

Atualidades

SOCIEDADE LIMITADA OU ANÔNIMA FECHADA?

O novo dilema dos empreendedores nacionais¹

RICARDO GUIMARÃES MOREIRA

CAPÍTULO 1 — Elementos essenciais à escolha do tipo societário. CAPÍTULO 2 — Constituição das sociedades em exame. CAPÍTULO 3 — A divisão do capital. CAPÍTULO 4 — Convocação, instauração e deliberações em assembleias e reuniões: 4.1 Reuniões; 4.2 Assembleias dos sócios; 4.3 Convocação; 4.4 Instalação; 4.5 Deliberações; 4.6 Sociedade anônima — Assembleia geral; 4.7 Convocação; 4.8 Instalação; 4.9 Deliberações. CAPÍTULO 5 — A administração das sociedades e a responsabilidade dos administradores: 5.1 Da administração da sociedade por ações e da sociedade limitada: breves considerações; 5.2 Da responsabilidade dos administradores. CAPÍTULO 6 — Regras de “desinvestimento” — O direito de retirada. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Em 10 de janeiro de 2002 foi publicado o novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406/2002, cuja vigência iniciou-se em 11 de janeiro de 2003. A mídia em geral costuma denominar o Código Civil como o “Estatuto da Cidadania”, na medida em que este diploma legal regula a predominância das relações sociais do cidadão comum, dispondo desde a aquisição de personalidade, através do nascimento, até sua morte, passando pelo casamento, a constituição de família e uma série de contratos que o sujeito irá firmar ao longo de sua existência, regendo seus bens.

Não obstante esse papel “tradicional” do Código Civil, desempenhado no país desde 1916 pelo diploma revogado, o novo Código Civil pretendeu unificar o direito privado nacional, trazendo para dentro de sua área de abrangência matérias consuetudinariamente afeitas ao direito comercial, como títulos de crédito² e, principalmente, o direito societário, com a inserção do Livro II — Do Direito de Empresa.

Apesar das críticas que podem ser dirigidas a essa tentativa de unificação, notadamente reputando-a de incompleta e desordenada,³ não se pode negar que é com

1. O presente trabalho foi originalmente concebido como monografia para a disciplina “Direito Empresarial Comparado II” no Mestrado em Direito Empresarial da Universidade Federal de Minas Gerais, em curso pelo autor.

2. No que toca às suas regras gerais, agora previstas nos arts. 887 a 926 do novo Código.

3. A qualificação de “incompleta e desordenada”, correndo o risco de ser taxada de demasiado severa, é, entretanto, ao nosso ver, pertinente, uma vez que o novo Código deixou de lado importantes

o novo diploma que se deve trabalhar doravante no que diz respeito ao direito de empresa em geral e, particularmente, com as sociedades limitadas, pelo menos enquanto estiverem em vigor as regras do Livro II,⁴ sendo infrutíferas lamentações saudosistas.

O novo Código revogou expressamente a primeira parte do antigo Código Comercial brasileiro, que, dentre outros temas, regulava a constituição e funcionamento de diversos tipos de sociedades comerciais (arts. 300 a 353) e, tacitamente, o Decreto 3.708/1919, que disciplinava, em dezenove artigos, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Ao assim proceder, disciplinou a agora denominada sociedade limitada de forma extremamente mais minudente e complexa, perdendo, ao nosso ver, o que o texto do Decreto possuía de melhor: a extrema liberdade e informalidade para o comerciante (empresário, nos termos do novo Código) conduzir e reger seu negócio, estipulando no contrato social somente as disposições que entendesse pertinentes.

Com as novas disposições legais em vigor a respeito da sociedade limitada, tratando-a de forma muito mais complexa⁵ que o texto revogado, e com a incerteza doutrinária e jurisprudencial que vigorará nos meios jurídicos pelos próximos anos a respeito desse tipo societário, a sociedade

temas para uma completa unificação do direito privado, notadamente o direito falimentar.

4. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei visando regular separadamente o direito de empresa, com destaque para o Anteprojeto de Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada, elaborada por comissão sob a presidência do ilustre Professor Arnoldo Wald. A esse respeito, ver a reportagem do jornal *Gazeta Mercantil* de 13.3.2003, quinta-feira, p. A-8: "Dispositivos do novo Código ainda podem ser alterados".

5. Tem-se entendido que o novo texto aproximou significativamente as sociedades limitadas das sociedades por ações. Nesse sentido, v. *Gazeta Mercantil* de 25.1.2002, sexta-feira, e fim de semana, 26-27.1.2002, p. A-10: "Código Civil aproxima as limitadas das S/A".

limitada já não pode ser mais considerada a "opção automática"⁶ do pequeno, médio e, às vezes, do grande empresário para a regulação do seu empreendimento.

O empreendedor⁷ deverá passar a considerar, quando da constituição de sua empresa, qual será verdadeiramente o melhor tipo societário para seu negócio, se a sociedade limitada ou o outro tipo societário mais comum no Brasil, a sociedade anônima de capital fechado,⁸ sendo esta a que, nos termos do art. 4º da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A — com as diversas alterações legislativas posteriores), não tem os valores mobiliários de sua emissão admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão.⁹

O escopo do presente trabalho é analisar quais os elementos jurídicos, presentes especialmente nas regras de constitui-

6. Dados do DNRC — Departamento Nacional de Registro de Comércio apontam que mais de 90% das empresas brasileiras são constituídas sob a forma de sociedades limitadas, conforme se pode verificar no *site* do departamento: <www.dnrc.gov.br>, capturado em 23.6.2003.

7. O termo empreendedor é aqui usado em sentido técnico-jurídico, visando evitar confusão com "empresário". Como se sabe, o novo Código Civil apresentou definição desse termo em seu art. 966. Dessa forma, não se pode mais, sem prévia explicação, pelo menos, utilizar a expressão referida como sinônimo do titular da empresa (sócio). Sobre os diversos perfis da empresa, veja Alberto Asquini, "Profilí dell'impresa", trad. Fábio Konder Comparato, *RDM* 104.

8. O presente trabalho levará em consideração especialmente a sociedade por ações de capital fechado, deixando de lado a de capital aberto, naquilo que lhe for particular, por entendermos que essa modalidade de S/A não é uma opção gerencial, propriamente dita, à sociedade limitada. A sociedade por ações de capital aberto é utilizada como o tipo societário das grandes empresas e empreendimentos, que necessitam de vultosas somas de recursos para a consecução de suas finalidades, captados junto ao público no mercado organizado de compra e venda de títulos.

9. "Art. 4º. Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários (resolução dada pela Lei 10.303, de 31.10.2001)."

ção, administração, admissão e retirada de sócios, que levam, ou deveriam levar, os empreendedores nacionais a optar por uma das duas espécies para a formatação de seu empreendimento.

Obviamente, o presente trabalho não tem qualquer pretensão de esgotar o tema proposto, demasiado amplo e instigante, mas tão-somente pesquisá-lo à luz da doutrina e jurisprudência, ainda incipientes no que diz respeito ao novo Código, a fim de alcançar o objetivo proposto. Feitas essas considerações, passa-se ao exame do assunto, iniciando-se pela investigação de quais fatores são, ou devem ser, levados em consideração para a escolha de um determinado tipo societário. Em seguida, analisa-se cada um dos elementos apontados especificamente.

CAPÍTULO I — Elementos essenciais à escolha do tipo societário

Em toda atividade econômica, o agente, ainda que de forma inconsciente, faz um cálculo de *risco e retorno* de sua ação.

Na constituição de sociedades não é diferente. O empreendedor analisa o objeto social que pretende desenvolver, levando em consideração os meios que necessitará para tanto (capital, trabalho etc.), as condições atuais e futuras do mercado, o custo de oportunidade de sua decisão,¹⁰ dentre outros fatores, concluindo, daí, que obterá um *determinado* retorno de sua atividade. O empreendedor será tão melhor sucedido quanto for correta sua análise.

Na composição do binômio “risco x retorno” da criação de um novo empreendimento, o tipo societário tem papel de des-

taque, pois cada modalidade aloca de determinada forma os fatores de produção.

Para que se faça no presente trabalho uma correta investigação de qual é o melhor tipo societário para cada empreendimento,¹¹ é preciso primeiramente identificar, no texto legal, quais fatores atuam de forma determinante¹² na dialética acima identificada. É o que se pretende fazer neste Capítulo.

Certamente, os critérios utilizados na identificação de tais fatores traz carga considerável de subjetividade, variando, assim, ao sabor daqueles, os elementos que serão escolhidos para análise ao longo do trabalho.

Utilizar-se-á, como critério para definir o que merece ser estudado à frente, o que pode ser chamado de “*custo incorrido*”. Por essa denominação pretende-se qualificar as regras jurídicas que implicam para o empreendedor um determinado custo financeiro, direto ou indireto, na escolha do tipo societário. Reitere-se que essa é apenas uma norma de escolha válida, dentre tantas outras, que poderiam servir para o mesmo fim. A mesma, no entanto, nos parece a melhor, dado que a primeira pergunta que vem à cabeça de um bom empreendedor, quando da tomada de uma decisão, é “quanto custa?”.

Tomando o critério adotado e percorrendo a legislação pertinente, verifica-se que o primeiro fator que merece exame são as regras de constituição da sociedade, por corresponder, em essência, às normas que regulam a formação do investimento.

11. Levando-se sempre em consideração o objetivo proposto para o presente trabalho, de buscar nuances entre a sociedade limitada e a anônima de capital fechado; deixa-se de lado, portanto, todas as outras hipóteses de formatação jurídico-societária de atividades econômicas: *joint ventures*, consórcios, sociedades em conta de participação, sociedades simples e, especialmente, a sociedade anônima de capital aberto.

12. Evidentemente, toda e qualquer regra jurídica a respeito de sociedades reflete economicamente na mesma, ainda que de forma reduzida. Busca-se, aqui, os fatores com maior e marcante influência.

10. Custo de oportunidade é um conceito trazido para o Direito da Ciência Econômica. Em apertada síntese, pode ser caracterizado como o custo que o agente incorre ao optar por determinada conduta ao invés de outra. Por exemplo, se uma empresa resolve aplicar seu dinheiro a 20% ao ano em uma instituição financeira, ao invés de investir em um novo projeto que lhe renderia 50% ao ano, o custo de oportunidade será de 30% ao ano.

Em seguida, examina-se a divisão do capital das sociedades, por ser a maneira como o investimento se estrutura, para depois investigar-se sua administração, as responsabilidades dos administradores, bem como as regras de convocação e deliberação de assembléias e reuniões, que podem ser qualificadas, em síntese, como o “gerenciamento” do investimento.

Finalmente, pretende-se investigar as normas de “desinvestimento”, ou seja, a forma de retirada da sociedade, com a apuração do que é devido ao sócio.

CAPÍTULO 2 — Constituição das sociedades em exame

As alterações relativas às sociedades limitadas introduzidas pelo novo Código Civil aproximaram este tipo societário da sociedade anônima de capital fechado.

Apesar da proximidade criada entre esses dois tipos societários, sua forma de constituição tem peculiaridades.

A sociedade limitada se constitui através da elaboração pelos sócios de um contrato social, como bem asseveram Fábio Ulhoa Coelho: “a sociedade limitada se constitui por um contrato entre os sócios”,¹³ e Rubens Requião: “A sociedade se forma pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, que se propõem unir os seus esforços e cabedais para a consecução de um fim comum”.¹⁴

Por outro lado, a sociedade anônima de capital fechado será constituída por instrumento particular, consubstanciado na ata da assembléia geral, onde os subscritores do capital (fundadores) se reúnem, ou por escritura pública (art. 88, LSA).

O contrato social da Ltda., de acordo com o art. 1.054 do Código Civil, deverá

mentonar, no que couber, as indicações do art. 997 do mesmo diploma:

Art. 1.054. O contrato mencionará, no que couber, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social.

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I — nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II — denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III — capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV — a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V — as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI — as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII — a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII — se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Faz-se necessário consignar que o disposto no art. 997, V, é inaplicável às sociedades limitadas, por força do disposto no art. 1.055, § 2º, visto que esse tipo de sociedade não aceita a contribuição em serviços.

Além disso, o art. 1.053, em seu parágrafo único, dispõe que o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, ao invés das regras de sociedade simples, como está previsto no *caput* do mencionado dispositivo legal. Anteriormente, havia aplicação subsidiária imediata da LSA, nos termos do art. 18 do Decreto 3.708/1919.

13. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 5ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA, p. 377.

14. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1.

Desta feita, passa a existir dois tipos de sociedade limitada: aquelas regidas supletivamente pela Lei das Sociedades Anônimas e outras pelas normas da sociedade simples. Nesse caso, caberá aos sócios fazer a escolha, no contrato social, de qual legislação as suas atividades estarão submetidas supletivamente.

No entanto, recomenda-se a aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas, pois trará maior segurança jurídica às atividades desenvolvidas pela sociedade, visto que poderá ser aproveitada toda jurisprudência e doutrina já existentes antes da entrada em vigor do novo Código Civil.

Já no que toca a sociedade anônima de capital fechado, a mesma se constitui, como já ressaltado, não por meio de simples contrato social, mas por instrumento particular, representado pela ata da assembléia na qual os fundadores se reúnem, ou por escritura pública. Nesse caso, todos os subscritores são fundadores da sociedade.

Conforme bem assevera Fran Martins:

"Difere grandemente a constituição das sociedades anônimas da dos demais tipos societários. A lei determina a observação de requisitos preliminares, que deverão ser cumpridos obrigatoriamente, sem o que a sociedade não se constituirá.

"Dependendo a existência da sociedade da formação do capital, esta poderá verificar-se ou por apelo ao público ou por subscrição particular daqueles que desejam constituir a pessoa jurídica. Na subscrição do capital por apelo ao público, serão observadas várias fases, donde se chamar a constituição da sociedade com o capital formado desse modo de sucessiva; *formando-se a sociedade por subscrição particular do capital, dá-se a essa espécie de constituição o nome de simultânea.*"¹⁵

A constituição da sociedade anônima de capital fechada é simultânea, pois a subscrição de capital se procede particularmen-

te, sem apelo ao público, devendo ser atendidos os seguintes requisitos preliminares, previstos nos arts. 80 e 81 da Lei 6.404/1976. *Verbis*:

Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:

I — subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;

II — realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro;

III — depósito, no Banco do Brasil S/A, ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro.

Parágrafo único. O disposto no número II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social.

Depósito da Entrada

Art. 81. O depósito referido no número III do art. 80 deverá ser feito pelo fundador, no prazo de 5 (cinco) dias contados do recebimento das quantias, em nome do subscritor e a favor da sociedade em organização, que só poderá levantá-lo após haver adquirido personalidade jurídica.

Parágrafo único. Caso a companhia não se constitua dentro de 6 (seis) meses da data do depósito, o banco restituirá as quantias depositadas diretamente aos subscritores.

O capital deverá ser subscrito, totalmente, por, no mínimo, dois subscritores, que poderão ser pessoas físicas ou jurídicas. É necessário que o número inicial de pessoas que vão constituir a sociedade subscrava todo o capital social. Nas palavras de Fran Martins, "considera-se subscrição o compromisso que toma a pessoa de entrar para a sociedade com determinada importância, equivalente a um número certo de ações".¹⁶ O subscritor desde que assumido o compro-

15. Fran Martins, *Curso de Direito Comercial*, 22ª ed., p. 340.

16. Idem, p. 341.

misso, se transforma em devedor à sociedade da importância subscrita.¹⁷

No tocante à realização da décima parte, no mínimo, do capital social, pelo pagamento de 10%, pelo menos, do preço de emissão de cada ação, isso significa que não apenas um décimo do capital social deva estar realizado, mas que esteja *efetivamente pago um décimo do preço de emissão de cada ação*, já que o preço de emissão da ação e a parcela que a mesma corresponde do capital social podem diferir. Nesse sentido é o entendimento de Fran Martins: "Se todos os subscritores do capital social pagarem apenas, antes de se constituir a sociedade, um décimo do valor de suas ações, tem-se que o mínimo de 10% do total do capital foi realizado; mas se apenas alguns dos subscritores efetuarem, no ato da subscrição, o pagamento integral de suas ações, dando esse montante importância igual ou superior a 10% do capital, ficando, porém, algumas ações sem que os seus subscritores tenham pagam os 10% exigidos pela lei, a sociedade não poderá ser constituída, apesar de terem sido pagas importâncias superiores a 10% do capital".¹⁸

Por último, exige a lei que as importâncias correspondentes às entradas iniciais, em dinheiro, dos sócios sejam depositadas pelos fundadores, em um estabelecimento bancário, e em nome da sociedade, só podendo ser devidamente levantadas por esta depois de constituída.

Preenchidos os requisitos preliminares, passa-se à questão da subscrição do capital, que, conforme já mencionado anteriormente, nas sociedades anônimas de capital fechado, é particular.

A subscrição particular do capital poderá ser feita de dois modos: ou por assembleia geral dos subscritores ou por escritura pública.

Escolhendo os fundadores a constituição por assembleia geral, deverão ser ob-

servados, em primeiro lugar, os requisitos preliminares já mencionados anteriormente (art. 80, LSA).

