

Dco.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

106



Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XXXVI (Nova Série)
abril-junho/1997

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série - Ano XXXVI — n. 106 — abril-junho de 1997

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP: 04531-940

São Paulo, SP - Brasil - Tels. 822-9205

820-9718 - 820-5549 - Fax. 829-2495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros
Diretora: Suzana Fleury Malheiros
Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. 289-0811 - Fax. 251-3756

Composição: EDITORA FRASE LTDA.
Impressão: GRÁFICA E EDITORA FCA
(FUNDAÇÃO DE CIÊNCIAS APLICADAS)

SUMÁRIO

DOCTRINA

A TEORIA DA APARÊNCIA E O DIREITO BANCÁRIO	7
— Arnaldo Wald	
ACORDO DE ACIONISTAS	20
— Modesto Carvalhosa	
SEGURO DE DANO MORAL RESULTANTE DE ACIDENTE COM VEÍCULO AUTOMOTOR	25
— Rachel Sztajn	
ATUAÇÃO ESTATAL E ILÍCITO ANTITRUSTE	35
— Calixto Salomão Filho	
RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR, DOS SÓCIOS E DOS ADMINIS- TRADORES DE EMPRESAS DE CONSÓRCIOS, SUA APRECIÇÃO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR	48
— Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	
ASSEMBLÉIA DE COTISTAS NA SOCIEDADE LIMITADA — Aplicação da legislação societária	53
— João Luiz Coelho da Rocha	
A INTRODUÇÃO NO NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO DO REQUISITO DA ATIVIDADE INVENTIVA COMO CONDIÇÃO LEGAL PARA A CON- CESSÃO DE UMA PATENTE DE INVENÇÃO	58
— Gustavo José Ferreira Barbosa	
DA OBRIGATORIEDADE POR PARTE DO ADQUIRENTE DO CONTROLE DE SOCIEDADE POR AÇÕES DE CAPITAL ABERTO DE FAZER SIMULTÂNEA OFERTA PÚBLICA, EM IGUAIS CONDIÇÕES, AOS ACIONISTAS MINORI- TÁRIOS — ART. 254 DA LEI 6.404/76 E RESOLUÇÃO CMN 401/76 — É EFETIVO MECANISMO DE PROTEÇÃO AOS MINORITÁRIOS?	83
— Roberta Nioac Prado	
A EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCAS NA UNIÃO EUROPÉIA E O MER- COSUL	107
— Karin Grau-Kuntz e Newton Silveira	

ATUALIDADES

CÓDIGO E NORMAS DE CONDUTA DO SISTEMA FINANCEIRO PORTU- GUÊS E COMUNITÁRIO	127
— Armindo Saraiva Matias	
CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ES- TABELÉCIDA ANTES DO ADVENTO DA LEI NOVA. DIREITO APLI- CÁVEL	149
— Vera Helena de Mello Franco	

A DESINTERMEDIÇÃO NA OFERTA DE CRÉDITO E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: EXAME DO TEMA E POSSÍVEIS CONCLUSÕES	154
— Cassio M. C. Penteado Jr.	
O ICMS E OS SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. NÃO-INCIDÊNCIA	164
— João Luiz Coelho da Rocha	
CONCEITO DE PREPOSTO	169
— Sérgio Sérvulo da Cunha	
AS CENTRAIS DE RISCO E O SIGILO BANCÁRIO	174
— Carlos Alberto Hagstrom	
ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES	178
— José Alfredo Ferrari Sabino	
 MERCOSUL	
MERCOSUL — NORMAS DE IMPLANTAÇÃO — FORÇA VINCULANTE...	185
— José Alfredo Borges	
 DOCUMENTOS	
THE CLAYTON ACT — CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS ..	197

COLABORAM NESTE NÚMERO

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor na Universidade Autónoma de Lisboa.

ARNOLDO WALD

Advogado. Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado da Guanabara. Ex-Presidente da CVM.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Livre-Docente e Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

CARLOS ALBERTO HAGSTROM

Ex-Procurador do Banco Central. Advogado em Brasília.

CASSIO M. C. PENTEADO JR.

Advogado em São Paulo. Professor da FMU/SP.

