

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO**

**REGIME JURÍDICO PRIVADO E PUBLICIZAÇÃO  
– A SOCIEDADE LIMITADA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

**João Luis Nogueira Matias**

**Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração: Direito Público.**

**RECIFE**

**2003**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO**

**REGIME JURÍDICO PRIVADO E PUBLICIZAÇÃO  
– A SOCIEDADE LIMITADA NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

**João Luis Nogueira Matias**

**Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, para concorrer ao Título de Doutor, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, área de concentração: Direito Público.**

**Orientador: Professor Doutor Paulo Antônio de Menezes Albuquerque**

**RECIFE**

**2003**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Regime jurídico Privado e Publicização – A Sociedade Limitada no Ordenamento Jurídico  
Nacional

Dissertação defendida e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes  
professores:

---

Prof. Doutor Paulo Antônio de Menezes Albuquerque  
Orientador

---

Prof. Doutor José Rossini Campos Correa  
Examinador Externo/UNICEUB

---

Prof. Doutor Francisco Cavalcante Queiroz  
Examinador/UFPE

---

Prof. Doutor Edilson Nobre  
Examinador/UFPE

---

Prof. Doutor Ianco Marcius Alencar Xavier  
Examinador Externo/UFRN

Aos meus pais, irmãos e de mais familiares, base de tudo;  
à Débora Cristina, sempre ao meu lado;  
à João Luis Filho, iniciado nas letras, recente doutor do ABC;  
à João José e Bruna, alegria de viver.

Meus Agradecimentos,

Aos Juízes do E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que me permitiram o afastamento das funções jurisdicionais;  
à administração da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, especialmente ao Professor Francisco Otávio Miranda Bezerra, Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, que viabilizou a realização do Curso de Doutorado;  
ao Professor Paulo Antônio de Menezes Albuquerque, meu orientador, cujo pensamento lógico e senso de organização foram fundamentais para a conclusão da tese;  
aos Coordenadores, demais professores e colegas do Curso de Doutorado,  
aos amigos e familiares,  
pelo apoio recebido.

RESUMO

MATIAS, J.L.N. Regime Jurídico Privado e Publicização - A Sociedade Limitada no Ordenamento Jurídico Nacional. 2003. 231 p. Tese Doutorado – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O Direito, como fenômeno cultural, é expressão dos valores de sua época. A dicotomia Direito Público x Direito Privado, que remonta ao Direito Romano, tem por pressuposto a separação entre os interesses dos indivíduos e da coletividade. Modernamente, o Código Civil, expressão do movimento codificador do Estado Liberal, é o elemento de definição do âmbito do Direito Privado. Os Códigos oitocentistas são instrumento de afirmação do poder da burguesia, forma de exteriorização de seus valores, sendo o indivíduo considerado o centro do universo jurídico. No Brasil, o Código Civil de 1916 é fortemente influenciado pelo ideário liberal. No plano dos contratos, o princípio da autonomia privada, entendido como liberdade de contratar, é absoluto.

Contemporaneamente, a sociedade é embasada em valores solidários, o indivíduo é considerado como parte de composto maior, a comunidade. Seus direitos não são absolutos, devem ser ponderados ante os interesses sociais. O Direito Privado se transforma. No âmbito dos contratos, a autonomia privada sofre restrições, decorrente dos princípios sociais dos contratos, como os princípios da socialidade, da eticidade, que se desdobra em princípio da boa fé e da justiça contratual, e da operabilidade. Tais princípios são albergados no Código Civil de 2002. O novo perfil do Direito Privado é caracterizado pela inserção de normas cogentes, obrigatórias, que objetivam proteger os economicamente mais fracos, o que pode ser denominado de publicização do direito privado. As normas do Código Civil Brasileiro de 2002 poderão ser utilizadas como instrumento de realização dos valores previstos na Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, o direito público também tem se modificado, não apenas em razão das transformações do Direito Privado, mas em consequência das novas funções e perfil que o Estado tem assumido.

A Sociedade Limitada é o tipo societário preferido para o exercício de atividades econômicas. Inicialmente criada com o escopo de facilitar o exercício de atividade comercial de pequeno e médio porte, atualmente a sua função econômica tem sido ampliada, passando a ser utilizada para a prática de grandes empreendimentos. Existe necessária vinculação entre a função econômica dos institutos jurídicos e a sua organização estrutural.