Por se tratar de subscrição particular, são dispensadas as publicações do projeto do estatuto e do prospecto, bem como não se faz o apelo ao público para a subscrição do capital. "Na realidade, trata-se de uma constituição de sociedade de maneira privada, nela tomando parte apenas as pessoas escolhidas pelos fundadores e que concorram com determinadas importâncias para a formação do capital social".¹⁹

Verificada a presença de todos os requisitos básicos pelos fundadores, será feita, mediante publicação na imprensa, a convocação dos subscritores para a assembleia de constituição, mencionando a data, local e hora onde será realizada. A convocação seguirá as normas estabelecidas para os casos de constituição por subscrição pública. Conforme entendimento de Rubens Requião: "Se a forma escolhida for a de assembleia geral, seguir-se-á o mesmo esquema de convocação e de realização de assembleia de constituição das sociedades constituídas por subscrição pública. Apenas o projeto de estatuto, assinado em duplicata por todos os subscritores do capital, e as listas ou boletins de subscrição de todas as ações deverão ser entregues à assembleia".²⁰

Assim dispõe o art. 88, § 1º, da Lei 6.404/1976:

Art. 88. A constituição da companhia por subscrição particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores.

§ 1º. Se a forma escolhida for a de assembleia-geral, observar-se-á o disposto nos arts. 86 e 87 devendo ser entregues à assembleia o projeto do estatuto, assinado em duplicata por todos os subscrito-

17. Idem.

18. Idem.

19. Idem, p. 348.

20. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 20ª ed., p. 102.

res do capital, e as listas ou boletins de subscrição de todas as ações.

Desta feita, deverá ser seguida as normas previstas nos arts. 86 e 87 do diploma legal supracitado, que assim dispõem:

Art. 86. Encerrada a subscrição e havendo sido subscrito todo o capital social, os fundadores convocarão a assembléia-geral que deverá:

I — promover a avaliação dos bens, se for o caso (art. 8º);

II — deliberar sobre a constituição da companhia.

Parágrafo único. Os anúncios de convocação mencionarão hora, dia e local da reunião e serão inseridos nos jornais em que houver sido feita a publicidade da oferta de subscrição.

Art. 87. A assembléia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número.

§ 1º. Na assembléia, presidida por um dos fundadores e secretariada por subscritor, será lido o recibo de depósito de que trata o número III do art. 80, bem como discutido e votado o projeto de estatuto.

§ 2º. Cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto.

§ 3º. Verificando-se que foram observadas as formalidades legais e não havendo oposição de subscritores que representem mais da metade do capital social, o presidente declarará constituída a companhia, procedendo-se, a seguir, à eleição dos administradores e fiscais.

§ 4º. A ata da reunião, lavrada em duplicata, depois de lida e aprovada pela assembléia, será assinada por todos os subscritores presentes, ou por quantos bastem à validade das deliberações; um exemplar ficará em poder da companhia e o outro será destinado ao registro do comércio.

A assembléia será presidida por um dos fundadores. Contudo, o projeto do estatuto deverá ser entregue à assembléia, em duplicata, já assinado por todos os subscritores do capital, não havendo, assim, discussão sobre o mesmo. Esse projeto de estatuto será acompanhado da lista ou boletim de subscrição, devidamente autenticada. Não será apresentado prospecto, haja vista sua desnecessidade nas anônimas fechadas, pois a finalidade daquele, como se sabe, é expor, de forma clara e precisa para o público, o objeto da sociedade e as possibilidades do seu êxito.

Instalada a assembléia, sob a presidência de um dos fundadores e secretariada por um subscritor, não havendo oposição de subscritores que representem mais da metade do capital, será a sociedade constituída. Procede-se, então, à eleição dos administradores e fiscais e uma ata será lavrada, em duplicata, ficando um exemplar em poder da sociedade, e outro, será levado a registro na Junta Comercial.

No entanto, caso optem os subscritores pela constituição por meio de escritura pública, deverão ser observados os requisitos previstos no art. 88, § 2º, da Lei 6.404/1976. Veja-se:

Art. 88. A constituição da companhia por subscrição particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembléia-geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores.

(...)

§ 2º. Preferida a escritura pública, será ela assinada por todos os subscritores, e conterá:

- a) a qualificação dos subscritores, nos termos do art. 85;
- b) o estatuto da companhia;
- c) a relação das ações tomadas pelos subscritores e a importância das entradas pagas;
- d) a transcrição do recibo do depósito referido no número III do art. 80;

e) a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens (art. 8º);

f) a nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos fiscais.

Verifica-se que esse processo de constituição é mais simples, não se revestindo daquelas formalidades existentes nos demais modos de constituição das sociedades.

Em qualquer uma das formas adotadas, depois de registrado, o ato constitutivo será levado ao Registro de Comércio, após o que a sociedade passará a funcionar regularmente. Os administradores movimentarão a conta do depósito bancário, passando a gerir a sociedade em toda a sua plenitude.

Arquivados os documentos relativos à constituição da sociedade anônima, a Junta Comercial fornecerá cópia autêntica ou certidão dos documentos e do ato de arquivamento, a fim de serem publicados no *Diário Oficial da União*, ou do Estado, conforme o local da sede da sociedade, no prazo máximo de trinta dias. Um exemplar do órgão oficial onde for o documento publicado será arquivado no Registro do Comércio (art. 98, LSA). Fábio Ulhoa Coelho complementa a lição: "Arquivados os atos constitutivos, os primeiros administradores devem providenciar a sua publicação, no jornal oficial do local da sede, nos trinta dias seguintes, levando, depois, à Junta Comercial um exemplar dessa publicação, que também ficará arquivado. Somente após as formalidades de arquivamento e publicação dos atos constitutivos a sociedade anônima poderá entrar em funcionamento. Cabe mencionar aqui, também, que, para a plena regularidade da companhia, devem ser ainda atendidas as prescrições de direito tributário, previdenciário, trabalhista, ambiental e administrativo relacionadas à implantação e operação de novas atividades empresariais".²¹

21. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 5ª ed., p. 187.

Verifica-se, assim, que a constituição de uma sociedade anônima envolve maiores formalidades que as sociedades limitadas, e, por consequência, maiores custos.

CAPÍTULO 3 — A divisão do capital

O capital social da sociedade limitada é dividido em quotas (art. 1.055, NCC), enquanto nas sociedades por ações, como o nome já adianta, a fração é denominada de ação.

Mais do que mera questão terminológica, a distinção marcava, e em certo sentido ainda marca, o caráter predominante de sociedade de pessoas da sociedade limitada, enquanto a sociedade por ações era sempre caracterizada como sociedade de capital.²²

Sociedade de pessoas é aquela em que os atributos pessoais do sócio são predominantes na sua aceitação ao quadro societário, em detrimento do aporte de capital por ele realizado. Nas sociedades de capital, ao inverso, as qualidades do sócio têm pouca ou nenhuma importância em sua aceitação como membro da sociedade. O que importa é sua contribuição para a formação do patrimônio societário. Confira-se a lição de Bertoldi:

"Existem sociedades que têm a sua razão de existir na confiança recíproca que cada sócio deposita nos demais, a sua constituição se dá *intuitu personae*, ou seja, são razões de ordem pessoal que fazem determinadas pessoas se reunirem para a criação da sociedade. Por isso, nessas sociedades, existem sérias restrições quanto à transferência das cotas sociais, justamente para evitar o ingresso de sócios que não contam com a aprovação dos demais.

"Ao contrário, as sociedades de capital são aquelas em que não existe nenhuma

22. Muito embora, em doutrina, se reconheça a existência de sociedades limitadas com caráter de capital e anônimas fechadas com caráter pessoal. Com o que não concorda Fábio Ulhoa Coelho, como será visto adiante.

restrição quanto ao ingresso de novos sócios, sendo vedada qualquer limitação a comercialização das cotas ou ações representativas do capital social. Neste tipo de sociedade o que importa é a contribuição financeira do sócio, não tendo nenhum significado as suas características e aptidões pessoais.”²³

Essa distinção entre as sociedades aqui tratadas em sociedade de pessoas e de capital possuía maior sentido quando da edição do Decreto 3.708/1919, pois, àquela época, o Código Comercial disciplinava todas as sociedades de pessoas, enquanto as únicas sociedades tidas como de capital eram as sociedades por ações.²⁴ Com a edição do Decreto em questão, a doutrina nacional passou a considerar que a sociedade limitada possuía caráter misto: dependendo da configuração de seu contrato social, poderia ser caracterizada como “de pessoas” ou “de capital”. Novamente a lição de Bertoldi: “A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é um tipo misto, dependendo do que estabelecer seu contrato social. Se nele encontrarmos restrições quanto à transferência das quotas, tratar-se-á de sociedade de pessoas; por outro lado, se não houver nenhum óbice quanto ao ingresso de novos sócios na sociedade, podendo suas cotas serem comercializadas livremente a quem quer que seja, estaremos diante de uma típica sociedade de capital”.²⁵

A principal questão prática que advém da definição da sociedade como *intuitu personae* ou como de capital (*intuitu rei*), além da questão da livre transmissão,²⁶ é a

penhora das quotas ou das ações por dívidas pessoais do sócio.

Caso o sócio possua ações ou quotas de uma sociedade de capital, seus credores poderão tranquilamente penhorá-las e aliená-las para recuperar seu crédito. A questão torna-se tormentosa quando se trata de sociedade de pessoas. Nesse caso, a doutrina e a jurisprudência, após longo debate, vêm entendendo ser possível a penhora.

Rubens Requião, em seu clássico *Curso...*, doutrinava que: “A cota somente será penhorável, em nosso entender, se houver, no contrato social, cláusula pela qual possa 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. (...)”.²⁷

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inicialmente acolhia o entendimento do referido comercialista, como se pode verificar desses julgados:

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhorabilidade das cotas do capital social. O art. 591 do CPC, dispondo que o devedor responde, pelo cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, ressalva as restrições estabelecidas em lei. Entre elas se compreende a resultante do disposto no art. 64, I, do mesmo Código que afirma impenhoráveis os bens inalienáveis. A proibição de alienar as cotas pode derivar do contrato, seja em virtude de proibição expressa, seja quando se possa concluir, de seu contexto, que a sociedade foi constituída *intuitu personae*. Hipótese em que o contrato veda a cessão a estranhos, salvo consentimento expresso de todos os demais sócios. Impenhorabilidade reconhecida.²⁸

27. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 19ª ed., p. 349.

28. STJ, 3ª T., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, REsp 34.882-RS, j. 30.6.1993, DJ 9.8.1993, p. 15.230.

23. Marcelo M. Bertoldi, *Curso Avançado de Direito Comercial*, v. 1, *Teoria Geral do Direito Comercial, Direito Societário*, p. 193.

24. O que inclui a sociedade em comandita por ações, tipo societário sem qualquer utilidade prática no Brasil. Portanto, reitera-se aqui que qualquer menção a sociedade por ações não abrange essa sociedade.

25. *Ibidem*, loc. cit.

26. Essa questão será examinada em Capítulo próprio.

Sociedade de responsabilidade limitada. Dívida de sócio. Penhora de quotas. As quotas, em princípio, são penhoráveis. Havendo, entretanto, cláusula impeditiva, cumpre respeitar a vontade societária, preservando-se a *afectio societatis*, que restaria comprometida com a participação de um estranho não desejado. Recurso conhecido e provido.²⁹

Mais recentemente, o Tribunal alterou seu entendimento, julgando legítima a penhora de quotas, o que prevalece até a atualidade:

(...)

Execução. Penhora. Quotas sociais. Sociedade de responsabilidade limitada. Execução contra sócio. É possível a penhora de quota social por dívida individual do sócio. A cláusula que garante a preferência aos outros sócios na alienação não impede a penhora.

Recurso não conhecido.³⁰

Recurso especial. Processual civil e comercial. Penhora de quotas sociais de sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Possibilidade.

I — É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, em razão de inexistir vedação legal. Tal possibilidade encontra sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

II — Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais devem ser determinados em levando em consideração os princípios societários. Destarte, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve-se facultar à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a exe-

cução, remir o bem ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), assegurando-se ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade.³¹

A questão acabou sendo positivada, ainda que de forma tímida, no art. 1.026 e parágrafo único do novo Código Civil, permitindo-se plenamente a penhora das quotas:

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 da 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 90 (noventa) dias após aquela liquidação.

Assim, a natureza jurídica da sociedade assume dimensão de importância na escolha do tipo societário e na redação do contrato social.

Novidade introduzida pelo Código Civil de 2002 é a possibilidade das sociedades limitadas possuir quotas de valor desigual (art. 1.055), o que as aproxima do regime das sociedades por ações, onde existem as ações preferenciais (art. 17). A criação de quotas com valor desigual deve restar muito bem estipulada em contrato social, inclusive se terão ou não direitos e deveres diferenciados, uma vez que a lei é omissa nesse ponto.

A possibilidade de quotas desiguais abre novo leque de possibilidades aos em-

29. STJ, 3ª T., Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 148.947-MG, j. 15.12.2000, DJ 29.4.2002, p. 241.

30. STJ, 4ª T., Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, REsp 327.687-SP, j. 21.2.2002, DJ 15.4.2002, p. 225.

31. STJ, 3ª T., Rel. Ministra Nancy Andrichi, REsp 221.625-SP, j. 7.12.2000, DJ 7.5.2001, p. 138. No mesmo sentido, com redação praticamente idêntica, a seguinte decisão da 4ª T., o que unifica o entendimento das Turmas de direito privado do Tribunal acerca do assunto: Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 147.546-RS, j. 6.4.2000, DJ 7.8.2000, p. 109.

presários para definir as relações internas da sociedade, pois, nas S/A fechadas, há extensa regulação para as ações preferenciais. Não obstante tal fato, cumpre lembrar que, criadas quotas desiguais, as deliberações sociais são tomadas em razão não mais do número de quotas, mas sim do percentual do capital social que elas representam (art. 1.076).

O capital de ambas as sociedades é formado por bens e direitos destacados do patrimônio dos sócios em proveito da sociedade. É vedada a contribuição que consista em serviços (art. 1.055, § 2º, NCC; art. 7º, LSA). Infelizmente, o Código Civil não regulou de forma minuciosa, como faz a LSA — art. 8º — a avaliação dos bens que ingressarão no capital social, dando margem às comuns fraudes nesse campo. Estipula, tão-somente, a responsabilidade dos sócios pela exata estimação dos bens, por um prazo de cinco anos, o que nos parece insuficiente. Rubens Requião discorre sobre esse problema: “Somos levados a reconhecer que grande parte das fraudes cometidas nas sociedades de pessoas, inclusive nas sociedades anônimas, decorre da facilidade com que se permite a integralização da contribuição do sócio no capital social, em bens, sejam corpóreos ou incorpóreos. Os bens incorpóreos, como patentes de invenção, marcas etc., são difíceis de avaliar com exatidão. Deixada a critério dos sócios, nas sociedades de pessoas, a atribuição de valor aos bens, sejam móveis ou imóveis, com que ingressam, abre-se a oportunidade para que os mesmos abusem dessa facilidade, mencionando valores irreais, e, às vezes, fantásticos”.³²

Fraude bastante comum na constituição das sociedades limitadas é a estipulação de um capital fictício. Como não há qualquer necessidade de prova, os sócios simplesmente mencionam o valor do capital que desejam e afirmam que aquele valor foi integralizado. Uma forma bastante

simples de coibir esse tipo de abuso, infelizmente não adotada pelo Código, é determinar que, para o Registro na Junta Comercial, deverá haver prova de depósito da quantia dita integralizada em instituição financeira.

Fator determinante para o sucesso histórico dos tipos societários aqui em estudo na preferência dos empresários, em detrimento dos antigos tipos societários previstos no Código Comercial, é a *limitação de responsabilidade dos sócios* (art. 1.052, NCC; art. 1º, LSA). De fato, é inegável que a atividade empreendedora envolve o risco do insucesso. Seria fator de extremo desestímulo ao empresário a circunstância de pôr em risco todo o seu patrimônio para desenvolver uma atividade econômica. Nesse sentido é a precisa lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“À limitação da responsabilidade dos sócios, na limitada, corresponde a regra jurídica de estímulo à exploração das atividades econômicas. Seu beneficiário indireto e último é o próprio consumidor. De fato, poucas pessoas — ou nenhuma — dedicar-se-iam a organizar novas empresas se o insucesso da iniciativa pudesse redundar na perda de todo o patrimônio, amealhado ao longo de anos de trabalho e investimento, de uma ou mais gerações.

“A limitação da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na empresa é condição jurídica indispensável, na ordem capitalista, à disciplina da atividade de produção e circulação de bens ou serviços. Sem essa proteção patrimonial, os empreendedores canalizariam seus esforços e capitais a empreendimentos já consolidados.

“Os novos produtos e serviços somente conseguiriam atrair o interesse dos capitalistas se acenassem com altíssima rentabilidade, compensatória do risco de perda de todos os bens. Isso significa, em outros termos, que o preço das inovações, para o consumidor, acabaria sendo muito maior do que costuma ser, sob a égide da regra da

32. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 19ª ed., p. 291.

limitação da responsabilidade dos sócios, já que esses preços deveriam cobrir custos e gerar lucros extraordinários, capazes de remunerar o risco de perda total do patrimônio, a que se expôs o empreendedor. A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais é, em suma, direitocusto.³³

Atentando para esse fato econômico, tanto a sociedade limitada quanto as sociedades anônimas possuem previsão expressa de que, tendo o sócio integralizado a parcela com a qual se obrigou para a formação da sociedade, nada mais pode lhe ser exigido, em caso de infortúnio da atividade desenvolvida pela empresa.