GUSTAVO JOSÉ FERREIRA BARBOSA

Advogado no Rio de Janeiro.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Advogado. Mestre e Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ ALFREDO BORGES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da Fazenda do Estado de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

KARIN GRAU-KUNTZ

Pequisadora no Max-Planck-Institut fuer auslaendisches und internationales Patent, Urheberund Wettbewerbsrecht (Muenchen). Mestranda na Faculdade de Direito de Munique (Ludwig-Maximilians-Universitaet).

NEWTON SILVEIRA

Doutor em Direito Comercial e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Secretário Geral Adjunto do IIDA-Instituto Interamericano de Direito do Autor. Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

RACHEL SZTAIN

Livre-Docente e Professora Doutora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

ROBERTA NIOAC PRADO

Advogada. Pós-graduanda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP.

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Advogado.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Professora Assistente Doutora da Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

MODESTO CARVALHOSA

Advogado em São Paulo

Atualidades

ANOTAÇÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A APURAÇÃO DE HAVERES

JOSÉ ALFREDO FERRARI SABINO

1. Introdução. 2. O aparente conflito de princípios. 3. O vínculo pessoal nas sociedades. 4. Natureza jurídica da apuração de haveres. 5. A sociedade de segundo grau. 6. Conclusão.

1. Introdução

Não muito recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça foi objeto de acendrada crítica em artigo publicado na seção jurisprudência comentada do n. 100 desta *Revista*.¹ Cuidava-se de decisão sobre os efeitos, no campo societário, da partilha em separação consensual na qual quotas de sociedade limitada haviam sido atribuídas a um dos cônjuges, não-sócio, sem manifestação favorável dos demais sócios. O contrato social da referida sociedade vedava expressamente a “cessão” ou “transferência” das quotas a terceiros sem o expreso consentimento da sociedade (leia-se, dos demais sócios).

O mencionado acórdão,² julgando em instância superior pedido de apuração de haveres formulado pelo cônjuge não-sócio, a quem as quotas foram atribuídas em

partilha, expressou o entendimento de que: “A ação de apuração de haveres em sociedade comercial por quotas de responsabilidade limitada cabe somente a quem dela seja sócio, não se equiparando a tal quem adquire quotas de outro sócio, ainda que por partilha em dissolução de casamento pelo ‘regime da comunhão de bens’”.

A crítica ao acórdão, ora sob atenção, centrou-se no argumento de que a ação de apuração de haveres deve ser atribuída, também, a despeito do teor literal do art. 15 do Decreto 3.708, de 10.1.19, àquele a quem foram transferidas quotas involuntariamente, sem, entretanto, adquirir a condição de *sócio*. Tal seria o caso do ex-cônjuge de quotista de sociedade limitada ao qual, por força da lei civil, foram partilhadas (e transferidas?) as quotas, na separação consensual do casal.

A tarefa a que se propõe esse estudo é tentar contribuir no relaxamento da tensão que se põe, naturalmente, entre as duas visões — diametralmente opostas — do problema. Não é necessário destacar que teremos em foco apenas os conceitos manejados quer pelo acórdão, quer pela sua crítica.

1. O acórdão foi publicado na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Ed. RT, outubro-dezembro/95, na seção “Jurisprudência Comentada”, sendo objeto dos comentários críticos do prof. Celso Barbi Filho.

2. Ac. un. da 3ª T. do Superior Tribunal de Justiça, proferido em 14.12.92 no julgamento do REsp 29.897-4-RJ, rel. Min. Dias Trindade.

2. O aparente conflito de princípios

Cumpra observar que o problema de que nos ocupamos encerra um aparente dilema. Já se viu que a hipótese, em termos bastante gerais, pode ser reduzida à questão dos efeitos da partilha, em dissolução de sociedade conjugal; com relação à sociedade cujas quotas foram atribuídas a ex-cônjuge não-sócio. Seria possível subir-se um degrau na escala de abstração e incluir-se no tema em análise também outras hipóteses de “transferência involuntária das quotas, decorrente de imposição legal”. Nosso intuito, entretanto, é restringir o estudo à situação específica que foi examinada no acórdão do Superior Tribunal de Justiça citado no preâmbulo, sem bem que — cabe aqui o registro — o que se concluir para este caso amolda-se confortavelmente às demais hipóteses.