A regulação infraconstitucional da sociedade limitada no Brasil é evidência do novo perfil do Direito Privado no Direito nacional, já que são impostas normas cogentes, versando sobre a proteção aos sócios minoritários e sobre garantias aos que negociam com a sociedade limitada.

Palavra-Chave: Regime Jurídico Privado, Publicização do Direito, Sociedade Limitada.

ABSTRACT

MATIAS, J. L. N. Private Law Changes – The Private Limited Regulation in Brazil. 2003. 231 p. Tese Doutorado. Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Law, as a cultural phenomenon, is the expression of the values of its time. The dichotomy Public Law x Private Law, which takes basis in Roman law, has the separation between the individual and collective interests as its presupposition. Nowadays, the Civil Code, which expresses the codifier movement of the Liberal State, is the element of definition of the Private Law scope. The Codes from the eighteenth century are the instruments to confirm the bourgeois power as well as a way to reveal its values, while the individual is considered the centre of the juridical universe. In Brazil, the Civil Code of 1916 is highly influenced by the liberal ideas. Regarding contracts, the principle of private autonomy, understood as the liberty of contract, is absolute.

Contemporarily, the society takes basis upon values of solidarity and the individual is taken as part of a larger component, the community. His rights are not absolute and must be weighed before social interests. Private Law changes. Concerning contracts, the private autonomy may be restricted due to the social principles of the contracts, such as principle of sociality, ethics, which may be divided into the principle of good faith and contractual justice, and operative. The Civil Code of 2002 assures such principles. The insertion of obligatory rules that aim to protect the most unfortunates characterizes the new outline of Private Law, what may be denominated the opening of private law. The Civil Code rules may be used as a tool to guarantee the values established by the Federal Constitution of 1988.

On the other hand, the public law has changed not only for the modifications in private law, but also because of the new functions and outline of the contemporary State.

The Private Limited Company is the most desirable type of association for economical activities. Initially created in order to facilitate business for medium and small companies, it is now being used for large undertakings and has gotten a broadly economical function. There is a necessary relationship between the economical functions of the judicial institutions and its structural organization.

The infra constitutional regulation of the private limited company in Brazil shows the new outline of the private law, since there are obligatory rules related to the protection of minority partners and to the guarantees for those who deals with the private limited company.

Key-words: private law, Private Limited Company.

RIASSUNTO

MATIAS, J.L.N. Nuovo Profilo Del Diritto Privato. Regolamento infraconstituzionale della Società Limitata in Brasile. 2003.231 p. Tese Doutorado. Faculdade de Direito do Recife – Universidade de Pernambuco, Recife.

Il diritto, come fenomeno culturale, é l'espressione dei valori della propria epoca. La dicotomia Diritto Pubblico-Diritto Privato, che si rifa al Diritto Romano, ha per presupposto la separazione tra gli interessi degli individui e della collettività. Modernamente, il Codice Civile, espressione del movimento codificatore dello Stato Liberale, é l'elemento di definizione dell'ambito del Diritto Privato. I codici ottocenteschi sono strumento di affermazione del potere della borghesia, forma di esteriorizzazione dei suoi valori, poiché l'individuo é considerato il centro dell'universo giuridico. In Brasile, il Codice Civile del 1916 é fortemente influenzato dall'ideale liberale. Sul piano dei contratti, il principio dell'autonomia privata, inteso come libertà di contrattare, é assoluto.

Contemporaneamente, la società é basata su valori solidali e l'individuo é considerato come parte di un nucleo maggiore, la comunità. I suoi diritti non sono assoluti, devono essere ponderati prima gli interessi sociali. Nell'ambito dei contratti, l'autonomia privata soffre restrizioni, a cominciare dai principi sociali dei contratti, come i principi di socialità e di ética, che si divide in principio di buona fede e di giustizia contrattuale, e di operabilità. Tali principi sono contenuti nel Código Civile Brasileiro 2002. Il nuovo profilo del Diritto Privato é caratterizzato dall'inserimento di nuove norme obbligatorie, che hanno il fine di proteggere quelli economicamente più deboli, che può essere definito come pubblicità del Diritto Privato. Le norme del Código Brasileiro del 2002 potranno essere utilizzate come strumento di realizzazione dei valori previsti dalla Costituzione Federale del 1988.