Entretanto, enquanto isso não ocorre, os sócios da sociedade limitada são *solidariamente* responsáveis pelo valor prometido ao capital social (art. 1.052, NCC), o que não ocorre nas sociedades anônimas. Essa é, inclusive, uma importante diferença a ser levada em consideração na escolha do tipo societário. Enquanto na Ltda. os sócios são *todos* responsáveis solidariamente pelo que falta para a integralização do capital, na S/A, o sócio só responde perante os credores e à sociedade pelo que ele, pessoalmente, prometeu. Confira-se novamente a lição de Fábio Ulhoa Coelho: "Entre os sócios da sociedade limitada, pode-se constatar, há solidariedade pela integralização do capital social. Essa é, a propósito, a diferença, em termos de repercussões econômicas, do limite da responsabilidade dos sócios na sociedade anônima e na limitada. Enquanto na anônima cada acionista responde no limite da *parte* do capital social, por ele subscrita e ainda não integralizada (esse é um outro modo de medir as prestações impagas do preço de emissão das ações subscritas), na limitada, os sócios são responsáveis pelo *total* do capital subscrito e não integralizado".³⁴

Caso chamado a integralizar o valor subscrito, não honre o sócio seu compromisso, será considerado remisso, podendo os demais sócios da sociedade limitada tomar as quotas para si ou transferi-las a terceiros, nos termos do art. 1.058 do NCC. Sendo a sociedade por ações, a companhia pode cobrar as quantias devidas por meio de processo de execução, ou seguir o procedimento previsto no inciso II do art. 107, qual seja, a venda das ações em bolsa de valores, *mesmo que a companhia seja fechada*.³⁵

Finalmente, cumpre mencionar que em ambas as sociedades vige o princípio da *intangibilidade do capital social*. Intangibilidade significa que o capital social não pode ser "tocado", reduzido por distribuição aos sócios, sem que sejam respeitadas as regras legais para tanto. O capital social "é a soma representativa das contribuições dos sócios para a sociedade, constituindo o fundo inicial, o patrimônio originário, com o qual se tornará viável o início à vida econômica da sociedade".³⁶

Uma vez sendo a responsabilidade dos sócios limitada ao valor prometido e pago à sociedade (arts. 1.052, NCC, e 1º, LSA), o capital social transforma-se, assim, na primeira informação que credores e parceiros comerciais necessitam obter sobre a sociedade, pois é aquele valor, pelos menos em tese, que servirá como demonstrativo ou indicador da capacidade da sociedade de honrar seus compromissos. *Em síntese, constitui o capital social uma garantia aos credores*.³⁷

É certo que o termo "garantia" não deve ser entendido em sentido jurídico estrito, como o são a hipoteca, o penhor etc.

35. Nesse sentido: Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, v. 2, p. 265.

36. Citação livre de Rubens Requião, ob. cit., pp. 290 e 293.

37. A noção de capital social como garantia aos credores vem sendo superada pela doutrina mais moderna, que dispõe ser o patrimônio líquido da sociedade a verdadeira garantia de seus débitos.

33. Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, p. 4.

34. Idem, p. 7.

Toda pessoa, natural ou jurídica, responde por suas obrigações com seu *patrimônio*, que “é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa”.³⁸ O capital social não se confunde com o patrimônio da sociedade; eles se equivalem no exato momento da constituição da pessoa jurídica, variando, a partir daí, ao sabor da sorte do empreendimento: havendo lucro, o patrimônio cresce; do contrário, surgindo o infortúnio do prejuízo, o patrimônio decai. Ainda assim, permanecerá a expressão do capital social, constante no contrato ou estatuto social, inalterado. Rubens Requião discorre sobre as funções do capital social e sua intangibilidade: “Tem o capital social, expresso nominalmente em valor monetário, a precípua função de servir de base para aferimento dos resultados da exploração mercantil, dos lucros e prejuízos, em determinado período de tempo que se chama *exercício financeiro*; para cálculo de divisão proporcional dos lucros e prejuízos verificados; ou, ainda, para verificação dos resultados finais da sociedade, na dissolução e liquidação, com a partilha dos lucros líquidos verificados ou prejuízos sofridos. E ainda resta outra função, das mais importantes, como observa o Prof. Ferrer Correia, qual seja a de o capital constituir uma garantia para terceiros. ‘Efetivamente’, diz o professor português, ‘o capital social representa em certos termos uma segurança para os credores da sociedade; precisamente na medida em que a lei não permite a distribuição pelos sócios de quantias ou valores necessários para manter intato esse fundo. O capital é intangível’”.³⁹

O capital social pode então ser denominado de garantia para os credores especialmente a título de informação de sua hipotética capacidade de assumir compromissos e honrá-los, sendo imprescindível a análise do balanço social para que se verifique

a real⁴⁰ condição do patrimônio e solvência da sociedade.⁴¹

Por constituir o capital social garantia aos credores somente em termos informativos, o princípio de sua intangibilidade sofreu críticas da doutrina, que foram analisadas quando dos debates para a edição da Lei 6.404/1976. Apesar da autoridade de quem as perfilhavam, prevaleceu na Lei das Sociedades por ações também aquele princípio. É o que nos dá conta ainda Rubens Requião, citando o não menos ilustre Lamy Filho:

“O princípio da intangibilidade do capital, que dominava a doutrina, está perdendo sua predominância, sobretudo no que diz respeito às companhias. Em substanciosa conferência que proferiu, em 1971, sobre ‘A Reforma da Lei de Sociedades Anônimas’, o Prof. Lamy Filho, que mais tarde seria um dos autores do projeto da atual lei, enfrentava o tema, analisando as concepções modernas sobre o capital social. Como o assunto é, de fato, de alta relevância, acolhemos aqui a autorizada lição do eminente jurista: ‘Doutrinariamente, o conceito de capital vem sofrendo, também de estudiosos europeus, sérias restrições. Nesse sentido, cumpre destacar, na matéria, o trabalho de Paulette Veaux-Fournerie. Mas é do eminente Prof. Bayles Maning a melhor demonstração sobre a imprestabilidade da noção de capital para a finalidade de garantia de credores. Em seu livro sobre *Legal Capital*, capítulo V, diz o Prof. Maning que se pode afirmar, com segurança, que a

40. Em tempos de escandalosas fraudes contábeis como a da Enron e da World Com, até mesmo a contabilidade deve ser posta sob suspeita.

41. Em nossa atuação profissional, tivemos oportunidade de representar um cliente que havia comprado maquinário no montante de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais). Surgido o litígio, quando fomos verificar o capital social da empresa vendedora, esse alcançava a irrisória quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais). Evidentemente, negociar máquinas nesse valor, com uma empresa de capital social tão diminuto, representa sério risco negocial que deve ser levado em conta, na medida em que era notória a incapacidade da vendedora de fazer face sequer à cláusula penal do contrato.

38. Sílvia de Salvo Venosa, *Direito Civil*, v. 1, *Parte Geral*, 2ª ed., p. 301.

39. Ob. cit., p. 293.

maquinaria do capital social produz pouca ou nenhuma proteção aos credores, e eles, sabendo disso, buscam outras garantias. E as razões seriam muitas entre as quais aponta: a) a cifra que traduz, num balanço, o lucro, é fruto de um sem-número de prévias decisões contábeis, que, se houver interesse, serão facilmente fraudadas; b) os credores não são ouvidos sobre as decisões de alterar a cifra do capital social, e esta é sempre arbitrária e irrelevante; c) não há nenhuma lógica em tomar-se um número qualquer (o capital) e fazê-lo de medida para distribuição de dividendos e bonificações a acionistas; d) o sistema contábil não leva em conta a dimensão tempo, e não distingue entre um crédito a realizar-se em 20 anos e o realizável na próxima semana; e) uma contabilidade que pretendesse resolver esses problemas cairia em debates conceituais à pior maneira dos teólogos medievais etc. etc.' (in *Rev. Dir. Mer. Ind. Ec. Fin.* 7, Nova Série, 1972, p. 124).

"Expondo o pensamento do Prof. Manning, o autor do projeto da lei atual com ela entretanto, não concorda. Os argumentos desfiados são mais adequados à realidade americana que à do direito continental europeu, ao qual nos filiamos. E, contestando aqueles argumentos, conclui que provam demais: 'se a defesa dos credores é incompleta, nem por isso se deve destruí-la, mas antes reforçá-la; se as fraudes contábeis são possíveis, as normas e praxes se vêm aperfeiçoando, e não é tão fácil praticá-las porque há sempre o risco da responsabilidade criminal na falência; e, afinal, não nos parece possível prescindir da noção de capital, no estágio atual de nossos usos e práticas comerciais. Tal fato envolveria riscos econômicos sem maior proveito, pelo que, a nosso ver, deve ser desprezada a hipótese'.

"Venceu, e muito convenientemente, a tese da intangibilidade do capital social na atual lei, sobretudo em consideração ao direito dos credores da companhia."⁴²

42. Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, 20ª ed., pp. 43-44.

Defendido arduamente em doutrina, o princípio da intangibilidade do capital social se encontra positivado pelos arts. 1.059 do NCC e 201 da LSA:

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.

Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do art. 17.

§ 1º. A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber.

§ 2º. Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste.

Verifica-se pequena divergência na aplicação do princípio em cada tipo societário. Enquanto nas sociedades limitadas os sócios devem repor as quantias distribuídas em prejuízo ao capital social, nas sociedades por ações são os administradores e fiscais que a tanto estão obrigados, dispensando-se os acionistas dessa incumbência, salvo quando agindo de má-fé.

O princípio em análise, no entanto, não implica em imutabilidade eterna do capital social. Ele pode ser aumentado ou reduzido, desde que respeitadas as regras legais que têm por função resguardar o interesse dos credores sociais. Na sociedade limitada, tanto o aumento quanto a redução são realizados por modificação no contrato social e levado a Registro Público. A redução, por óbvio, é cercada de cautelas, contrariando-se prevista no art. 1.082 a 1.084:

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I — depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II — se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembléia que a tenha aprovado.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º. No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º. A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º. Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução.

Interessante disposição é a do art. 1.082, I. Havendo perdas irreparáveis, o capital “pode” ser reduzido. Entendemos a previsão não como faculdade, mas sim como obrigação da sociedade, em homenagem ao princípio da boa-fé, privilegiando a segurança dos futuros credores, através da exata demonstração da realidade patrimonial. Importante mencionar que, nessa hipótese específica, o art. 1.084 não determina a ciência dos credores, como ocorre na redução em caso de abundância

de capital em relação ao objeto social,⁴³ o que pode dar ensejo a fraudes de diversas ordens.

A respeito do aumento, é importante mencionar a regra de que os sócios têm direito de nele participar na proporção das quotas de que sejam titulares (art. 1.081, NCC). Referida disposição tem por escopo preservar inalterada a composição societária, evitando que um sócio se torne majoritário, sem o consentimento dos demais, via um abusivo aumento de capital.

Nas sociedades anônimas vigoram regras semelhantes, embora mais minuciosas. O capital social pode ser aumentado, por deliberação da assembléia geral, para correção de sua expressão monetária, por emissão de ações dentro do limite do capital autorizado ou por emissão de novas ações a serem subscritas. Pode ser aumentado ainda pela conversão em ações de outros títulos emitidos pela companhia, como debêntures, partes beneficiárias etc. (arts. 166 a 170, LSA). O acionista, como o sócio quotista, também goza de direito de preferência para a subscrição do aumento de capital, na proporção de suas ações (art. 171, LSA).

A redução do capital social, por sua vez, pode ser deliberada pela assembléia geral se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se esse órgão social julgá-lo excessivo, evidentemente em cotejo com o objeto social (art. 173, LSA). No prazo de sessenta dias, contados da publicação da ata da assembléia que tiver deliberado a redução, poderão credores quirografários por títulos anteriores à data dessa publicação se opor à redução, que só poderá ser arquivada com a prova do pagamento ao credor ou do depósito judicial da importância (art. 174, LSA).

A redução do capital social em desacordo com os dispositivos legais mencionados acarreta a responsabilidade dos ad-

43. Entendemos essa hipótese dificilmente ocorrerá na prática.

ministradores e sócios pelo dano causado, podendo ser obrigados a repor a quantia indevidamente desfalcada. Caso a desordem seja tamanha a ponto de existir uma confusão patrimonial entre os bens da sociedade e dos sócios, sendo incerto o limite das obrigações da sociedade e particulares dos sócios, pode ser determinada, especialmente na sociedade limitada,⁴⁴ a desconsideração da personalidade jurídica, conforme previsto no art. 50 do NCC, estendendo-se aos bens particulares dos sócios o dever de cumprir determinadas obrigações assumidas pela sociedade:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Por ter o dispositivo entrado em vigor recentemente, não há, ainda, jurisprudência dos tribunais superiores a respeito desse artigo. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico sobre a responsabilidade dos sócios em caso de dissolução irregular, onde se presume que o capital foi distribuído aos sócios em prejuízo aos credores (especialmente a Fazenda Pública), como se verifica do seguinte julgado:

Tributário. Execução fiscal. Embarcos. Art. 135, III, CTN.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.

2. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza

quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente.

3. Não é responsável por dívida tributária, no contexto do art. 135, III, CTN, o sócio que se afasta regularmente da sociedade comercial, transferindo suas quotas a terceiro, sem ocorrer extinção ilegal da empresa.

4. Empresa que continuou em atividade após a retirada do sócio. Dívida fiscal, embora contraída no período em que o sócio participava, de modo comum com os demais sócios, da administração da empresa, porém, só apurada e cobrada três anos depois do aditivo contratual que alterou a composição societária.

5. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

6. Recurso especial provido.⁴⁵

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de a companhia emitir títulos de outras espécies, notadamente debêntures, captando assim recursos para sua atividade, o que não pode ser feito pelas sociedades limitadas, face à ausência de permissão legal. Esse é, aliás, outro fator que merece destaque na escolha do tipo societário a se adotar. Prevendo-se que, no futuro, a sociedade venha necessitar de recursos de terceiros para a consecução de sua finalidade social, e não desejando os sócios admitir outras pessoas naquela, o anonimato será a melhor opção, dada a maior gama de instrumentos jurídico-financeiros disponíveis para a obtenção de capital.

Esses são, ao nosso ver, os principais pontos de destaque no que toca à divisão do capital social das sociedades limitadas e anônimas. Verificou-se, dentre outros pontos, que a classificação da sociedade em sociedade de pessoas ou de capital terá significativa influência no exercício da atividade. Além disso, as regras de responsabilidade pela subscrição e integralização do

44. Isso se deve ao fato de que, nas sociedades anônimas, a responsabilidade é dos administradores, e já se encontra disciplinada na própria Lei dessas sociedades.

45. STJ, 1ª T., Rel. Ministro José Delgado, REsp 215.349-MG, j. 31.8.1999, DJ 11.10.1999, p. 45.

capital social são diferentes. Finalmente, constatou-se que a sociedade anônima é melhor instrumentalizada para obter recursos no mercado.

CAPÍTULO 4 — Convocação, instauração e deliberações em assembléias e reuniões

A sociedade limitada e a sociedade anônima, como visto, possuem personalidade distinta da de seus membros, e expressam essa vontade própria através das deliberações dos sócios tomadas em reunião ou assembléia (sociedade limitada), ou somente essa última nas S/A.

Óbvio é, portanto, que a vontade expressa nesses momentos há de ser merecedora de maior importância para as atividades da sociedade, restando para os administradores deliberar no dia-a-dia da empresa sobre os demais temas concernentes ao melhor andamento dos negócios.

As deliberações dos sócios nas reuniões e assembléias norteiam a forma pela qual a sociedade será administrada, servindo ao mesmo tempo de guia e de vinculação da atividade do administrador.

Imperativo é, portanto, diferenciarmos com mais acuidade essas duas formas de deliberação societária.

4.1 Reuniões

Prevê o Código Civil de 2002 que deverão deliberar mediante reunião aquelas sociedades em que a quantidade de sócios não ultrapassar o número de 10 (dez). O Código dá liberdade para a disciplina das reuniões no próprio contrato social, o que em nosso entendimento constitui medida providencial para a funcionalidade das sociedades desse porte, pois impor a elas as formalidades previstas para uma assembléia seria totalmente desarrazoado.

Dessa forma, as normas a serem aplicadas para a convocação, instauração e deliberação nas reuniões serão aquelas estabe-

lecidas no instrumento contratual, e sendo este omissivo deverá se ater às disposições pertinentes às assembléias de sócios. Essa regra é de fundamental importância, pois, segundo Fábio Ulhoa Coelho: “A diferença entre a assembléia e a reunião não está apenas na designação dada ao encontro dos sócios. A lei contempla uma sutileza, escapável à primeira leitura. Em dois dispositivos (arts. 1.072, § 6º, e 1.079), o Código Civil estabelece que as regras sobre a assembléia dos sócios aplicam-se às reuniões, *nos casos de omissão do contrato social*. Quer dizer, o contrato social que admite deliberações em reunião de sócios pode também estabelecer regras *próprias* sobre sua periodicidade, convocação (competência e modo), *quorum* de instalação, curso e registro dos trabalhos. Como as normas legais atinentes a essas formalidades da assembléia são supletivas do contrato social, elas se aplicam apenas quando os sócios nada contrataram sobre ela”.⁴⁶

4.2 Assembléias dos sócios

É em relação às Assembléias que entendemos que o Código Civil de 2002 se afastou das características predominantes da absoluta maioria das sociedades limitadas.

Esse tipo societário se caracteriza geralmente por pequenos empreendimentos, formado por sócios de vida simples e despreocupados com formalismos legais e burocráticos. Pois bem, o novo Código instituiu um modelo altamente complexo e minucioso em relação à esse órgão que exprime a vontade da sociedade, esclarecendo a necessidade de convocação da assembléia nos primeiros quatro meses após o exercício social, a fim de apreciar as contas dos administradores e quaisquer outras matérias incluídas pelos sócios.

O que se pode inferir de uma análise do modelo das assembléias de sócios im-

46. Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade...*, cit., p. 94.

plementado pelo Código Civil de 2002 é uma grande proximidade com a sistemática adotada para as assembléias gerais das companhias, desde a convocação até nos quóruns de instalação e deliberação. Senão vejamos.