De acordo com os cânones civilistas, o regime matrimonial da comunhão de bens importa a formação de um patrimônio conjugal uno, com a automática transferência dos bens adquiridos por qualquer dos cônjuges ao outro. Esse estado de comunhão cessa, ainda segundo a lei civil, com a partilha em juízo, amigável ou não, dos bens e direitos do casal, individualizando-se, então, o patrimônio de cada um dos consortes.

No campo societário, ao seu turno, prevalece o muito prestigiado princípio de que, nas sociedades de pessoas, as partes sociais não se transferem senão sob a condição de prévio consentimento dos sócios. Protege-se, com isso, o caráter pessoal desta espécie de associação, constituída *intuitu personae*.

Não se tem notícia, salvo engano, de exigência de consentimento dos sócios para celebração e dissolução de matrimônios, que corriqueiramente envolvem membros de sociedades de pessoas. Está posto, portanto, o dilema: qual dos dois postulados de direito privado que aparentemente se contrapõem deve, nestes casos, ceder? Em outros termos, a transferência da participa-

ção societária não consentida pelos sócios opera efeitos regulares?

Ressalte-se, nesse ponto, que o dilema — real ou aparente — que vem de ser exposto se situa no plano da exegese, pois nosso ordenamento jurídico não se posiciona através de cláusula legal expressa acerca do tema.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, já se viu, adotou a linha, mantida em julgamentos posteriores,³ de recusar a eficácia da transferência, com relação à sociedade, a despeito de não se pronunciar — pois não provocado por via própria — acerca da situação jurídica em que colocado o ex-cônjuge não-sócio. O autor do comentário crítico ao julgado, sensível aos apelos modernos da liberdade de associação e da circulação dos bens econômicos — de resto, consagrados constitucionalmente —, entende que, ao contrário do que quedou decidido, “deve a apuração de haveres ser considerada, pelo menos, como o único direito assegurado ao sócio não-quotista, para que possa receber o que lhe pertence no patrimônio social”.

3. O vínculo pessoal nas sociedades

Já que nosso sistema jurídico, segundo majoritariamente se entende, se filia à concepção jusfilosófica positivista no particular aspecto de que a solução para os dilemas que se colocam perante o aplicador do Direito deve ser procurada na lei — em sentido lato —, põe-se primeiramente o desafio de compreender, em toda sua extensão, os princípios diretores da atuação legislativa em matéria societária. Essa diretriz geral traduz-se, aqui, na certeza de que, para além das opções particulares do intérprete, nosso ordenamento jurídico oferece uma solução para o problema posto, cabendo ao estudioso ou aplicador da lei apenas desvendá-lo.

3. V., p. ex., o acórdão proferido no julgamento do RMS 2.5597-MT, 3ª T. do STJ, DJU de 5.3.95.

Nessa direção, o primeiro passo é a constatação da relevância que o sistema legal reconhece ao vínculo pessoal nas chamadas sociedades de pessoas. Aqui e alhures se registra que a vetusta distinção entre sociedades de pessoas e de capitais perde a cada passo nitidez, o que é de se reconhecer verdadeiro. É claro que, na medida em que ganha relevância no conjunto dos empreendimentos a grande corporação (*corporation*), de que são reflexo a progressiva juridicização e preeminência do conceito de *empresa*, desvanecem os contornos daquela distinção. Todavia, no estágio de evolução em que se encontra o direito pátrio, não se pode, ao menos até aqui, prescindir de todo da classificação, que ainda atende quer à necessidade de sistematização, quer aos anseios pragmáticos, à falta de critério que com vantagem o substitua.

Nas sociedades de pessoas o vínculo pessoal entre os sócios é considerado a razão primeira da própria *affectio societatis*. De se lembrar a lição de Rubens Requião:⁴ “Com efeito, as sociedades chamadas de pessoas são as que se constituem tendo em vista a pessoa dos sócios. Os sócios entre si, cada um deles, escolhem os seus companheiros. A sociedade assim se forma em atenção às qualidades pessoais dos sócios”.

