo integrante e autorizaram a sua inclusão.

Porém, se a lei permite que todos os sócios autorizem a transmissão numa situação específica, não existe óbice que tal permissão se dê previamente, via contrato social, pois o que importa é vontade efetiva da unanimidade dos sócios e não a forma de sua manifestação. Não se olvide, todavia, que esta autorização prévia conduz à uma situação diversa, qual seja, os sócios estão a autorizar genericamente a inclusão de um estranho, que não necessariamente conhecem quando da estipulação da regra societária. Nesta hipótese, o elemento personalista da sociedade restou abalado, o que não significa dizer que mediante uma sobreposição de norma privada em detrimento de norma pública. Na verdade, a norma privada agiria nos limites abstratamente autorizados pela norma pública, na medida que esta abre margem para os sócios permitirem a transmissão das cotas.

Todavia, a adoção efetiva desta faculdade conferida aos sócios pelo ordenamento jurídico em atribuir livre circulação às cotas sociais, conduz à incidência de outros princípios, com o afastamento, ainda que de forma relativa e não absoluta, dos princípios que originariamente incidiriam. Ou seja, pareceria incongruente que os sócios invocassem a *ratio legis* de impedir o ingresso de estranhos na sociedade via execução forçada, se eles mesmos declaram no contrato que tal ingresso é permitido via cessão voluntária.

Em outras palavras, o estabelecimento contratual da livre circulação das cotas, ou circulação condicionada à prelação, afasta, ainda que relativamente, a proteção contra o ingresso de terceiros, ao mesmo tempo em

que faz emergir a *ratio* de que os sócios não poderiam limitar a transmissão via execução forçada, que visa atender os interesses do credor. Quer dizer, embora a legislação excepcione a constrição de bens do devedor sacrificando o credor por razões específicas, não haveria motivos para sustentar este sacrifício se tais razões foram afastadas pelos próprios sócios.

Por tais razões, deduzimos que algumas premissas por nós utilizadas para construir a posição sustentada em relação às possibilidades do credor de sócio de sociedade simples, encontram amparo na doutrina italiana que regulamenta de forma semelhante a constrição das cotas da sociedade simples. No caso, as possibilidades conferidas pela lei ao credor são limitativas e não ampliativas, não havendo a possibilidade de expropriação forçada da cota para adjudicação ou praxeamento, salvo se os sócios pactuarem a livre circulação das cotas.

Todavia, o Código Civil italiano tem regra diversa e específica para sociedade limitada, prescrita no artigo 2.471, com redação conferida pela reforma ditada pelo decreto legislativo n. 6 de 17 de janeiro de 2003, que passou a vigorar em 01 de janeiro de 2004⁴³¹, nos seguintes termos.

“2471. (Espropriazione della partecipazione). La partecipazione può formare oggetto di espropriazione. Il pignoramento si esegue mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel registro delle imprese. Gli amministratori procedono senza indugio all'annotazione nel libro dei soci. L'ordinanza del giudice che dispone la vendita della partecipazione deve essere notificata alla società a cura del creditore. Se la partecipazione non è liberamente trasferibile e il creditore, il debitore e la società non si accordano sulla vendita della quota stessa,

⁴³¹ Antes da reforma a referida regra era estabelecida pelo artigo 2.480.

la vendita ha luogo all'incanto; ma la vendita è priva di effetto se, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo. Le disposizioni del comma precedente si applicano anche in caso di fallimento di un socio.”

Também aqui a essência da norma é muito semelhante ao ordenamento brasileiro acerca de constrição de cota de sociedade limitada, na medida em que prescreve, em suma: que a cota social pode ser objeto de expropriação; que a sociedade deve ser intimada da ordem judicial que determina a alienação da cota; que caso a cota não seja livremente transferível e não haja acordo entre o credor, o devedor e a sociedade acerca da venda da cota, ela poderá ser alienada a terceiros, mas desde que a sociedade não apresente, num prazo de 10 (dez) dias da adjudicação, um outro adquirente que ofereça o mesmo preço. Outro ponto semelhante é que não há a previsão para a liquidação da cota de sociedade limitada por iniciativa de credor pessoal de sócio. Tal possibilidade é prevista apenas e tão-somente para a sociedade simples.

Existem, todavia, algumas diferenças dignas de menção.

A primeira, é de que a expropriação da cota da sociedade limitada é prevista e regulada no Código Civil, no capítulo que regula este tipo societário, embora os demais procedimentos estejam sujeitos às regras do Código de Processo Civil. No Brasil a constrição da referida cota é prevista e regulada diretamente pelo Código de Processo Civil, sendo omissa a respeito o capítulo da sociedade limitada do Código Civil. Particularmente não julgamos esta seja uma diferença substancial, já que a matéria possui natureza híbrida, mesclando questões de natureza material e processual, o que permite que sejam reguladas num ou noutro Código. No mais, não se olvide, conforme as palavras de

CARLOS HENRIQUE ABRÃO⁴³², que a ciência jurídica não é formada por departamentos estanques, existindo “*vasos comunicantes que se completam na estruturação e determinação da mesma árvore genealógica*”.

Todavia, a opção brasileira deixa margem para dúvidas e discussões, que inexistem no direito italiano, sendo uma delas o cerne do presente trabalho. É que na Itália não restam dúvidas de que existe uma regra para a sociedade simples e outra completamente diversa para a sociedade limitada. Desta feita, pode-se afirmar, peremptoriamente, que sendo a liquidação da cota uma forma excepcional para a satisfação do credor, ela não será adotada se não expressamente prevista. E inexistindo tal previsão para a sociedade limitada, não existe o risco de interpretação de sujeitar esta sociedade ao desfalque patrimonial para saldar dívidas particulares de sócio.

Já no Brasil, embora entendamos que a previsão no Código de Processo Civil conduz em não aplicar a excepcional forma da liquidação para a constrição de cota de sociedade limitada, a previsão contida no artigo 1.053 do Código Civil conduz à dúvida se o artigo 1.026 seria ou não aplicável às sociedades limitadas regidas supletivamente pelas normas da sociedade simples. Abrem-se, assim, algumas possibilidades de interpretação, que serão abordadas no próximo capítulo.

Outra particularidade está nas determinações de inscrições da penhora, seja no registro de Empresas, que não seria diferente, já que no Brasil é possível e pertinente que haja o registro da penhora na Junta Comercial, e nos livros de sócio, que é inexistente no Brasil.

Uma diferença significativa é que no Brasil o direito de preferência é mais abrangente. Ou seja, o §4º do artigo 685-A do Código de Processo Civil

⁴³² *Penhora de Cotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada*. Ob. cit., p. 10.

confere tal direito aos sócios independentemente das regras do contrato social. Já na regra italiana a prelação é prevista apenas na hipótese das cotas não serem livremente circuláveis. Mas tal previsão, conforme farta doutrina italiana citada no item 4.2.2.2, não conduz que a cota não seja expropriável. Trata-se de instranmissibilidade convencional, que não conduz a inextranmissibilidade. Porém, não se pode afirmar que tal convenção não gera qualquer efeito perante os terceiros. Embora não impeça de forma absoluta a transmissão para terceiros, ela impede a transmissão se a sociedade apresentar um terceiro adquirente. Tal restrição se justifica na medida em que não representa um sacrifício dos credores, já que o impedimento de transmissão para terceiros tem como pressuposto justamente a satisfação dos credores.

Já adiantamos no curso do presente trabalho muitas das posições acerca da doutrina italiana, o que dispensa sua repetição neste momento. De qualquer forma, destacamos alguns pontos importantes que podem inspirar o direito brasileiro, tendo em vista a similitude das regras, e também porque as diferenças propositadamente apontadas não sugerem resultados interpretativos e aplicativos diversos.

A constrição da cota da sociedade simples é diferente da constrição da cota da sociedade limitada. Naquela a cota não é expropriável, oferecendo o legislador meios alternativos para a satisfação dos credores, quais sejam, a constrição sobre os lucros e o quinhão que couber ao sócio devedor, mantendo-se este no quadro social, ou ainda, a opção pela liquidação da cota, ocasião em que o sócio devedor será excluído. Mas, em todas as hipóteses, não há ingresso de estranhos no quadro social, salvo concordância dos demais sócios. Na sociedade limitada há previsão expressa de expropriação da cota para adjudicação ou alienação, garantindo-se ao sócio e a sociedade o direito de prelação. Nesta estrutura, a constrição recai sobre o bem em si, abrangendo todos os seus direitos e deveres, o que deduz que o adquirente da cota assume a

condição de sócio, em substituição do sócio devedor, ainda que exista cláusula contratual que proíba ou limite a transmissão das cotas.

4.4.2 O direito português

O Código das Sociedades Comerciais de Portugal preconiza no artigo 183, aplicável às sociedades em nome coletivo, regra idêntica a contida no artigo 1026 do Código Civil brasileiro, nos seguintes termos:

“Artigo 183.º (Execução sobre a parte do sócio)

- 1. O credor do sócio não poderá executar a parte deste na sociedade, mas apenas o direito aos lucros e à quota de liquidação.*
- 2. Efectuada a penhora dos direitos referidos no número anterior, o credor, nos quinze dias seguintes à notificação desse facto, pode requerer que a sociedade seja notificada para, em prazo razoável, não excedente a 180 dias, proceder à liquidação da parte.*
- 3. Se a sociedade demonstrar que o sócio devedor possui outros bens suficientes para satisfação da dívida exequenda, a execução continuará sobre esses bens.*
- 4. Se a sociedade provar que a parte do sócio não pode ser liquidada, por força do disposto no artigo 188.º, prosseguirá a execução sobre o direito aos lucros e à quota de liquidação, mas o credor pode requerer que a sociedade seja dissolvida.*
- 5. Na venda ou adjudicação dos direitos referidos no número anterior gozam do direito de preferência os outros sócios e, quando mais de um o desejar exercer, ser-lhe-ão atribuídos na proporção do valor das respectivas partes sociais.*

É de se perceber que a essência da legislação portuguesa é exatamente a mesma da italiana e da brasileira. O que ocorre é que as diferenças redacionais que existem nos textos legais provocam o surgimento de algumas sugestões interpretativas, provocando discussões doutrinárias. Em outras palavras, a omissão de certos termos na legislação de um dos países provoca argüições interpretativas por parte da doutrina. Mas, na redação da lei do outro país tal questão é explícita, fazendo com que inexistam na respectiva doutrina as mesmas discussões. Todavia, é de se perceber que a essência é a mesma, e a análise comparativa praticamente esvazia muitas dúvidas e discussões levantadas.

Destacamos que a sociedade em nome coletivo, regida pelo artigo sob comento, é tipicamente de pessoas e de responsabilidade ilimitada, a exemplo da sociedade simples, tanto a brasileira, quanto a italiana. Eis a razão de que a respectiva regra é própria para sociedades deste tipo, que possuem características distintas da sociedade limitada, para a qual se apresenta absolutamente incompatível e inaplicável.

Chama a atenção, inicialmente, o fato de que o legislador português é explícito em afirmar que não é possível a expropriação da participação societária, oferecendo ao credor meios alternativos para a sua satisfação, que é a participação nos lucros ou a liquidação da cota, num claro intuito de evitar o ingresso de estranhos no quadro social, conforme o escólio de ARMANDO BRAGA⁴³³: *“A proibição de o credor do sócio executar a parte deste na sociedade visa impedir a entrada de estranhos para a sociedade, atenta a sua natureza personalista e constitui igualmente uma conseqüência ao princípio da autonomia patrimonial da sociedade em relação aos sócios.”*

⁴³³ Código das Sociedades Comerciais Anotado e Comentado. 2ª ed. Porto: Elcla, p. 254.

Por esta razão, sequer surgem em Portugal as discussões travadas na Itália e no Brasil, no sentido de interpretar se, conforme as previsões legislativas destes países, persiste a possibilidade do credor optar pela penhora da cota social para adjudicação ou praxeamento. Dispensam-se assim todas as discussões se a cota da sociedade pessoal possui intrínseca a intransmissibilidade natural ou legal e os efeitos desta natureza. A legislação portuguesa é contundente, trata-se de intransmissibilidade legal, que conduz à inexpropriabilidade.

A exemplo da legislação brasileira, o pressuposto essencial para o exercício da constrição do devedor sobre os frutos da cota do devedor, é que este não possua outros bens suficientes para a satisfação da dívida, consciente o legislador que tal constrição pode de alguma forma interferir nos direitos dos sócios e da sociedade.

Outras diferenças constantes na regra analisada não conduzem à modificação da mesma essência que se aponta. Com efeito, a previsão para a liquidação é de 180 (cento e oitenta) dias, ao contrário dos 90 (noventa) previstos pela lei italiana. E o prazo, a exemplo desta, é para a conclusão da liquidação, diferente da lei brasileira, que não estipula prazo para o encerramento da liquidação, mas apenas para o pagamento, após encerrada a liquidação.

Uma interessante previsão está contida na legislação portuguesa, não prevista na brasileira e na italiana, que é a possibilidade de o credor requerer a dissolução da sociedade, caso se verifique que o resultado da liquidação for negativo⁴³⁴. E, a mais interessante, é a contida no n. 5 do referido artigo 183,

⁴³⁴ É o que se extrai da análise conjugada do disposto no número 4 do artigo 183, ora analisado, com o conteúdo do artigo 188 nele referido.

que estabelece o direito de preferência dos sócios na aquisição dos direitos penhorados, previsão que não contém nas demais legislações.

Esta solução, todavia, não se aplica para a sociedade limitada, pois para esta existe uma regra específica para a constrição das cotas, regida pelo artigo 239 do Código das Sociedades, nos seguintes termos:

“Artigo 239.º (Execução da quota)

1. A penhora de uma quota abrange os direitos patrimoniais a ela inerentes, com ressalva do direito a lucros já atribuídos por deliberação dos sócios à data da penhora e sem prejuízo da penhora deste crédito; o direito de voto continua a ser exercido pelo titular da quota penhorada.

2. A transmissão de quotas em processo executivo ou de liquidação de patrimónios não pode ser proibida ou limitada pelo contrato de sociedade nem está dependente do consentimento desta. Todavia, o contrato pode atribuir à sociedade o direito de amortizar quotas em caso de penhora.

3. A sociedade ou o sócio que satisfaça o exequente fica subrogado no crédito, nos termos do artigo 593.º do Código Civil.

4. A decisão judicial que determine a venda da quota em processo de execução, falência ou insolvência do sócio deve ser oficiosamente notificada à sociedade.

5. Na venda ou na adjudicação judicial terão preferência em primeiro lugar os sócios e, depois, a sociedade ou uma pessoa por esta designada.”

Enfim, também em Portugal, a cota da sociedade limitada, e não apenas os seus frutos, será penhorada para a transmissão em processo executivo, independentemente de eventual proibição ou limitação do contrato social ou da sociedade, conforme previsão expressa contida no n. 2 do artigo transcrito, sendo conferido aos sócios e à sociedade o direito de preferência na sua execução.

Certamente colhendo as experiências e discussões travadas em direitos inspiradores, sobretudo o italiano, a legislação portuguesa adotou disposições que proporcionam melhores soluções. Destacamos o estabelecimento da ordem de preferência, contida no n. 5, privilegiando os sócios, depois a sociedade ou a pessoa por esta indicada. Deixou claro, no n. 1, que desde a penhora o credor passa a ter direito à percepção dos lucros, embora o direito de voto permaneça com o sócio devedor. Esta previsão tem sentido, pois o devedor poderá exercer sua preferência, mantendo-se como sócio, não sendo seguro nem próprio que haja substituição do poder de sócio antes da transmissão judicial efetiva da cota para terceiros, sobretudo porque esta pode não se concretizar.

Porém, a legislação portuguesa contém uma relevante novidade, que merece reflexão e deve servir de inspiração para a melhora da nossa, o que infelizmente até hoje não foi percebido, que é a possibilidade da sociedade amortizar a cota penhorada.

Conforme analisamos, as legislações que estabelecem a possibilidade de penhora para transmissão forçada resguardam os demais sócios e a sociedade contra o ingresso de estranhos na sociedade mediante a concessão do direito de prelação. Todavia, para que este direito seja eficiente não basta ser previsto, mas que seu exercício seja viabilizado. Ou seja, para exercer a preferência, os sócios, a sociedade ou pessoa por esta indicada necessitam possuir recursos para a aquisição da cota, que serão destinados para a satisfação dos credores, cujo pagamento deverá ocorrer à vista e em dinheiro.

O instituto da amortização português, regido pelos artigos 232 a 235 do Código das Sociedades, representa uma faculdade conferida à sociedade, conforme previsão no contrato social, com a finalidade de extinguir a cota social, implicando na exoneração do sócio titular, mediante o pagamento do valor correspondente⁴³⁵. No caso de penhora de cotas, se o contrato social atribuir à sociedade o direito de amortizá-las e esta exercer tal direito, o valor apurado deverá ser pago diretamente ao credor para a sua satisfação⁴³⁶. Outrossim, o montante a ser pago será o correspondente à liquidação da cota e o pagamento se dará em duas parcelas, vencendo-se a primeira em seis meses e a segunda em um ano, ou nas condições fixadas no contrato se estas forem mais desfavoráveis à sociedade.

Sem sombra de dúvidas, esta previsão pode tornar eficiente o direito de preferência, pois representa atribuição de condições para o seu exercício. Na legislação brasileira, o direito de prelação pode ser ineficaz se os demais sócios, embora desejosos que a cota não seja transmitida para um estranho, não tenham condições financeiras imediatas de satisfazer o valor correspondente. Entendemos, outrossim, que infelizmente a solução portuguesa não pode ser importada sem uma reforma legislativa, pois não há possibilidade jurídica de imputar ao credor, sem a vontade expressa deste, um parcelamento sem previsão legal expressa. Nem mesmo a invocação da regra da execução de forma menos gravosa ao devedor, prevista no artigo 620 do Código de Processo Civil, conferiria esta possibilidade.

Todavia, a conclusão que se extrai da análise da legislação portuguesa é útil para a defesa desta tese, quando sustentamos que a constrição da cota

⁴³⁵ FERRER CORREA esclarece que amortização “é o negócio jurídico pelo qual a sociedade extingue determinada quota com todos os respectivos direitos e obrigações.” Em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n. 95, p. 323.

⁴³⁶ “Se o contrato atribuir à sociedade o direito de amortizar quotas em caso de penhora, os credores terão direito a satisfazer seu crédito pelo valor da contrapartida da amortização.” BRAGA, Armando. Em *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Comentado*. 2ª ed. Porto: Elcla, p. 304.

sociedade limitada não confere ao credor a possibilidade de requerer invocar a liquidação da cota, imputando à sociedade um desfalque patrimonial contra a vontade desta. A solução neste caso é a genérica, qual seja, a da penhora para alienação judicial, conferindo aos sócios e à sociedade o direito de prelação.