A sua volta, anche il Diritto Pubblico si é modificato, non solo in ragione delle trasformazioni del Diritto Privato, ma in conseguenza delle nuove funzioni e caratteristiche assunte dallo stato.

La Società Limitata é il tipo di società preferita per l'esercizio di attività economiche. Inizialmente creata con lo scopo di facilitare l'esercizio di attività e di affari di piccolo e medio taglio, attualmente la sua funzione economica é stata ampliata, cominciando a essere utilizzata per la pratica di grandi imprese. Esiste un necessario vincolo tra la funzione economica degli istituti giuridici e la sua organizzazione strutturale.

Il regolamento infracostituzionale della società limitata in Brasile, é l'evidenza del nuovo profilo del diritto privato nel diritto nazionale, poiché sono imposte norme obbligatorie che trattano della protezione dei soci minoritari e delle garanzie per quelli che negoziano con la società limitata.

Parole de pesquisa: Diritto Privato, Società Limitata.

SUMÁRIO :

# INTRODUÇÃO

01

## 1. CONFORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE MODERNA

05

1.1 Direito Público e Direito Privado 05

1.2 Movimento Codificador 09

1.2.1 Principais Códigos Oitocentistas 12

1.2.2 Código Civil de Beviláqua 16

## 2. DA AUTONOMIA PRIVADA 18

2.1 Conceito e Extensão  
18

2.2 Princípios Decorrentes da Autonomia Privada 25

2.2.1 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos  
25

2.2.2 Princípio dos Efeitos Relativos dos Contratos 26

2.2.3 Princípio do Consensualismo  
27

2.2.4 Princípio da Natureza Dispositiva e Supletiva das Normas Estatais do  
Direito das Obrigações  
27

## 3. DIREITO PRIVADO E PUBLICIZAÇÃO 28

3.1 Transformações do Direito Privado  
28

3.2 Publicização do Direito Privado 36

3.3 Limites à Liberdade Contratual  
38

3.3.1 Inserção de Cláusulas Atípicas em contratos típicos e Pactuação de  
Contratos Atípicos  
42

3.3.2 Normas de Ordem Pública e Bons Costumes 45

|   |     |
|---|-----|
| 4.PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS                                  | 52  |
| 4.1 Princípio da Socialidade  | 54  |
| 4.2Princípio da Eticidade   | 60  |
| 4.2.1 Princípio da Boa Fé   | 61  |
| 4.2.2Princípio da Justiça Contratual                                | 66  |
| 4.3Princípio da Operabilidade                                       | 71  |
| 5.ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM PÚBLICA E PRIVADA                        | 73  |
| 5.1Estado e Atividade Econômica                                     | 73  |
| 5.2 Estado e Funções do Ordenamento Jurídico                        | 79  |
| 5.3 Privatização do Direito Público                                 | 81  |
| 6. SOCIEDADE LIMITADA NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL                    | 84  |
| 6.1 Condições Históricas para o Surgimento das Sociedades Limitadas | 84  |
| 6.2 Previsões Legislativas Pioneiras                                | 87  |
| 6.3 Evolução da Sociedade Limitada                                  | 93  |
| 6.3.1 Sociedade Limitada e Empresa                                  | 94  |
| 6.3.1.1Empresa no Direito Nacional                                  | 95  |
| 6.3.1.2 Empresa no Código Civil de 2002                             | 97  |
| 6.3.1.3 Sociedade Empresária e Sociedade Simples                    | 100 |
| 6.4 Natureza Jurídica e Função Econômica da Sociedade Limitada      | 106 |
| 6.4.1 Natureza Jurídica da Sociedade Limitada                       | 106 |