É por isso que se diz que as sociedades de pessoas são *intuitu personae*, nas quais a constituição e manutenção da associação dependem fundamentalmente da consideração que cada sócio guarda das qualidades pessoais dos demais.

Desde a edição do Decreto 3.708, de 10.1.1919, a doutrina em peso identificou no tipo societário ali previsto — sociedade por quotas — nova espécie de sociedade de pessoas. É muito conhecida, ademais, a evolução que sofreu essa forma de sociedade, que passou a ser freqüentemente utilizada como vestimenta jurídica até de grandes corporações. A doutrina e a jurisprudência

não ficaram insensíveis a essa realidade, ao reconhecer que os quotistas, instituindo contratualmente a livre transmissibilidade das quotas, poderiam conferir feição capitalista à associação. Rubens Requião⁵ registrou, há tempos: “Temos, para nós, que a sociedade por cotas de responsabilidade limitada constitui sociedade de pessoas; não podemos, porém, deixar de nos impressionar com a circunstância de que os sócios, na elaboração do contrato social, lhe podem dar um cunho *capitalístico*, quando permitem a cessão de cotas a estranhos, sem a necessária anuência dos demais”.

O caso de que nos ocupamos é de sociedade por quotas de feição personalista, já que se cuidava da tradicional figura da “sociedade familiar”, em que, aliás, vem-se sustentando, *ainda*, a maior parcela das empresas nacionais. O vínculo pessoal se afigurava, para os sócios, elemento primordial para a manutenção da *affectio societatis*.

Releva estabelecer essa constatação, pois ela remete a análise da nossa hipótese de estudo para o campo das sociedades sujeitas à disciplina do Código Comercial. O sistema do Código, com os temperamentos que a evolução jurisprudencial lhe impôs, deita raízes, no capítulo da dissolução das sociedades, no vínculo pessoal entre os sócios. Nesse particular, mostra-se elucidativo o pronunciamento de Hernani Estrella,⁶ após referir a ainda útil classificação entre sociedades de pessoas e de capital:

“Por isso, quando outro mérito não tenha, a classificação tradicional serve, ao menos, para evidenciar a maior relevância que, nas entidades do primeiro grupo, apresenta o *intuitu personae*.”

5. Ob. cit., p. 320.

6. *Apuuração dos Haveres de Sócio*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 30. V., ainda, Egberto Lacerda Teixeira, *Sociedades Limitadas e Anônimas no Direito Brasileiro. Estudo Comparativo*, Sarai-va, 1987, pp. 79 e 80.

4. *Curso de Direito Comercial*, Saraiva, 1979, 9ª ed., 1ª v., p. 320.

“Dessa consideração deriva ficarem elas expostas a dissolver-se pela superveniência de fatos que afetam a qualquer dos sócios. Esta consequência prende-se, como diz Francis Vallieur, à idéia geral de que, no liame jurídico, a consideração de uma pessoa foi a determinante. O fim se comunica, aqui, de um elemento pessoal. E este fenômeno aparece em todas as fases de vida da relação, para expô-la a uma causa de morte. Em suma, do nascimento às mudanças e à realização do vínculo jurídico, o *intuitu personae* lhe põe um freio e o expõe a inúmeras causas extintivas.”

É importante o registro. As hipóteses de dissolução das sociedades relacionadas no art. 335 do Código Comercial — em especial a da alínea 5^a, por declaração unilateral de vontade de qualquer sócio, que particularmente interessa a este estudo — têm sua *ratio essendi* no vínculo pessoal entre os sócios, cujo abalo, por qualquer motivo, deve, em princípio, levar à extinção da própria sociedade.

4. *Natureza jurídica da apuração de haveres*

Construído sobre essas bases, o sistema do Código Comercial vem sendo, todavia, amenizado sob o influxo da necessidade modernamente identificada de preservação da empresa. Sobretudo na modalidade por quotas de responsabilidade limitada, que alcançou a preferência das médias e, às vezes, grandes empresas, a sociedade mercantil demonstrou constituir relevante fator de progresso econômico-social, fonte de produção de riquezas e postos de trabalho. Daí por que, com o passar do tempo, pôs-se em relevo o princípio da preservação da sociedade, que presidiu ao abrandamento da aplicação de algumas das hipóteses, reconhecidas rigorosas, de dissolução *ipso iure* das sociedades de pessoas.