4.3.3 O direito argentino

A estrutura do direito argentino acerca do tema é idêntica aos ordenamentos acima informados. A Lei n. 19.550 estabelece no artigo 57, para as sociedades em geral, que os credores não podem fazer vender a participação societária, mas apenas exigir os lucros ou a cota parte do devedor na liquidação, conforme os seguintes termos:

“Partes de interés.

ARTICULO 57. — Los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés; sólo pueden cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación. La sociedad no puede ser prorrogada si no se satisface al acreedor particular embargante.”

Trata-se de disposição com estrutura idêntica ao do artigo 1.026 do Código Civil brasileiro, aplicando-se a regra argentina, porém, para as sociedades em geral, que também possuem caráter personalista. A exemplo da legislação portuguesa, o dispositivo sob comento afasta de forma explícita qualquer possibilidade de que a cota social seja constrictada para alienação, o que implicaria no ingresso de estranho no quadro social, ofertando aos credores formas alternativas para sua satisfação, mediante a participação nos lucros ou do resultado da liquidação da cota.

Todavia, para a sociedade limitada a solução é outra e consiste na penhora da cota para venda forçada. A primeira ressalva a este respeito está na segunda parte do mesmo artigo 57, que estabelece regramento específico para

as cotas da sociedade limitada e para as ações da sociedade anônima, que recebem o mesmo tratamento, *in verbis*:

“Cuotas y acciones.

En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones se pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas.”

O regramento é complementado na seção IV, que regula de forma específica a sociedade limitada, mais precisamente a segunda parte do artigo 153, nos seguintes termos:

“Ejecución forzada.

En la ejecución forzada de cuotas limitadas en su transmisibilidad, la resolución que disponga la subasta será notificada a la sociedad con no menos de quince (15) días de anticipación a la fecha del remate. Si en dicho lapso el acreedor, el deudor y la sociedad no llegan a un acuerdo sobre la venta de la cuota, se realizará su subasta. Pero el juez no la adjudicará si dentro de los diez (10) días la sociedad presenta un adquirente o ella o los socios ejercitan la opción de compra por el mismo precio, depositando su importe.”

Portanto, também na Argentina a cota da sociedade limitada está sujeita à execução forçada, com alienação para terceiros, visando a satisfação do credor pessoal do sócio. As diferenças dos dispositivos dos demais ordenamentos analisados não são capazes de diferenciar sua essência.

É de se perceber que a lei prevê de forma explícita a venda em leilão (*subasta*), mas também procura resguardar a sociedade e os sócios acerca do

possível ingresso de estranhos na relação societária, prevendo dois momentos distintos para o exercício de tal garantia. Um deles esta na previsão de notificação da sociedade com 15 (quinze) dias de antecedência da data designada para a hasta, para possibilitar que o credor, os sócios e a sociedade cheguem a um acordo sobre a venda da cota. Ainda que as partes não alcancem a composição, o leilão se realizará, mas nos 10 (dez) dias seguintes da venda a sociedade, os sócios ou um terceiro por aquela indicado poderá exercer a prelação, depositando o valor do preço da venda.

Não nos adentraremos das peculiaridades e possibilidades da referida regra, por não ser objeto do trabalho. Mas, como já exposto exhaustivamente, o propósito é constatar que a atual estrutura legislativa brasileira é semelhante a dos ordenamentos estrangeiros ora analisados, no sentido de se estabelecer uma solução específica para as sociedades em geral, sociedade simples ou em nome coletivo, de caráter essencialmente personalista e de responsabilidade ilimitada e outra solução para a constrição de cota de sociedade limitada.

Para as primeiras, há a vedação da venda forçada da cota, oportunizado-se aos credores meios alternativos, como a participação nos lucros, no quinhão em dissolução ou no resultado da liquidação da cota. Mas para a sociedade limitada não há a previsão que possibilite o desfalque patrimonial via liquidação para a satisfação de credor pessoal de sócio, mas a venda forçada da cota, com garantia de prelação aos sócios, à sociedade ou a pessoa por esta indicada.

A única diferença do ordenamento brasileiro em relação às legislações estrangeiras analisadas, que por sinal não representa uma diferenciação estrutural, é que no Brasil a regra específica para a sociedade limitada está contida no Código de Processo Civil, enquanto nas legislações italiana,

portuguesa e argentina, a previsão específica está na lei que rege o tipo societário.

Esta estruturação inspira a construção e fortalece os argumentos no sentido de que a regra contida no artigo 1.026 do Código Civil brasileiro não se presta para regular a constrição de cotas de sociedade limitada, por absoluta incompatibilidade e inaplicabilidade, devendo o instituto ser regido exclusivamente pelas previsões do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO V – POSSIBILIDADES CONFORME O DIREITO VIGENTE

Conforme constatado e explorado, existem no ordenamento jurídico brasileiro vigentes disposições que regulam expressa e especificamente a constrição de cota social, seja em execução individual, como em falência. O cerne do presente trabalho é refletir e, via de consequência, sugerir soluções sobre a possibilidade ou não da cota da sociedade limitada empresária ser liquidada para satisfação de credor pessoal de sócio.

Para tanto, a reflexão consiste em analisar os efeitos que da liquidação possam emergir e sua interferência nos interesses dos sócios, da sociedade, como também nos demais interesses inerentes à atividade empresarial. Já as soluções sugeridas serão no sentido de delimitar qual a norma aplicável que possa, em obediência ao ordenamento vigente, atender de forma satisfatória os anseios atuais acerca do tema. Embora já tenhamos adiantado nossa posição em muitos trechos, exporemos as conclusões, inicialmente, em relação à execução individual e em seguida em relação à falência.

Para a execução individual existem duas previsões gerais para a constrição da cota social, uma no Código Civil, no artigo 1.026, e outra no Código de Processo Civil, conforme os ditames específicos do inciso VI do artigo 655 e do §4º do artigo 685-A, que conduzem aos demais procedimentos executivos e expropriatórios dos bens do devedor para a satisfação do credor regidos pelo referido *Codex*. A questão está em delimitar qual regramento será aplicável especificamente no caso de constrição de cota de sociedade empresária limitada, que representa o tipo societário de maior utilização no nosso país.

E o enfrentamento da questão implica analisar três possibilidades: se a constrição da cota de sociedade empresária limitada será regida pelas regras do Código Civil, pelas regras do Código de Processo Civil, ou por ambas, concomitantemente. A razão de apresentar estas possibilidades está na constatação por nós sustentada de que os referidos regramentos conduzem para soluções absolutamente diversas, embora não seja essa a opinião predominante entre a doutrina processualista, que vêm preconizando, mesmo segundo as regras do Código de Processo Civil, que o credor ou o adquirente da cota só terá as possibilidades de participar dos lucros ou dos resultados da liquidação da cota, o que conduz à uma solução semelhante à do Código Civil.

Segundo nosso entendimento, enquanto o Código de Processo Civil determina que a cota social pode ser penhorada e sujeita à adjudicação ou arrematação, ressalvado o direito de preferência aos sócios, o Código Civil, conforme a regra do artigo 1026, não conduz à execução forçada com expropriação da cota, mas, visando impedir o ingresso de estranhos ao quadro social, confere duas alternativas ao credor: participar do quinhão cabível ao sócio executado, ou postular a liquidação da sua cota, com conseqüente exclusão de pleno direito do cotista devedor do quadro social.

A doutrina nacional, pelo que nos parece, não se definiu de forma unívoca e consolidada sobre a questão, tendo o presente trabalho o propósito de contribuir para tanto, expondo de forma sistematizada algumas posições, sugerindo a reflexão sobre determinados valores e, por fim, sugerindo a aplicação das normas – regras e princípios – vigentes.

5.1 Entendimentos pela aplicação do artigo 1.026 do Código Civil e pela possibilidade de liquidação da cota à luz do Código de Processo Civil

Percebemos na doutrina nacional posições díspares de enfrentamento do assunto entre os comercialistas e os processualistas, o que jamais deveria ocorrer, pois o tema é único e sujeito ao mesmo ordenamento jurídico, independentemente do ramo da ciência jurídica que o enfrenta.

Na discussão entre os comercialistas, alguns autores doutrinam que a solução sobre a constrição da cota da sociedade limitada é ditada pelo disposto no artigo 1.026 do Código Civil. O interessante é que, ao mesmo tempo em que os referidos escólios apontam para este rumo, apresentam veementes críticas a respeito, reconhecendo e sustentando que esta não é a solução mais apropriada. E nosso propósito, conforme também já alertado, não é apenas acrescentar críticas às já existentes, mas sugerir soluções para dirimir as nefastas conseqüências que da referida aplicação possam advir.

Porém, impende preliminarmente alertar que, mesmo na linha de pensamento que acolhe a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil, existe o questionamento sobre os limites de tal aplicação à sociedade limitada. Com efeito, sustenta-se que o referido dispositivo só será aplicável quando a sociedade limitada for regida supletivamente pelas normas que regem a sociedade simples, mas não seria quando os sócios elegerem as normas da sociedade anônima como regência supletiva. Argüi-se, por outro lado, que o artigo se aplica à sociedade limitada independentemente da regência supletiva. Ou ainda, que a aplicação das regras do Código Civil não exclui a aplicação do Código de Processo Civil, representando as possibilidades do artigo 1.026 daquele diploma uma ampliação de faculdades que o credor teria à sua disposição.

Na primeira linha de pensamento destacamos as lições de FÁBIO ULHOA COELHO⁴³⁷, para quem: “A liquidação da quota a pedido do credor do sócio é possível apenas nas sociedades limitadas com vínculo instável (subtipo I)”, complementando que “o credor de sócio integrante de sociedade limitada com vínculo estável (subtipo II) tem, à sua disposição, apenas a alternativa da penhora das quotas sociais.”

Na mesma toada é o pensamento de MANUEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS:

*“Cumprir destacar finalmente que o procedimento da liquidação da quota a pedido do credor não se aplica às sociedades limitadas em que houver a previsão de regência supletiva da Lei das Sociedades por Ações, pois nessa hipótese a penhorabilidade das quotas sociais será indiscutível.”*⁴³⁸

Semelhante posição é a de WALDO FAZZIO JUNIOR:

*“À luz do sistema inaugurado pelo estatuto social de 2002, a sociedade limitada só será uma sociedade de capital se os sócios expressarem essa opção no contrato social ensejando a cessão livre das quotas a terceiro e a conseqüente viabilidade de sua eventual constrição judicial. Silenciando a respeito, prevalecem as normas do CC, e estas não permitem maiores indagações, cogitando de outras alternativas.”*⁴³⁹

Já JOSÉ WALDECY LUCENA alerta que o artigo 1.026 do Código Civil sempre será aplicável à sociedade limitada, independentemente da

⁴³⁷ *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit., pp. 37 e 39. Alertamos que a posição do referido autor foi manifestada antes do advento das reformas do Código de Processo Civil ditadas pela Lei 11.382\2006.

⁴³⁸ *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. Ob. cit., p. 112.

⁴³⁹ *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 146.

regência supletiva eleita. É que, segundo o autor, como a Lei 6.404/76, que rege a sociedade anônima, é omissa a respeito, a solução deveria ser dada pela regra do Código Civil, pelo disposto no artigo 1.089 deste Código⁴⁴⁰. A respeito, leciona:

“Tais regras, inseridas na disciplina da sociedade simples, são aplicáveis à sociedade limitada ex-vi do atual artigo 1.053, cabendo, outrossim, a nota de que, mesmo se aprovada a alteração deste último dispositivo, proposta pelo Projeto de Alteração do Código Civil do Deputado Ricardo Fiúza, e segundo a qual a regência supletiva da sociedade limitada passaria a ser exclusivamente ‘pelas normas da anônima’, ainda assim tais disposições continuariam a reger a questão, conforme segunda fonte supletiva, já que não há, na legislação das anônimas, nenhuma norma sobre a matéria que pudesse ser invocada.”⁴⁴¹

Existem autores que preconizam a aplicação das soluções do artigo 1.026 do Código Civil para a constrição de cota da sociedade limitada sem apresentar as possíveis limitações da regência supletiva, tais como RICARDO NEGRÃO⁴⁴² e MODESTO CARVALHOSA⁴⁴³.

Digna de destaque também é a posição de SÉRGIO CAMPINHO, que sustenta a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade limitada, expondo, porém, que o dispositivo visa ampliar, mas não restringir as possibilidades do credor. Assim, o exequente teria amplas possibilidades de penhora e expropriação da cota, ocasião em que o adjudicante ou arrematante adentraria no quadro social, cabendo aos demais sócios participarem do certame

⁴⁴⁰ “Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.”

⁴⁴¹ *Das Sociedades Limitadas*. Ob. cit. pp. 384\385.

⁴⁴² *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1, p. 357\358.

⁴⁴³ *Comentários ao Código Civil*. Ob. cit., p. 90.

em igualdade de condições e a sociedade remir a execução, se assim desejarem e tiverem disponibilidade de recursos para tanto.

SÉRGIO CAMPINHO é enfático ao afirmar que o arrematante ou adjudicante adentram no quadro social, sendo a razão do direito de preferência evitar tal ingresso. Diante da polêmica que tal posição provoca e por representar entendimento que acompanhamos, transcrevemos suas colocações a respeito:

*“os sócios poderão, avaliando todos os prós e contras da situação, reafirmar o aspecto personalista, sem que se imponha ao credor ter de assistir impávido à insatisfação de seu crédito. Poderão os sócios, não desejando dispor de recursos, ou até mesmo porque não os têm pessoalmente ou no caixa da sociedade, preferir o ingresso do arrematante ou do adjudicante.”*⁴⁴⁴

Mas, por sua vez, segundo o pensamento do mesmo autor, as possibilidades contidas no artigo 1.026 do Código Civil confeririam, na verdade, faculdades em proveito do credor, que não excluem as vias genéricas de constrição. Este entendimento parte do pressuposto de que a expressão “*pode*”, contida no *caput* e no parágrafo único do artigo 1.026 do Código Civil, tem um sentido ampliativo e não restritivo de possibilidades do credor. São as suas palavras:

“Por outro lado, o artigo supra transcrito estabelece tão-somente uma faculdade em proveito do credor particular do sócio. O credor ‘pode’, diz o texto da lei. Essa alternativa, portanto, não elide outras formas legalmente previstas ou não vedadas de satisfação do crédito, como é o caso da penhora

⁴⁴⁴ *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

de quotas, cujo conceito jurídico não confunde com o da hipótese do artigo 1.026 apontado.”⁴⁴⁵

ALFREDO DE ASSIS GONÇAVES NETO, embora não reconheça que um estranho possa adentrar no quadro social, interpreta que artigo 1.026 do Código Civil atribui possibilidades ampliativas ao credor, ao concluir:

“Vingando a interpretação literal, é preciso, ainda, que dela não se extraia a proibição à penhora da quota do sócio, tal como acontecera em passado não muito distante. A quota é um bem patrimonial do devedor, que não está excluída por lei de constrição legal alguma para garantir o pagamento de suas dívidas.”⁴⁴⁶

Já a doutrina processualista, por incrível que nos pareça, tem se filiado a uma postura muito mais conservadora, sendo absolutamente cética quanto à possibilidade da cota da sociedade limitada se sujeitar à execução forçada, com ingresso do adquirente no quadro social. Com efeito, mesmo com as reformas do Código de Processo Civil, abalizados processualistas têm, de forma preponderante, sustentado o entendimento de que mesmo as regras do diploma processual conduzem, na verdade, às conseqüências semelhantes ditas pelo Código Civil.

Em suma, tal doutrina vem escoliando no sentido de a solução ditada pelo Código de Processo Civil conduz à liquidação da cota, com apuração de haveres, pelo credor ou pelo adquirente, adjudicante ou arrematante.

Neste sentido, ARAKEN DE ASSIS parece sustentar que as soluções do Código Civil e do Código de Processo Civil não são excludentes, mas se

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ *Direito de Empresa*. Ob. cit., p. 233.

harmonizam, o que dá a entender que possam ser aplicadas conjuntamente. Pelas colocações do referido autor, nada obstante as novas disposições do diploma processual, a invocação da regra do Código Civil ampliaria as possibilidades do credor:

“E, a partir da Lei 11.382/2006, o art. 655, VI, autoriza a penhora de ‘ações e quotas de sociedades empresárias’ e o art. 685-A, §4º, chancelando o mecanismo de proteção dos demais sócios. (...). Por sua vez, o art. 1.026 do CC-02 imprimiu solução mais ampla ao tema. O credor particular do sócio, na falta de outros bens – cláusula que caracteriza impenhorabilidade relativa -, poderá penhorar a quota do devedor nos lucros ou na liquidação da sociedade.”⁴⁴⁷

Em sentido semelhante CHRISTIAN GARCIA VIEIRA⁴⁴⁸, embora reconheça que o novo texto do Código de Processo Civil contempla expressamente a possibilidade de penhora da cota de sociedade empresária, afirmando *“que não deverá recair mais dívida quanto ao seu cabimento”*, sustenta, num segundo momento, que *“Nas hipóteses de sociedades limitadas, a dissolução parcial ou total é a resposta adequada para se alcançar a satisfação do crédito.”*

HUMBERTO THEODORO JUNIOR⁴⁴⁹, por sua vez, reconhece que as reformas do Código de Processo Civil passaram a prever expressamente a penhora da cota de sociedade limitada, equiparando as possibilidades expropriatórias da ação da sociedade anônima, conforme o seguinte escólio: “A

⁴⁴⁷ *Manual da Execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 242.

⁴⁴⁸ *A Penhora e a Nova Execução de Título Extrajudicial*. Em BRUSCHI, Gilberto & SHIMURA, Sérgio (coordenadores). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007, p.

⁴⁴⁹ *Processo de Execução e Cumprimento da Sentença*. 25ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008, p. 285.

reforma do art. 655, pela Lei n. 11.382/2006 eliminou definitivamente a controvérsia. Seu atual inciso VI prevê, de forma expressa, a penhora das quotas de sociedades empresárias em paridade com as ações das sociedades anônimas.”

Ora, como a expropriação da ação da sociedade anônima atribui ao adquirente, arrematante ou adjudicante, a condição de acionista, ou seja, de sócio, com todos os direitos conferidos pela titularidade da ação expropriada e transmitida, a lição acima parece que conduziria à conclusão de que a opinião do autor seria no sentido de que, com as reformas do *Codex* processual, a previsão de penhora da cota de sociedade limitada conferiria as mesmas conseqüências.