6.4.2 Função Econômica da Sociedade Limitada  
116

## 7. AUTONOMIA SOCETÁRIA E REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL 119

7.1 Proteção aos Sócios Minoritários  
123

7.1.1 Proteção Direta aos Sócios Minoritários  
124

7.1.1.1 Direito de Recesso  
124

7.1.1.2 Exclusão de Sócios  
129

7.1.1.2.1 Exclusão de Sócio no Regime do Decreto 3708\19  
129

7.1.1.2.2 Exclusão de Sócio no Regime do Código Civil de 2002  
131

a) Exclusão Administrativa  
131

b) Exclusão Judicial 133

7.1.2 Proteção Indireta aos Sócios Minoritários  
135

7.1.2.1 Das Deliberações  
135

a) Deliberações por Assembléia no Código Civil de 2002  
138

b) Quorum de Aprovação de Matérias  
140

c) Convocação de Assembléia  
141

7.1.2.2 Controle da Administração  
142

a) Assembléia Geral de Cotistas  
142

|                |  |                    |                 |
|----------------|--|--------------------|-----------------|
| b)Fiscalização | da   | Sociedade          |                 |
| 145            |  |                    |                 |
| 7.2            | Garantias aos que se Relacionam com a                          | Sociedade Limitada | 148             |
| 7.2.1          | Administração  | na                 | Sociedade       |
| 148            |  |                    | Limitada        |
| 7.2.1.1        | Delegação  | dos                | Poderes         |
| 151            |  |                    | de              |
|                |  |                    | Gestão          |
| 7.2.1.2        | Administração no Código Civil de 2002                          |                    | 153             |
| 7.2.1.3        | Teoria   | do                 | Ultra           |
| 158            |  |                    | Vires           |
|                |  |                    | Societatis      |
| 7.2.1.4        | Administrador Empregado  |                    | 164             |
| 7.2.2          | Responsabilidade dos Sócios e Administradores de               | Sociedade Limitada | 165             |
| 7.2.2.1        | Responsabilidade   | da                 | Sociedade       |
| 165            |  |                    |                 |
| 7.2.2.2        | Responsabilidade do Sócio Cotista                              |                    | 166             |
| 7.2.2.3        | Responsabilidade   | dos                | Sócios          |
| 170            |  |                    | por             |
|                |  |                    | Deliberações    |
| 7.2.2.4        | Responsabilidade   | dos                | Administradores |
| 173            |  |                    |                 |
| 7.2.2.5        | Responsabilidade Tributária                                    |                    | 178             |
| 7.2.2.6        | Responsabilidade por Obrigações Trabalhistas                   |                    | 183             |
| 7.2.2.7        | Desconsideração  | da                 | Pessoa          |
| 186            |  |                    | Jurídica        |
| 7.2.3          | Penhora  | de                 | Quotas          |
| 193            |  |                    |                 |
| 7.2.1          | Penhora  | de                 | Quotas          |
| 193            |  |                    | no              |
|                |  |                    | Regime          |
|                |  |                    | do              |
|                |  |                    | Decreto         |
|                |  |                    | 3.708/19        |
| 7.2.3.2        | Penhora  | de                 | Quotas          |
| 197            |  |                    | no              |
|                |  |                    | Código          |
|                |  |                    | Civil           |
|                |  |                    | de              |
|                |  |                    | 2002            |
| 7.2.4          | Aplicação Subsidiária das Normas das Sociedades Simples à nova | Sociedade          | Limitada        |
| 199            |  |                    |                 |
| 7.2.4.1        | Regime   | do                 | Decreto         |
| 199            |  |                    | 3708\19         |

7.2.4.2 Aplicação Subsidiária no Código Civil de 2002  
200

CONCLUSÃO 203

BIBLIOGRAFIA  
217

## INTRODUÇÃO

Objetivaremos, em nosso trabalho, demonstrar que a regulação da sociedade limitada no Código Civil de 2002 é evidência do novo perfil que assume o direito privado no ordenamento nacional.

O tema despertou a nossa atenção em face da grande utilidade econômica da sociedade limitada, tipo societário preferido para o exercício de atividades negociais no Brasil, cuja regulação no regime anterior ao atual Código Civil, através do Decreto 3708\19, deixava muito a desejar. No Código Civil de 2002, a regulação da sociedade limitada é ampla, com regras de cunho cogente, principalmente em proteção aos sócios minoritários, o que desperta a atenção e o interesse não apenas dos negociantes, mas também dos meios acadêmicos. <sup>1</sup>

Recém entrado em vigor o novo Código Civil, já foi proposto projeto de lei, PL 6960\2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pretende modificar mais de 100 (cem) dos seus artigos, alguns dos quais sobre

---

<sup>1</sup> O DNRC - Departamento Nacional do Registro do Comércio, órgão nacional do Sistema Nacional do Registro de empresas, disponibiliza no site [www.dnrc.gov.br](http://www.dnrc.gov.br) a informação de que no Brasil, ao longo do ano de 2002, foram criadas aproximadamente 229000 novas sociedades empresariais, das quais 2275000 foram sociedade limitadas, informação capturada em 06 de setembro de 2003.

direito da empresa. Os debates, e severas críticas, em torno da regulação da sociedade limitada no Código Civil de 2002, permitem a compreensão de que a escolha do objeto de estudo foi acertada e o trabalho pode contribuir para o esclarecimento das questões mais polêmicas.