4.3 Convocação

A convocação para a Assembléia deverá ser realizada primeiramente pelos administradores, e, subsidiariamente, pelos sócios ou pelo Conselho Fiscal, se houver. A convocação da assembléia pelos sócios individualmente pressupõe o retardamento da convocação pelos administradores por mais de dois meses. É também possível a convocação por sócios que representem mais de 20% do capital social, no caso de não atendimento, em oito dias, a pedido de convocação com a indicação das matérias a serem tratadas. Também poderá ser realizada pelo Conselho Fiscal nos casos em que a Diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes.

Reza a boa doutrina dever ser a convocação realizada de forma a dar ciência inequívoca aos sócios da data, hora, local e relação das matérias a serem tratadas, para que todos compareçam e façam exprimir a vontade real da sociedade. Dessa maneira, incorreu em grave erro o legislador, claramente inspirado no modelo adotado pela Lei 6.404/1976, ao determinar que a convocação para a assembléia se faça mediante publicação na imprensa (art. 1.152 do NCC). Ora, fato é que a mera publicação de convocação não leva o ato ao conhecimento do interessado, presumindo-se erroneamente a ciência deste sobre a realização da assembléia. O mais correto, no nosso entender, teria sido a adoção da convocação por via postal.

Não havendo a ciência escrita da realização da assembléia, deve haver a publicação, por três vezes, de editais na imprensa oficial e em jornal de grande circulação,

com antecedência mínima de oito dias, contados da primeira publicação.

É criticável ainda a nova sistemática introduzida pelo novo Código, pois desconsidera a realidade econômica das sociedades limitadas, na medida em que cria um novo custo fixo para essas sociedades, que terão relevante despesa com a publicação de editais em jornais.

4.4 Instalação

Regularmente convocada, a assembléia deve ser instalada, ou seja, deve iniciar seus trabalhos, contando para tanto com a presença de titulares de três quartos do capital social, em primeira convocação (art. 1.074, *caput*).

Caso tal *quorum* não seja atingido, deverá existir uma segunda convocação, pelo mesmo modo, com antecedência mínima de cinco dias, contada da primeira publicação, podendo a assembléia funcionar com qualquer número de sócios.

Entrando em funcionamento, compete à assembléia deliberar sobre as matérias constantes da ordem-do-dia, devendo ser presidida por sócios escolhidos entre os presentes.

4.5 Deliberações

Como preceitua o art. 1.010 do NCC (aplicado às sociedades limitadas por disposição do art. 1.053), as deliberações serão tomadas pelos votos dos sócios contados de acordo com a participação no capital social.

No regime do Decreto 3.708/1919 foi estabelecido o critério majoritário (mais simples e condizente com as condições das Ltdas.) o qual não mais prevalece para o Código Civil de 2002, que estabelece *quorum* diversificado para uma série de deliberações (art. 1.076).

Assim, para a modificação do contrato social, a fusão, a incorporação da sociedade por outra, sua dissolução, ou a cessão

do estado de liquidação, exige-se a aprovação de três quartos do capital social.

Para a nomeação, destituição ou fixação de remuneração dos administradores, bem como o pedido de concordata, exige-se mais da metade de todo o capital social.

Exige-se ainda a unanimidade para a designação de administrador não sócio, nomeado pelo contrato social, e para a nomeação de administrador não sócio, quando já estiver o capital totalmente integralizado.

Por fim, exige-se a maioria dos votos dos presentes na assembléia para os demais assuntos da ordem-do-dia, salvo *quorum* maior exigido pelo capital social.

Como já ressaltado, a extensa diferenciação de *quorum* para deliberação, trazida pelo Código de 2002 para as sociedades limitadas, complica desnecessariamente a gestão dessa sociedade tradicional e muito difundida até hoje exatamente por sua simplicidade.

4.6 Sociedade anônima — Assembléia geral

De forma semelhante ao que ocorre com as assembléias de sócios e as reuniões, previstas para as sociedades limitadas, possuem as sociedades por ações órgão deliberativo de onde emana sua vontade soberana. À esse órgão dá-se o nome de *Assembléia Geral*.

Com já mencionado, devido à complexidade adotada pelo Código Civil de 2002, no que se refere à disciplina adotada para a Assembléia de Sócios, muito se tem comentado entre as semelhanças agora existentes entre essa e a Assembléia Geral das S/A. Marlon Tomazette assim se posiciona: "Institui-se no âmbito das limitadas algo muito similar à assembléia geral ordinária da sociedade anônima".⁴⁷

Assim como ocorre nas sociedades limitadas, a Assembléia tem competência

para deliberar sobre os atos mais importantes para a companhia, quais sejam, aqueles que se encontram elencados no art. 122 da Lei das S/A (com redação determinada pela Lei 10.303/2001):

Art. 122. Compete privativamente à assembléia-geral:

I — reformar o estatuto social;

II — eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III — tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV — autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto no § 1º do art. 59;

V — suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI — deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII — autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII — deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX — autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

Parágrafo único. (...).

4.7 Convocação

Reza o art. 123 da LSA ser de competência originária do conselho administrativo a convocação da Assembléia Geral. Não sendo convocada pelos administradores, dá a lei a legitimidade para que o façam o Conselho Fiscal e os acionistas, possuindo o primeiro também legitimidade primária (art. 123, parágrafo único). Percebe-se aqui uma clara semelhança com as disposições adotadas para a convocação da assembléia de sócios na sociedade limitada (arts. 1.072

47. Marlon Tomazette, *Direito Societário*, p.

e 1.073 do CC/2002) e que foram analisadas *supra*.

Nas companhias fechadas, a assembléia geral deve ser convocada por anúncios publicados, no mínimo três vezes, na imprensa oficial da União ou dos Estados em jornal de grande circulação, indicando local, hora, data e a ordem-do-dia (art. 289 da Lei 6.404/1976), com antecedência mínima de 8 dias, contada da primeira publicação. Não atendida a primeira convocação, haverá uma segunda, mediante novo anúncio, com antecedência de 5 dias.

Na companhia fechada, o acionista detentor de 5% (cinco por cento) ou mais do capital social será convocado por telegrama ou carta registrada, desde que tenha solicitado essa providência à companhia (art. 124, § 3º, LSA). Regra de bom senso⁴⁸ também é encontrada no art. 294 da LSA, que estipula ser lícito à companhia com menos de 20 acionistas e patrimônio inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) convocar assembléia geral por anúncio entregue a todos os acionistas, mediante recibo, com antecedência mínima de oito dias. Confira-se, a respeito, a lição de Fábio Ulhoa Coelho: "A lei autoriza às companhias fechadas o uso da convocação *epistolar*, em duas diferentes hipóteses. A primeira é destinada a facilitar o funcionamento da sociedade que possui menos de 20 sócios, e patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00. Dadas essas condições, a assembléia geral poderá ser convocada por anúncio entregue a todos os acionistas, contra recibo, dispensada a sua publicação. O anúncio entregue aos sócios deve atender aos mesmos requisitos do publicado, incluindo a antecedência relativamente à realização da reunião (LSA, art. 294, I). A sociedade fechada deve manter, em arquivo, os recibos de entrega do anúncio de convocação, assinados por todos os acionistas, pelo prazo do art. 286 da LSA, uma

vez que a inobservância dos pressupostos legais dessa hipótese de convocação epistolar compromete a validade da assembléia".⁴⁹

Pode-se notar a nítida semelhança entre o modelo de convocação utilizado pelas companhias e a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 para a convocação da assembléia de sócios. Ambas serão feitas através da imprensa, respeitando certo prazo mínimo para a primeira convocação e um prazo mais reduzido na segunda oportunidade. Restou clara, portanto, a fonte inspiradora do legislador no que tange à regulação das sociedades limitadas.

4.8 Instalação

Regularmente convocada, deverá ser a assembléia instalada no local designado pela convocação, que pode ser outro que não a sede da companhia, mas sempre na mesma localidade em que esta estiver estabelecida.

Para a instalação é necessária a presença de pelo menos um quarto do capital social votante da companhia, ressalvada a necessidade de *quorum* especial previsto na própria lei (art. 125).

Não atingindo o *quorum* de instalação exigido para a primeira convocação, será feita uma segunda, na qual qualquer número de ações com direito a voto será suficiente para a instalação da assembléia. Mais uma vez claro fica a semelhança com o modelo das sociedades limitadas, no qual há a necessidade de comparecimento de três quartos do capital social, na primeira convocação, para que se instale a assembléia (art. 1.074, NCC).

4.9 Deliberações

Regularmente convocada e instalada, deve a assembléia geral exercer sua função deliberando sobre as matérias constantes na ordem-do-dia.

48. Bom senso esse que acreditamos ter faltado nas regras de convocação das sociedades limitadas, pelos motivos já expostos.

49. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 5ª ed., p. 202.

Em princípio, as deliberações devem ser aprovadas por maioria absoluta, como prevê o art. 129 da LSA. Algumas deliberações, contudo, requerem *quorum* qualificado para aprovação. Tratam-se das matérias constantes no art. 136, as quais devem ser aprovadas por, no mínimo, 50% do capital votante da companhia.

Além disso, existem matérias que devem ser apreciadas por assembléia especialmente convocada para esse fim. É o caso, por exemplo, da criação de ações preferenciais ou aumento da classe existente sem guardar proporção com as demais.

Em sendo absolutamente semelhantes os regimes de convocação, instalação e deliberação nas assembléias em ambas as sociedades estudadas, não se pode mais inferir nenhum benefício ou vantagem particular na adoção de uma dessas formas societárias, no que toca aos aspectos estudados nesse capítulo.

CAPÍTULO 5 — A administração das sociedades e a responsabilidade dos administradores

5.1 Da administração da sociedade por ações e da sociedade limitada: breves considerações

Enquanto vigorou o Decreto 3.708/1919, a gerência da sociedade limitada era restrita apenas ao sócio.⁵⁰ É certo, porém, que as grandes sociedades limitadas, em razão da complexidade de sua administração, já utilizavam expedientes para contornar a restrição imposta pelo Decreto. Como explica Fábio Ulhoa Coelho, era comum atribuir-se reduzida participação societária ao profissional escolhido como administrador, mediante cessão de quota, com cláusula de retrocessão. Tendo que abandonar o cargo, o administrador perdia a qualidade de sócio.⁵¹

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, abriu-se a possibilidade de profissionais estranhos ao quadro de sócios participarem da gestão da empresa, nos termos dos arts. 1.060 e 1.061, como já acontece nas S/A, no que toca à Diretoria. Confira-se o texto legal:

Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Parágrafo único. A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade.

Art. 1.061. Se o contrato permitir administradores não sócios, a designação deles dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização.

Se nas sociedades limitadas o administrador não precisa ser sócio, na sociedade por ações é necessário que o membro do Conselho de Administração seja acionista, nos termos do art. 146 da LSA.

Art. 146. Poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os membros do conselho de administração ser acionistas e os diretores residentes no país, acionistas ou não (destaque nosso).

Merece destaque também o fato de que a sociedade por ações é, em regra, administrada por dois órgãos, quais sejam, o Conselho de Administração e a Diretoria. Sem embargo, o art. 138, § 2º, da LSA estabeleça a obrigatoriedade de as companhias abertas e de capital autorizado possuírem, além da Diretoria, Conselho de Administração. Já com relação às companhias fechadas, vale o *caput* do mencionado artigo, que permite seja a administração exercida somente pela Diretoria.

Em ambos os tipos societários os administradores deverão ser pessoas naturais, não havendo necessidade de serem residentes no país. E a investidura nos seus cargos se dá mediante assinatura de termo de pos-

50. Permitia-se, apenas, a gerência delegada.

51. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 4ª ed., p. 423.

se no livro de atas do Conselho de Administração, se sociedade por ações, ou simplesmente no livro de atas da administração, se sociedade limitada. Cumpre frisar que, em ambos os casos, a lei fixa o prazo de trinta dias para a assinatura do termo, contados a partir da nomeação ou designação. Findo esse prazo, a nomeação ou designação tornar-se-á sem efeito, salvo justificação aceita pelo Conselho de Administração, ressalva que se aplica apenas para o administrador da sociedade por ações.⁵² Nesse sentido, a lição de Modesto Carvalhosa: "O termo de posse constitui declaração afirmativa da pessoa quanto à assunção dos encargos legais e estatutários de administrador. Essa aceitação há de ser oportuna, sendo ineficaz se não for manifestada no prazo previsto na lei; desobriga-se a companhia a partir de então, tornando-se a nenhum efeito o ato unilateral da eleição".⁵³

O termo de posse, assinado, deve necessariamente ser averbado no Registro Público das Empresas Mercantis, observando-se os requisitos estabelecidos em lei. No caso das sociedades limitadas, deve-se mencionar o nome do administrador, sua nacionalidade, estado civil, residência, com exibição do documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo da gestão.⁵⁴ Em se tratando de sociedade por ações, além da qualificação e do prazo da gestão, para que o conselheiro tome posse é necessária a indicação de pelo menos um domicílio no qual receberá as citações e intimações em processos administrativos e judiciais relativos a atos de sua gestão.⁵⁵ E se o administrador for residente ou domiciliado no exterior, deverá constituir representante residente no país, como poderes para receber citação em ações contra ele propostas com base na legislação societária, mediante procuração cujo prazo de validade deverá estender-se por, no mínimo, três anos

após o término do prazo de gestão do conselheiro.⁵⁶

Uma vez aceito o cargo, tanto o administrador da sociedade por ações quanto o da sociedade limitada somente podem se afastar voluntariamente da função pela renúncia. Em ambos os casos, o administrador deverá comunicar à sociedade por escrito da sua renúncia e averbar e publicar no Registro Público das Empresas Mercantis, para que o ato também surta efeitos com relação a terceiros de boa-fé.

Caso o administrador não renuncie, o exercício de seu cargo cessa pelo término do prazo de sua gestão ou, ainda, pela destituição, que pode ocorrer a qualquer tempo.

Como bem explica Fábio Ulhoa Coelho, "o membro do Conselho de Administração exerce cargo de confiança e pode ser substituído ou destituído, pela assembléia geral, a qualquer tempo".⁵⁷ Igual regra vale para o administrador da sociedade limitada, que também terá o exercício do cargo interrompido, caso seja destituído.

Nas sociedades limitadas, é necessário que o administrador tenha poderes expressos para o uso da firma ou denominação social, consoante prescreve o art. 1.064 do NCC. Confira-se:

Art. 1.064. O uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes.

Já nas sociedades por ações, a sua representação legal não pode ser atribuída a outro órgão societário, pois é de competência privativa da Diretoria, nos termos do § 1º do art. 138 da LSA.

Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1º. O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores (destaque nosso).

52. Art. 149, § 1º, da LSA.

53. Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 191.

54. Art. 1.062, § 2º.

55. Art. 149, § 2º.

56. Art. 146, § 2º.

57. Ob. cit., p. 225.

Em termos comparativos, verifica-se que a administração da sociedade limitada, mesmo com as inovações do NCC, é menos onerosa e complicada que a da S/A, sendo uma de suas vantagens. A respeito, confira-se a lição de Fábio Ulhoa Coelho: “Nada impede que a sociedade limitada adota uma estrutura administrativa complexa, semelhante à da anônima, dotada, por exemplo, de Conselho de Administração. Basta, para tanto, que a maioria societária o entenda conveniente ao bom desenvolvimento dos negócios sociais. Isso, contudo, não é muito usual, tendo em vista, inclusive, que uma das vantagens da limitada em relação à anônima são os menores custos de manutenção, derivados da maior informalidade da vida societária; isto é, na limitada inexistem dispêndios com a elaboração, registro, publicação e ordenação de documentos descritivos das reuniões de administradores,⁵⁸ exatamente porque sua estrutura e funcionamento são menos complexos do que os da anônima”.⁵⁹

5.2 Da responsabilidade dos administradores

Feitas essas considerações acerca da administração das sociedades limitada e por ações, procede-se a análise de questão bastante importante e objeto de polêmica na doutrina e jurisprudência: a responsabilidade dos administradores da sociedade por ações e da sociedade limitada.

O novo Código Civil pouco dispõe sobre os deveres e responsabilidades do gerente da sociedade limitada. Sabe-se, por outro lado, que no já revogado Decreto 3.708/1919 havia previsão de aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas (art. 19). E o art. 1.053 do NCC, em seu parágrafo único, também prescreve a regên-

cia supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, mas agora desde que previsto no contrato social.

Entendemos, assim, que os mesmos deveres e responsabilidades a que estão sujeitos o administrador da sociedade anônima aplicam-se ao administrador da sociedade limitada. Nesse sentido, a lição de Fábio Ulhoa Coelho, cujo trecho transcrevemos a seguir:

“O gerente da limitada tem os mesmos deveres dos administradores da anônima: diligência e lealdade.

“Se descumprir seus deveres, e a sociedade, em razão disso, sofrer prejuízo, o gerente será responsável pelo ressarcimento dos danos.”⁶⁰

Com efeito, os deveres de diligência e lealdade acima referidos encontram-se previstos nos arts. 153 a 155 da LSA. Proceder-se-á, a seguir, à análise de cada um dos mencionados dispositivos legais.

5.2.1 Do dever de diligência

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Ao comentar o dispositivo legal acima, críticas não foram poupadas pelo jurista Modesto Carvalhosa. Segundo o autor, “(...) a lei vigente com relação à matéria é inadequada, mostrando, ainda uma vez, seu servilismo formal ao direito norte-americano, quando inclui no preceito o *standard of care*”.