Porém, o autor conclui em sentido diverso, defendendo que, mesmo sendo a cota expropriável e suscetível de arrematação ou adjudicação, os respectivos adquirentes não poderão exercer os amplos direitos de sócios, mas terão direito apenas de postular a dissolução parcial da sociedade, com apuração de haveres: *“O certo, porém, é que recaindo a penhora sobre quotas (e não ações), o arrematante ou adjudicatário, se for estranho ao contrato social, não exercerá os direitos do sócio da empresa, e sim, o de receber os haveres do sócio executado, apurados em forma de dissolução parcial da sociedade.”*⁴⁵⁰

Desde já apresentamos nosso questionamento acerca de tal posição, uma vez que a legislação processual dá o mesmo tratamento às ações e cotas de sociedades empresárias, prevendo no mesmo inciso a possibilidade de penhora dos referidos bens (inciso VI do artigo 655). A única ressalva que faz o

⁴⁵⁰ *Processo de Execução e Cumprimento da Sentença*. Ob. cit. p. 286. No mesmo sentido, que o adquirente não adentra no quadro social, é a posição de CLEUCIO SANTOS NUNES. Em *A Lei 11.382/2006 e as Principais Alterações no Instituto da Penhora*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, março 2007, n. 48, p. 14\15.

legislador em relação às cotas, diferentemente das ações, é que na constrição daquelas é concedido o direito de preferência aos sócios se o exequente for estranho ao quadro social (§4º do artigo 685-A). Enfim, a proteção contra o ingresso de estranhos no quadro social é determinada pelo direito de preferência dos sócios, mas não pela dissolução parcial da sociedade. Esta última solução, definitivamente, não encontra amparo na legislação processual, mas apenas na regra do Código Civil, cuja aplicação à sociedade empresária limitada pode ser restrita, ou, conforme nossa defesa, vedada.

Pois bem, embora os autores não se manifestem expressamente neste sentido, é possível aferir algumas diferenças de entendimentos. É que as posições de ARAKEN DE ASSIS e CHRISTIAN GARCIA VIEIRA dão a entender que é o credor quem postulará a liquidação da cota e auferirá o resultado da apuração de haveres. Já a posição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR parece se assemelhar com a de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO⁴⁵¹, no sentido de que a cota é sujeita à alienação, arrematação ou adjudicação, encerrando-se a execução, e o adquirente é quem terá direito a postular a liquidação com apuração de haveres, já que não possui outros direitos próprios de sócio.

Finalmente, julgamos que é digno de menção o estudo de EDUARDO BASTOS DE BARROS⁴⁵², que enfrentou a co-existência do artigo 1.026 do Código Civil com as reformas do Código de Processo Civil ditadas pela Lei 11.382/2006, embora a nossa posição seja radicalmente contrária a por ele defendida.

⁴⁵¹ *Direito de Empresa*. Ob. cit., p. 232.

⁴⁵² *Penhora de Ações e Quotas de Sociedades – As Recentes Alterações do Processo de Execução e a Disciplina acerca da Matéria no Código Civil*. Revista de Direito Empresarial. Curitiba: Juruá, n. 7, janeiro à junho de 2007, pp. 121/138.

O autor é contundente na opinião de que “a solução que se afigura mais eficaz é a aplicação do art. 1.026 do Código Civil a todas as sociedades, independentemente de sua forma de constituição e legislação de regência”, complementando no sentido de que “O Judiciário, ao aplicar o art. 655, VI, do Código de Processo Civil, deve procurar fazer incidir a regra dos arts. 1.026 e 1.031 do Código Civil para que seja conferida maior eficácia ao processo de execução.”⁴⁵³ Outrossim, vai mais além, expondo outras opiniões e partindo de certas premissas das quais discordamos, pelas seguintes razões.

Defende o autor que mesmo diante da previsão do inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil, no sentido de que podem ser penhoradas as ações e quotas das “*sociedades empresárias*”, seria possível a interpretação de que as cotas da sociedade simples também se subsumem à referida hipótese normativa, já que não haveria diferença substancial entre a cota de uma sociedade empresária e a cota de uma sociedade simples.

Não concordamos com tal posição. Primeiro porque representa interpretação contra texto expresso de lei. Depois, a resolução da questão não deve ser reduzida à análise do que seja cota social, mas devem ser consideradas também as características da sociedade da qual a cota integra. A sociedade simples é sociedade não empresária, justamente porque não exerce atividade que se enquadra na acepção jurídica de empresa. Consequentemente, não incide sobre ela ou, pelo menos, não incide na mesma medida do que ocorre com as sociedades empresárias, os princípios que norteiam a atividade empresarial, sobretudo, o princípio da função social da empresa.

Amparamos nossos argumentos também nas experiências e nas legislações internacionais, conforme as modernas reformas do ordenamento

⁴⁵³ *Penhora de Ações e Quotas de Sociedades – As Recentes Alterações do Processo de Execução e a Disciplina acerca da Matéria no Código Civil*. Ob. cit., p. 136.

italiano, português e argentino, supra analisados, que contêm solução específica para a sociedade simples, sociedade em nome coletivo ou sociedades em geral, respectivamente, e outra solução, absolutamente diversa, para a sociedade limitada, na mesma e exata medida que hoje rege o direito brasileiro. Enfim, não julgamos que o direito societário brasileiro possua particularidade capaz de adotar solução diversa e específica em relação às legislações alienígenas.

Defende ainda o autor, sempre na premissa, segundo sua opinião, de que a liquidação da cota é a solução mais adequada e eficaz do que a penhora com expropriação, nos termos da redação do Código de Processo Civil, que o artigo 1.026 do Código Civil seria aplicável não só à sociedade limitada, como também à sociedade anônima. Sustenta que tal artigo poderia ser invocado na penhora de ação de uma companhia por analogia, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Data vênia, ousamos discordar de tal assertiva. Trata-se também de sustentação contra texto de lei. Ora, não é porque a Lei 6.404/1976 nada se refere expressamente à penhora de ações que se pode considerá-la omissa ao ponto de invocar técnicas de colmatação de lacunas. Na verdade, a previsão expressa inexistente porque é desnecessária. É que a sistemática da sociedade anônima, ditada pela legislação específica, dá conta de que as ações são valores mobiliários, essencialmente circuláveis, podendo haver no máximo restrições estatutárias, mas jamais proibição de circulação⁴⁵⁴. Tratando-se de um bem essencialmente *mobiliário*, a subsunção da ação dentre os bens que integram o patrimônio do devedor é direta, o que sempre conduziu, sem maiores dificuldades, pela sua plena penhorabilidade e expropriabilidade.

No mais, a liquidação da cota por credor de acionista fere flagrantemente a essência da sociedade anônima, que prioriza a possibilidade de

⁴⁵⁴ Cf. artigo 36 da Lei 6.404/76.

saída de sócio mediante a circulação da ação, em detrimento do direito de recesso com reembolso, que só poderia ocorrer em hipóteses restritas, conforme o artigo 136 e 137 da Lei 6.404/1976, justamente para evitar o desfalque patrimonial da sociedade e prejudicar sua saúde ou até sua continuidade, lesando os interesses empresariais que lhe atingem. Enfim, se o recesso com reembolso pelo acionista é desestimulado e restrito, não há qualquer razão de cunho lógico, *data vênia*, para sustentar que o credor do acionista tenha esta possibilidade elástica. Se assim fosse, para burlar a impossibilidade de recesso o acionista poderia simular um crédito para legitimar o credor *plantado* exercer os direitos que àquele são restritos.

Para convencer que a solução do artigo 1.026 do Código Civil é mais apropriada, o autor argúi ainda que a constrição sobre os lucros será mais eficaz para o credor e não trará maiores conseqüências para a sociedade. E, no mais, sugere que a penhora da cota com expropriação traria as seguintes desvantagens, sobretudo para o credor: partindo do pressuposto que a sociedade limitada é eminentemente de pessoas, o credor estaria sujeito às discussões a serem invocadas pelos demais sócios contra o ingresso de estranhos na sociedade, fundamentando-se no princípio constitucional da livre associação; mesmo diante do direito de prelação, os sócios ou a sociedade podem não ter condições financeiras para exercê-lo; o adjudicante ou o arrematante poderia requerer a apuração de haveres, atingindo o mesmo resultado da liquidação; a aquisição da condição de sócio tornaria a adjudicação ou a arrematação pouco atrativa tendo em vista as responsabilidades que poderá assumir.

Enfrentaremos estes argumentos quando da exposição final de nossa conclusão. Neste momento, o propósito é alertar que a existência dos posicionamentos díspares demonstra a inconveniência em se regular tão importante tema mediante norma de regência supletiva. Esta técnica provoca imprevisibilidade e o surgimento de incidentes para discutir as possibilidades e

os limites da aplicação da norma, prejudicando a solução da questão principal que é, de um lado, a satisfação do crédito que se busca recuperar, e de outro lado, a delimitação dos limites das obrigações e dos meios mais seguros e adequados para seu cumprimento.

5.1.1 Críticas às soluções do artigo 1.026 do Código Civil.

O que procuramos destacar com a exposição acima é a existência de ampla e abalizada doutrina comercialista e processualista nacional que sustenta a aplicação das soluções do artigo 1.026 do Código Civil para reger a constrição de cota de sociedade limitada por credor particular de sócio, seja de forma ampla ou com limitações ditadas pela regência supletiva. E o que nos chama atenção também é que na medida em que sustentam tal aplicação, muitos doutrinadores, sobretudo os comercialistas, criticam veementemente as soluções ditadas pelo referido dispositivo, por duas razões preponderantes: uma, porque o desfalque patrimonial da sociedade pode colocar em risco sua saúde financeira e até sua continuidade, ferindo o princípio da preservação da empresa; e outra, pela ineficiência que confere à satisfação do próprio credor que, ou se sujeitará às decisões societárias quanto à distribuição dos lucros, ou aos entraves procedimentais na hipótese de liquidação da cota.

Já a doutrina processualista mencionada não sugere a reflexão acerca dos malefícios da liquidação da cota, escorando-se exclusivamente na preocupação de um possível ingresso de estranho no quadro social.

Cético quanto às conseqüências da liquidação da cota, ditadas pelo artigo 1.026 do Código Civil, FÁBIO ULHOA COELHO assevera:

“Para as questões normalmente enfrentadas pelo direito comercial, a inovação – inspirada no Código Civil italiano de 1942 (art. 2.270) – é, como

dito de início, preocupante. Fundamentalmente, porque ela é inconciliável com o moderno princípio da preservação da empresa. Se a sociedade – como é usual – não possui em caixa disponibilidade para realizar o depósito previsto em lei, só poderá obtê-la por meio de empréstimo bancário ou venda de ativos; nas duas hipóteses, a empresa é afetada, seja pelos encargos do mútuo bancário que deverá suportar, seja pelo desinvestimento. E quando se afeta a empresa, em geral, seus empregados, consumidores, fornecedores, e todos que gravitam em torno dela, podem também ser atingidos.”⁴⁵⁵

Nesta mesma linha crítica são as colocações de MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, que chega a preconizar a coerência das soluções adotadas pelos direitos italiano e português, que são mencionados como um dos embasamentos da tese ora defendida. Senão vejamos:

“Da análise dos dispositivos do direito italiano e português reproduzidos, constatamos que a questão da penhora das quotas sociais poderia e deveria ter sido regulada de outra forma, bastando que o legislador civil tivesse seguindo, em linhas gerais, a solução alvitrada pelo entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça.”⁴⁵⁶

Quanto às dificuldades de ordem prática, em prejuízo ao próprio credor, além de serem alertadas também por FÁBIO ULHOA COELHO⁴⁵⁷, destacamos as críticas de ALFREDO DE ASSIS GONÇAVES NETO:

“O que o legislador do novo milênio não atinou foi que, na sua aplicação prática, a norma, se interpretada literalmente, produzirá efeitos absolutamente indesejáveis e contrários à sempre almejada celeridade da

⁴⁵⁵ *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. Ob. cit., p. 38*

⁴⁵⁶ *Sociedade Limitada no Novo Código Civil. Ob. cit., p. 112.*

⁴⁵⁷ *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. Ob. cit., p. 38.*

justiça. Realmente, como regra, o sócio não tem direito sobre os lucros da sociedade enquanto esta não aprovar sua distribuição – o que significa que uma sociedade prospera pode permanentemente produzir lucros, mas não atribuí-lo aos sócios, incorporando-os ao capital para novos e constantes investimentos. E o credor não pode impor a quem não é seu devedor obrigação de realizar lucros ou de distribuir dividendos. Ademais, o direito sobre o acervo social está condicionado a uma liquidação (como, de resto, prevê o parágrafo único), que se realiza com base da situação patrimonial da sociedade (art. 1.031). (...). Essa apuração é obrigação da sociedade e pode ser questionada pelo sócio, o que torna absolutamente incerto o momento de sua conclusão, muitas vezes desaguando em disputa judicial.”⁴⁵⁸

Diante das dificuldades reconhecidas por boa parte da doutrina, alguns autores até têm sugerido soluções que não são, necessariamente, pela inaplicação do dispositivo à sociedade limitada, que é a que ora defendemos, mas sim por uma interpretação específica da lei a fim de minimizar os indesejáveis resultados que pode proporcionar.

Neste aspecto, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO defende que o sentido a ser dado à regra do artigo 1.026 do Código Civil é a de conjugá-la com a possibilidade de penhora da cota. Todavia, sustenta que o objeto da adjudicação ou da arrematação serão os direitos patrimoniais do sócio. Assim, não seriam penhorados os lucros ou os frutos da liquidação da quota, pois isto faria com que a execução não se encerrasse até a satisfação do credor ou o encerramento da liquidação. A penhora seria da cota e a sua aquisição encerraria a execução, porém, os direitos adquiridos pelo arrematante ou pelo adjudicante seriam apenas os patrimoniais e não a condição de sócio.

⁴⁵⁸ *Direito de Empresa*. Ob. cit., p. 232.

“É nesse sentido que a regra deve ser compreendida: sem penhora do que não é bem particular do sócio (lucros) e sem penhora sobre bem eventual e futuro (participação no acervo social), penhorando o credor os direitos patrimoniais que ao sócio são conferidos pela sua quota de participação na sociedade. (...) O arrematante ou adjudicante levará a quota com os direitos patrimoniais que ela representa (não os pessoais, intransmissíveis por esse meio), os quais lhe outorgam o direito à apuração dos haveres.”⁴⁵⁹

Em que pese o respeito que mereça a idéia, bem como a iniciativa e a coragem de apresentar uma melhor solução, ousamos discordar da transcrita tentativa. Entendemos que tal forma de pensar é negar a existência dos dispositivos do Código de Processo Civil, que ao admitir a penhora da cota não faz qualquer ressalva de que o objeto da constrição são apenas *direitos parciais* decorrentes de sua titularidade. Depois, já nos manifestamos no sentido de que os direitos patrimoniais e pessoais de sócio são imbricados, sendo impróprio desejar desvinculá-los. O titular da cota é sócio ou não é. E a razão dos direitos pessoais está parcialmente justificada no interesse dos direitos patrimoniais. Como o próprio autor reconhece, o único benefício desta exegese é permitir que a execução se encerre o quanto antes, já que ela não impedirá a indesejada liquidação da cota por parte do arrematante ou do adjudicante, conforme suas próprias palavras: *“Pode-se dizer que esta solução acaba levando às mesmas dificuldades, porquanto também nesse caso haverá liquidação da quota do sócio devedor.”⁴⁶⁰*

ARNOLD WALD, por sua vez, também receoso com as graves conseqüências que a liquidação da cota possa provocar, sobretudo na atividade empresarial, constrói sua contribuição na sugestão de interpretação do artigo 1.026 do Código Civil. E, para tanto, o referido jurista defende que a

⁴⁵⁹ Idem.

⁴⁶⁰ Ibidem.

interpretação da norma deve buscar uma harmonização entre os interesses do sócio, da sociedade e dos credores na forma menos gravosa. Para tanto, sugere que a escolha do credor entre as possibilidades legais não é absolutamente livre, devendo-se priorizar a constrição sobre os lucros, e deixando a liquidação da cota para as hipóteses extremas, conforme o seguinte escólio:

“se o credor particular do sócio pode escolher se vai receber os lucros ou se vai liquidar parte da sociedade como forma de pagamento do que lhe é devido, seria condenar as sociedades a um futuro incerto e possivelmente desastroso, caso a diminuição de capital afete sua capacidade produtiva. Nessa última situação acabaria, ainda, punindo a sociedade por obrigação que lhe é estranha da qual não tomou parte, mas que poderia ser adimplida de outro modo, mediante retenção dos lucros do sócio pelo credor.”⁴⁶¹

Esta forma de pensar motivou a expedição de enunciado específico pelo Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, nos seguintes termos:

“A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade, ou na parte lhe que tocar em dissolução, orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa.”⁴⁶²

Julgamos absolutamente correta a proposta e a forma de interpretação da norma. Mas ela não resolve por completo a situação da sociedade limitada. A referida interpretação surtirá efeitos quando a sociedade já tiver lucros gerados e deliberados para a sua distribuição. Ou ainda, se os lucros gerados rotineiramente pela sociedade proporcionem expectativa razoável de que o credor poderá se satisfazer com a constrição de lucros futuros. Porém, fora estas

⁴⁶¹ *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol 14, p. 220.

⁴⁶² www.justicafederal.gov.br. Capturado em 27 de fevereiro de 2009.

situações que, digamos, não são as mais comuns, o credor não poderá ser impedido de optar pela liquidação da cota, já que é uma prerrogativa legal, sendo obrigado a se sujeitar à distribuição anual de lucros incertos.

Por isso que, em que pese o respeito que merecem os autores e a lógica de suas construções, entendemos que a solução por determinada técnica interpretativa ainda não é a mais apropriada. É que a interpretação sempre estará sujeita ao espírito do aplicador, o que exigirá enormes sacrifícios até que os tribunais pacifiquem qual o alcance que o enunciado normativo proporciona. Até atingir este intento, a aplicação da norma estará sujeita à indesejada imprevisibilidade, que é enormemente prejudicial à economia. Mas, a principal razão pela qual julgamos que a resolução da questão não estaria na forma de interpretação do dispositivo, é que mesmo em se acolhendo na íntegra a interpretação sugerida, ela não afasta por completo a possibilidade de liquidação da cota, que é o resultado manifestamente indesejado.