Inicialmente, levando em consideração a vinculação entre Sociedade, Estado e Direito, procuraremos demonstrar a configuração tradicional do direito privado no ordenamento nacional.

Importante será demonstrar o “caldo de cultura” que prevaleceu no Código Civil de 1916 e, conseqüentemente, exerceu forte influência sobre a regulamentação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no Brasil, pioneiramente estabelecida através do Decreto 3708\19. A fim de realizar tal desiderato, analisaremos o movimento codificador, especialmente os dois maiores Códigos oitocentistas, o *Code Civil* e o BGB alemão, que primavam pela supervalorização do indivíduo, idéia assimilada do ideário liberal, em que a autonomia privada, entendida como liberdade contratual, assume papel de princípio central.

Antes, entretanto, abordaremos aspectos atinentes à dicotomia maior (direito público-direito privado), classificação universal no sentido de que nada a ela escapa no ordenamento jurídico, discutindo seus critérios e atualidade, procurando demonstrar que a modificação de configuração de um dos espaços jurídicos necessariamente repercute na outra face da divisão.

O conceito e extensão do princípio da autonomia privada serão analisados no capítulo segundo, assim como também os princípios que dele decorrem, o que permitirá estabelecer, com exatidão, o perfil moderno do direito privado, em especial no Ordenamento Nacional.

Em fase seguinte, abordaremos as modificações operadas na sociedade contemporânea e, conseqüentemente, em seu ordenamento jurídico. A intenção é indicar que o direito privado, hodiernamente,

assume nova feição. Pretendemos demonstrar que o indivíduo é considerado como parte de um todo, a sociedade, sendo seus direitos condicionados aos direitos coletivos. Analisaremos o fenômeno da publicização do direito privado, com que se costuma referir ao processo de estabelecimento de normas cogentes no âmbito das relações privadas.

A idéia central é a de que, nos parâmetros da sociedade contemporânea, a liberdade de contratar não é meio de opressão do indivíduo economicamente fraco, sendo a igualdade real alcançada pela interferência do Estado. Abordaremos as principais restrições à liberdade de contratar, enfocando com maior intensidade as restrições à liberdade de firmar o conteúdo contratual. Discutiremos os conceitos das expressões *ordem pública* e *bons costumes* e a tendência de ampliação das normas com tal feição, como mecanismo de proteção dos indivíduos economicamente mais fracos.

No capítulo quarto, demonstraremos que um novo direito privado é desenhado, a partir das restrições à liberdade de contratar. Em destaque estarão os princípios sociais do contrato, especialmente os princípios da socialidade, da eticidade, que se desdobra em princípio da boa fé e da justiça contratual, assim como o princípio da operabilidade. Procuraremos demonstrar a aplicação das idéias gerais que norteiam o Código Civil brasileiro de 2002 à sociedade limitada, como evidência clara do novo perfil do direito privado no direito nacional.

No capítulo quinto, cuidaremos da atuação estatal na ordem pública e privada, analisando as relações entre o Estado e a atividade econômica, as funções do ordenamento jurídico e o fenômeno da privatização do direito público. Depois de demonstrarmos a conformação moderna, a evolução e transformações por que passou o Direito Privado, o que por si só modifica o âmbito do Direito Público, nesta parte do trabalho, procuraremos demonstrar que este ramo do direito também tem se alterado por razões próprias.

Firmados os necessários pressupostos, nos capítulos que se seguem passaremos à demonstração de nossa tese.

No capítulo sexto, abordaremos a sociedade limitada na ordem jurídica nacional, com o objetivo de explorar a justificativa de sua criação e as previsões legislativas pioneiras e a demonstração dos valores prevalentes na regulação estabelecida pelo Decreto 3708\19. Em seguida, estudaremos a evolução da sociedade limitada, sua natureza jurídica e função econômica, como meio preferido para a realização de atividades econômicas no Brasil.