Mais adiante, prossegue o renomado autor, afirmando que: “Não basta, em nosso direito, por sua inquestionável feição institucional, que o administrador atue como homem ativo e probo na condução de seus próprios negócios. São insuficientes os atri-

58. O autor deve estar se referindo às exceções (que na prática tornar-se-ão a regra) previstas no art. 1.072, §§ 2º e 3º, já que o NCC determina a publicação de uma série de atos das Ltdas.

59. Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade...*, cit., p. 51.

60. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 4ª ed., p. 425.

butos de diligência, honestidade e boa vontade para qualificar as pessoas como administradores. É necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência e, se possível, ambas”.⁶¹

A verdade é que, pela grande fluidez dos conceitos apresentados, o artigo mencionado encontra dificuldade na sua aplicação, pois disciplina, de maneira subjetiva, o padrão de conduta que deve nortear o administrador. De qualquer maneira, é certo que não basta simplesmente a boa-fé, pois a lei exige que tenha ele agido com o devido cuidado e diligência. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, o administrador cumpre esse dever quando: “Para cumprir o dever de diligência, o administrador deve observar, na condução dos negócios sociais, os preceitos da tecnologia da administração de empresas, fazendo o que esse conhecimento recomenda, e deixando de fazer o que ele desaconselha. O paradigma do administrador diligente é o administrador de competência profissional”.

O administrador responde, ainda, pelos atos ilícitos ou ilegais de seus subordinados, a não ser que se demonstre que o subordinado ocultou inteiramente os atos fraudulentos por ele praticados.

Impende destacar, entretanto, que a obrigação do administrador na boa condução dos negócios é de meio, não de fim. Significa dizer que é preciso ser leal e diligente, buscar o lucro e observar o objeto social. Isso não significa necessariamente que os resultados que a sociedade vai ter serão positivos; tendo o administrador agido com a observância de todos esses preceitos, estará ele isento de qualquer responsabilidade pelos resultados adversos que a sociedade enfrentar.⁶²

61. Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 228.

62. Essa é, aliás, uma das questões mais tormentosas para o direito societário moderno. A regra de responsabilização dos administradores vem sofrendo verdadeira afronta pelos operadores do Direito tributário, trabalhista e previdenciário, especial-

5.2.2 Do desvio de poder

Já o art. 154 da LSA, por sua vez, estabelece de maneira objetiva a conduta que o administrador deve ter ao exercer suas funções.

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.

Muito embora o *caput* do artigo não discrimine objetivamente quais condutas o administrador deva observar, os §§ 1º e 2º cuidam de regular detalhadamente a atuação que se espera do administrador, para que não haja *desvio de poder*.

Em síntese, podemos afirmar que a lei veda a prática de ato de liberalidade à custa da companhia, a não ser os atos gratuitos razoáveis em favor dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa. Por ato de liberalidade, entende-se aquele que implica em diminuição do patrimônio da sociedade sem qualquer contrapartida de natureza econômica. Poder-se-ia argumentar que os atos gratuitos também não trazem qualquer benefício para a sociedade. Mas tal afirmação não resiste a uma melhor análise, se considerados a função social cada vez mais relevante que deve desempenhar a empresa, o que, sem dúvida, reverte em benefício indireto para a sociedade. Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca expõem com proficiência a respeito do assunto:

“O desvio de poder — figura típica do direito público — aplica-se à análise da conduta objetiva do administrador, em face do caráter eminentemente institucional da companhia. Caracteriza-se esse fenômeno jurídico quando o administrador, embora

mente. Nessas searas, como será verificado adiante, a Fazenda Pública, o INSS e alguns juízes descompromissados com o verdadeiro Direito promovem a responsabilização de sócios sem qualquer comprovação de culpa ou dolo na atuação, ferindo, inclusive, princípios constitucionais basilares.

observando as formalidades legais e estatutárias, desvirtua as finalidades ao mesmo tempo econômicas e sociais da companhia.

“Também pode ser conceituado como o uso indevido que o administrador faz do poder que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei determina.

“O desvio de poder caracteriza-se pelo desvirtuamento da finalidade da própria lei societária e do estatuto da companhia, embora preservados os elementos formais da respectiva regra. Trata-se, portanto, de uma fraude à lei e ao estatuto, mediante a manipulação e aplicação deformada de suas regras, visando a lograr fins outros que não os da companhia ou, então, sem observância das exigências do bem público e da função social da empresa.”⁶³

A lei veda, ainda, que o administrador tome por empréstimo recursos ou bens da companhia, sem autorização estatutária ou da assembléia geral, ou os utilize em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse ou de terceiros. Também é vedado, sem autorização, receber de terceiros qualquer vantagem pessoal em decorrência do exercício de seu cargo.

O descumprimento dos deveres legais acima referidos implica em nulidade dos atos de liberalidade e reversão para a sociedade das vantagens pessoais obtidas sem autorização.⁶⁴

5.2.3 Do dever de lealdade

Já o dever de lealdade é tratado fartamente pelo art. 155 da LSA. De acordo com esse dispositivo legal, os administradores devem buscar os interesses da sociedade, ao invés dos interesses pessoais. Infringem, assim, o dever de lealdade, os administradores que: não guardarem reserva sobre os negócios sociais; usarem em benefício próprio ou de outrem oportunidades que te-

nam conhecimento em razão de seu cargo, ainda que sem prejuízo para a sociedade; omitir-se na proteção dos direitos da companhia ou deixar de aproveitar oportunidades de negócio para a empresa; adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que saibam ser necessário à companhia ou que ela tenha interesse em adquirir. Trata-se de rol meramente exemplificativo. A norma é disposta especialmente como um princípio geral de atuação, sendo possível amoldar em seu bojo futuras condutas. Confira-se a lição de Modesto Carvalhosa:

“A Lei n. 6.404, de 1976, sendo praticamente uma transcrição das leis societárias e do mercado de capitais norte-americanos, traz para o nosso sistema jurídico o *standart of loyalty* que, naquele país, constitui um dos princípios da conduta dos administradores.

“Baseia-se o *standart of loyalty* no caráter fiduciário da atividade dos administradores. A regra é que não poderão os administradores buscar, em primeiro lugar, os seus interesses pessoais. Trata-se, como nos demais artigos precedentes (arts. 153 e 154), de padrão normativo de ampla aplicação aos casos concretos e de fácil ajustamento às situações novas de antijuridicidade, detectáveis na atividade da administração societária.

“Inclui-se no *standart of loyalty* a célebre regra 10-B-5 da *General Rules and Regulations under the Securities*, que reprime o *insider trading*. Tal norma é considerada por Bromberg ‘the most potent and the most versatile instrument in the armamentarium of federal securities regulation’.”⁶⁵

Esses são deveres que os administradores devem observar na condução dos negócios da empresa. Como já dito, tanto na sociedade por ações quanto na sociedade limitada o administrador responde pelos prejuízos causados à sociedade em razão do descumprimento de seus deveres.

63. Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 236.

64. Art. 154, § 3º, LSA.

65. Ob. cit., p. 248.

5.2.4 Dos prejuízos causados pelo administrador

O art. 158 da sociedade por ações disciplina a responsabilidade do administrador em duas hipóteses: a primeira decorrente dos prejuízos causados por culpa ou dolo, ainda que sem exorbitância de poderes e atribuições; e a hipótese do inciso II, quando o prejuízo decorre de violação da lei ou do estatuto.

Se com relação ao primeiro inciso dúvida não há de que a responsabilidade civil é subjetiva do tipo clássico, quanto ao inciso II boa parte da doutrina diverge acerca da modalidade de responsabilidade civil. Modesto Carvalhosa, por exemplo, entende tratar-se de hipótese de aplicação de responsabilidade objetiva, que respondem tanto os diretores quanto o Conselho de Administração. Outros renomados doutrinadores, por sua vez, sustentam a tese da responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova.⁶⁶ Já Fábio Ulhoa Coelho entende que, na hipótese do inciso II do art. 158, a responsabilidade também é subjetiva do tipo clássico, à semelhança do que ocorre no inciso I do mencionado artigo. Para o autor, as duas hipóteses elencadas pelo art. 158 se confundem, pois “a ação culposa ou dolosa é, forçosamente, ilícita, violadora da lei”.⁶⁷ Por outro lado, não há nenhum dispositivo legal que excepcione a regra geral do art. 186 do NCC, segundo a qual todo aquele que violar direito e causar dano a outrem por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, comete ato ilícito. Prossegue o ilustre jurista, ainda, afirmando não haver fundamento racional para a imputação da responsabilidade objetiva. De acordo com o autor, o fundamento da responsabilidade objetiva não é o risco, mas a possibilidade de se distribuir o encargo entre as pessoas expostas ao dano ou beneficiárias do evento. O fornecedor, por

exemplo, pode incluir no preço o custo correspondente às indenizações; o Estado já distribui o encargo entre seus contribuintes. Já o “administrador não ocupa posição econômica que lhe possibilite socializar perdas. Nos elementos componentes de sua remuneração, não se encontra parcela destinada à constituição de reservas e fundos próprios, para eventual indenização em favor da sociedade ou de terceiros prejudicados (...)”.⁶⁸

Entendemos, na esteira dos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, que para a responsabilização do administrador, seja da sociedade anônima, seja da sociedade limitada, necessário se faz provar o descumprimento de um dever legal e o dano causado em decorrência desse ato ilícito praticado pelo administrador.

Ainda sobre o art. 158, é salutar destacar a importância que o administrador da companhia fechada deve ter com a atuação de seus colegas. Isso porque o § 2º do artigo citado prescreve a responsabilidade solidária dos administradores pelos prejuízos causados, caso não tenham consignado em ata sua divergência (art. 158, § 1º, LSA). Trata-se, em verdade, de um dever legal de controlar a ação dos demais administradores. Importante destacar que na sociedade limitada não há tal solidariedade. O art. 1.080 determina que “as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram”. Somente aqueles que expressamente aprovaram o ato são responsabilizados. Entendemos que a omissão culposa ou dolosa do sócio que deveria saber do ato também deve dar ensejo à responsabilização.

Vale ressaltar também que a jurisprudência trabalhista entende que a condenação em processo nessa seara configura hipótese de descumprimento de lei, prevista no inciso II do art. 158, ensejando, assim, a

66. Nesse sentido, Miranda Valverde e Sam-paio de Lacerda, entre outros.

67. Ob. cit., p. 256.

68. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 4ª ed., p. 258.

responsabilidade pessoal do administrador de sociedade anônima.⁶⁹ Confira-se:

Administrador de sociedade anônima. Responsabilidade frente à condenação da companhia em processo trabalhista. O administrador de sociedade anônima responde pessoalmente pelos atos praticados em violação da lei (art. 158, inciso II, da Lei 6.404/1976). Assim, como a condenação da companhia no processo do trabalho, decorre invariavelmente de descumprimento de lei, normalmente de leis trabalhistas, os administradores sempre são pessoalmente coobrigados na satisfação dos créditos judiciais trabalhistas (TRT-4ª R., 3ª T., ap. 00012.305/94-4, Rel. p/o Ac. Juiz Otacílio Silveira Goulart Filho, j. 27.9.2000).

Sociedade anônima. Responsabilidade dos administradores, conselheiros e diretores. Lei 6.404/1976. Em se tratando de sociedades anônimas, a regra é a de que os administradores são responsáveis pelos prejuízos que causarem por dolo, culpa e violação da lei ou do estatuto (o que se extrai do art. 158 da Lei 6.404/1976), responsabilidade que, por expressa disposição legal, se estende aos conselheiros e diretores (art. 145 da Lei 6.404/1976). A inobservância dos preceitos trabalhistas configura hipótese de violação do contrato ou da Lei (TRT-2ª R., 8ª T., ap. 02970057764 (02970368450), Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, DOESP 7.8.1997).

Como se vê, o simples fato de a Companhia não pagar os direitos trabalhistas a que for condenada enseja a responsabilidade pessoal dos administradores. Conforme se demonstrar á adiante, a responsabilidade trabalhista difere, nesse sentido, da responsabilidade tributária, pois o inadimplemento no pagamento de tributos não acarreta a responsabilidade pessoal dos administradores, a não ser que tenham agido dolosamente em desrespeito à lei ou ao

contrato social. Não é o caso, por exemplo, da empresa que se encontra em dificuldade financeira.

5.2.5 Da ação de responsabilidade

O art. 159 da LSA estabelece duas hipóteses de ação de responsabilidade. A primeira, quando o prejuízo é causado ao patrimônio da companhia; e a hipótese em que o acionista ou terceiro são diretamente prejudicados por ato de administrador.

No primeiro caso, compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, promover a ação de responsabilidade contra o administrador ou administradores (art. 159, § 1º, LSA). É certo, todavia, que quando a companhia tem prejuízo, indiretamente o acionista sofre um dano. Por tal razão o mesmo artigo, em seu § 3º, confere ao acionista a faculdade de promover a ação competente, caso não seja ela proposta no prazo de três meses da deliberação da assembléia geral. É o que a doutrina chama de substituição derivada, decorrente da inércia da companhia que, mesmo tendo deliberado pela propositura da ação, deixou passar mais de três meses sem ajuizá-la. O mencionado artigo ainda prescreve, em seu § 2º, que o administrador ou administradores contra os quais a ação será proposta ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

Situação diversa ocorre quando a assembléia geral decide não propor nenhuma ação. Nesse caso, a lei prevê a chamada modalidade de substituição originária, hipótese em que a ação poderá ser proposta por acionistas que representem ao menos cinco por cento do capital social (art. 159, § 4º, LSA). Trata-se, na opinião de Modesto Carvalhosa, de requisito bastante injusto, pois não confere oportunidade alguma aos acionistas minoritários de mover ação com o escopo de restaurar o prejuízo causado à companhia.⁷⁰ Importante frisar que

69. O que, no nosso sentir, é um dos maiores absurdos de nossa jurisprudência. A responsabilização também vale para as sociedades limitadas.

70. Ob. cit., p. 339.

os resultados dessa ação reverterem-se em benefício da companhia, descontadas apenas as despesas em que o acionista tiver incorrido.

Há situações, porém, que o acionista, ainda que não detenha 5% das ações, é parte legítima para propor ação de responsabilidade contra o administrador. Tal hipótese se verifica quando um dos sócios detém, sozinho, mais de 95% do capital social e das ações com direito a voto. O objetivo, nesse caso, é evitar que o acionista minoritário não fique sem uma via legal para contestar as ações do acionista majoritário, uma vez que não seria possível alcançar o requisito de 5% das ações, como prescreve o art. 159, § 4º, da LSA.

Vale a pena, nesse sentido, conferir decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Direito societário. Sociedade anônima. Ação de responsabilidade civil. Administrador. Sociedade controladora. Acionistas minoritários. Legitimidade ativa "ad causam". Prescrição. Prazo. Interrupção. Arts. 116, 117, 245 e 246 da Lei 6.404/1976.

I — Detendo a sociedade controladora mais de 95% do capital social e das ações com direito a voto da sociedade controlada, os acionistas minoritários desta têm legitimidade ativa extraordinária para, independentemente de prévia deliberação da assembléia geral, ajuizar mediante prestação de caução, ação de responsabilidade civil contra aquela e seu administrador, em figurando este simultaneamente como controlador indireto.⁷¹

Conforme dito acima, somente por danos diretos é que o acionista ou terceiros prejudicados podem mover ação contra o administrador. A mesma regra vale para a sociedade limitada, na qual apenas a sociedade tem legitimidade para intentar ação

de responsabilidade contra o administrador, ainda que tenha havido dano indireto ao(s) sócio(s). E quando o sócio majoritário é o administrador da limitada, para que sua conduta danosa não fique impune, é facultado ao sócio minoritário ajuizar ação que vise ao ressarcimento dos prejuízos causados. Trata-se, aqui, da figura da substituição processual, decorrente de aplicação analógica do art. 159, § 4º, da LSA.

5.2.6 Da responsabilidade tributária

Nos termos do art. 135 do CTN, o administrador da sociedade limitada e da sociedade por ações responde pessoalmente pelas obrigações tributárias originadas de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.

Muita confusão se criou a partir de leituras equivocadas do mencionado dispositivo legal.

Inicialmente, com relação às sociedades limitadas, é preciso frisar que aqueles sócios que não possuem poder de gerência não são "responsáveis nos termos da lei", de modo que são partes ilegítimas para figurar em qualquer execução fiscal de dívidas tributárias da sociedade.

O art. 135 permite apenas a responsabilização daquele sócio ou administrador que tem poder para agir, mas dolosamente o faz em desrespeito à lei ou ao contrato social. Não é, pois, a condição de sócio o pressuposto da responsabilidade, mas a violação da lei ou do contrato, em claro excesso de poder.

A boa doutrina e jurisprudência, por sua vez, não caracterizam como ofensa à lei o simples não recolhimento do tributo, mas a prática de ato civil ou comercial que, em desacordo com a lei ou contrato, desencadeia a incidência tributária. É o que explicam Sacha Calmon e Misabel Derzi, ambos amparando-se em precedente do STF:⁷²

71. REsp 16.410-SP, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, recurso especial 1991/0023295-5, DJ 16.5.1994, p. 11.771.

72. RE 85.241 (RTJ 85/946).

“A responsabilidade executória por débito fiscal está, hoje, disciplinada pelo Código Tributário Nacional.

“Além do sujeito passivo da obrigação tributária, responsável primário, admite o Código a responsabilidade solidária de terceiros (art. 134) e a responsabilidade por substituição (art. 135).

“Na questão da responsabilidade dos sócios, por dívidas da sociedade, dispôs o Código que a solidariedade advém de sua intervenção nos atos ou pelas omissões de que forem responsáveis (art. 134) e que a substituição ocorre quando a obrigação tributária advém ou é resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135).