Nessa direção, a jurisprudência veio a admitir num primeiro momento que disci-

plina diversa fosse conferida pelos sócios, no contrato social, àqueles casos legais de extinção da sociedade, desde que respeitado o princípio de proteção da liberdade individual de associar-se ou manter-se associado. Em estágio seguinte, evoluiu-se para recusar o direito potestativo ilimitado de qualquer sócio de, por ato unilateral, decretar a dissolução da sociedade por tempo indeterminado, construindo-se o conceito da dissolução parcial, ao qual está intimamente correlacionado o instituto da apuração de haveres.

Dessa evolução nos dá breve notícia Hernani Estrella:⁷ “Também a circunstância de ser a sociedade por tempo indeterminado não implica seja fatal dissolver-se, sempre que assim o deseje qualquer sócio. Pois, se pactuada ficou a continuidade dela, apesar da morte ou retirada de algum dos associados, se garantiram recíproca e igualmente a faculdade àquele que quisesse se desligar, levantando os cabedais que na sociedade possuísse, esta continuará a subsistir em relação aos demais. Tem-se por essa forma substituído o direito de renúncia pelo de afastamento ou despedida. Concilia-se perfeitamente a liberdade de um com a dos outros, que não desejam desligar-se do regime societário, nem levar a empresa à extinção. Todas essas convenções são fundadas e legítimas. Têm inteiro apoio tanto no Código Comercial (arts. 289, 291, 302, 308 e 335), como nas leis posteriores (Lei de Falências, art. 48; Código de Processo Civil, arts. 471 e 668), e já agora não há ninguém que ponha em dúvida a validade de semelhantes pactos. Uma jurisprudência esclarecida e uniforme lhes tem dado exequibilidade concreta”.

Nessa ordem de idéias, a apuração de haveres é o instrumento de que se serve o sócio que se retira (ou, em hipótese que está fora de nosso objeto de estudo, o sucessor do sócio falecido) para levantar e receber a parte que lhe cabe no patrimônio da socie-

7. Ob. cit., pp. 60-61.

dade.⁸ Cuida-se, pois, de modalidade de *actio pro socio*, que os romanos colocavam à disposição dos sócios para lograr o reconhecimento judicial de direitos e obrigações derivados do contrato de sociedade. É ação própria do sócio, a ser direcionada contra os demais sócios e/ou a sociedade, veículo de invocação de pretensões defluentes do vínculo societário.

Cumpra-se registrar que por outra vertente também se desenvolveu a ação de apuração de haveres, porém ainda conservando a natureza de *actio pro socio*.

É conhecida a disposição do art. 15 do Decreto 3.708, de 10.1.1919, que outorga aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital. Tem-se, aí, hipótese particular de resilição parcial do contrato de sociedade (Hernani Estrella),⁹ que vem acudir o minoritário dissidente. Considerado por Rachel Sztajn¹⁰ “instituto equilibrador das relações societárias”, o direito de recesso exerce relevantes funções no permanente jogo de interesses entre os detentores da maioria do capital social e os minoritários. Ora, sendo espécie de resilição parcial — da modalidade motivada — do contrato de sociedade, o direito de recesso se exerce através do mecanismo da apuração de haveres. É, igualmente, ação do sócio (não foi ao acaso escolhida a expressão legal: “Assiste aos sócios...”).

O direito de recesso legalmente previsto foi considerado também ponto de partida para a construção da teoria da dissolução parcial das sociedades de pessoas.

8. Valemo-nos da expressão com a ressalva de que evitamos nos posicionar acerca do critério aplicável à determinação dos haveres, alvo de acesa discussão.

9. Ob. cit., p. 119.

10. “O direito de recesso nas sociedades comerciais”, *RDM* 71/50 e ss., julho-setembro/88, onde a autora oferece interessante enfoque do direito de recesso.