No último capítulo, analisaremos a regulação de sociedade limitada no Código Civil de 2002, abordando as principais modificações em relação ao Decreto 3708\19, dando destaque a aspectos pertinentes à proteção aos sócios minoritários e garantias aos terceiros que negociam com a sociedade limitada.

Por fim, apresentaremos nossas conclusões.

# 1. CONFORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NA SOCIEDADE MODERNA

## 1.1 Direito Público e Direito Privado

A clássica distinção entre direito público e privado remonta ao direito antigo, mais precisamente ao direito romano. É naquele direito que a distinção foi esboçada inicialmente, decorrendo das previsões do *Corpus Iuris* (*Institutiones*, I,I, 4 ; *Digesto*, I,I,I,2).<sup>2 3 4 5</sup>

---

<sup>2</sup> O processo de Formação da dicotomia é analisado por Marcos de Campos Ludwig, em “Direito Público e Direito Privado : a superação da dicotomia”, em *Reconstrução do Direito Privado*, Coordenação de Judith Martins Costa. São Paulo: editora RT, 2002, 87-117. Expõe o autor, às folhas 94 : *Poderíamos utilizar, como paradigma sociológico da transição histórica conhecida pelo direito romano, a imagem da passagem do domus – organizado primitivamente em famílias gentílicas, com seus respectivos cultos privados – à civitas – consagrada através da conquista, pela plebe, do espaço político, acompanhada de um lento fenômeno de dessacralização do poder. Foi nessa fase final do processo social acima referido que surgiu um embrião de ius publicum e, com ele, a necessidade de distingui-lo do secular ius privatum romano.*

<sup>3</sup> Nelson Saldanha, em *Conceituações do Direito : Tendência Privatizante e Tendência Publicizante*, Revista de Direito Público, volume 81, 1987, 74-81, página 75, destaca : *Dentro das heranças conceituais legadas pelo Direito Romano, encontram-se as formulações clássicas sobre a distinção entre o direito público e o privado, a partir das célebres frases de Ulpiano. Entretanto, se os romanos situaram tal distinção em termos tornados exemplares, mantiveram como se sabe uma noção de lex publica que não correspondia propriamente ao conceito de publicum jus.*

<sup>4</sup> V. Bobbio, em *Estado, Governo, Sociedade*, São Paulo: editora Paz e Terra, 2001, página 13: *Através de duas comentadíssimas passagens do Corpus Juris (Institutiones, I,I,4 ; Digesto, I,I,I,2), que definem com idênticas palavras respectivamente o direito público e o direito privado – o primeiro : quod ad statum rei romanae spectat, o segundo : quod ad singulorum utilitatem – a dupla de termos públicos\privado fez seu ingresso na história do pensamento político e social do ocidente.*

<sup>5</sup> Jürgen Habermas, em *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, tradução de Flávio Kothe. Rio de Janeiro : editora Tempo Brasileiro, 1984, defende, às folhas 15\16, que *as categorias tem origem grega, embora a transmissão para o mundo ocidental tenha se dado em sua versão romana : Tratam-se de categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua versão romana. Na cidade-Estado grega desenvolvida, a esfera da Pólis que é comum aos cidadãos livres (Koiné) é rigorosamente separada da esfera do Oikos, que é particular a cada indivíduo (idia). A vida pública bios politikos, não é, no entanto, restrita a um local : o caráter público constitui-se na conversão (exis), que também pode assumir a forma de conselho e de tribunal, bem como a de praxis comunitária (praxis), seja na guerra, seja nos jogos guerreiros (Para legislar, com frequência são chamados estrangeiros ; legislar não pertence aí propriamente às tarefas públicas). A ordenação política baseia-se, como se sabe, na economia escravagista em forma patrimonial.*

A distinção baseia-se na célebre assertiva de Ulpiano de que o direito público respeita à República Romana, compondo o direito privado o que respeita à cada cidadão. Os padrões de classificação modernos mantêm a lógica do direito romano. Embora muito criticada, a distinção continua a ser utilizada como critério de enquadramento dos ramos do direito, especialmente para fins didáticos.<sup>6 7</sup>

Pressuposto para a classificação do direito em público e privado é a organização do grupo social, ao ponto de possibilitar a perfeita separação entre o que pertence à coletividade e o que pertence aos indivíduos, individualmente considerados.