“Pretende a terceira embargada que a responsabilidade dos sócios advém de infração à lei por não terem solvido a tempo a obrigação tributária; labora em equívoco: a infração à lei diz com a economia societária; a admitir-se o contrário, os sócios seriam sempre os responsáveis pelas dívidas da sociedade, que nas relações de Direito Público, quer nos negócios jurídicos de Direito Privado, pois o inadimplemento de qualquer obrigação constitui ofensa à lei (...).”

Evidente, portanto, que o simples não recolhimento do imposto não desencadeia a responsabilidade de que trata o art. 135 do CTN, devendo o Fisco demonstrar que dolosamente o sócio ou administrador praticou ato ilícito de que tenham resultado obrigações tributárias.

Na preciosa lição de Fábio Ulhoa Coelho, “O gerente é responsável tributário pelas obrigações da sociedade limitada quando esta possuía o dinheiro para o recolhimento do tributo, mas aquele o destinou a outra finalidade, como antecipação de lucro, pagamento de *pro labore* aos sócios, aplicações financeiras. Não haverá, porém, responsabilidade se o inadimplemento da obrigação tributária decorreu da inexistência de numerário no caixa da so-

cidade, por motivo não imputável à gerência”.⁷³

Em recente decisão, pronunciou-se novamente o STJ:

Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Embargos. Ex-sócia de sociedade limitada. Responsabilidade de sócio. Limites. Art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

Já se encontra assente na doutrina e na jurisprudência que a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos, a teor do que dispõe a lei tributária, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente. É evidente que o não recolhimento dos tributos exigidos na execução fiscal em epígrafe, configura um ato contrário à lei, em razão de prejudicar o fim social a que se destina a arrecadação. Necessário, entretanto, é fixar-se os limites do que seja infração legal, porquanto a falta de pagamento do tributo ou não configura violação legal e é irrelevante falar-se em responsabilidade ou não constitui violação da lei e, conseqüentemente, sempre haveria responsabilidade.

O mero descumprimento da obrigação principal, desprovido de dolo ou fraude, é simples mora da sociedade-devedora contribuinte, inadimplemento que encontra nas normas tributárias adequadas as respectivas sanções; não se traduz, entretanto, em ato que, de per si, viole a lei, contrato ou estatuto social, a caracterizar a responsabilidade pretendida pela recorrente.⁷⁴

Quando o sócio não detém poder de gerência, mais absurda ainda é a aplicação do mesmo art. 135 do CTN, uma vez que

73. Ob. cit., p. 427.

74. 2ª T., decisão unânime, Rel. Ministro Francisco de Assis Toledo, REsp 201.808-MG (1999/0006349-0), DJ 29.10.2001.

não detêm qualquer poder que lhes possibilite agir em nome da sociedade, seja deixando de recolher tributos, seja praticando atos civis ou comerciais em desacordo com a lei ou contrato social.

A jurisprudência pátria é unânime nesse sentido:

Processual. Execução fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Dívida da sociedade. Penhora. Bens de sócio não gerente.

O quotista, sem função de gerência, não responde por dívida contraída pela sociedade de responsabilidade limitada. Seus bens não podem ser penhorados em processo de execução fiscal movida contra a pessoa jurídica.⁷⁵

A conclusão, portanto, é de que ainda que se trate do administrador, "a responsabilidade tributária substituta prevista no art. 135, III, do CTN, imposta ao sócio gerente, ao administrador ou ao diretor de empresa comercial depende de prova, a cargo da Fazenda Estadual, da prática de atos de abuso de gestão ou de violação da lei ou do contrato e da incapacidade da sociedade de solver o débito fiscal".⁷⁶

A questão, na verdade, é muito mais séria e profunda do que as Fazendas Públicas, o INSS e a Justiça do Trabalho⁷⁷ conseguem vislumbrar. Encontra-se em jogo o respeito a uma série de princípios constitucionais. Senão vejamos.

A Constituição Federal (art. 173) estabelece que o Estado somente exercerá

diretamente atividade econômica quando tal for necessário para resguardar a segurança nacional ou houver em questão relevante interesse coletivo. Fora dessas hipóteses compete, por óbvio, à iniciativa privada o exercício das atividades econômicas, limitando-se o Estado a incentivar e fiscalizar essa última, sendo suas ações (expostas preferencialmente nos Planos Plurianuais, Diretrizes orçamentárias e orçamento anual — art. 165, CF/1988) *indicativas* para o setor privado (art. 174, CF/1988).

Ora, se à iniciativa privada compete ordinariamente o exercício das atividades econômicas, sendo certo ainda que essa última tem por fim "assegurar a todos existência digna" (art. 170 da CF/1988), o que a Constituição acaba por determinar é que será aquela a responsável pela obtenção desse objetivo constitucional. Dessa forma, qualquer ato (seja emanado do Poder Legislativo ou Judiciário) que amesquinhe a condução da ordem econômica pela iniciativa privada é inconstitucional.

A doutrina comercialista é unânime em afirmar e demonstrar que o desrespeito às regras de responsabilidade limitada restringe a livre condução das atividades econômicas, pois, caso negado ao empreendedor o que podemos chamar de "direito ao insucesso", pouquíssimas pessoas se aventurariam a criar empresas (com prejuízo à sociedade como um todo), e, quando o fizessem, a taxa de retorno deveria ser alta o bastante para compensar o risco de perda de todo o patrimônio do agente (novamente com prejuízo geral, especialmente para os consumidores).

A respeito do tema, confira-se a lição do amigo e advogado mineiro Flávio de Mendonça Campos. Pela importância do tema e pela qualidade dos argumentos, cita-se o trecho pertinente na íntegra, especialmente por não ter sido publicado:

"O que se quer enfatizar com tais observações é que a limitação da responsabilidade dos sócios, traço nuclear do regime

75. 1ª T., decisão unânime, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, REsp 27.234-RJ (1992/0023166-7), DJ 21.2.1994.

76. 2ª T., Rel. Ministra Nancy Andrighi, AGA 246.475-DF (agravo regimental no agravo de instrumento), DJ 1.8.2000.

77. Vale lembrar que, para o INSS e para a jurisprudência trabalhista, o simples descumprimento da obrigação de pagar o tributo ou verba trabalhista configura descumprimento da lei, com a consequente responsabilização direta dos sócios. Conforme se demonstrará, esse entendimento configura o suprassumo da violação dos mais comezinhos princípios constitucionais que regem a Ordem Econômica Nacional.

jurídico das sociedades por quotas, não é mero acidente ou mesmo regra menor do Direito Positivo; corresponde, reversamente, ao *reconhecimento político-jurídico de uma necessidade social altamente relevante*, constituindo um *valor* em si e um *meio* para a realização de diversos *valores fundamentais* dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

“Discorrendo sobre o princípio da *autonomia patrimonial*, Fábio Ulhoa Coelho sintetiza com acuidade as razões de ordem ética, política, econômica e social que convergem para que o Direito prestigie a distinção entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios, de forma a que os riscos por estes assumidos se limitem, em princípio, aos *investimentos* feitos na sociedade, correndo por conta desta os riscos quanto aos prejuízos do empreendimento:

“Claro está que muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse. Não se pode esquecer que fatores relativamente imprevisíveis, sobre os quais os empresários não têm nenhum controle, podem, simplesmente sacrificar a empresa. A motivação jurídica se traduz pela limitação das perdas, que não devem ultrapassar as relacionadas com os recursos já aportados na atividade. Essa será a parte do prejuízo dos sócios da sociedade empresária falida; a parte excedente será suportada pelos credores, muitos deles empresários e também exercentes de atividades de risco. A limitação das perdas, em outros termos, é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista.

“Um outro aspecto da questão diz respeito ao custo da atividade econômica, elemento que compõe o preço a ser pago pelos consumidores ao adquirirem produtos e serviços no mercado. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles ten-

derão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.”⁷⁸

“Por tais razões, a limitação da responsabilidade dos sócios ou, mais amplamente, a *autonomia patrimonial*, constitui, hoje, um dos pilares mestres do Direito de Empresa.”⁷⁹ Muito embora tal abordagem não seja comum na doutrina, é possível mesmo divisá-lo como princípio, ainda que

78. Ob. cit., p. 38.

79. Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho, um dos “fundamentos do direito societário”. É indiscutível que “a velha sociedade coletiva, na qual se empenhavam ilimitadamente os sócios com suas pessoas e patrimônios, tornou-se obsoleta” (Nelson Abrão, ob. cit., p. 36). A manutenção, no novo Código Civil, de figuras como a *sociedade simples* (arts. 997 a 1.038) e a *sociedade em nome coletivo* (arts. 1.039 a 1.044) explica-se mais como apego à tradição do que por qualquer outra razão. À exceção da *sociedade em comum*, não personificada (a antiga “sociedade de fato”), cuja disciplina se revela útil num país com economia altamente marcada pela “informalidade”, estas figuras (*sociedade em nome coletivo*, *sociedade simples*, mesmo a *sociedade em comandita*) são marcadas pela senilidade precoce; nascem fadadas ao desuso, em face da constatação de que praticamente a totalidade das sociedades empresariais personificadas no Brasil são sociedades por quotas de responsabilidade limitada (imensa maioria) ou anônimas. E é natural que assim o seja. A complexidade da atividade empresarial no contexto econômico contemporâneo não se compadece com um regime jurídico em que os sócios assumam integralmente os riscos de malogro da empresa. A própria idéia de sociedade personificada, dissociada da idéia de autonomia patrimonial, perde grandemente (senão totalmente) sua utilidade prática.

implícito, de matiz constitucional. Senão, vejamos.

“Constituição Federal, ainda que permeada de um sem número de normas e princípios de cunho socializante, fez uma clara opção pelo capitalismo, ao dispor que o exercício das atividades empresariais é reservado aos particulares; que tal exercício é livre, não sendo possível ao Estado *direcionar à força* o exercício das atividades empresariais, sendo seu planejamento econômico meramente indicativo para o setor privado; que, finalmente, o Estado só poderá atuar empresarialmente na economia em situações absolutamente excepcionais (CF/1988, arts. 170, 173 e 174). Como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos, a saber: (a) ora dar-se-á através de seu ‘poder de polícia’, isto é, mediante leis e atos administrativos para executá-las, como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’, caso no qual exercerá funções de ‘fiscalização’ e em que o planejamento que conceber será meramente ‘indicativo para o setor privado’ e ‘determinante para o setor público’, tudo conforme prevê o art. 174 [da CF/1988]; ora o fará (b) mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais; e ora (c) ele próprio, em casos excepcionais, como logo se dirá, atuará empresarialmente no setor, mediante pessoas que cria par tal fim.”⁸⁰

“Ora bem, ao reconhecer na *iniciativa privada*, na *atividade empresarial privada*, a força motriz principal da ordem econômica, é evidente que a Constituição a reconhece não apenas como um *valor em si* (art. 3º, IV, expressão fundamental do direito à liberdade — CF/1988, arts. 3º, I, 5º, *caput*, e 170 — e da garantia fundamental da propriedade privada — CF/1988, art. 5º, XXII), mas também como o *meio* para

realização dos objetivos fundamentais do Estado neste campo: reconhece, portanto, a Constituição considera que é (sobretudo e fundamentalmente) a atividade empresarial que propiciará o fim previsto no art. 170 (‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’) e, em larga medida (ao menos naquilo que tiver dependência do *econômico*) os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3º (‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, ‘garantir o desenvolvimento nacional’, ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais’, ‘promover o bem de todos’). Em suma, a Constituição reconhece que a atividade empresarial gera importantíssimos e imprescindíveis *benefícios sociais*; que o exercício daquela atividade, quando bem sucedido, não beneficia apenas o *empresário*, mas *toda a sociedade*, através da geração de empregos, da criação de riquezas, do desenvolvimento sócio-econômico etc.

“Em sendo assim, e uma vez reconhecido que a autonomia patrimonial é condição fundamental para o exercício pleno e livre das atividades empresariais, é lícito dizer que a garantia desta autonomia constitui mesmo um princípio constitucional implícito. Tal assertiva pode ser confirmada tanto por inferência lógica quanto a partir de dispositivos específicos da Constituição Federal.

“No campo da inferência lógica, volta-se aos argumentos de Fábio Ulhoa Coelho.

“É indubitoso que a autonomia patrimonial constitui poderosíssimo incentivo à iniciativa empresarial privada. Sem ela dificilmente teríamos o pleno desenvolvimento econômico almejado pela Constituição (art. 3º, II) e os benefícios sociais que dele resultam (notadamente a geração de empregos, frustrando a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a garantia a todos de uma existência digna — CF/1988, arts. 3º, III, e 170, *caput*), uma vez que o nível de investimentos privados nas atividades empresariais diminuiria dras-

80. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., p. 619.

ticamente. Qualquer atividade de maior vulto econômico, que não excedesse à mera economia de subsistência do empresário e que por isso apresentasse risco significativo seria preterida, ou somente seria perseguida por quem tivesse segurança patrimonial suficiente para bancar o risco respectivo. O efeito de *concentração econômica* que adviria desta situação é evidente e contrário aos objetivos da *livre concorrência* (CF/1988, art. 170, IV). Inúmeras outras atividades simplesmente não seriam perseguidas, pela inexistência de investidores privados dispostos a assumir seus riscos (num sistema de sua sujeição integral a todo e qualquer prejuízo advindo do fracasso empresarial), forçando o Estado a ampliar desmesuradamente sua atuação como agente econômico direto (o que seria difícil ou quase impossível, uma vez que a principal fonte de receita do Estado é a tributação sobre a riqueza privada, gerada sobretudo pelas atividades empresariais). Com isso, frustrar-se-ia a intenção constitucional de dar à atuação empresarial do Estado caráter subsidiário e excepcionalíssimo (art. 173, CF/1988), intenção baseada na comprovação histórica da menor eficiência do Estado no campo empresarial em face da livre atuação da iniciativa privada. Além disso, a sujeição dos empresários ao risco de perdas superiores aos investimentos vertidos na atividade empresarial geraria um ambiente econômico insalubre: quem tem tudo a perder já não tem, por definição, nada a perder, no sentido de que estará disposto a tudo para evitar sua ruína total — inclusive e especialmente atuar de forma ilegal ou antiética, no que, aí sim, poderia se qualificado como 'capitalismo selvagem', antítese do ambiente econômico necessário à construção de uma sociedade 'justa, livre e solidária' (CF/1988, art. 3º, I).

"De outro lado, há dispositivos constitucionais específicos que reforçam tal conclusão.

"Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 7º, XI, da CF/1988, que assegura aos

empregados o direito à participação nos lucros ou resultados da empresa, desvinculados da remuneração. A desvinculação da remuneração se justifica porque há uma indiscutível diferença entre a posição jurídico-econômica do empregado e do empresário em face da empresa; o empresário, por definição, é quem assume o risco do empreendimento (CLT, art. 2º). Esta assunção de risco não pode mais, contudo, notadamente após a promulgação da Constituição, ser tida como *absoluta* ou *exclusiva*. A partir do momento em que o trabalhador *participa dos bônus da atividade empresarial*, dos seus *lucros ou resultados*, é indiscutível — até por uma questão de *isonomia* — que ele passa a participar, *também*, ainda que em menor medida, dos riscos do empreendimento.

"A lógica isonômica (que, antes de ser jurídica, como é, é também de cunho *moral*) presente neste raciocínio aplica-se, a rigor, a todos os demais credores da sociedade empresária. Fábio Ulhoa Coelho fala em 'socialização de prejuízos' como fator necessário ao cálculo empresarial do retorno dos investimentos. No entanto, a socialização dos prejuízos revela-se, juridicamente, como a *contrapartida necessária e indispensável à socialização dos benefícios resultantes da atividade empresarial*, socialização presente, *de jure et de facto*, não apenas na participação *stricto sensu* (participação jurídica, mediante direito de crédito) dos trabalhadores e, mais amplamente, de *toda a sociedade* (através da *tributação*,⁸¹ principal fonte de receita para que o Estado possa desempenhar as atividades que lhe são próprias na busca do bem comum) nas riquezas geradas pela atividade empresarial, mas também na *participação econômica* da sociedade nos benefícios dela advindos (geração de empregos e riquezas,

81. Questão relevantíssima, inclusive para a adequada compreensão da extensão da responsabilidade dos sócios por débitos tributários, mormente num contexto econômico como o nosso, em que o Estado se apropria, pela via da tributação de 40% da totalidade da riqueza produzida no País (PIB).

desenvolvimento do conhecimento científico e tecnológico etc.).

“Por se tratar de uma lógica *isonômica*, e não *igualitária*, e por ter nossa Constituição admitido uma ordem econômica fundada no sistema capitalista, é evidente que esta repartição de riscos e benefícios se fará, juridicamente, em graus variados, correspondentes às peculiaridades do *status* jurídico-econômico dos agentes sociais (empresário, empresa, trabalhadores, credores negociais e extranegociais) envolvidos.

“É igualmente evidente que, por não ser um valor *único* ou absoluto, antes devendo ser compatibilizado com outros valores assegurados pelo ordenamento constitucional, a autonomia patrimonial será matizada e graduada, a fim de que possa atender aos fins legítimos a que se destina, evitando-se seu desvirtuamento para a frustração destes mesmos fins ou valores.