Portanto, julgamos que as sugestões interpretativas acima até podem ser adotadas no caso de constrição de cota de sociedade simples. Porém, nossa proposta vai mais além, que é a de refletir se o artigo 1.026 do Código Civil é aplicável à sociedade limitada. A sua inaplicabilidade conduz a um resultado muito mais seguro ao afastar, definitivamente, a possibilidade da cota social ser liquidada para satisfação dos credores de sócio, além de proporcionar a estes uma resolução mais eficiente do processo.

E no intuito de demonstrar de forma mais detida as dificuldades práticas que emergem da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil, abordaremos abaixo algumas questões que poderão surgir num caso concreto.

5.1.2 Desdobramentos da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil

Conforme já reconhecido por nós e por abalizada doutrina, a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil para reger a constrição de cota de sociedade limitada traz enormes dificuldades práticas e resultados indesejados, motivando que se procure uma solução que, ao mesmo tempo, se adeque às conveniências sociais e encontre seguro respaldo no direito vigente.

Ressalvamos, inicialmente, que o propósito do enfrentamento das questões abaixo não é o seu esgotamento com a apresentação de solução para cada uma delas. Primeiro, porque não é o tema do presente trabalho, que visa tão somente delimitar a normativa aplicável. E depois, porque o esgotamento das questões exigiria embasamento científico próprio de direito processual civil, que refoge ao campo desta pesquisa. Mas, ratificamos, o propósito é demonstrar as dificuldades que emergem para, somados aos demais fundamentos apresentados, justificar a conveniência de se buscar solução diversa que melhor se coadune com as regras, com os princípios e com os valores atuais.

5.1.2.1 Descumprimento da obrigação pela sociedade

Pelo disposto no parágrafo único do artigo 1.026 do Código Civil, em optando o credor pela liquidação da cota, esta será operada conforme a regra do artigo 1.031 do mesmo diploma, que por sua vez conduz aos critérios do contrato social ou, na omissão deste, a situação patrimonial apurada através de balanço de determinação, tomando-se por base a data da resolução. O valor apurado, vale dizer, o valor correspondente à liquidação da cota do sócio devedor, ou o valor do crédito, caso este seja inferior ao valor apurado na liquidação, deverá ser depositado em juízo pela pessoa jurídica no prazo de 90 (noventa dias) a contar do fim da liquidação, o que implicará na exclusão de

pleno direito do sócio devedor, pelo que preceitua o parágrafo único do artigo 1.030 do Código Civil.

Da situação acima emerge uma das incongruências que motivaram as críticas à referida solução, pois, juridicamente, quem efetua o pagamento do débito é o sócio devedor, mas, economicamente, o pagamento será feito pela pessoa jurídica. Portanto, a solução legal seria dirimida por um impacto no caixa da sociedade, que não é a verdadeira devedora, e que não seria compensado pela exclusão do sócio devedor.

Nada obstante tal incongruência, a legislação não especifica as conseqüências na hipótese de a sociedade não cumprir com o pagamento no prazo legal, seja porque não quis ou porque não possui recursos líquidos disponíveis para tanto. A conseqüência mais óbvia parece ser a possibilidade de o credor postular a constrição de bens da sociedade para o cumprimento da obrigação legal.

Porém, o silêncio da lei proporcionará inevitáveis incidentes processuais, cujo desenlace poderá ser tão ou mais demorado do que o reconhecimento da importância e da legitimidade do crédito junto ao credor originário, que é o sócio devedor.

Com efeito, não existe uma sentença de mérito em face da sociedade capaz de dar início aos procedimentos de cumprimento da sentença, nos termos regidos pelos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil. Também não existe um título executivo extrajudicial que embase o processo de execução, nos termos dos artigos 580 e seguintes do mesmo diploma. Trata-se, evidentemente, de execução de bens de terceiro da relação processual originária, fundada não na responsabilidade material, mas na responsabilidade

processual, a exemplo do que ocorre na fraude à execução e na responsabilidade do cônjuge do devedor por dívidas que aproveitam o casal.

Não pretendemos argüir que a sociedade não adquire a responsabilidade pelo pagamento, ou tampouco que inexistam meios processuais para expropriação dos seus bens. Tal responsabilidade é decorrente de lei e, portanto, irrefutável. Nossa reflexão é que a falta de regramento específico possibilitará a deflagração de incidentes e discussões que poderão prolongar o desfecho da lide e a satisfação do credor.

Outra questão que advirá, é que na medida em que a sociedade tiver um bem seu constrictado por conta do inadimplemento da obrigação de depósito do valor apurado com a liquidação da cota, terá a seu favor alguma medida de defesa expropriatória. No silêncio da lei, surgirá a discussão acerca do cabimento de oposição de embargos do devedor ou embargos de terceiro. Embora não nos pareça ser a medida própria, a possível argüição pelo cabimento de embargos do devedor pela sociedade se sustentará no fato dela ter se tornado por lei devedora, embora não integrante originalmente a relação processual. E depois, em se concebendo ser ela terceira e legitimada para a oposição de embargos de terceiro, sua defesa estaria restrita à defesa do seu bem, o que seria absolutamente inócua, pois não se nega que ela é devedora, já que tal responsabilidade decorre de lei.

Porém, como os recursos para a satisfação do credor serão oriundos da sociedade, esta terá o inequívoco interesse em depositar o menor valor possível. E como o importe a ser depositado deve ser suficiente para a satisfação do crédito, é interesse da sociedade que o valor deste seja também o quanto menor. Diante desta realidade a sociedade passa a ter interesse na aferição da importância e da legitimidade do crédito que está sendo executado. E embora tal discussão possa já ter sido eventualmente dirimida por conta do julgamento

dos embargos do devedor opostos pelo sócio devedor, não podemos olvidar que os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada não atingem necessariamente a sociedade.

Portanto, em sendo a sociedade um terceiro, do ponto de vista processual, sua medida de defesa seria embargos de terceiro, cuja discussão restaria limitada à legitimidade da constrição do seu bem, ou seja, absolutamente inócua, já que a lei lhe atribui responsabilidade processual. Mas, concebendo-a como devedora, sua defesa seria embargos do devedor, possibilitando que deflagre ampla discussão sobre a importância e legitimidade do crédito, sujeitando o credor a outra delonga processual.

Embora não seja nosso propósito o esgotamento do tema, conforme exaustivamente exposto, pois implicaria a exposição de embasamento de direito processual civil, fugindo ao escopo do trabalho, destacamos nossa posição de que não caberia à sociedade rediscutir a matéria, já que tal discussão poderia ter sido por ela lançada antes, quando tomou conhecimento da penhora sobre a cota, na condição de terceira interessada. Porém, nosso propósito é demonstrar que a solução conferida pelo artigo 1.026 do Código Civil possibilita o surgimento de discussões e incidentes, cujo deslinde depende de interpretação e aplicação de lei federal, possibilitando o prolongamento do desfecho do feito, sujeitando o credor a um verdadeiro emaranhado processual nefasto.

5.1.2.2 Sujeição dos credores às regras do contrato e às deliberações sociais

A liquidação da cota do devedor obedecerá os critérios ditados pelo artigo 1.031 do Código Civil, conforme previsão expressa do parágrafo único do artigo 1.026 do mesmo diploma. Segundo as regras daquele dispositivo, o valor da cota será apurado conforme os critérios ditados pelo contrato social,

ou, na omissão deste, pela situação patrimonial da sociedade, segundo balanço especialmente levantado para tal fim.

A questão está em saber se o credor estará sujeito às regras do contrato social, caso este estabeleça critério distinto do legal, o que certamente conduziria a um valor maior ou menor do que aquele apurável pelo critério patrimonial. A discussão poderia estar fundada no princípio da relatividade contratual, que preconiza que o contrato só produz efeitos perante os contraentes, que seriam os sócios e a sociedade, não podendo prejudicar ou beneficiar, em detrimento da sociedade, terceiros estranhos à relação contratual.

Nossa posição é a de que o credor necessariamente deve se sujeitar aos critérios do contrato social. Primeiro, porque o contrato de sociedade tem uma peculiaridade de produzir efeitos internos e também externos, atingindo a esfera de interesses dos que se relacionam com a sociedade, com os sócios e/ou com seus administradores. Ademais, a constrição recai sobre um direito, cujas características - teor, conteúdo e alcance - são atingidos pelo contrato social.

A título exemplificativo, o credor do debenturista se sujeita às especificidades da debênture ditadas pela respectiva escritura, tais como, forma de pagamento, juros e correção, regras de conversibilidade, garantias, dentre outras. Ou ainda, o credor do acionista se sujeita aos direitos e obrigações que recaem sobre a ação expropriada, tais como, tipo, classe, restrição de voto, preferências patrimoniais, dentre outras.

No mais, não faria sentido que a cota representasse certo valor no patrimônio do devedor e outro para o credor. Como a constrição recai sobre os direitos patrimoniais que o devedor possui, sua extensão estará limitada a tais direitos.

Há que se alertar, todavia, que este entendimento possibilita a discussão se o credor se sujeita às modificações de critérios do contrato social levadas a efeito pelos sócios antes da constrição da cota do sócio devedor. Ora, entendemos que não se pode presumir que toda a modificação, ainda que às vésperas da constrição da cota, seja fraudulenta e sujeita à invalidade ou ineficácia. Por isso, haveria a necessidade de se aferir, no caso concreto, se o ato foi praticado com o intuito de prejudicar o credor pessoal do sócio.

Por outro lado, entendemos que a prática do referido ato não se subsume às hipóteses de fraude à execução previstas no artigo 593 do Código de Processo Civil, porque não se trata de alienação ou oneração de bens do devedor, mas de modificação de critério de aferição de valor que não atinge apenas os bens do sócio devedor, como também todas as cotas que compõem o contrato social. A prática referida poderia representar, por sua vez, invalidade sujeita à demonstração do intuito fraudulento. Mas, para tanto, haveria que se comprovar a má-fé dos praticantes, conferindo-lhes amplas possibilidades de defesa, o que torna duvidoso se pode ser tratado no mesmo feito, ou se há a necessidade de propositura de ação específica para atingir tal intento.

A opção do credor pela participação nos lucros do devedor representaria a forma que atingiria em menor medida a sociedade e os interesses que em torno dela gravitam. Todavia, alguns aspectos podem desestimular o credor de optar por esta faculdade. A primeira delas é se a geração de lucros da sociedade for bem inferior ao valor de seu crédito, ocasião em que sua satisfação dependeria de longo período de tempo até que a sociedade gere resultados suficientes. O segundo é a sujeição da satisfação do seu crédito ao risco do negócio, que é inerente a toda atividade empresarial. E outra, que julgamos principal, é a sujeição do credor às decisões dos sócios em distribuir ou reinvestir os resultados econômicos. Com efeito, segundo as lições de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, acima transcritas, o credor de

um dos sócios não pode impor sua vontade em detrimento da vontade dos demais sócios e da sociedade que nada lhe devem.

Portanto, outra vulnerabilidade do credor, diante das soluções ditas pelo artigo 1.026 do Código Civil, está na sua sujeição às regras do contrato social e da sociedade acerca dos critérios da liquidação da cota e da distribuição de lucros, o que pode tornar duvidosa e tormentosa a satisfação do seu crédito.

5.1.2.3 Dificuldades procedimentais da liquidação

A legislação analisada não determina quem é o responsável pelas providências da liquidação. *A priori*, parece que tal missão cabe à própria sociedade, que é a detentora de todas as informações e dos documentos necessários para procedê-la. Mas a solução não nos parece tão simples e dela advêm inúmeras dúvidas e dificuldades.

Nem sempre a sociedade possui condições de realizar com facilidade tal levantamento, sobretudo quando o contrato social elege o critério econômico, ou ainda, porque ela possui bens de difícil valoração, como, por exemplo, marca, patente, imóveis, bens industriais, dentre outros, que possam necessitar do auxílio de profissionais especializados. O fato é que imputar o ônus da liquidação à sociedade, significa sujeitá-la ao custo da contratação destes profissionais, não bastassem os recursos que despenderá para o pagamento da importância liquidada ou suficiente para a satisfação do credor.

Ao contrário das legislações estrangeiras analisadas no item 4.4, a legislação brasileira sob comento não fixa um prazo para a conclusão da liquidação, mas apenas para o pagamento, cujo termo *a quo* é o término da liquidação. Sem razão, portanto, a nosso ver, a interpretação de EDUARDO

BASTOS DE BARROS⁴⁶³, no sentido de que caberá a sociedade proceder o balanço no prazo máximo de noventa dias. O texto legal é claro que o referido prazo é para o pagamento e não para a conclusão da liquidação. Também nos parece equivocada a interpretação de que o pagamento será conforme regra ditada no contrato social ou, se omissa, em noventa dias. Isto porque, segundo a redação do parágrafo único do artigo 1.026 do Código Civil, será observado o artigo 1.031 apenas no que tange à forma de apuração dos haveres, mas não quanto à forma ou ao prazo para pagamento. Esta, segundo o mesmo dispositivo, é de noventa dias, não ressaltando qualquer previsão contrária em contrato.

Assim sendo, desinteressada ou sem condições de despender os recursos suficientes para pagamento do credor do sócio, a sociedade poderá apresentar justificativas para o prolongamento exacerbado do encerramento da liquidação visando postergar ao máximo o prazo de depósito.

No mais, como é a sociedade quem despenderá os recursos para serem depositados em juízo, é de seu inequívoco interesse que a liquidação da cota do sócio devedor resulte o menor valor possível. Isto certamente provocará um conflito com o credor que, por sua vez, não ficará adstrito às decisões unilaterais e contrapostas da sociedade. Por isso, entendemos que é muito provável, embora não necessário, que a questão seja levada para a solução judicial, ocasião em que o juiz designará profissional ou profissionais expertos para o levantamento dos respectivos valores. Tal procedimento implicará novos custos que poderão incidir sobre o credor ou sobre a sociedade, sem contar com o decurso de tempo pericial e processual necessário até a sua conclusão.

⁴⁶³ *Penhora de Ações e Quotas de Sociedades – As Recentes Alterações do Processo de Execução e a Disciplina acerca da Matéria no Código Civil*. Ob. cit., pp. 128\129.

5.1.2.4 Prestação de contas

Em optando o credor que a constrição recaia sobre os lucros que couber ao sócio devedor, este não será excluído da sociedade, mantendo seu *status socis* e podendo exercer os direitos inerentes. Assim sendo, ficam-lhe assegurados o exercício do voto, os direitos de fiscalização e de prestação de contas. Com efeito, mesmo que os lucros que lhe cabem estejam constritados, eles lhe pertencem, tanto que serão utilizados para a quitação de seu débito pessoal. Assim sendo, o sócio devedor mantém vivo o interesse na boa administração da sociedade, nas suas contas e nos seus resultados, o que justifica a manutenção dos direitos pessoais e o interesse sobre os direitos patrimoniais.

Por outro lado, o credor também passa a ser interessado na boa administração das contas da sociedade, já que interferirá diretamente nos resultados econômicos que, por sua vez, representam a satisfação do seu crédito. Porém, não sendo sócio, não tem o credor direito de voto. E não votando, não participa da aprovação das contas da administração, que é um dos assuntos que depende de deliberação social, nos termos do inciso I do artigo 1.071 do Código Civil. Enfim, como não tem ele direitos administrativos de prestação de contas, certamente surgirá a discussão se o credor possui condições de postular tal prestação judicialmente, nos termos dos artigos 914 e seguintes do Código de Processo Civil.

A princípio nos parece lógico que ele tenha tal possibilidade. Em assim sendo, a sociedade estará sujeita a prestar contas tanto para os sócios, como para os credores destes, a partir do momento em que se consumar a constrição sobre os lucros que couberem ao sócio devedor. Daí surge outra questão acerca da produção dos efeitos da constrição, já que, tendo em vista a omissão da lei, poderá advir da averbação da constrição no Registro Público de Empresas

Mercantis – Junta Comercial – às margens dos atos constitutivos da sociedade empresária, ou se haverá a necessidade de intimação pessoal da sociedade acerca da penhora. Entendemos que a sociedade deve ser intimada pessoalmente, sobretudo para que receba de forma expressa a ordem do juiz para depositar os lucros que couberem ao sócio devedor. O registro da constrição na Junta Comercial tem o efeito de possibilitar a certificação e a publicidade do ato, produzindo efeitos perante terceiros.

5.1.3 Conclusão

Pelo exposto, é de se perceber que as doutrinas comercialista e processualista ainda não se mostraram firmes, unívocas e consolidadas acerca da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil e/ou do Código de Processo Civil para reger a constrição da cota que compõe o capital social de sociedade limitada, existindo opiniões díspares a respeito que merecem ser abordadas e refletidas.

A questão é que as críticas formuladas e os problemas levantados acerca da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade limitada não podem passar despercebidos, sem que se busque uma definição acerca da normativa aplicável que satisfaça os anseios modernos. Após muitos anos procurou-se construir, doutrinária e jurisprudencialmente, uma solução adequada para a constrição de cota de sociedade limitada numa realidade de omissão da legislação a respeito, alcançando-se um resultado que, salvo possíveis opiniões contrárias, é visto como satisfatório. É por demais contraditório que, hodiernamente, com previsões legais expressas, a solução reste mais imprevisível, dificultosa e custosa.

E o que também motiva a busca por uma solução adequada é o fato de que as resoluções ditadas pelo artigo 1.026 do Código Civil sujeitam o credor a

um complexo e imprevisível procedimento, o que torna não só dificultoso como incerta a recuperação do seu crédito. Ademais, as referidas soluções dão margem para incidentes e discussões, provocando o surgimento de inúmeras opiniões e contribuindo para que o processo perca em eficiência, indo na contra mão da realidade atual ao lesar direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva ao prazo razoável do processo.

No mais, ao possibilitar a liquidação da cota para a satisfação do credor, ainda que se priorize a constrição dos lucros, coloca em risco a saúde financeira da sociedade e a atividade empresarial, além de ferir o principal efeito da personalidade jurídica que é a autonomia patrimonial, na medida em que será a pessoa jurídica quem economicamente arcará com o dispêndio para o pagamento do credor do sócio devedor, desfalque que não é satisfatoriamente compensado com a exclusão deste último do quadro social.

5.2 A inaplicabilidade do artigo 1.026 do Código Civil e da liquidação à sociedade empresária limitada

Em inúmeros trechos do presente trabalho adiantamos nosso posicionamento no sentido de que a constrição da cota da sociedade empresária limitada, em execução individual, deve ser regida pelas regras do Código de Processo Civil, sendo inaplicáveis as regras do artigo 1.026 do Código Civil, ocasião em que expusemos a devida fundamentação para sustentar esta posição. Desta feita, exporemos os resultados de nossa construção repontando-nos aos fundamentos já colacionados no intuito de fechar a conclusão pretendida.