Definido a partir da regulação preferencial de interesses dos indivíduos, o direito privado, modernamente, tem por norma fundante o Código Civil, como expressa Ricardo Lorenzetti: *no sentido de regra estatal omnicompreensiva, o Código teve o significado de norma fundante do direito privado.*<sup>8 9</sup>

Ao lado do Código Civil, o Código Comercial e a legislação especial de regência da atividade comercial tiveram importância

---

*Os cidadãos estão efetivamente dispensados do trabalho produtivo ; a participação na vida pública depende, porém de sua autonomia privada como senhores da casa. A esfera privada está ligada à casa não só pelo nome (grego- Oikos), possuir bens móveis dispor de força de trabalho tampouco constituem substitutivos para o poder sobre a economia doméstica e a família, assim, como às avessas, pobreza e não possuir escravos já seriam por si empecilhos no sentido de poder participar na Pólis : exílio, desapropriação e destruição da casa são uma só coisa. A posição na Pólis baseia-se, portanto, na posição de déspota doméstico : sob o abrigo de sua dominação, faz-se a reprodução da vida, o trabalho dos escravos, o serviço da mulheres, transcorrem o nascimento e a morte ; o reino da necessidade e da transitoriedade permanece mergulhado nas sombras da esfera privada.*

<sup>6</sup> Fábio Konder Comparato, em *A Reforma da Empresa*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XXII, número 50, abril/junho de 1983, 57-74, páginas 58/59, expõe que *de todos os lados convergem testemunhos e verificações de que a tradicional divisão da ordem normativa em direito público e privado perdeu valor explicativo.(...) A grande transformação ocorreu quando se passou a considerar legítima a organização estatal e a ordem jurídica em função de fins ou objetivos determinados, cuja realização se impõe à coletividade.*

<sup>7</sup> Luiz Edson Fachin, em *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: editora Renovar, 2000, páginas 138 e seguintes, em posição crítica à clássica dicotomia, defende que a distinção em direito privado e público era calcada em dois critérios, ambos discutíveis, tendo por base a qualidade do sujeito ou a natureza da relação jurídica, o que evidencia a ausência de critério material.

<sup>8</sup> V. *Fundamentos do Direito Privado*, editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998, página 280.

<sup>9</sup> Hodiernamente, a importância da Codificação é relativa, ante a necessidade de subsistemas para regulamentar relações privadas, como o microsistema de proteção ao consumidor ou de regulação de concorrência.

fundamental para a conformação deste ramo do direito. As normas inicialmente restritas aos comerciantes, em função de sua utilidade e adequação social, passaram a ter uma aplicação mais ampla.<sup>10</sup>

O direito comercial deixou de ser o conjunto de normas e princípios que regulam a atividade dos comerciantes, abrangência delineada a partir de critérios estritamente subjetivos, para alcançar todos aqueles que praticassem atos de comércio, como descreve Francesco Galgano ao longo de obra clássica.<sup>11</sup> Contemporaneamente, o direito comercial foi contaminado pela teoria da empresa, novo eixo central da atividade econômica, o que permite a regulação uniforme de atividades comerciais e não comerciais. O que foi feito pelo Código Civil de 2002.<sup>12</sup>

Por sua vez, a Consolidação das obrigações trabalhistas - CLT, editada em 1940, inovou em seus parâmetros: ao regular atividade privada dos indivíduos, impondo normas impositivas, obrigatórias para os contratantes. É neste sentido o pensamento de Joaquim Pimenta, Elson Gottschalk, Sussekind, D. Lacerda, Segadas Viana, Régis Teixeira e A. Lamarca, condensado por Emanuel Furtado: *“Para os mesmos, se a relação entre empregado e empregador é de direito privado, a intervenção do Estado nesta relação é um instituto de direito público, com o escopo de proteger o trabalhador. Destarte, por intermédio das normas de tutela e proteção ao obreiro, organiza-se a vida do trabalho, desaparecendo o interesse dos indivíduos sempre que contrariar os interesses dos grupos, os quais regulam as suas condições de prestação de serviços. O estatal, o coletivo e o individual acabam por se*