“De toda forma, as considerações anteriores são pertinentes e necessárias para que se tenha uma visão adequada da matéria, notadamente para que se perceba que a autonomia patrimonial não pode ser *eliminada*, pelo Legislador ou pelo Juiz, senão quando ela se revele obstáculo à sanção de *ilícitos empresariais*, dentre os quais não se inclui o puro e simples *fracasso* ou *insucesso* da empresa — tendência que, infelizmente, se verifica com relativa frequência na produção legislativa e pretoriana de nosso país.”⁸²

Com relação às sociedades limitadas, outro cuidado ainda merece ser observado na elaboração do contrato social, a fim de se evitar a incidência do disposto no art. 134, VII, do CTN. Prescreve o dispositivo legal que:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos

em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...).

VII — os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Importante, dessa forma, na elaboração do contrato social da limitada, estar atento para a distinção entre sociedade de pessoas e sociedade de capital, pois é certo que quanto a esta não se aplica o disposto no art. 134, VII, do CTN.

E a elaboração do contrato social é importante, pois é justamente esse documento que disciplina a natureza da sociedade limitada, se de pessoas ou de capital. Com efeito, explica Fábio Ulhoa Coelho que para saber se uma sociedade limitada é de pessoas ou de capital, necessário se faz consultar o seu contrato social, conforme se vê do trecho que abaixo transcrevemos: “Ou seja, a definição da natureza de uma sociedade limitada em particular é feita pela consulta ao que os seus sócios contrataram sobre cessão de quotas, impenhorabilidade e repercussão da morte deles. Se, no contrato social, estabeleceu-se que a venda das quotas sociais depende da autorização de todos os sócios, foi intenção destes formar uma sociedade de pessoas; na hipótese contrária, prevendo o instrumento que a venda não fica condicionada à anuência dos demais componentes da sociedade, é esta de capital. Quando as quotas são gravadas pela cláusula de impenhorabilidade — hipótese, convenio, rara, mas possível —, a sociedade tem perfil personalístico. Por fim, se do contrato social consta a apuração dos haveres, se falecer qualquer dos sócios, foi ela contratada como sociedade de pessoas; se, em vez disso, consta a continuação da sociedade, mediante o ingresso do sucessor, a vontade dos sócios foi a de constituir uma limitada de capital”.⁸³

É certo que o art. 134 do CTN, ao falar em sócio, não se refere necessariamente ao administrador da sociedade limitada,

82. Flávio de Mendonça Campos, texto não publicado. A citação foi extraída de um Parecer gentilmente cedido ao autor. As notas de ns. 77 a 80 (inclusive) são do autor citado.

83. Ob. cit., p. 264.

sendo certo que o NCC abriu a possibilidade das sociedades limitadas serem administradas por não sócios. De qualquer maneira, é bastante freqüente o caso em que o sócio exerce a função de gerência, hipótese em que, pelo fato de ser sócio, o administrador estaria sujeito à aplicação do art. 134, VII, do CTN, juntamente com os demais sócios. Cabe, então, perquirir sobre a natureza da sociedade limitada, a fim de delimitar a responsabilidade dos sócios.

Em decisão sobre o tema, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região apresenta a importância da distinção entre sociedade de pessoas e sociedade de capital, para a apuração da responsabilidade do sócio-cotista. Confira-se:

Tributário. Responsabilidade tributária do sócio cotista e do sócio-gerente. CTN, arts. 134 e 135.

I — Em face do art. 134 do CTN, a responsabilidade do sócio cotista é subsidiária e restrita aos atos em que intervier e omissão de que seja responsável, *só se afigurando na hipótese de liquidação de sociedade de pessoas.*

II — De acordo com a orientação jurisprudencial do STF, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, de acordo com o contrato social, podem assumir a natureza de sociedade de pessoas ou sociedade de capital.

III — O sócio-gerente, em conformidade com os ditames do art. 135 do CTN, só é responsável quando a conduta de infração à lei lhe é imputável.

IV — A jurisprudência dominante consolidou-se, entretanto, em sentido mais amplo, atribuindo responsabilidade pessoal ao sócio-gerente mesmo nos casos de infração à lei pela pessoa jurídica. Precedentes deste Tribunal e do c. STJ.

V — Remessa oficial improvida.⁸⁴

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao decidir pela não aplicação do art. 134, VII, do CTN,

uma vez que no caso não se tratava de uma sociedade limitada de pessoas, mas sim de capital. Vejamos:

Tributário. Execução fiscal. Embargos. Ao sócio de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não se aplica o art. 134 do CTN-66, por não se tratar de sociedade de pessoas. A simples mora no cumprimento das obrigações fiscais não significa infração de lei, porque pode advir de causa justa como a falta de recursos financeiros, presumida no caso vertente (CTN-66, art. 135).⁸⁵

A verdade é que são vários os motivos sopesados na escolha do tipo societário a ser adotado, isto é, ser uma sociedade limitada ou uma sociedade por ações com capital fechado (custo, maiores exigências legais para o funcionamento de uma S/A etc.). É certo, por outro lado, que a legislação brasileira prevê mais situações de responsabilização dos sócios e administradores da sociedade limitada do que da sociedade anônima e isso com certeza deve pesar na escolha do tipo societário a ser adotado. Sem embargo, além da discussão judicial sobre a aplicação do art. 134, VII, do CTN, especificamente para as sociedades limitadas, há também dispositivo legal que prescreve a responsabilidade dessas sociedades em caso de débitos previdenciários. É o que dispõe o art. 13, da Lei 8.620/1993:

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa (destaque nosso).

Impende destacar, entretanto, decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

84. TRF-1ª R., 4ª T., Rel. Juiz Hilton Queiroz, processo 199801000624730-MG, j. 11.12.2000.

85. TRF-4ª R., 1ª T., Rel. Juiz Gilson Dipp, processo 9604423185-PR, j. 10.09.1996.

que entendeu pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, conforme se depreende da decisão que colacionamos abaixo:

Empresas por cotas de responsabilidade Ltda. Sócios. Art. 13 da Lei 8.620/1993. O Pleno desta Corte declarou, por maioria, a inconstitucionalidade da expressão “os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada”, contida no art. 13 da Lei 8.620/1993 (arguição de inconstitucionalidade em AI 1999.04.01.096481-9-SC, j. 28.6.2000).⁸⁶

Com efeito, a jurisprudência vem entendendo que o disposto no art. 13 da Lei 8.620/1993 não tem o condão de indicar plena responsabilidade do sócio, pois, enquanto lei ordinária, estaria derogando, de forma indevida, a regra geral prevista no art. 135, III, do CTN, recepcionado como lei complementar requisitada pelo art. 146, III, da CF.⁸⁷ E vale ressaltar que a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal pode ser alegada em sede de exceção de pré-executividade, como bem decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão cuja ementa transcrevemos a seguir:

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Responsabilidade de sócio. CTN. Art. 13, da Lei 8.620/1993. Constitucionalidade. Ilegitimidade passiva. Prova. Honorários. É inconstitucional o art. 13, da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelece “e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada”, por invadir área reservada à lei complementar, violando, dessa forma, o art. 146, III, b, da CF. Portanto, a responsabilidade dos sócios deve ser orientada pelas disposições do CTN. Cabível a exclusão do sócio do pólo passivo da ação, mediante Exceção de Pré-executividade, sem a garantia do juízo, e posterior a interposição de Embargos, pois a ilegitimidade passiva

foi cabalmente comprovada. Embora não tenham sido opostos Embargos, o INSS deverá arcar com o ônus da sucumbência (TRF-4ª R., 1ª T., AI 2000.04.01.092525-9-RS, Rel. Juiz Amir Sarti, DJU 3.1.2001, p. 97) (destaques nosso).

Vale dizer, portanto, que o art. 13 da Lei 8.620/1993, somente pode ser interpretado em sintonia com o art. 135 do CTN, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico vigente. E, em assim sendo, nada se inovou nesse, até mesmo porque, como dito, lei ordinária não pode invadir matéria reservada à Lei Complementar.

Analisado o regime de administração em ambos os tipos societários, verifica-se que os sócios-administradores das limitadas, ainda que indevidamente, estão sujeitos a maiores questionamentos judiciais acerca de débitos de credores não-negociais. A S/A, por conferir maior *disclosure*, acaba por resguardar melhor os administradores de tentativas de responsabilização pessoal, o que deve ser levado em consideração pelos empreendedores, quando da constituição de suas empresas.

CAPÍTULO 6 — Regras de “desinvestimento” — O direito de retirada

Por maior que seja a perspectiva de rentabilidade de um investimento, ninguém, em sã consciência, nele ingressa sem ter a possibilidade de retirar seu dinheiro em algum momento. Uma impossibilidade material ou jurídica nesse sentido equivaleria à total imobilização do capital principal aplicado. Para a grande maioria dos investidores, a indisponibilidade, ou iliquidez absoluta, equivale, em última instância, à perda total do montante carreado inicialmente disponibilizado.

Com as sociedades não se passa nada diferente. Ainda que a maioria seja constituída por tempo indeterminado, o que pressupõe que o empreendedor espera lucros, e não almeja a devolução do capital inicial, a impossibilidade absoluta de se retirar de

86. TRF-4ª R., 1ª T., Rel. Juiz Amir Sarti, processo 199904010322925-SC, j. 3.8.2000.

87. Nesse sentido, ver decisão do TRF-3ª R., 1ª T., Rel. Juiz Carlos Lloverra, processo 200103000255685-SP, j. 19.11.2002.

uma empresa,⁸⁸ com a conseqüente recuperação do valor investido, desestimularia sua criação.

Para fins da análise proposta no trabalho, faz-se necessário examinar as regras que permitem aos sócios "desinvestir" as quantias aplicadas nos tipos societários em questão e retirar-se da sociedade. É o que pretende esse derradeiro capítulo.

Na sociedade anônima de capital aberto, o sócio não encontra qualquer dificuldade em retirar-se da empresa.⁸⁹ Estando as ações admitidas à negociação no mercado de balcão ou na bolsa de valores, o acionista sempre encontrará compradores para seus papéis (pressupondo-se que a pessoa jurídica em questão não esteja com seus valores mobiliários ilíquidos, como no caso de fechamento "branco" do capital. Esse problema, entretanto, deve ser analisado caso a caso, e não diz respeito a sociedade anônima aberta como um todo, o que o torna estranho ao objeto desta monografia). O tema passa a ter maior importância quando se examina a sociedade anônima de capital fechado.

Nessa sociedade, o estatuto pode impor limitação à livre circulação das ações nominativas. Trata-se de mitigação do princípio da livre cessibilidade, que vige nas companhias abertas. É o que dispõe o art. 36 da LSA:

Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas.

A questão passa pela distinção entre sociedades de capital e de pessoas, já ana-

lisada no Capítulo 3. Enquanto a anônima aberta é a representante por excelência das sociedades de capital, a anônima fechada dá o primeiro passo em direção ao regime da pessoalidade, embora permaneça caracterizada como de capital. Nesse sentido é a lição de Fábio Ulhoa Coelho, discorrendo sobre as restrições à livre circulação das ações, enquanto negócio bilateral: "Da permissão legal para o estatuto da companhia fechada limitar a circulação das ações não cabe concluir a existência de sociedades anônimas *de pessoas*. Isto porque as limitações autorizadas por lei, para as fechadas, não validam dispositivo estatutário que condicione a venda da ação à concordância dos demais acionistas. As limitações abrangidas na autorização excepcional da lei dizem respeito, basicamente, à possibilidade de o estatuto assegurar o direito de preferência aos demais acionistas, em igualdade de condições, na alienação de ações a terceiros estranhos ao quadro de sócios. Ora, uma coisa é o direito de à preferência para adquirir ações; outra é o direito de negar autorização à negociação, inviabilizando-a. Na sociedade de pessoas, o sócio pode vetar a cessão da participação societária a terceiros, mas não está obrigado, nessa hipótese, a adquirir as quotas do sócio interessado em (e, por vezes, com necessidade de) vendê-las. Na de capitais, em nenhuma hipótese, a circulação da participação societária pode ficar condicionada à anuência dos demais sócios. Por essa razão, não é certo concluir, do disposto no art. 36 da LSA, a possibilidade de companhias fechadas com perfil personalístico no direito brasileiro. Todas as sociedades anônimas, abertas ou fechadas, são sempre de capital".⁹⁰

A questão da cessibilidade ganha mesmo importância fundamental na sociedade limitada.

O novo Código Civil, ao tratar o tema em seu art. 1.057, trouxe regra que, a nosso ver, deixou livre aos sócios decidir o

88. Desconsidera-se aqui, para fins de análise, a garantia constitucional individual de que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" (art. 5º, XX, CF/1988).

89. Nessas sociedades vige o princípio da livre cessão das ações.

90. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 4ª ed., p. 116.

caráter da sociedade, se de pessoas ou de capital, *com tendência para esse último*. É que somente se houver previsão no contrato social o sócio não poderá ceder livremente sua cota a outro sócio, ou a terceiro. Confira-se o dispositivo:

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.

Vê-se que o contrato será o instrumento eficaz para a regência da cessibilidade das quotas. Sendo omissivo, o sócio pode cedê-las a outro, sem a oitiva dos demais. A estranhos, poderá transferi-las se não houver oposição de um quarto do capital social. O dispositivo tem uma importante consequência. Se nada dispuser o contrato, o sócio pode transferir sua participação a outros, *sem que sejam respeitadas as regras de preferência e proporcionalidade, previstas para os casos de aumento de capital* (arts. 1.081 e 1.082 do NCC). O artigo em comento, dessa forma, confere maior liquidez à quota; em contrapartida, pode gerar alterações substanciais no regime de administração da sociedade e nas relações entre os sócios remanescentes. Cite-se, como exemplo, uma sociedade que tenha quatro sócios, cada um com 25% do capital. Sendo omissivo o contrato, caso um sócio aliene a integralidade de suas quotas a somente um dos outros, este passará a deter, sozinho, 50% do capital social, aumentando, assim, enormemente seu poder na empresa.

Essa é a hipótese de retirada do sócio por acordo bilateral. Nessa, a sociedade permanece incólume, sem qualquer alteração no seu patrimônio. Há, ainda, a possibilidade de saída unilateral do sócio, recuperando os haveres investidos na sociedade. É o chamado *direito de retirada*.

Direito de retirada, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, é "direito de o sócio se desligar dos vínculos que o unem aos demais sócios e à sociedade, por ato unila-

teral de vontade". Prossegue o comerciante afirmando que "trata-se de direito inerente à titularidade de quotas sociais, denominado também *recesso* ou *dissidência*. (...) Nessa hipótese, não há negociação. O sócio impõe à pessoa jurídica, por sua exclusiva vontade, a obrigação de lhe reembolsar o valor da participação societária".⁹¹

Nas sociedades limitadas, referido direito encontra-se expresso nos arts. 1.029 (aplicação subsidiária), 1.031 e 1.077 do diploma civil, que dispõem:

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

(...).

Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º. O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º. A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

Assim, se verifica que, caso o contrato social não discipline a matéria, *qualquer divergência a respeito de sua alteração*, ou

91. Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade*..., cit., p. 102.

mesmo a respeito da condução diária da sociedade,⁹² dá direito ao recesso. Nas sociedades por prazo indeterminado, como ninguém pode ser compelido a permanecer associado, o sócio pode se retirar a qualquer momento, notificando a sociedade com antecedência de 60 dias. Na sociedade por prazo determinado, há que se provar, *judicialmente*, justa causa.

Resta claro, portanto, que a lei confere aos sócios a mais ampla liberdade para contratar o exercício do direito de retirada. Em nada contratando, ficam livres para, na primeira divergência, se retirar da sociedade. Nesse sentido é a lição de Fábio Ulhoa Coelho:⁹³ “Há duas formas de uma pessoa se desligar, por sua vontade, da sociedade empresária de que participa: a alienação da participação societária e o exercício do direito de retirada. No primeiro caso, a manifestação de vontade tem lugar na constituição de um negócio bilateral, enquanto no último tem a natureza de declaração unilateral. Quando a sociedade empresária é limitada, a primeira forma de desligamento pode ser disciplinada em cláusula contratual, de modo a restringir as hipóteses de sua verificação (CC/2002, art. 1.057), mas a segunda pode ocorrer a qualquer tempo, se o prazo de duração da sociedade é indeterminado (CC/2002, art. 1.029; CCom, art. 335, n. 5), ou sempre que houver alteração do contrato social, deliberada pela maioria, se determinado o prazo (CC/2002, art. 1.077; Decreto 3.708/1919, art. 15). *Há, portanto, nas sociedades limitadas, meios de dificultar o desligamento do sócio pela alienação da participação societária, aos quais se contrapõe a*

plena acessibilidade do sócio ao direito de retirada”.

O grande inconveniente da retirada unilateral é a divergência que quase sempre surge a respeito do valor a ser recebido pelo retirante. Ainda Fábio Ulhoa Coelho:⁹⁴ “O sócio retirante tem direito ao reembolso de sua participação societária, calculado com base no patrimônio líquido da sociedade. Não é raro, contudo, os sócios se desentenderem na apuração do valor devido. Em decorrência, muitas vezes a retirada dá ensejo a discussão judicial — não para definir se o sócio realmente pode desligar-se da sociedade, mas para mensurar seu crédito —, circunstância que, por certo, adia a solução da pendência”.