5.2.1 O artigo 1.026 do Código Civil e a regência supletiva

Já expusemos que a construção da presente tese não depende das reformas do Código de Processo Civil que passou a prever expressamente a

possibilidade de penhora da cota de sociedade limitada. Isto porque, a jurisprudência já havia consolidado, com pleno acolhimento da doutrina, o entendimento de que tal penhora era possível, ressalvando alguns valores que deveriam ser preservados através da remição ou da preferência dos sócios e\ou da sociedade para se resguardarem do ingresso de estranhos na sociedade.

Todavia, não negamos que o advento da Lei 11.382/2006 reforça os argumentos que fundamentam a inaplicabilidade do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade limitada, na medida em que preconiza, através de regra específica, não só a possibilidade da penhora da cota, como os procedimentos de alienação e a garantia de prelação dos sócios.

Porém, independentemente do advento da lei processual reformista, julgamos que o artigo 1.026 do Código Civil não se aplica à sociedade empresária limitada por absoluta incompatibilidade. Senão vejamos:

A sociedade limitada é um tipo próprio das sociedades empresárias, regida pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, embora a sociedade simples possa assumir sua forma, conforme autoriza o artigo 983 do citado diploma. É possível, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de *sociedade simples limitada*, que não é empresária, e de *sociedade empresária limitada*, que é o tipo abordado no presente trabalho.⁴⁶⁴

Sendo empresária, o exercício da atividade econômica representada pelo objeto social se subordina, dentre outras regras próprias dos empresários, ao *pode-dever* que decorre do princípio da *função social da empresa*, que por sua vez possui dois âmbitos de atuação, um como *condicionador do exercício*

⁴⁶⁴ Cf. item 2.1.3

da atividade e outro como *incentivador* do referido exercício, cuja vertente dá origem ao princípio da *preservação da empresa*⁴⁶⁵.

O artigo 1.026 do Código Civil está inserido no capítulo que rege a sociedade simples. Já o capítulo que rege a sociedade limitada é omissivo a respeito da constrição da cota social, fazendo surgir os entendimentos acima expostos, no sentido de que aquele dispositivo seria aplicado supletivamente a este tipo societário. E é justamente neste aspecto que sugerimos a reflexão no sentido de que a norma de regência supletiva não tem aplicação ampla e irrestrita, mas é condicionada à compatibilidade com o instituto a ser regido⁴⁶⁶.

Em outras palavras, não são todos os dispositivos da sociedade simples que podem ser aplicados supletivamente à sociedade limitada, mas apenas aqueles que com esta forem compatíveis. Este entendimento esteve presente desde a vigência do Decreto-lei 3.708/1919, quando se discutia os limites de aplicação supletiva das normas da sociedade anônima, pelo que prescrevia o artigo 18 daquele diploma legal. A regência supletiva é circunscrita, portanto, aos fins econômicos e empresariais, assim como aos princípios que são inerentes à atividade exercida pela sociedade empresária limitada.⁴⁶⁷

Assim, são realmente passíveis de reflexão as críticas da doutrina, sobretudo a comercialista, no sentido de que a liquidação da cota da sociedade limitada se choca frontalmente com o princípio da *preservação da empresa*, pois será a sociedade quem sofrerá o desfalque patrimonial para a satisfação do credor, o que poderá colocar em risco sua saúde financeira e até sua continuidade⁴⁶⁸, sugerindo o questionamento no sentido de que a regra do artigo

⁴⁶⁵ Cf. item 2.4.2.4

⁴⁶⁶ Cf. item 2.2.2

⁴⁶⁷ Cf. item 2.2.2

⁴⁶⁸ Cf. críticas expostas no item 5.1.1

1.026 do Código Civil é compatível com a sociedade empresária limitada para regê-la supletivamente.

Ademais, conforme anunciam as experiências legislativas estrangeiras, a solução do artigo 1.026 do Código Civil é própria para as sociedades eminentemente de pessoas e de responsabilidade ilimitada, na medida em que impede por completo o ingresso de estranhos no quadro social, em respeito aos interesses dos sócios e da sociedade, e para que não desestime a constrição pelo credor e aquisição por terceiros, já que o ingresso na sociedade implicará a assunção de amplas responsabilidades. Tanto que nas legislações italiana, portuguesa e argentina, analisadas no presente trabalho, existem regras idênticas as do artigo 1.026 do Código Civil para as sociedades simples, sociedade em nome coletivo e sociedades em geral, respectivamente, e outra regra, completamente diversa e idêntica a que prescreve o Código de Processo Civil brasileiro para a sociedade limitada.⁴⁶⁹

Isto porque, a sociedade limitada possui características distintas da sociedade simples. Afinal, todos os sócios possuem responsabilidade limitada e sua natureza é híbrida, pois sempre terá, concomitantemente, feição personalista e capitalista, independentemente das regras do contrato social e da eleição de regência supletiva.⁴⁷⁰

Por este motivo, tendo em vista as características essenciais da sociedade limitada – responsabilidade limitada dos sócios e de natureza híbrida -, os seus fins econômicos e empresariais – a sociedade limitada é empresária e a simples não - e os princípios da função social da empresa, que obrigam e incidem sobre todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que se prontificam a exercer atividade desta natureza, defendemos que o artigo 1.026 do Código

⁴⁶⁹ Cf. item 4.3.1

⁴⁷⁰ Cf. item 2.3

Civil é absolutamente incompatível com a sociedade empresária limitada, não sendo, portanto, aplicável para reger a constrição de cota deste tipo societário, mesmo que as normas da simples tenham sido eleitas para a regência supletiva.

Esclarecemos que esta construção não pretende negar vigência ou limitar o âmbito de aplicação do artigo 1.053 do Código Civil, mas representa, na verdade, argumento de interpretação sistemática e harmônica do referido dispositivo com o ordenamento jurídico vigente.

Desta feita, em sede de sociedade limitada, entendemos ser despicienda a discussão se as soluções do artigo 1.026 do Código Civil são ampliativas ou restritivas, ou ainda, se o seu âmbito de aplicação é ou não limitado pela regência supletiva eleita no contrato social. E no mais, o regramento acerca de constrição da cota social fica mais previsível, pois não ficará dependente das regras do contrato social, sendo determinada unicamente pelo tipo societário.

5.2.2 A inexistência de antinomia jurídica entre o artigo 1.026 do Código Civil com as regras do Código de Processo Civil

Já nos manifestamos no sentido de que as soluções preconizadas pelo artigo 1.026 do Código Civil são absolutamente distintas da penhora e da expropriação preconizadas pelos dispositivos do Código de Processo Civil que regulam o processo de execução. Com efeito, enquanto segundo aquela regra não é a cota social em si o objeto de execução forçada, mas tão-somente os frutos que couberem ao sócio devedor, as normas processuais conduzem a penhora e a expropriação da cota, que será levada à adjudicação ou à

arrematação, podendo ser adquirida por terceiros, com todos os direitos inerentes, ressalvada a prelação dos sócios na adjudicação⁴⁷¹.

Estas soluções díspares sugerem o questionamento se existe antinomia jurídica entre a solução do Código Civil com a do Código de Processo Civil. Embora ambas regulem a constrição de cota social, atribuindo conseqüências distintas, entendemos que não há antinomia jurídica, na medida em que as respectivas hipóteses normativas são distintas.

Com efeito, enquanto o Código de Processo Civil regula a penhora e a expropriação de “*ações ou quotas de sociedades empresárias*”, conforme o texto expresso do inciso VI do artigo 655, o artigo 1.026 do Código Civil regula a constrição de cota de sociedade simples, ou seja, de sociedade não empresária.

O questionamento seria mais contundente na hipótese da sociedade limitada ser regida supletivamente pelas normas da sociedade simples, ou ainda, se prevalecesse o argumento de JOSÉ WALDEY LUCENA, no sentido de que o artigo 1.026 do Código Civil é aplicável independentemente da regência supletiva, pelo disposto no artigo 1.089 do citado diploma, haja vista que a lei da sociedade anônima seria omissa a respeito⁴⁷².

Porém, o critério da incompatibilidade, por nós defendido⁴⁷³, afasta por completo a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil e, conseqüentemente, a possibilidade de colisão normativa com as soluções da legislação processual. E neste aspecto, cumpre-nos reforçar nossa posição com outro argumento, que é a incidência da função normativa dos princípios.

⁴⁷¹ Cf. interpretação por nós defendida no item 4.2.2.2

⁴⁷² Entendimento exposto no item 5.1

⁴⁷³ Cf. item 5.2.1

Conforme já exposto no item 1.4.2, a concepção moderna dos princípios como espécie de normas jurídicas, juntamente com as regras, conduz a uma melhor compreensão de sua função. Com efeito, sendo espécie de norma jurídica, os princípios possuem intrínseca a *função normativa*, propiciando sua invocação para auxiliar o intérprete no momento de atribuir determinado significado e alcance aos enunciados normativos, norteando que sejam adotados aqueles que se coadunem com seus fins e afastando os que conflitam com seus sentidos, haja vista a sua superioridade jurídica, lógica e finalista.

Nesta toada, a função normativa dos princípios propicia ainda sua invocação não só para solucionar, como também para evitar antinomias, sobretudo quando as normas conflitantes se encontram no mesmo nível hierárquico. Ao atribuir determinado significado e alcance às expressões legais, a invocação dos princípios acaba por resolver eventuais antinomias antes mesmo que elas apareçam.

Esta concepção fundamenta o que ora sustentamos. A invocação do princípio da *função social da empresa*, na vertente da *preservação da empresa*, fundamenta, pelas razões já expostas, a incompatibilidade do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade empresária limitada, afastando, assim, um dos elementos essenciais da regência supletiva – a compatibilidade. Em outras palavras, a invocação do princípio da função social da empresa evita a antinomia jurídica entre duas normas de mesmo nível hierárquico.

Acrescemos a tais considerações a invocação da função normativa dos princípios para a determinação de significados aos enunciados normativos, dentre vários possíveis, afim de atribuir o alcance do artigo 1.053 do Código Civil. É que o enunciado deste artigo permite a interpretação de que todos os dispositivos que regem a sociedade simples poderão ser aplicados

indistintamente para reger a sociedade limitada de forma supletiva, ou então, ao revés, que nem todos os dispositivos poderão ser aplicáveis, mas tão-somente aqueles que forem compatíveis⁴⁷⁴.

Nossa defesa se sustenta no argumento de que a interpretação do artigo 1.053 do Código Civil deve ser sistemática e harmônica com as demais normas vigentes. E o princípio da preservação da empresa auxilia na determinação desta interpretação, sob pena de a constrição da cota da sociedade limitada comprometer a atividade empresarial e lesar as finalidades do referido princípio.

Por estes motivos, defendemos que, em sede de constrição de cota social, as soluções preconizadas pelo artigo 1.026 do Código Civil e pelas normas do Código de Processo Civil, que regulam a execução forçada, conferem soluções e conseqüências absolutamente distintas. Porém, entre os dois regramentos não existe antinomia jurídica, sendo o Código Civil aplicável à sociedade simples, o que inclui a *sociedade simples limitada*, e o Código de Processo Civil às sociedades empresárias, dentre as quais, a *sociedade empresária limitada*.

5.2.3 Os princípios incidentes e suas possíveis colisões

Ratificamos que a defesa desta tese não está sustentada na resolução de conflito entre a regra do artigo 1.026 do Código Civil com os princípios da preservação da empresa e da efetividade do processo. Os princípios são invocados, primordialmente, como fonte de justificação para a delimitação da norma aplicável, atribuindo significado aos enunciados normativos e solucionando eventual antinomia jurídica antes mesmo que esta aparecesse.

⁴⁷⁴ Cf. item 1.4.2

Trata-se de invocação como *mandamentos de otimização*, nos moldes sustentados por ROBERTO ALEXY⁴⁷⁵.

Esclarecemos, também, que a defesa não se sustenta unicamente no advento das normas que reformaram o Código de Processo Civil, mas na incompatibilidade do artigo 1.026 do Código Civil para reger a sociedade que exerce atividade empresária e nos anseios de processos efetivos.

Feitas estas ressalvas, complementamos nossa defesa na demonstração dos princípios incidentes nas soluções analisadas, suas eventuais colisões e formas de respectiva resolução. Mas, para atingir tal intento, cumpre apresentar outras ressalvas.

Conforme expusemos no item 1.4.1, entendemos que é plenamente possível haver colisão entre regra e princípio, solucionável pelo critério da ponderação, embora exista o entendimento no sentido de que tais espécies normativas não se colidem, já que conflito se daria entre regras ou entre princípios. Esta última forma de pensar parte do pressuposto de que as regras são concreções dos princípios e, assim sendo, na constatação que determinada regra poderia ir de encontro com um princípio, haveria que se apurar qual o princípio que esta regra concretiza, para que então se estabeleça o conflito entre os princípios, solucionável pela ponderação, sem o afastamento do princípio preterido do sistema, que poderá, num outro caso, prevalecer. Mas, o afastamento de determinado princípio conflitante, conduz também no afastamento da regra que a este dá concreção.

A ressalva que fazemos é que, muito embora sejamos defensores da possibilidade de conflito entre regras e princípio, a construção de nossa tese também não depende deste entendimento. Vale dizer, adotando tanto um, como

⁴⁷⁵ Cf. item 1.4

outro pensamento, conseguimos atingir o resultado almejado, conforme adiante exposto.

5.2.3.1 O artigo 1.026 do Código Civil e o princípio da livre associação

A *ratio* do artigo 1.026 do Código Civil é possibilitar a satisfação do credor por meios que não permitam o ingresso de estranhos no quadro social. Tanto que a referida regra está contida no capítulo que regula sociedade eminentemente de pessoas, ou seja, que tem como elemento fundamental o *intuitus personae*.

Na sociedade simples este caráter é perfeitamente aferível, dentre outras, nas regras que condicionam a modificação do contrato social à decisão unânime dos sócios (art. 999 do Código Civil), que condicionam a cessão das cotas à decisão dos demais sócios (artigo 1.003 do Código Civil) e que não permitem o ingresso de estranhos no quadro social contra a vontade dos demais sócios nas hipóteses de credor, separação ou falecimento de sócio (artigos 1.026, 1.027 e 1.028 do Código Civil, respectivamente).

As regras que respeitam o *intuitu personae* representam a concreção de uma das facetas do princípio da livre associação, que é a liberdade de se associar e não se associar, esculpido no inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal, que prescreve: “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.⁴⁷⁶

Nas sociedades contratuais este princípio se conjuga com a liberdade contratual, que é considerada uma das vertentes da autonomia da vontade. Assim, preconiza que ninguém pode ser compelido a contratar sociedade com quem não queira, norma esta que se irradia tanto na constituição, como no curso

⁴⁷⁶ Cf. item 2.4.1

da vida societária, protegendo o ingresso de estranhos na sociedade contra a vontade dos demais sócios.

Eis a razão da nossa assertiva, no sentido de que as faculdades conferidas pelo artigo 1.026 do Código Civil são restritivas e não ampliativas. Ou seja, elas só conferem as possibilidades do credor executar a parcela do reembolso do sócio devedor no processo de dissolução da sociedade, os lucros a serem a este distribuído ou o resultado da liquidação da sua cota social. Tais possibilidades não permitem que o credor opte, alternativamente, pela expropriação da cota à luz do Código de Processo Civil.

Na Itália este tema teve que ser enfrentado pela doutrina, pois o artigo 2.270 do Código Civil daquele país, aplicável à sociedade simples, idêntico ao artigo 1.026 do Código brasileiro, não é explícito no sentido de que a cota social da sociedade simples não pode ser objeto de expropriação. A construção alcançada foi no sentido de que a solução do referido artigo impede a expropriação da cota, sendo as alternativas conferidas ao credor limitativas e não ampliativas. E uma das justificativas para o resultado doutrinário alcançado foi justamente o reconhecimento de que o principal escopo da norma é evitar o ingresso de estranhos no quadro social contra a vontade dos demais sócios⁴⁷⁷.

As doutrinas portuguesa e argentina, por sua vez, não tiveram o mesmo trabalho, pois as respectivas legislações explicitam que a cota da sociedade em nome coletivo – em Portugal⁴⁷⁸ - e das sociedades em geral – na

⁴⁷⁷ Cf. item 4.3.1

⁴⁷⁸ Conforme n. 1 do artigo 183 do Código das Sociedades Comerciais: “*O credor do sócio não pode executar a parte deste na sociedade, mas apenas o direito aos lucros e à quota de liquidação.*”

Argentina⁴⁷⁹ – não são suscetíveis de expropriação, cabendo ao credor executar os lucros ou o resultado da liquidação da cota do sócio devedor.

Como a legislação brasileira se espelha na italiana, e não existe qualquer peculiaridade na estruturação societária nacional que justifique um resultado diferente do direito alienígena, só nos resta a conclusão de que o escopo da nossa normativa é também o de evitar o ingresso de estranhos no quadro social contra a vontade dos demais sócios.

Daí a assertiva no sentido de que a regra do artigo 1.026 do Código Civil brasileiro dá concretude ao princípio da livre associação e, via de consequência, aos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade.

5.2.3.2 A liquidação da cota e a função social da propriedade e da empresa

A satisfação do credor mediante a liquidação da participação social do devedor leva à extinção da respectiva cota social. Com efeito, tal operação conduz à apuração do valor da cota e ao depósito da quantia apurada no juízo da execução pela sociedade, implicando o desfalque patrimonial desta, e, conseqüentemente, a redução do capital social, com a exclusão de pleno direito do sócio devedor. E esta redução do capital social se dá por conta da extinção das cotas do sócio devedor.

Conforme desenvolvimento do item 3.4.2, a cota da sociedade empresária limitada é um bem móvel incorpóreo e de produção. E a divisão dos bens, dentre outras possíveis classificações, em bens de consumo e bens de produção, fundamentou a construção de que a propriedade possui uma função

⁴⁷⁹ Cf. artigo 57 da Lei 19.550: “*Los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés; sólo pueden cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación. La sociedad no puede ser prorrogada si no se satisface al acreedor particular embargante.*”

individual, própria dos bens de consumo, e uma função social, própria dos bens de produção, reconhecida esta como um dos princípios da ordem econômica esculpidos no artigo 170 da Carta Magna.⁴⁸⁰

Por tal razão, a existência e a titularidade da cota de sociedade empresária são norteadas pelo *poder-dever* da função social da propriedade, ou seja, de dar ao referido bem de produção o destino específico, em consonância com os princípios norteadores da ordem econômica e com os fundamentos do Estado de Direito. E o reconhecimento da função social como um princípio⁴⁸¹ não induz que tal *poder-dever* confira apenas limites e/ou responsabilidades ao proprietário, mas que também norteie a interpretação e a aplicação das normas que de alguma forma regem a cota social. Neste sentido, as normas que regulam a constrição da cota de sociedade empresária limitada deverão ser delimitadas, interpretadas e aplicadas em harmonia com o princípio da função social da propriedade.