Rubens Requião comenta:¹¹ “O instituto da dissolução parcial, que veio aperfeiçoar o da dissolução da sociedade comercial, amenizando o sistema do Código Comercial, tem a sua técnica apoiada na apuração dos haveres do sócio que morre, se retira ou é excluído. Mesmo que o contrato social não preveja a forma do recesso, a jurisprudência tem dado amplitude análogica ao preceito do art. 15 do Decreto 3.708, de 1919, que regulou a retirada do sócio divergente (...). Sobre esses preceitos criou-se a doutrina da *apuração de haveres*”.

Assim se conclui que a apuração de haveres é *actio pro socio*, orientada ao levantamento e pagamento dos direitos patrimoniais do sócio que, nas hipóteses permitidas em lei ou no contrato social, se retira da sociedade. Ou, em termos ainda mais gerais, é instrumento da resilição parcial do contrato de sociedade.

5. A sociedade de segundo grau

Com o que vem de se expor, começa a ganhar forma a nossa conclusão: na linha do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, não é possível deferir-se a apuração de haveres a não-sócios, seja por motivos de ordem dogmática, pois se trata, como visto abreviadamente, de típica *actio pro socio*, que decorre das relações estabelecidas entre os sócios; seja por motivos de ordem prática, já que, para atender a suposto ditame de justiça, estar-se-ia impondo à empresa um prejudicial desfalque de capital.

Este último aspecto merece um momento de reflexão. Abstraídos os obstáculos legais à solução preconizada pelo autor dos comentários críticos ao acórdão, afigura-se, ainda assim, incompatível com o estágio evolutivo atual do nosso direito das sociedades o reconhecimento da apuração de haveres aos contemplados pelas chamadas “transferências involuntárias de quo-

11. *Curso de Direito Comercial*, 6ª ed., Saraiva, 1976, p. 367.

tas". Se, de um lado, tal entendimento *parece* atender melhor aos propósitos do comércio jurídico e à liberdade individual de associação, de outro, semelhante solução se apóia no sacrifício, por vezes com coloração dramática, da própria empresa, alvo de progressiva proteção pelas modernas legislações.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, portanto, sobre manter-se fiel aos postulados de nossa dogmática jurídica (respeito ao vínculo pessoal que anima as associações personalistas; reforço da natureza de *actio pro socio* da apuração de haveres etc.), consegue evitar, aí já como efeito colateral digno de nota, que a sociedade sofra um inesperado e certamente prejudicial desfalque de capital. Alinha-se, com isso, às mais recentes tendências de conferir primazia ao princípio da conservação da empresa, em toda a sua extensão.

Mas, poder-se-á indagar, como o fez o autor dos comentários, *quid iuris* com relação ao cônjuge ao qual, na partilha, foram atribuídas as quotas da sociedade? O acórdão do Superior Tribunal de Justiça não oferece resposta a tal perquirição, como, aliás, dele foi pela parte sucumbente reclamado. Não nos parece que no âmbito da ação de apuração de haveres devesse ser sinalizada essa consequência.

O nosso ordenamento jurídico, entretanto, apresenta a resposta: forma-se entre os dois cônjuges, após a separação, uma sociedade de segundo grau ou subordinada, consoante expressa previsão da parte final do art. 334 do Código Comercial ("A nenhum sócio é lícito ceder a um terceiro, que não seja sócio, a parte que tiver na sociedade, nem fazer-se substituir no exercício das funções que nela exercer sem expresso consentimento de todos os outros sócios, pena de nulidade do contrato; *mas poderá associá-lo a sua parte, sem que por esse fato o associado fique considerado membro da sociedade*").

Como bem se vê, a solução se encontra em consagrado instituto de direito co-

mercial, com contornos precisados e sedimentados pelos comentários da doutrina e pelas decisões judiciais. J. X. Carvalho de Mendonça assim se manifesta sobre essa espécie de associação:¹² "Ao sócio não é vedado associar terceiro à sua parte na sociedade, isto é, dividir com este os lucros e perdas que lhe tocarem nos balanços anuais ou na liquidação final. Esta associação entre o terceiro e o sócio não equivale à cessão da quota, visto não constituir o terceiro membro da sociedade, este não passa de simples associado do sócio, sem que o fato tenha o menor reflexo na sociedade. *Socii mei socius, meus socius non est*".