Evidentemente, nas sociedades anônimas também é previsto o direito de retirada, como negócio unilateral de saída da sociedade. No entanto, em razão da natureza capitalista dessa sociedade e da predominância do princípio da livre cessibilidade ou circulação, a lei incentiva a saída do sócio mediante essa alternativa (negócio bilateral), restringindo as hipóteses de direito de dissidência. Essas estão espalhadas ao longo do texto da Lei 6.404/1976, podendo assim ser enumeradas:⁹⁵ 1. criação de ações preferenciais ou aumento de classes existentes, sem guardar proporção com as demais classes (arts. 136, I e 137); 2. alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais ou criação de classe mais favorecida (arts. 136, II e 137); 3. redução do dividendo obrigatório (arts. 136, III e 137); 4. fusão da companhia, sua incorporação em outra ou a participação em grupo de sociedades (art. 136, IV e V); 5. mudança do objeto social da companhia (art. 136, VI); 6. cisão da companhia (arts. 136, IX, e 137, § 1º, II e III); 7. transformação da sociedade

92. A afirmação é tanto mais verdadeira quando se verifica que a grande maioria das decisões vitais para a continuidade da empresa passa ao largo de uma alteração contratual. Assim, a exploração de um novo mercado, o lançamento de um novo produto, a concessão de crédito a um novo e importante cliente etc., são deliberações que podem significar o sucesso ou a falência do negócio, e devem dar ao sócio dissidente o direito de recesso aqui tratado.

93. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., v. 2, 4ª ed., p. 298.

94. Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade...*, cit., p. 102.

95. A enumeração é baseada em Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., pp. 301 e ss.

anônima em limitada (art. 221); 8. operações de fechamento do capital (art. 223); 9. incorporação de ações (art. 252); 10. transferência de controle acionário para o Poder Público, em função de desapropriação (art. 236, parágrafo único).

É visível a diferença de regime entre as sociedades em estudo: na limitada, a lei permite o recesso amplamente; na anônima, tal direito é muito mais restrito. A esse respeito vale a citação de Fábio Ulhoa Coelho:⁹⁶ “Essa equação [alienação de participação x retirada] se inverte quando a sociedade empresária é anônima, porque, em relação a essa, se consagra a regra da ampla circulação das ações (LSA, art. 36), e se reduzem as hipóteses de exercício do direito de retirada. De fato, apenas nas sociedades fechadas são admitidas algumas restrições à transmissibilidade das ações, mesmo assim desde que não impeçam a sua negociação, nem condicionem o negócio à vontade da maioria ou da administração societária. Não é, por outro lado, qualquer alteração estatutária que autoriza o desligamento do acionista minoritário dissidente. Há, desse modo, na disciplina das sociedades anônimas, a facilidade da alienação da participação societária e a restrição da retirada, como meios de desligamento dos sócios por vontade própria. Aliás, se as ações da sociedade aberta têm liquidez ou dispersão (art. 137, II) — em outras palavras, se o acionista pode presumivelmente vendê-las sem dificuldades —, a lei suprime o direito de retirada, por dissidência da deliberação da assembléia geral sobre determinados temas (fusão da companhia, sua incorporação em outra ou formação de grupo). Em suma, abrem-se aos sócios duas vias para se desligarem, por manifestação de vontade, do vínculo societário: nas sociedades limitadas, eles são estimulados a se valerem de uma (o exercício do direito de retirada) e, nas anônimas, da outra (a alienação da participação societária)”.

Importante salientar ainda que o sócio retirante receberá valores potencialmente diferentes de acordo com a forma de retirada da sociedade. Caso obtenha um comprador para sua participação, seja sócio ou não, essa será alienada pelo seu *valor de mercado*. Por tratar-se de acordo bilateral para a aquisição, não tem o sócio desligante condições de impor o preço que deseje; esse é fixado de comum acordo entre as partes, levando-se em consideração o que bem entenderem, mas normalmente verificando-se as perspectivas futuras de rentabilidade, o fluxo de caixa, as dívidas existentes etc. Já quando do exercício do direito de retirada, a lei é taxativa: o sócio receberá o *valor patrimonial* de sua participação, se não houver na limitada previsão contratual em contrário (art. 1.031, CC/2002). Na anônima, o valor patrimonial só pode ser substituído pelo *valor econômico* da ação (art. 45, LSA).

O valor patrimonial, segundo a melhor doutrina, é encontrado pela “divisão do patrimônio líquido da companhia pelo número de ações emitidas. (...) o patrimônio líquido de determinado sujeito de direito é o seu ativo menos o passivo”. Já o valor econômico é bem mais complexo, sendo o valor que um investidor racional provavelmente pagaria pela ação ou quota, levando-se em consideração a perspectiva futura de rentabilidade da empresa.

Assim, no caso concreto, o sócio retirante deve verificar se tem condições de optar pela alienação voluntária ou pelo direito de recesso, com a conseqüente determinação do método de avaliação de seus haveres.

Da análise das regras de “desinvestimento”, pode-se concluir que a sociedade anônima atende melhor os interesses de um hipotético investidor, já que, na sociedade limitada, as possibilidades de restrição à circulação das cotas são maiores, podendo tornar o minoritário refém dos sócios remanescentes, ou de um irrisório valor patrimonial. Esse nem sempre correspondente

96. Idem, pp. 298 e 299.

ao real valor da empresa, obrigando o sócio retirante a ingressar em juízo, na busca da correta definição da importância a que faz jus.

Conclusão

O presente trabalho buscou traçar um paralelo entre a nova sociedade limitada e a sociedade anônima de capital fechado. Visou, com isso, auxiliar na resposta à nova e tormentosa questão doravante enfrentada pelos profissionais do direito, notadamente advogados de empresas, e, sobretudo, pelos empreendedores nacionais: qual modelo societário adotar?

O novo Código Civil aproximou bastante o regime da sociedade limitada ao das anônimas. Portanto, a antiga flexibilidade e baixos custos de administração daquela sociedade não podem mais ser o principal motivo de sua escolha, a menos que se considere um descumprimento generalizado das novas regras do diploma civil, o que, aliás, não é tão improvável, dado que a grande maioria de Ltda. é de micro e pequenas empresas, sem muito conhecimento técnico e qualquer assistência jurídica especializada.

As principais mudanças surgidas nas sociedades limitadas, quais sejam, a previsão de *quorum* específico para a deliberação de uma série de matérias, bem com as novas responsabilidades dos administradores, podem forçar uma migração das limitadas mais complexas, onde existem realmente minoritários, alto faturamento e operações de maior envergadura, para o regime das sociedades anônimas de capital fechado.

Imagina-se a citada migração principalmente em razão da jurisprudência mais sedimentada existente a respeito das anônimas, afastando a insegurança jurídica, infelizmente endêmica nesse país, que permeará o regime das limitadas pelos próximos anos.

No entanto, pelo menos até a presente data, o mercado parece se encontrar em

compasso de espera. Dados obtidos perante o Departamento Nacional de Registro de Comércio, e as Juntas Comerciais dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, nos respectivos endereços eletrônicos,⁹⁷ demonstram que não houve ainda significativa alteração nos registros de constituição das sociedades estudadas. De janeiro a abril de 2002 foram criadas, em Minas Gerais, 8.484 sociedades limitadas e 28 sociedades anônimas. No mesmo período do presente ano, foram constituídas 7.247 limitadas e 42 S/A. Já, no Rio de Janeiro, nos mesmos períodos, foram constituídas 6.196 e 5.300 limitadas, e 40 e 23 anônimas, respectivamente. Daí se concluir pelo citado compasso de espera.

Os dados estatísticos não levam, ainda, a resultados seguros. Em Minas Gerais houve uma redução de 14,52% no número de limitadas constituídas e um aumento de 50% no número de sociedades anônimas. No Rio de Janeiro, houve queda generalizada: 14,46% nas limitadas e expressivos 42,5% nas S/A. De forma consolidada, verifica-se redução em 14,52% nas limitadas e 4,41% nas anônimas. Há que se esperar, portanto, mais tempo para conclusões definitivas amparadas nesses dados, até mesmo porque a retração econômica pela qual passa o país na atualidade pode contribuir para falsear as conclusões.

Outra hipótese é a de que os empreendedores pretendem manter suas sociedades como limitadas, adaptando-as às novas regras. Caso essa seja a opção correta, imagina-se que essa conduta dos meios empresariais seja mais decorrência de inércia, no sentido físico do termo, e desconhecimento das alterações promovidas pelo novo diploma civil, que uma decisão racional.

Apesar de dados estatísticos ainda inconclusivos, inércia e desinformação no meio empresarial, pensa-se que, a médio e longo prazos, a tendência é que os maiores

97. Disponível em <www.dnrc.gov.br>, <www.jucemg.mg.gov.br> e <www.jucerja.rj.gov.br>, acesso em 14.6.2003.

grupos econômicos nacionais, que ainda estejam constituídos sob a forma de sociedade limitada, transformem-se em anônimas, seja de capital fechado ou de capital aberto. Isso porque esse tipo societário se amolda melhor às empresas que, em razão do porte, do prazo de maturação dos investimentos e outras razões econômicas, ultrapassam a vida de seus fundadores. As crescentes necessidades de financiamento para a produção, decorrência do processo de abertura econômica e incremento nos níveis de concorrência, acabará por levar tais grupos para o anonimato, onde a captação de recursos é mais farta, notadamente no que se refere ao mercado de capitais.

A sociedade limitada é um tipo societário mais adequado àqueles empreendimentos cuja atuação pessoal do sócio tem fundamental importância para a realização do objeto social, enquanto a sociedade anônima é mais adequada para projetos onde um grande volume de capital é necessário. Nesse sentido são também as conclusões de Richard A. Posner:⁹⁸

"The theory of the firm tell us why so much economic activity is organized in firms but not why most of those firms are corporations. A clue is that firms in which the inputs are primarily labor rather than capital often are partnerships or individual proprietorships rather than corporations. The corporation is primarily a method of solving problems encountered in raising substantial amounts of capital.

"(...)

"The problems of partnership that we have been discussing arise from the firm's need for more capital than the workers (the active partner, in our example) can be expected to supply. A firm that doesn't need 'outside' capital is likely to be organized as a partnership or sole proprietorship rather than as a corporation, because the advantages of the corporate form lie primarily in

overcoming the problems that a partnership or a proprietorship would encounter in trying to raise capital from investors.

"(...)

"The corporate form is the normal solution that the law and businesses practice have evolved to solve the financing and accountability problems discussed in the preceding section. The corporation's perpetual existence obviates the need for a special agreement limiting withdrawal or dissolution, although such an agreement may turn out to be necessary for other reasons to be discussed. The shareholder's liability for corporate debts is limited to the value of his shares (limited liability). Passive investment is further protected by (1) a complex of legal rights vis-à-vis management and any controlling group of shareholders, and (2) the fact that equity interests in a corporation are broken up into shares of relatively small value that can be, and in the case of the larger corporations are, traded in organized markets. The corporate form enables an investor to make small equity investments, to reduce risk through diversification, and to liquidate his investment quickly and cheaply. Without limited liability a shareholder would not even be allowed to sell his shares without the other shareholders' consent, if he sold them to someone poorer than he, the risk to the other shareholders would be increased."

Caberá assim ao empreendedor decidir o tipo societário que revestirá sua empresa levando em consideração a expectativa futura do negócio: em se tratando de negócio de menor monta, onde os recursos para a atividade são obtidos principalmente junto aos sócios e por meio de reinvestimento; onde inexistente expressivo grupo minoritário e o controle da sociedade é concentrado nas mãos de poucas pessoas; quando a expectativa de retorno do capital aplicado não é de longo prazo, a sociedade limitada parece ser mais o tipo mais aconselhável.

À medida que o número de sócios cresce, complica-se a gestão da empresa. Uma

98. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., pp. 428 e ss.

sociedade limitada onde há sócios minoritários que realmente contribuíram para a formação do capital, em virtude das novas regras de *quorum* decisório, convocação e instalação de assembleias etc., trazidas pelo novo Código, estará exposta a um nível considerável de insegurança jurídica, enquanto não consolidada a jurisprudência a respeito de tais questões.

Além dos problemas inerentes à gestão, a sociedade estará cada vez mais sujeita a problemas sucessórios, bem como a dificuldades na resolução de desavenças entre os sócios, sempre com prejuízo à condução da atividade produtiva. Em ambos os casos, não sendo a pendenga resolvida amigavelmente, a sociedade será submetida a um desgastante processo para apuração de haveres ou exclusão de sócio. Na sociedade anônima, essas questões são muito mais fáceis de serem resolvidas, na medida em que a ação pode ser negociada mais facilmente que a cota, havendo, ainda, um regime protetivo ao minoritário muito mais detalhado.

Conclui-se, assim, que a definição do tipo societário a ser adotado nas empresas no Brasil não é somente uma questão jurídica, mas, também, econômica e administrativa-gerencial. Cabe, então, aos juristas envolvidos (advogados ou juízes), estar atentos a todas essas questões, para que possam aconselhar corretamente (ou julgar de forma justa) os empreendedores, sempre tendo em vista a preservação da empresa e o princípio da livre iniciativa (art. 170, CF/1988), garantindo o desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da Nação, nos termos do art. 3º, II, da Carta Magna.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2003.

Referências bibliográficas

- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas, Bookseller, 1999.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *O Novo Direito Societário Brasileiro*. Brasília, Brasília Jurídica, 1999.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo, Ed. RT, 2001.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- BULGARELLI, Waldirio. *Manual das Sociedades Anônimas, com as Novas Alterações da Lei das Sociedades por Ações*. São Paulo, Atlas, 1999.
- . *Sociedades Comerciais*. São Paulo, Atlas, 2000.
- . *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- . *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1978.
- BUSSADA, Wilson. *Sociedade Anônima Interpretada pelos Tribunais*. Rio de Janeiro, Liber Júrís, s/d.
- CANTIDIANO, Luiz Leonardo. *Estudos de Direito Societário*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- CARNEIRO, Dionísio Dias. “Crescimento de longo prazo e a Lei das Sociedades Anônimas”, *Diário do Comércio*, Belo Horizonte, sábado, 16 a segunda-feira, 18.2.2002, Caderno de Legislação, p. 15.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, com as Modificações das Leis 9.457, de 5 de Maio de 1997, e 10.303, de 31 de Outubro de 2001*. São Paulo, Saraiva, 2003.
- . *A Nova Lei das Sociedades Anônimas, seu Modelo Econômico*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

- _____. "Depoimento proferido na Câmara dos Deputados acerca do Projeto de Lei 3.115/1997", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 10, São Paulo, Ed. RT, ano 3, out.-dez. 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 423.
- _____. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação direta de controle empresarial", *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- _____. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1977.
- _____. *Direito Empresarial*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- _____. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- CORRÊA LIMA, Osmar Brina. *Sociedades Anônimas*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.
- _____. *A Reforma da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 9.457, de 5 de Maio de 1997)*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte, Del Rey, 1995.
- _____. *O Acionista Minoritário no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- COSTA MARSHALL, Carla Izolda Fiuza. "Temas polêmicos da sociedade por quotas — Posição da jurisprudência. Cessão de quotas, responsabilidade e exclusão de sócios", *RDM* 102/94-108, São Paulo, 1997.
- CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedades por Ações*. São Paulo, Saraiva, 1972-1973.
- CUNHA PEREIRA, Guilherme Döring. *Alienação do Poder de Controle Acionário*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- EIZIRIK, Nelson. *Sociedades Anônimas — Jurisprudência*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- _____. *Reforma das S/A & do Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado das Sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1958.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- _____. *Conflito de Interesses nas Assembléias de S/A*. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.
- FURTADO, Clarissa. "Código Civil aproxima as limitadas das S/A", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, sexta-feira, 25, e fim de semana, 26 e 27.1.2002, p. A-10.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de Empresa no Código Civil de 2002: Teoria do Direito Comercial de Acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2003.
- LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S/A — Pressupostos — Elaboração — Aplicação*. 2 vs. Rio de Janeiro, Renovar, 1995.
- _____. "A empresa, os minoritários e o mercado de capitais", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 9, São Paulo, Ed. RT, jul.-set. 2000.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. *Poder de Controle. Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*. São Paulo, Ed. RT, 1989.
- LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controvertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- LODI, João Bosco. *Governança Corporativa — O Governo da Empresa e o Conselho de Administração*. Rio de Janeiro, Campus, 2000.
- MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404, de 15 de Dezembro de 1976*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. 22ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. *Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações*. São Paulo, Saraiva, 1990.

- MORAES, Luiza Rangel de. "Considerações sobre o regime jurídico da administração nas sociedades simples, limitadas e anônimas", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 18/41-57, São Paulo, out.-dez. 2002.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). *Aspectos Atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo, Dialética, 1999.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupo de Sociedades*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
- PAIS, Paulo Roberto Tavares. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- PAZ, Alessandra. "Dispositivos do novo Código Civil ainda podem ser alterados. Projetos de lei prevendo mudanças dividem o meio jurídico", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, quinta-feira, 13.3.2003, p. A-8.
- _____, e, SERRANO, Adriana. "Código Civil muda a vida das limitadas", *Gazeta Mercantil*, São Paulo, segunda-feira, 7.4.2003, pp. A-1 e A-7.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5ª ed., Nova York, Aspen Publishers, Inc., 1997.
- REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1980.
- _____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- _____. "Sociedade anônima: interesse público e privado", *RDM* 127/7-20, São Paulo, jul.-set. 2002.
- SANTOS, Jurandir dos. *Manual das Assembléias Gerais nas Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- SILVEIRA LOBO, C. A. "As alterações da Lei de Sociedades Anônimas ora em discussão no Congresso Nacional", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 9, São Paulo, Ed. RT, ano 3, jul.-set. 2000.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda, e TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky, 1979.
- TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. 1ª ed., São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2003.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. 1, *Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 301.
- WALD, Arnoldo. "O governo das empresas", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 15/53-78, São Paulo, jan.-mar. 2002.
- WEYLAND VIEIRA, Paulo Abert, e CARVALHO REIS, Ana Paula de. "As sociedades limitadas no novo Código Civil — A limitação do direito de contratar", *RDM* 127/30-51, São Paulo, jul.-set. 2002.