A satisfação do credor por meio da execução da cota social poderá ocorrer com ou sem a extinção do referido bem. Se o credor for pago com o fruto da venda da cota do devedor para terceiros, o bem continua a existir, embora sob outra titularidade. E a sua existência pressupõe a manutenção de investimento no ciclo produtivo, ou seja, a manutenção do exercício da função social da propriedade de bem de produção. Mas se a satisfação do credor se der através da liquidação da cota, haverá a extinção do referido bem de produção, que deixará de exercer os seus fins individuais e coletivos, em contraposição à função social da propriedade.

Ora, concebendo-se a função social da propriedade como um princípio, e este como uma espécie de norma jurídica, com caráter deontológico e não

⁴⁸⁰ Cf. item 2.4.2.1

⁴⁸¹ Cf. item 2.4.2

meramente axiológico⁴⁸², concluímos que a invocação deste princípio não conduz à simples orientação ou sugestão de qual meio será adotado para a satisfação do credor, mas impõe a interpretação e a delimitação da regra a ser aplicada, rechaçando aquela que não conduz com os seus fins.

Além disso, observamos que do princípio da função social da propriedade se deduz o princípio da função social da empresa⁴⁸³, sobretudo quando a exploração dos bens de produção ocorre por meio de uma organização empresarial, fazendo surgir a fase denominada de *propriedade empresarial*, fundada no reconhecimento de que o instituto da propriedade não é único, mas é composto pelo conjunto de vários institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens, implicando o que EROS ROBERTO GRAU denomina de *multiplicidade da propriedade*⁴⁸⁴.

A liquidação da cota, conforme reconhecido por FÁBIO ULHOA COELHO, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, ARNOLD WALD e ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO⁴⁸⁵, poderá lesar um dos âmbitos de aplicação da função social da empresa, que é o princípio da preservação da empresa⁴⁸⁶. Isto porque, segundo já expusemos, o pagamento do credor se dará com recursos do patrimônio líquido da sociedade que caberia ao sócio devedor. Este desfalque, que não é satisfatoriamente compensado com a exclusão do sócio devedor, além de provocar um desinvestimento, poderá colocar em risco a continuidade da empresa, atingindo todos os interesses que em torno dela gravitam.

⁴⁸² Cf. item 1.4

⁴⁸³ Cf. item 1.4

⁴⁸⁴ Cf. item 2.4.2.1

⁴⁸⁵ Cf. item 5.1.1

⁴⁸⁶ Cf. item 2.4.2

Portanto, sustentamos que a regra que possibilita a liquidação da cota social para a satisfação do credor não se aplica à sociedade empresária, por ferir frontalmente os princípios da função social da propriedade e da preservação da empresa, que regem a respectiva atividade. Esta assertiva permite duas conclusões. Uma, no sentido de que o artigo 1.026 do Código Civil não deve ser aplicado à sociedade empresária limitada, independentemente da regência supletiva. E outra, no sentido de que a interpretação a ser conferida aos dispositivos do Código de Processo Civil não deve ser no sentido de permitir que a cota seja liquidada, seja pelo próprio credor ou pelo adquirente. Mas, ao revés, que a solução do Código processual é no sentido de que a execução forçada da cota induz à sua transmissão, seja por adjudicação ou arrematação, conferindo ao adquirente os direitos amplos de sócio, resguardando aos sócios o direito de prelação.

5.2.3.3 O artigo 1.026 do Código Civil e o princípio da efetividade do processo

A efetividade do processo é um princípio construído a partir de direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e ao prazo razoável de duração do feito, previstos, respectivamente, nos incisos XXXV e LXXXIII do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁸⁷.

Seu propósito permite a assertiva de que o pensamento moderno preponderante é no sentido de que não basta garantir o acesso à justiça, nem obter decisão favorável, se tal não representa uma situação concreta favorável ao cidadão que se socorre do judiciário para postular o bem da vida. Eis a razão da importância que adquire o processo executivo, pois é através dele que o

⁴⁸⁷ Cf. item 4.2.2.1

direito material pretendido se realizará, o que justifica ser um dos principais objetos do comando constitucional⁴⁸⁸.

As dificuldades operacionais que a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil proporciona⁴⁸⁹ leva a afirmar que este regramento vai de encontro com o referido propósito, pois sujeitará o credor a uma complexa, indefinida e imprevisível ritualística para a obtenção da tutela jurisdicional de direito material.

Não negamos que a alternativa de constrição dos lucros, permitida pelo dispositivo em questão, pode até ser uma forma eficiente de satisfação do credor. Todavia, tal eficiência será atingida na hipótese da sociedade já ter gerado e deliberado pela distribuição de lucros aos sócios, e ainda, que tal distribuição não tenha se efetivado, encontrando-se os respectivos recursos em caixa, disponível para a constrição por iniciativa do credor do sócio. Trata-se de hipótese que não é muito comum, embora não impossível de se verificar num caso concreto. Por outro lado, se o credor depender da distribuição de lucros futuros, a efetivação do seu direito não será tão simples, pois se sujeitará às possíveis delongas até que se materialize a distribuição dos lucros, e, principalmente, às decisões dos sócios, sem que tenha direito de participar ou simplesmente de opinar a respeito.

Ocorre que, o possível benefício que a execução dos lucros pode gerar não depende da aplicação do artigo 1.026 do Código Civil, porque o credor encontrará no Código de Processo Civil regras que lhe permitam atingir tal intento. Com efeito, a penhora sobre os lucros poderá encontrar fundamento no inciso I do artigo 655, se já existir dinheiro disponível, ou no inciso X do mesmo artigo. No mais, como um dos objetivos da reforma ditada pela Lei

⁴⁸⁸ Cf. item 4.2.2.1

⁴⁸⁹ Cf. item 5.1.2

11.382/2006 é conferir maior efetividade ao feito⁴⁹⁰, várias novidades facilitarão a referida execução.

Uma delas é a de que a ordem do artigo 655 do Código de Processo Civil não é obrigatória, pelo que se extrai da expressão “*preferencialmente*”, contida no *caput* do referido artigo⁴⁹¹. Outra novidade, é que a escolha do bem a ser penhorado não é mais do devedor, sendo transferida para o credor, pelo que dispõe o §2º do artigo 652 do Código de Processo Civil⁴⁹². Ao devedor cabe apenas postular a substituição da penhora, nos termos do artigo 656 do citado diploma legal, devendo apresentar justificativa para tanto.

Assim sendo, independentemente da invocação do artigo 1.026 do Código Civil, o credor terá ampla possibilidade jurídica de priorizar a execução sobre os lucros existentes ou futuros que couberem ao seu devedor, com fundamento mais preciso e exauriente do Código de Processo Civil.

Eis a razão de nossa opinião no sentido de que a melhor solução não é a forma de interpretação do artigo 1.026 do Código Civil, conforme sugerido por ARNOLD WALD, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO e pelo

⁴⁹⁰ Cf. item 4.2.2.1

⁴⁹¹ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 69. *A ordem de preferência para a escolha dos bens para garantia da execução, instituída pelo art. 655, endereça-se ao exequente, e não mais ao executado. Havendo, porém, desobediência à gradação legal, caberá ao devedor impugnar a escolha feita e pleitear a substituição do bem constrito. A jurisprudência, mesmo antes da reforma da Lei n. 11.382/2006, já entendia que a ordem do art. 655 não era absoluta e inflexível. O texto renovado do art. 655 afina-se com a jurisprudência ao estatuir que ‘a penhora observará, preferencialmente’, a gradação da lei (e não obrigatória ou necessariamente). Admite-se, de tal sorte, a justificação da escolha dentro dos parâmetros (i) da facilitação da execução e sua rapidez, e (ii) da conciliação, quanto possível do interesse de ambas as partes.”*

⁴⁹² “Art. 652. *O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (...) § 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).”*

enunciado no Conselho da Justiça Federal⁴⁹³, no sentido de que na aplicação do referido artigo deve ser priorizada a execução sobre os lucros em detrimento da liquidação da cota. O mais seguro e eficiente seria afastar por completo a aplicação deste dispositivo à sociedade empresária limitada, pois ainda que se adote a orientação genérica para priorizar a execução sobre os lucros, persistirá a possibilidade, em vários casos concretos, de o credor optar pela liquidação da cota, já que é uma das faculdades que a lei lhe confere.

Portanto, a regra do artigo 1.026 do Código Civil, salvo em situações específicas e raras, contraria o princípio da efetividade do processo.

5.3 A aplicabilidade do Código de Processo Civil para a constrição de cota de sociedade empresária limitada

Em que pese as opiniões contrárias, expostas no desenvolvimento deste trabalho, defendemos que a constrição da cota de sociedade empresária limitada deve ser regida exclusivamente pelo Código de Processo Civil, rechaçando-se por completo a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil. E mais, que a interpretação e a aplicação das regras do *Codex* processual sejam no sentido de não possibilitar a liquidação da cota, seja pelo credor, ou pelo adquirente da cota expropriada.

Fundamentamos nossa opinião na interpretação e na aplicação das normas de regência supletiva da sociedade limitada, invocando princípios para direcionar os significados dos enunciados normativos e para evitar antinomias jurídicas antes mesmo que elas apareçam. Neste sentido, a invocação dos princípios teve a função justificadora da eleição da normativa aplicável.

⁴⁹³ Cf. item 5.1.1

Porém, ousamos ir ainda mais além, em respeito às abalizadas opiniões de que a normativa de regência supletiva sugere que o artigo 1.026 do Código Civil possa ser invocado para reger a sociedade limitada. Neste caso, defendemos o afastamento da solução ditada pelo referido dispositivo legal, sugerindo o conflito entre esta regra e os princípios que norteiam a atividade empresarial e a efetividade do processo, ou, em última análise, sugerindo a resolução de possíveis conflitos entre os princípios cujas regras da constrição da cota de sociedade limitada dão concretudes.

5.3.1 A resolução de conflito de as regras e os princípios incidentes

Defendemos, amparados na legislação nacional e acolhendo as posições das legislações e doutrinas estrangeiras, cujas estruturas inspiraram o ordenamento brasileiro e, por isso, com este se assemelham, que a solução ditada pelo artigo 1.026 do Código Civil dá concretude ao princípio da livre associação⁴⁹⁴.

Porém, a referida solução vai de encontro com os fins desejados pela função social da propriedade, pela função social da empresa e, em certa medida, pela efetividade do processo, segundo o desenvolvimento exposto no item 5.3, acima.

Por outro lado, a solução preconizada pelo Código de Processo Civil, interpretada de forma a não possibilitar a liquidação da cota, acaba por dar concretude aos princípios da função social da propriedade e da função social empresa, pois confere ao credor os meios de satisfazer seu crédito sem impor a extinção da cota de sociedade empresária – bem de produção – e o desfalque patrimonial da referida sociedade.

⁴⁹⁴ Cf. item 5.2.3.1

Ao mesmo tempo, dá concretude ao princípio da efetividade do processo, no seu perfil mais amplo – busca de solução efetiva e duração razoável do feito - na medida em que os procedimentos do *Codex* processual são estruturados e foram recentemente reformulados como o claro e reconhecido propósito de atingir tal intento. E, para tanto, livra o credor da sujeição ao complexo, vago e imprevisível procedimento de execução dos lucros futuros e da liquidação da cota do sócio devedor.

Quanto ao princípio da livre associação, impende alertar que a solução da legislação processual não o despreza, mas, ao revés, procura também dar a ele concretude ao conferir aos sócios o direito de prelação, que tem o escopo de possibilitar que estes evitem o ingresso de estranhos no quadro social contra as suas vontades.

Entendemos que a solução do Código de Processo Civil pode dar, no máximo, a impressão de que o princípio da livre associação é menos protegido do que a solução do Código Civil, pois se os sócios não tiverem condições de exercer a prelação, não conseguirão evitar o ingresso de estranhos na sociedade. Na solução do artigo 1.026 do Código Civil o ingresso seria impossível em todos os casos, na medida em que as alternativas oferecidas ao credor não permitem tal consequência, salvo acordo expresso entre todas as partes envolvidas, credor, devedor e demais sócios, ocasião em que a regra sequer seria aplicável.

Sugerimos analisar o caso, todavia, no sentido de que a proteção do Código Civil é falsa e demagoga. Ora, se o credor optar pela liquidação da cota, a proteção contra o ingresso de terceiro na sociedade não será gratuita, pois implicará o desfalque patrimonial para pagar o credor e excluir o sócio devedor. A diferença é que a regra do Código Civil não confere escolha aos demais sócios e à sociedade. Ou seja, optando o credor pela liquidação da cota e não

desejando este acordar com os sócios para receber a cota em dação em pagamento, a sociedade terá que despende a quantia apurada em liquidação, queira ou não, e seu inadimplemento a sujeitará aos efeitos da mora.

Na solução do Código de Processo Civil, os sócios têm a opção de escolha entre investir para evitar o ingresso de estranho ou, não tendo recursos para tanto ou sendo-lhes indiferente, aceitar novo sócio no quadro social. Por esta razão, o princípio da livre associação não é desprezado, mas harmonizado com os demais princípios societários, empresariais e processuais incidentes.

Dessa forma, não nos restam dúvidas em afirmar que os anseios atuais exigem um satisfatório *diálogo* entre os referidos princípios. E, para tanto, vislumbramos as seguintes alternativas que atendem às diversas formas de entendimentos acerca da resolução de conflitos entre regras e princípios.

Em se acolhendo o entendimento, por nós acompanhado, de que é possível a existência de colisão entre regras e princípios, sugerimos a existência de conflito entre a regra do artigo 1.026 do Código Civil e os princípios da função social da propriedade, da função social da empresa e da efetividade do processo, que fundamentariam, com força de comando constitucional, o afastamento da referida regra e a delimitação de outro meio para a satisfação do credor, que não os lesassem, como são as soluções preconizadas pelo Código de Processo Civil.

Todavia, mesmo acatando o entendimento de que as regras não colidem com os princípios, e que a colisão se daria entre regras ou entre princípios⁴⁹⁵, atingiríamos o mesmo resultado, qual seja, o afastamento da solução do artigo 1.026 do Código Civil para a constrição de cota de sociedade empresária limitada. Senão vejamos:

⁴⁹⁵ Cf. item 1.4.1

O artigo 1.026 do Código Civil dá concretude ao princípio da livre associação. Já as soluções do Código de Processo Civil dão concretude aos princípios da função social da empresa, da função social da propriedade, da efetividade do processo e também da livre associação. Adotando-se o critério do *peso* e da *importância*⁴⁹⁶, bem como reconhecendo a necessidade de se atender de forma mais ampla e satisfatória os princípios da ordem econômica – artigo 170 da Constituição Federal – e do Estado Democrático de Direito – em especial o artigo 1º, *caput*, e respectivos incisos da Carta Magna -, defendemos o prevalectimento destes últimos para delimitar a normativa aplicável para a regência de constrição de cota de sociedade empresária. Até porque, os fins defendidos pela solução do Código Civil atendem em maior medida os interesses individuais dos sócios e da sociedade, e as soluções e os princípios atendidos pela solução da legislação processual atendem de forma mais ampla os interesses coletivos.

5.3.2 As dificuldades da aplicação do Código de Processo Civil e suas possíveis soluções

Reconhecemos que as soluções preconizadas pelo Código de Processo Civil não são infalíveis. Até porque, na resolução de conflitos entre credor e devedor, embora se busque uma saída mais equilibrada possível, é comum a possibilidade de sujeição a sacrifícios. E, no tema em questão, tal possibilidade se evidencia, na medida em que atinge a esfera de interesses de terceiros, que não apenas os do devedor e do credor.

Porém, o enfrentamento das dificuldades decorrentes das regras da legislação processual possibilita atingir resultados mais satisfatórios do que as soluções do Código Civil.

⁴⁹⁶ Cf. item 1.4.1

Conforme já reconhecemos, a constrição sobre os lucros, prevista no artigo 1.026 do Código Civil, seria menos onerosa para o devedor, para os demais sócios e para a sociedade, que não precisariam investir ou se desfalcara para evitar o ingresso de estranhos na sociedade, o que representaria maior eficácia para o credor do que a expropriação da cota para alienação a terceiros, cujo interesse de aquisição é incerto, senão absolutamente não atrativo.

Entretanto, para que a solução seja realmente efetiva, é imprescindível que existam lucros a serem constriados. E, para tanto, não basta que a sociedade já tenha logrado resultados econômicos positivos, mas também que tenha ocorrido a deliberação social para a sua distribuição, pois a sociedade poderia deliberar por reinvesti-los. Caso contrário, só restaria ao credor a possibilidade de executar os lucros futuros, sujeitando-o a todas as dificuldades já levantadas.

Enfim, se só restar ao credor a possibilidade de fazer a execução recair sobre os lucros futuros, é preferível que ele se torne sócio, porque, pelo menos, poderá participar das deliberações sociais que decidirão pela distribuição dos resultados e não ficará à mercê da decisão dos demais sócios, em conjunto com seu próprio devedor. No mais, poderá tomar conhecimento das demais informações da sociedade, além de exercer de forma mais eficaz a fiscalização, tomar conhecimento das contas, comparecendo às deliberações sobre sua aprovação e consignando eventual dissidência, o que importa dizer que poderá exercer todos os direitos patrimoniais e pessoais.

Agora, se já existem lucros disponíveis para a distribuição, a possibilidade de sua execução não depende da aplicação do disposto no artigo 1.026 do Código Civil, pois o próprio Código de Processo Civil contém formas mais eficazes para tanto. Conforme já exposto, pela nova sistemática

processual, a escolha sobre o bem a ser penhorado não cabe mais ao devedor, porque a penhora deixou de ser pressuposto de garantia do juízo para a oposição de embargos. O credor tem ampla possibilidade de indicar o bem a ser penhorado pelo disposto no §2º do artigo 652. Poderia, então, indicar o dinheiro disponível, depositado ou aplicado em favor do sócio, nos termos do inciso I do artigo 655, ou postular a execução em *outros direitos*, previsto no inciso X do mesmo artigo.