Ao nosso sentir, a situação do ex-cônjuge não-sócio pode ser aproximada analogicamente com mais propriedade à do sócio do sócio (terceiro que, associado à quota, não interfere com a sociedade) do que à do próprio sócio, deferindo-lhe ação exclusiva deste. Tal entendimento não é estranho à jurisprudência¹³ ou à doutrina. Nesta última, uma das melhores páginas sobre o assunto pode ser encontrada na obra já citada de Hernani Estrella:¹⁴

"A conciliação (entre o direito das sociedades e o direito comum) se nos afigura perfeitamente possível, sem o mais mínimo conflito entre as duas ordens de relações. Com efeito, a regra posta no Código do Comércio (arts. 334 e 349), por força da qual nenhum sócio pode ceder a outrem que não seja sócio a parte que tiver na sociedade, ou, ainda, exigir que a mesma lhe seja entregue, enquanto o passivo social não estiver pago, essa regra pode coadunar-se satisfatoriamente com as normas do direito civil. Nas respectivas esferas de incidência, a regra particular, ditada para a sociedade, e as prescri-

12. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, p. 116, n. 644. V., ainda, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., t. 49, Ed. Borsóti, p. 85.

13. O próprio acórdão sob comentário cita decisão nesse sentido do TJSP, publicado na *RT*, 624/91.

14. Ob. cit., pp. 365-366.

ções gerais do direito de família e sucessões podem coexistir, sem que se verifique a colisão temida. Assim, como é lícito a qualquer sócio, mesmo sem o consentimento explícito dos outros, interessar terceiro na sua parte na sociedade, criando-se, então, o que se sói chamar *sócio de sócio* (Código cit., art. 334), esta mesmo participação poderá ocorrer, já agora, não como ato de vontade, mas, sim, *ministerio legis*. Se, por exemplo em virtude da extinção da comunhão conjugal, um dos cônjuges tiver direito à quota de capital do seu consorte, ou, ainda, se, em consequência de sucessão *causa mortis*, o valor dessa quota tiver de ser inventariado, num e noutro desses casos, ter-se-á criado situação análoga àquela prevista no art. 334 precitado. À semelhança do que se passa com o terceiro (sócio de sócio), que é completamente estranho à sociedade, também, o cônjuges de sócio ou os seus herdeiros ficam colocados como comunheiros em relação à quota social. Esta comunhão incidente necessária perdurará, normalmente, enquanto a entidade comercial subsistir, e até que o seu passivo esteja inteiramente solvido (Código cit., art. 349). Até então, e a menos que não convenham os outros sócios, alterando-se para tal efeito o pacto social, a quota se conservará em nome do cônjuge desquitado ou viúvo, com todos os direitos e obrigações em face da sociedade e de terceiros (Código Comercial, art. 329).

“Todavia, os lucros e vantagens que venham, a partir daí, a caber a esse sócio, deverão ser entregues, no que couber, ao outro cônjuge, ou aos seus herdeiros. Assim podem harmonizar-se as duas ordens de disposição legais, aceitando-se sem dificuldade a solução apontada pela doutrina e jurisprudência dominantes.”

6. Conclusão

Coerente com o que foi exposto, julgamos que a saída que nosso ordenamento jurídico oferece para o dilema de início colocado não se situa (i) quer na atribuição de legitimidade ao ex-cônjuge não-sócio para pleitear a apuração de haveres, (ii) quer na recusa pura e simples de qualquer efeito no campo societário da partilha homologada em juízo. A solução está, ao nosso ver, como preconizam Hernani Estrella e outros autores, no reconhecimento da formação de uma sociedade subordinada ou de segundo grau entre os dois ex-cônjuges, por força da partilha, seja porque as partes nisso anuíram, seja porque outra divisão não se mostrou possível, pela inexistência de bens suficientes ao preenchimento do quinhão do ex-cônjuge não-sócio.

Em 15 de setembro de 1996