Outra possível vulnerabilidade da solução por nós sugerida, conforme também já alertado, é a possibilidade do ingresso de um estranho no quadro social, mas que pode ser minimizada ou até afastada pelo direito de prelação dos sócios, conferido no §4º do artigo 685-A do Código de Processo Civil. Ocorre que esta garantia pode ser ineficaz, caso os sócios não possuam recursos suficientes para exercê-la.

Ocorre que os sócios poderão viabilizar a aquisição das cotas ajustando recursos da sociedade, desde que não implique prejuízo ao seu capital social. E, na hipótese de não haver recursos, a liquidação da cota seria medida ainda mais grave do que a transferência da cota para terceiros.

É bem verdade que no nosso ordenamento jurídico não existe a previsão legal expressa de a sociedade amortizar a cota, de forma parcelada, a exemplo do previsto nos artigos 232 a 235 do Código das Sociedades Comerciais de Portugal⁴⁹⁷, instituto este que daria maior proteção aos interesses dos sócios de que a cota não se sujeite à expropriação. Todavia, o nosso direito prevê a possibilidade de o devedor postular o parcelamento da dívida, a teor do artigo 745-A do Código de Processo Civil⁴⁹⁸, reconhecendo o débito,

⁴⁹⁷ Cf. item 4.3.2

⁴⁹⁸ “Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive

depositando 30% (trinta por cento) do valor em execução e se dispondo a pagar o saldo restante em 06 (seis) parcelas mensais e sucessivas. Esta faculdade pode viabilizar o exercício do direito de preferência, salvaguardando os interesses dos sócios.

Uma vantagem desta sistemática para os sócios e para a sociedade, em relação à previsão de liquidação da cota, é que nesta a opção pela liquidação seria exclusiva do credor, retirando dos sócios a adoção de medidas que melhor lhes conviessem. Com efeito, pelo Código de Processo Civil, os sócios, diante de um caso concreto, teriam condições de avaliar o que seria mais ou menos prejudicial para a vida societária e empresarial. Ou seja, verificariam se seria mais benéfico o investimento de quitar o débito, à vista ou de forma parcelada, ou ainda, negociar com o credor. Caso contrário, poderiam aceitar o ingresso de um estranho no quadro social. Em todos estes casos o credor restaria satisfeito e o processo eficaz. O que não parece apropriado é a legislação impor a consequência da liquidação, o que implicará inevitavelmente desfalque patrimonial, retirando dos sócios e da sociedade a possibilidade de avaliação e escolha da melhor solução, sempre lembrando que os procedimentos de liquidação não são nada atrativos e eficazes para o credor.

Relembramos, portanto, que a sistemática ditada pelo Código de Processo Civil, sobretudo pelas suas recentes reformas, não é prestigiar o ingresso de estranhos no quadro social, embora possibilite que isto aconteça. Mas esta possibilidade tem o escopo, na verdade, de estimular os demais sócios e a sociedade de evitá-la, o que poderá ser feito mediante o pagamento da dívida, de certa forma facilitado pela previsão de moratória, tudo no afã de induzir o encerramento e a efetividade do feito com a satisfação do credor.

custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

Pode-se argüir que a penhora sobre a cota social seria inefetiva pela falta de atratividade quanto à sua aquisição. Neste aspecto, reafirmamos que pela nova sistemática processual a escolha do bem a ser penhorado é do exeqüente e não mais do executado, não sendo obrigatória a ordem sugerida pelo artigo 655 do Código de Processo Civil. Assim, num caso concreto é o exeqüente quem avaliará se é conveniente ou não a penhora da cota do seu devedor, seja pelas circunstâncias da sociedade ou pela gama patrimonial deste último. Se o executado possuir outros bens mais atrativos, poderá o credor direcionar a estes a expropriação. Caso contrário, entendemos que a possibilidade de o credor adjudicar a cota, tornando-se sócio, com a expectativa da prelação, é ainda mais atrativa do que ter que se sujeitar a um imprevisível, custoso e incerto procedimento de liquidação.

Contudo, nos parece ser ainda menos atrativo a aquisição de uma cota, via arrematação ou adjudicação, que não atribua ao adquirente a condição de sócio, com amplos direitos de voto, lucro, fiscalização, dentre outros, mas apenas direitos limitados de postular apuração de haveres ou se submeter à decisão dos demais sócios e de seu próprio devedor quanto à distribuição de lucros.

Outra possível vulnerabilidade da solução preconizada pelo Código de Processo Civil está na possibilidade de, no fim, se atingir o mesmo resultado na liquidação da cota. Ou seja, o adquirente da cota, adjudicante ou arrematante, tornando-se sócio, poderá exercer seu direito de retirada, postulando a resolução parcial da sociedade com a apuração e o pagamento de haveres. Porém, mesmo diante desta possível vulnerabilidade, algumas soluções podem ser sugeridas.

Primeiro, que a sistemática do Código de Processo Civil, em contraposição à do Código Civil, possibilitaria o encerramento de execução. Se

via arrematação, com o pagamento ao credor, o feito se tornaria eficaz. Se via adjudicação pelo exequente, ainda que a satisfação deste não ocorra de imediato, pode existir a perspectiva de lucratividade pela condição de sócio. Todavia, a vulnerabilidade ora alertada, no sentido de que o novo sócio poderia exercer o direito de retirada, atingindo o mesmo resultado da liquidação da cota, pode ser minimizada pela conjugação de entendimento por nós defendido, embora não desenvolvido por não corresponder ao tema do presente trabalho, de que o direito de retirada de sociedade empresária limitada deve ser restrito, condicionado à demonstração de justo motivo, independentemente do prazo da sociedade, tendo em vista o disposto no artigo 1.077 do Código Civil. E, para o preenchimento do pressuposto legal, não bastaria ocorrer qualquer modificação do contrato social, mas somente alterações de regras que, comprovadamente, interfeririam na esfera de interesses do sócio dissidente. Assim, por exemplo, uma simples modificação de endereço, sem maiores repercussões, não legitimaria o recesso. Em outras palavras, defendemos que também o direito de retirada deve ser conjugado com o princípio da função social da propriedade e da função social da empresa.

Outro possível argumento contrário à nossa sugestão, é o de que a aquisição da cota social poderia ser pouco atrativa, pois o adquirente poderá assumir responsabilidades próprias da condição de sócio. O fato é que a atratividade ou não de um bem depende das circunstâncias do caso concreto. A aquisição judicial de um automóvel em mal estado de conservação também não é atrativa, pois a necessidade de sucessivos consertos e manutenção proporcionaria gastos indesejados ao adquirente. Se a sociedade for deficitária, se estiver passando por dificuldades financeiras ou possuir um passivo comprometedor, o valor econômico da cota seria inexistente, o que deixaria de ser atrativa para o credor. As condições de um automóvel, de um imóvel ou de uma cota social interferirá na sua avaliação e na determinação do preço pelo qual poderão ser arrematados ou adjudicados. E, por outro lado, não olvidemos que a

sociedade possa ser lucrativa e exercer posição relevante no mercado, ocasião em que a aquisição de sua cota será atrativa, interferindo diretamente na sua avaliação. Finalmente, destacamos que se a sociedade for deficitária a aplicação do artigo 1.026 do Código Civil também seria ineficiente, já que a cota não geraria lucros e os resultados da sua liquidação também seriam insatisfatórios.

Enfim, a arguição genérica de que a aquisição da cota possa ser pouco atrativa não nos parece suficiente para defender que a solução pela sua liquidação, ao invés da penhora com expropriação, seja mais adequada diante dos princípios e dos anseios modernos.

5.4 A constrição da cota na falência do sócio de sociedade empresária limitada

No item 4.3.3 expusemos que quando o sócio for empresário e tiver sua falência decretada, a constrição da respectiva cota não será regida pelas normas que regulam a execução individual no Código de Processo Civil, mas pelas legislações falimentares. No caso, o artigo 48 do Decreto-lei 7661/45 ou o artigo 123 da Lei 11.101/2005, cada qual aplicável às falências decretadas na vigências das respectivas leis.

A solução das legislações falimentares é a liquidação da cota do sócio falido, com a apuração dos haveres e o depósito na massa. Já tivermos a oportunidade de expor nossas críticas a respeito, no desenvolvimento do referido item 4.3.3, demonstrando que a solução brasileira vai na contra-mão da história ao prescrever a liquidação da cota ao invés de estimular a manutenção do referido bem e, conseqüentemente, a continuidade do investimento no ciclo produtivo.

Desconsideraram as legislações falimentares que a liquidação da cota poderá provocar sérios prejuízos para a sociedade empresária, expondo em risco a sua saúde financeira e a sua continuidade. Deveria o legislador brasileiro ter se espelhado na legislação italiana, que no artigo 2.471 do Código Civil, dispositivo que regula a expropriação da cota da sociedade limitada em execução individual, preceitua que a mesma solução será aplicável no caso de falência do sócio.

Apresentadas as críticas, cumpre-nos apontar as sugestões. No caso, invocamos os princípios que norteiam a legislação falimentar, que protegem e estimulam a continuidade da atividade empresarial, bem como os princípios constitucionais da função social da propriedade e da função social da empresa para, nada obstante o sentido literal dos artigos supra citados, sugerir a aplicação de outras soluções previstas na mesma lei de falências, no sentido de preservar a sociedade limitada empresária cujo sócio teve sua falência decretada.

A idéia é, ao invés da liquidação da cota do sócio falido, arrecadá-las para a massa, nos termos do artigo 108 da lei falimentar, e vendê-las englobada ou isoladamente, conforme um dos meios de venda de ativos previstos na mesma lei. Pode-se, neste intento, invocar a aplicação do artigo 140 da Lei 11.101/2005⁴⁹⁹, que preconiza uma ordem na alienação dos bens, privilegiando a venda englobada dos ativos, que dentre os quais poderiam estar as cotas de participação societária. Em outras palavras, quem se prontifica a adquirir os bens da massa de forma global, adquiriria também as cotas sociais que foram arrecadadas pela massa, conferindo-se o direito de prelação aos sócios, nos

⁴⁹⁹ “Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.”

termos do §4º do artigo 685-A do Código de Processo Civil, que seria aplicado de forma supletiva, tendo em vista o disposto no artigo 189 da Lei 11.101/2005 que prescreve: “ *Aplica-se a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.*”

Na hipótese das cotas já terem sido penhoradas em execução individual antes da decretação da falência do sócio devedor, a construção sugerida fica ainda mais viável, tendo em vista o que dispõe o §3º do artigo 108 da Lei 11.101/2005⁵⁰⁰, que determina que os produtos dos bens penhorados adentrarão para a massa, cumprindo ao juiz da falência deprecar para determinar sua entrega. Assim sendo, a execução individual poderia prosseguir, arrecadando-se para a massa não as cotas em si, mas o produto de sua alienação.

Defendemos, portanto, que a invocação dos princípios incidentes, tendo em vista sua função normativa, poderia fundamentar a construção para a delimitação da normativa aplicável, no sentido de manter a estrutura lógica do sistema e evitar ao máximo a liquidação da cota de sociedade empresária para o pagamento de dívidas de seus sócios.

⁵⁰⁰ “§ 3º O produto dos bens penhorados ou por outra forma apreendidos entrará para a massa, cumprindo ao juiz deprecar, a requerimento do administrador judicial, às autoridades competentes, determinando sua entrega.”

CONCLUSÃO

Desenvolvemos a técnica, durante o trabalho, de materializar as fundamentações expostas ligando-as e aplicando-as ao tema central, na medida em que eram desenvolvidas. Desta forma, adiantamos as conclusões e a defesa da tese durante o desenvolvimento dos capítulos, sobretudo no último onde se encontra a defesa do tema central.

Assim sendo, nesta oportunidade apresentaremos apenas as conclusões de forma consolidada, evitando-se assim a inadequada repetição de desenvolvimentos e fundamentações, permitindo a compreensão das idéias e da proposta defendida.

Constatamos durante os estudos que vivemos uma indesejada incoerência doutrinária acerca do tema, em que pese o respeito e sabedoria das posições dos que o enfrentam. É que antes da vigência do Código Civil de 2002 e da Lei 11.382\2006 que reformou o Código de Processo Civil, inexistia no ordenamento jurídico brasileiro previsões expressas para regular a constrição da cota de sociedade limitada.

Diante desta omissão e por tratar de tema intrigante, na medida em que atinge interesses diversos, tais como os do credor, do devedor e da sociedade, inúmeras correntes de pensamento foram desenvolvidas, seja pela doutrina e pelos tribunais. E após este desenvolvimento o Superior Tribunal de Justiça conseguiu construir posição considerada pela maioria adequada e satisfatória.

A solução então alcançada consiste, em suma, nos seguintes aspectos: permitir a penhora da cota da sociedade limitada, amparada no fundamento de que todos os bens do devedor estão sujeitos à constrição para a satisfação do credor e que a cota não está arrolada dentre os bens impenhoráveis e

inalienáveis; conferir a possibilidade de remição dos bens ou até mesmo direito de preferência na aquisição das cotas, sobretudo quando existir no contrato social regras que impeçam a livre circulação das cotas. Todavia, entendemos que não houve consolidação jurisprudencial acerca da aquisição do *status socii* pelo adquirente, existindo o entendimento de que o objeto de aquisição seriam apenas os direitos patrimoniais sobre a quota .

Com o advento de legislações que regem de forma explícita o instituto, a primeira impressão era a de que a questão estaria resolvida e as soluções seriam previsíveis, com posições mais coesas e consolidadas. Mas não é o que se observou na prática, o que nos motivou a construção e defesa da presente tese.

A primeira previsão surgiu como o advento no Código Civil de 2002, através do artigo 1.026 do Código Civil. Julgamos que o legislador cometeu um erro crasso, ao reger o tema apenas no capítulo da sociedade simples, mantendo-se silente no capítulo do tipo societário mais utilizado no país, que é a sociedade limitada, o que provoca inúmeras incertezas e até inseguranças.

Não podemos asseverar que o conteúdo e a previsão do artigo 1.026 do Código Civil estão equivocados. Eles até podem se coadunar com a sociedade simples, que é uma sociedade não empresária, eminentemente de pessoas e de responsabilidade ilimitada. A regra é visivelmente inspirada no artigo 2.270 do Código Civil italiano, que também rege a sociedade simples naquele país e que parece ter inspirado também outras legislações, tais como a portuguesa e a argentina, que a adotaram para reger, respectivamente, a sociedade em nome coletivo e as sociedades em geral.

As críticas se justificam na tentativa de sua aplicação à sociedade limitada. É que embora o referido dispositivo pareça ter resolvido de vez a

questão, a previsão de execução sobre os frutos cota ou sua liquidação, além de sujeitar o credor à um complexo procedimental indesejado, expõe a sociedade no risco de desfalque patrimonial, lesando os princípios basilares da função social da propriedade e função social da empresa.

O risco de aplicação do referido dispositivo se completa na questionável técnica de regência supletiva preconizada pelo artigo 1.053 do Código Civil, permitindo construções lógicas de que o artigo 1.026 do Código Civil se aplicaria à sociedade limitada regida supletivamente pelas normas da sociedade simples, ou mesmo quando a regência supletiva for as normas que regem a sociedade anônima.

A partir de então, mais do que soluções, inúmeras incertezas surgiram implicando reflexões e novas construções.

Todavia, a Lei 11.382/2006 procurou reger também de forma explícita a constrição da cota de sociedade empresária, passando a prever sua possibilidade de penhora no inciso VI do artigo 655 do Código de Processo Civil e o direito de preferência dos sócios na adjudicação, acrescentando ao *Codex* processual o §4º ao artigo 685-A.

O advento desta nova lei deu outra impressão, *prima facie*, de que a questão estaria definitivamente resolvida, esperando-se mais uma vez uma posição coesa e consolidada da doutrina. Mas, mais uma vez não foi o que se observou. Opiniões díspares foram manifestadas que, somadas às incertezas manifestadas quando do advento do Código Civil, apresentam um quadro vacilante e ainda mais distante de opiniões unívocas e consolidadas.

Surgem opiniões se o artigo 1.026 do Código Civil é ou não aplicável à sociedade limitada, e em que limites se dá tal aplicação. E, no mais, surgem

outras sobre a interpretação a ser dada aos dispositivos do Código de Processo Civil, sugerindo resultados que nos parecem distantes do que efetivamente preceitua a normativa.

O que mais no impressionou foram as posturas da doutrina comercialista e processualista. Abalizada doutrina comercialistas demonstra maior preocupação com as nefastas conseqüências que a liquidação da cota pode provocar na atividade empresarial, em contraposição ao princípio da função social da empresa, na face que incentiva sua preservação.

Esperávamos que nossos estudos fossem encontrar na doutrina processualista manifestações mais favoráveis à efetividade do processo. Todavia, o que se verificou foram opiniões privilegiando questões societárias, como a *affectio societatis* e o *intuitus personae*, sugerindo que a aplicação das regras do Código de Processo Civil à sociedade limitada conduza à liquidação da cota, com apuração de haveres seja pelo credor, ou pelo adquirente da cota.

De tudo que verificamos, nos sentimos seguros de expor a seguinte assertiva: nada obstante as previsões legais, que possibilitam uma solução previsível e satisfatória, não existe no Brasil ainda uma manifestação doutrinária e jurisprudencial coesa e consolidada sobre o assunto diante do novo regramento. Isto corrobora a relevância da escolha do tema e estimula seu enfrentamento. E a construção de nossa defesa parte das seguintes conclusões colhidas no desenvolvimento do trabalho:

As normas jurídicas não se confundem com os enunciados normativos, mas representam o resultado da interpretação destes. As normas são o gênero de duas espécies, as regras e os princípios. Os princípios, portanto, são concebidos hodiernamente, na fase denominada *pos positivista*, com feição normativa, de caráter deontológico, determinando resultados, interpretações e compondo

raciocínios jurídicos, e não apenas como uma técnica de colmatação de lacunas, própria da fase *positivista*.

É possível a verificação, num caso concreto, de conflitos entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, todas solucionáveis por outras normas ou pela ponderação.

A expressão empresa, embora possua inúmeros significados, tem juridicamente o significado de atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços, irradiando efeitos internos e externos, amparados constitucionalmente. A sociedade limitada é um tipo de sociedade empresária, razão pela qual é também regida por princípios que norteiam a atividade empresarial. Desta feita, quem se prontifica a exercer atividade na forma de sociedade limitada deve ser sujeitar não apenas às regras e princípios próprios do tipo societário, mas também aqueles que regem a empresa e os interesses que em torno dela gravitam.

Já a sociedade simples é não empresária, mesmo que assuma a forma de sociedade limitada, conforme autoriza o artigo 983 do Código Civil. Assim sendo, pode existir a sociedade empresária limitada e a sociedade simples limitada, cada qual sujeita ao regime jurídico próprio, nada obstante a relação entre os sócios e entre estes e a sociedade sejam regidos pelos mesmos dispositivos legais.

Embora o artigo 1.053 do Código Civil preconize que a sociedade limitada será regida supletivamente pelas normas que regem a sociedade simples ou, se houve opção expressa dos sócios no contrato social, pelas normas que regem a sociedade anônima, não são todos os dispositivos da regência supletiva eleita que serão a ela aplicáveis. O critério que determinará quais dispositivos podem ser aplicados supletivamente é o da compatibilidade,

sendo este configurado pelo atendimento dos fins econômicos e empresarial, além da própria natureza da sociedade.

Desta feita, os dispositivos que regem a sociedade simples que podem, de alguma forma, não atender os anseios preconizados pelos princípios que regem a empresa são incompatíveis com a sociedade empresária limitada e por isso são à esta inaplicáveis.

A cota da sociedade limitada é um bem móvel incorpóreo de propriedade do sócio e, por isso, é indiscutivelmente sujeita à execução forçada. A expropriação da cota, por sua vez, é uma forma de transmissão que não se confunde com a transmissão negocial ou com a *causa mortis*, sendo regida por normas de ordem pública inderrogáveis pelos particulares

Os institutos da intransmissibilidade e inexpropriabilidade são distintos. Apenas a intransmissibilidade natural e legal podem conduzir a inexpropriabilidade, mas não a intransmissibilidade negocial, pois decorre de pactos privados que não podem se sobrepor às normas de ordem pública. Por esta razão, a solução acerca da constrição judicial da cota social não pode depender das regras do contrato social, mas se dar através da normativa aplicável à espécie.

A investigação de legislações estrangeiras, especialmente as do direito italiano, argentino e português, corroboram que a solução do artigo 1.026 do Código Civil não é própria ou compatível com a sociedade limitada, existindo nos referidos ordenamentos previsões específicas para a sociedade limitada, que se assemelham à preconizada hoje pelo Código de Processo Civil brasileiro.

A inaplicabilidade do artigo 1.026 do Código Civil à sociedade limitada por absoluta incompatibilidade, além de encontrar amparo nas normas

de regência supletiva, adéqua a legislação brasileira aos ordenamentos internacionais, possibilitando o aproveitamento das experiências e construções realizadas naqueles países. A única diferença é que a constrição da cota de sociedade limitada, no Brasil, seria regida pelo Código de Processo Civil e não pela norma específica de regência societária, o que é ainda mais apropriado, porque melhor se conjuga com os demais procedimentos regidos propriamente pela legislação processual.

Todavia, os benefícios desta construção só surtirão efeitos se bem conjugados com a interpretação condizente dos dispositivos aplicáveis do Código de Processo Civil. Ou seja, não nos parece plausível a interpretação sugerida por parte da doutrina processualista nacional, no sentido de que a solução da legislação processual preconiza a liquidação da cota, seja pelo credor ou pelo adquirente. Esta solução proporcionaria os mesmos malefícios daquela ditada pelo artigo 1.026 do Código Civil.

O diálogo entre os princípios da função social da empresa, função social da propriedade, liberdade de associação e efetividade do processo permitem a conclusão que a melhor interpretação das regras civis e processuais que regulam o assunto seja a seguinte.

O artigo 1.026 do Código Civil é aplicável apenas às sociedades simples, e não permite o ingresso de estranhos no quadro social, em atendimento ao caráter eminentemente personalista da sociedade e a responsabilidade ilimitada dos sócios, o que torna impróprio que o adquirente assumira responsabilidades ao invés de se satisfazer.

A constrição judicial da cota de sociedade empresária limitada não deve ser regida pelo artigo 1.026 do Código Civil, mas apenas pelas normas do Código de Processo Civil. Aplicando-se estas, a cota será penhorável e sujeita à

adjudicação ou arrematação, com direito de preferência dos sócios, conferindo ao adquirente os mesmos direitos que a cota conferia ao antigo titular, quais sejam, os amplos direitos patrimoniais e pessoais de sócio.

No caso de falência, nada obstante a indicação das legislações falimentares pela liquidação da cota, é possível a construção jurídica, para adequação aos valores indicados pelos princípios acima informados, de tentar levar as cotas à alienação, conferindo aos sócios o direito de preferência, para evitar a liquidação da cota em prejuízo à sociedade empresária.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Sociedades Simples*. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.

_____. *Penhora de Cotas na Sociedade de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ACQUAS, Brunello, *L'esclusione del sócio nelle società di persone*. Milano: Giuffrè, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, TEREZA ARRUDA. *A Tutela Específica do Art. 461, do Código de Processo Civil.* Revista de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 80, p. 104.

ANDRADE JUNIOR, Átila de Souza Leão. *O Novo Direito Societário Brasileiro*. Brasília: Editora Brasília, 1999.

APENDINO, Ricardo. *A recuperação da empresa em crise diante do Decreto-lei 7.661/45*. Em *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, n. 128, outubro à dezembro de 2002.

ASCARELLI, Túlio. *Iniciación al Estdo Del Derecho Mercantil*. Barcelona, 1964.

_____ *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____ *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Editora Barcelona, 1970.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 12a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZARA, Antonio & EULA, Ernesto. *Cosa Mobile e Immobile. Novissimo Digesto Italiano*. Tomo IV. Torino: Torinese.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. *Ação de Apuração de haveres proposta por sócio excluído*. Consultas e Pareceres. RT 525.

BARASSI, Lodovico. *La Proprietá. Com riferimento ao progetto di codice civile*. Milano: Giuffrè, 1939.

BARBI FILHO, Celso. *Revista de Direito Bancário*. São Paulo: RT, 2000

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROS, EDUARDO BASTOS DE. *Penhora de Ações e Quotas de Sociedades – As Recentes Alterações do Processo de Execução e a Disciplina acerca da Matéria no Código Civil*. Revista de Direito Empresarial. Curitiba: Juruá, n. 7, janeiro à junho de 2007.

BASTOS, MÁRCIO THOMAZ. Em CALMON FILHO, Petrônio (coordenador). *Reforma Infraconstitucional do Processo Civil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2005.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *Da função social para a responsabilidade da empresa*. Em VIANA, Rui Geraldo Camargo & NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

BEVILÁQUA, CLÓVIS, *Theoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953

BLANCO, Antonio Pérez de La Cruz, *La Reducción del Capital en Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*. Bologna: Real Colégio de Espanha, 1973.

BOBBIO, Norberto, *Della Struttura Allá Funzione*. Milano: Edizoini di Comunita, 1977.

_____ *Novissimo Digesto Italiano*, vol 13. Turim: UTET, 1966.

BOLAFFI, Renzo. *La Società Semplice*. Milano: Giuffrè, 1947.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONSIGNORI, Ângelo. *Espropriação della quota di Società a Responsabilità Limitata*. Milano: Giuffrè, 1962.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

BONSIGNORI, Ângelo. *Espropriação della quota di società a responsabilità limitata*. Milano: Giuffrè, 1961.

BOLLINO, Giuseppe. *Le cause di esclusione del socio nelle società di persone e nelle cooperative. Rivista della Società*, 1992, vol 5.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRAGA, Armando. *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Comentado*. 2ª ed. Porto: Elcla, 2004.

BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp 296893, Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 18 de agosto de 2008.

BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, ERESP 692708/RS, Relator Ministro Castro Meira, publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 14 de abril de 2008.

BRUNET, Andrée. *De La Distinction de l'homme et d'enterprise*. Paris, 1984.

BRUNETTI, Antonio. *Tratatto del Diritto Delle Società*. Milano: Giuffrè, 1950.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol 3.

BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAÑIZARES, Felipe de Solá & AZTIRIA, Enrique. *Tratado de Sociedades de Responsabilidade Limitada*. Buenos Aires: Editora, 1950.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1983.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Sociedades Comerciais nos Tribunais*. São Paulo: Iglu, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua: Cedam, 1929.

CARRIÓ, Genaro R. *Dworkin y positivismo jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1981.

CARVALHOSA, Modesto & EIZRICK, Nelson. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários á lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____ *Comentários ao Código Civil*. Volume 13 (arts. 1052 a 1.195). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ *Acordo de Acionistas. Sociedade Anônima*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1993.

CASANOVA, Mario. *Le Imprese Commerciali*. Milano: Giuffrè, 1955.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos, *Natureza Jurídica da Sociedade de Propósito Específico. Sociedade Anônima – 30 Anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha. *Preservação da Empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. *A Função Social da Empresa e seu Fundamento Constitucional*. Florianópolis: OAB\SC Editora, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *A sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____ *Curso de Direito Comercial*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ *O Empresário e os Direitos do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *Penhorabilidade de cotas sociais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 30, abril-junho de 1991.

_____ *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2ª Ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ *Exclusão de sócio nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada*. Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25.

_____ *Estado, Empresa e Função Social*. Revista dos Tribunais, n. 732, outubro de 1996.

_____ *A reforma da empresa em Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____ *O Poder de Controla na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____ *Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____ *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Em *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

Corte di Cassazione, 30 de janeiro de 2007. Em <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/005765.aspx>, recuperado em 10 de fevereiro de 2009.

COSTA, José Rubens. *Síntese Histórica da Propriedade Imóvel*. Rio de Janeiro: Forense, n. 259, 1977.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito*. Revista dos Tribunais, vol 790. ano 90, 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiências Jurídicas y Teoria Del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1973.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____ *Código Civil Anotado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONATI, Daniele, *Il principio di trasparenza in Costituzione*. Em www.unipig.it/~scipol/tutor/uploads/2_1_donati_transpareza_in_costituzione_1_5-9_.doc, recuperado em 09 de fevereiro de 2009.

DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol 2, n. 550.

DUGUIT, León, *Las Transformaciones de Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, s/d.

_____ *Las transformaciones de derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DWORNKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos Haveres do Sócio*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

EWALD, Fraçois. *A Norma e o Direito*. 2ª ed. Lisboa: Veja, 2000.

FACHIN, LUIZ EDSON. *A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRARA, Francesco. *Teoría Jurídica de La Hacienda Mercantil*, Madrid, 1950.

FERRAS JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

_____ *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961.

FERRI, Giuseppe. *Le Società*. Milano: Giuffrè, 1971.

FONSECA, Priscila M. P. Correa Da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. Atlas, 2002.

FRANÇA, Rubens Limoge (coordenador). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol 28.

FRANCESCHELLI, Remo, *Imprese e Imprenditore*. Milano: Giuffrè, 1970.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FRONTINI, Paulo Salvador. *A sociedade limitada e seu apelo às normas da sociedade anônima – tentativa para fixar um critério geral para interpretar o art. 18 do decreto 3.708\19*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: RT, 1990, n. 79

GALBRAITH, John Kenneth. *The New Industrial State*. Londres: Hamish Hamilton, 1986.

GALETTI, Danilo. *Il creditore particolare del sócio*. Milano: Giuffrè, 2002.

_____ *Il recesso nelle società di capitali*. Milano: Giuffrè, 2000.

GALGANO, Francesco, *Tratatto di Diritti Civile e Commerciale*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1982.

GAMBARDELLA, Adolfo. *Variazioni di Capitale*. Milano: Dottor Francesco Vallari, s\d.

GHINDINI, Mario, *Società Personali*. Padova, 1972.

GIANFROMAGGIO, LETIZIA. *Studdi sulla giustificazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 1986.

GIUSEPPE, Auletta. *Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento*. *Rivista Trimestrali di diritto e procedura civile*.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e Boa Fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Apontamentos de Direito Comercial*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. *Direito de Empresa*. Revista dos Tribunais: 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação\Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRASSO, Eduardo. *L'Espropriazione della Quota*. Milano: Giuffrè, 1957.

GRISONI, Angelo. *Le Società Con Uno Solo Sócio*. Padova: Giuffrè, 1971.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade por Quotas – Quotas Preferenciais*. Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 94.

_____. *Regime Jurídico do Capital Autorizado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

GUINTER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993.

HARDT, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HÉMARD, Jean, TERRÉ, François & MABILAT, Pierre. *Sociétés Commerciales*. Paris: Dalloz, 1972.

HENAS, Luiz Antônio Soares. *Direito de Empresa no Novo Código Civil de 2002*

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. Em DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à Nova Lei de Recuperação Judicial de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartir Latin, 2005.

HIGUCHI, Hiromi et tal. *Imposto de Renda das empresas: interpretação e prática*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

HIROMAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*. São Paulo: AASP, ano XXII, n. 68, dezembro de 2002.

HUSNI, Alexandre. *Empresa Socialmente Responsável*. São Paulo: Quatier Latin, 2007.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JAEGER, Pier Giusto e DENOZZA, Fracensco. *Appunti Di Diritto Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1989.

KRIEGER FILHO, DOMINGOS AFONSO. *A penhorabilidade da Cota do Sócio de uma Limitada*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, setembro de 1993.

- KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos?* São Paulo: Max Limonad. 2002.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *A Fungibilidade de Meios na Perspectiva dos Direitos Fundamentais e da Distinção entre Meios e Fins Processuais*. Tese de Doutorado em Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC \SP. São Paulo, p. 62
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Sociedade por Cotas – Cota social – Penhorabilidade. Comentários*. Revista de Direito Mercantil, Industrial e Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, pp. 116-124.
- LEAL, Murilo Sanetti. *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. Revista dos Tribunais, 1ª, 2002.
- LEITE, George Salomão (coordenador). *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2007.
- LOBO, Jorge. *A interpretação do direito comercial*. RDM N. 115. São Paulo: Malheiros, julho-setembro de 1999, pp. 55/65.
- LOPES, Caetano. *Os princípios fundamentais do Código Civil de 2002 e seus Reflexos na Reforma do Processo Civil*. Em SANTOS, Ernani Fidélis dos (coordenador). *Execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, vol IV, n. 784.
- LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____ *Das Sociedades Limitadas*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MAGANO, Otávio Bueno. *Os grupos de empresas no direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Fran. *A sociedade por quotas no direito estrangeiro e brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 1960.

_____ *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Telma Araújo Esteves. *Condomínio*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MELO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. *A Função Social da Empresa como Parâmetro de Legalidade*. Em *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba: Juruá, n. 4, julho à dezembro de 2005.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____ *Derecho Civil y Comercial*. 1955, tomo V.

- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.
- MONTEIRO, Washigton de Barros. *Curso de Direito Civil*. 28ª ed. Saraiva: São Paulo, 1990.
- MORAES, José Diniz. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORGAN, Edward Victo. *Introdução à Economia*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.
- NUNES, Cleucio Santos. *A Lei 11.382/2006 e as Principais Alterações no Instituto da Penhora*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, março 2007, n. 48.
- NUNES, Marcelo Guedes. *A companhia, a especulação e o capitalismo moderno*. EMCASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coordenadores). *Sociedade Anônima*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NUNES, Marcelo Guedes e FREIRE, Marco Aurélio. *Apontamentos sobre a Comunhão de Credores e Viabilidade econômica*. Em CASTRO, Rodrigo R. Monteiro & ARAGÃO, Leandro (coordenadores). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- OGLIATI, Vittorio. *La Inautenticita' Del Diritto Positivo. Considerazioni sul Principio di Eguaglianza tra Codificazione e Decodificazione*. Em *Crítica Jurídica*, Curitiba: Unibrasil, 2003.
- PARDES, Markus. *Le Statut Juridique de l'Entreprise*. Strasbourg: Cahiers Del Droit Compare, 1964.
- PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A sociedade por quotas de responsabilidade limtida*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____ *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Forense, 1956

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação das Sociedades*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

PENTEADO, Mauro Rodrigues, *Aumento de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEREIRA, Caio Maio Da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREZ LUNO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion*. 5ª ed. Sevilla: Editora Tecnos, 1994.

PEREZ, Viviane. *A Função Social da Empresa: Uma proposta de sistematização do conceito*. Em ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção & GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Temas de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

PONT, Manuel Broseta. *La Empresa, La Unificación Del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965.

PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

REALE, Miguel. *A interpretação do direito comercial*. RDM N. 115. São Paulo: Malheiros, julho-setembro de 1999.

_____ *Lições Preliminares de Direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____ *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *O Projeto do Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____ *Aspectos modernos de direito comercial: estudos e pareceres*. 2ª ed., São Paulo, 1988.

RIBEIRO, Renato Ventura. *A Lei das Sociedades por Ações e as Companhias Intuitus Personae*. Em CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de Castro & ARAGÃO, Leandro Santos de. (coordenadores) *A Sociedade Anônima – 30 anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RIPERT, Georges. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____ *La règle morale dans les obligations civiles*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927.

_____ *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Campinas: Red Livros, 2002.

ROMANO, Santi, *Princípios de Direito Constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROCHA, João Luiz Coelho da. *As sociedades por quotas como sociedades de capitais*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. 2001, n. 122.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica*. Em

SCARLET, Ingo Wolfgang (coordenador). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SADDI, Jairo. *A Natureza Econômica dos Contratos Bancários*. In FONTES, Marcos Rolim Fernandes & WAISBERG, Ivo (coordenadores). *Contratos Bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, J.M. Carvalho. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A Bipartição no Domínio no Direito Societário: Propriedade Direta e Indireta*. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 107, julho\setembro de 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 1973.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Marcos Andrey de. Em DE LUCCA, Newton & SIMÃO FILHO, Adalberto. (coordenadores) *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Marcas vs Nome Comercial – Conflitos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

SZTAJN, Rachel. *A Responsabilidade Social das Companhias*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros, n. 114.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

_____ *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____ *Sociedades Limitadas e Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *La Proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.

TEPENDINO, Gustavo. *Inovações na teoria geral do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TEPENDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento da Sentença*. 25ª ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008.

_____ *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, vol II, n. 816.

TOKARS, Fábio Leandro. *Função Social da Empresa*. Em RAMOS, Carmem Lúcia (coordenadora). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Em *A Função Social da Empresa*. Revista dos Tribunais, n. 810, abril de 2003.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIEIRA, Christian Garcia. *A Penhora e a Nova Execução de Título Extrajudicial*. Em BRUSCHI, Gilberto & SHIMURA, Sérgio (coordenadores). *Execução Civil e Cumprimento da Sentença*. São Paulo: Método, 2007.

VILANOVA, Louriva. *Causalidade e Relação no Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Milano: Casa Editrice dottor Francesco Vallard.

WALD, Arnold. *O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional*. RDM n. 98. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ *O Espírito Empresarial, a Empresa e a Reforma Constitucional*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros, n. 98.

_____ *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol 14.

ZUNINO, José Osvaldo. *Régimen de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires, 1993.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)