---

<sup>10</sup> Caio Mário defende que: Embora o direito civil se tenha como um dos ramos do direito privado, a rigor é bem mais do que isto. Enfeixa os princípios de aplicação corrente, de aplicação generalizada e não restritiva à matéria civil. É no direito civil que se aprende a técnica jurídica mais característica de um dado sistema. É consultando o direito civil que um jurista estrangeiro toma conhecimento da estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um país e é dentro dele que o jurista nacional encontra aquelas regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito. Nele se situam princípios que a rigor não lhe são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam, a todo o arcabouço jurídico: o direito civil enuncia as regras de hermenêutica, os princípios relativos as provas do negócio jurídico, a noção dos defeitos dos atos jurídicos, a organização sistemática da prescrição, etc, institutos comuns a todos os ramos do direito, tão bem manipulados pelo civilista quanto pelo publicista. Em *Instituições de Direito Civil*, volume I. Rio de Janeiro: editora Forense, 1998, página 25.

<sup>11</sup> V. *Lex Mercatoria - Storia del Diritto Commerciale*. Bologna : IL Mulino, 1976.

<sup>12</sup> Sobre a evolução do direito comercial, especialmente a admissão da idéia de empresa, ver Lippert, Marcia Mallmann: *A Empresa no Código Civil de 2002; elemento de unificação do direito privado*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

*completarem homoganeamente, uma vez que o objetivo fundamental último é um só, qual seja, o homem que vive de seu trabalho”.*<sup>13</sup>

Essas modificações, na realidade, inserem-se em quadro mais amplo, que passaria a caracterizar o direito privado ao longo do século XX e início do século XXI.

O momento atual é de transformação, os âmbitos do direito público e privado estão sendo redefinidos, em processo de interferência recíproca.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Em *O norteamento da Alteração do Contrato de Trabalho pelas Razões de Ordem Pública*, Dissertação, Faculdade de Direito da UFC: 1994, página 14.

<sup>14</sup> Ugo Majello, "Il Diritto Privato e L'ordinamento Giuridico", em *Istituzione di Diritto Privato*, direção de Mario Bessone. Torino: Giappichelli editore, 2001, 3-17, página 09, destaca que os dois setores do ordenamento (direito público e direito privado) são interdependentes e complementares.

## 1.2 Movimento Codificador

Como evento histórico-político, a codificação é decorrente do ideário liberal, tendo sido influenciada, entre outras, pelas idéias filosóficas do iluminismo, do individualismo, do racionalismo, pela idéia de direito como sistema, pela idéia de segurança jurídica como valor fundamental do

ordenamento, pela dicotomia entre Estado e sociedade civil, pela unidade e coerência da ordem jurídica e pela tecnização da ciência do direito.<sup>15 16 17</sup>

A codificação foi instrumento de afirmação do poder da burguesia e consolidação dos ideais do liberalismo. Paulo Luiz Netto Lôbo defende que *“o constitucionalismo e a codificação (especialmente os Códigos Civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar*

<sup>15</sup> Código e Codificação derivam de *codex*, ou seja, livro compacto e costurado na lombada, contendo materiais jurídicos. Compõe um todo homogêneo, unitário, um sistema de regras logicamente organizado. O Código Civil francês foi o primeiro código modernamente organizado, como um corpo de normas sistematizadas. O *Corpus Juris Civilis* é mera coletânea de leis anteriores.

<sup>16</sup> Francisco Amaral Neto, em *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, em Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996, páginas 635 a 651, detalha, às folhas 641 e 642, o caldo de cultura da codificação: *No conspecto geral da cultura política e jurídica da época moderna, destacam-se as seguintes idéias, valores e paradigmas que formaram o caldo de cultura da codificação: 1. O iluminismo, como movimento filosófico, que defendia a ciência e a racionalidade crítica, contra a fé, a superstição, o dogma religioso. No plano político, a defesa das liberdades individuais e os direitos do cidadão contra o autoritarismo e abuso de poder. 2. O racionalismo, que considerava a razão como guia infalível da sabedoria. No campo do direito, é o juraracionalismo, nova denominação do direito natural, cujos princípios vão ser ordenados em um sistema de premissas e conclusões não contraditórias, uma verdadeira sistematização da ciência do direito comum. 3. O individualismo, nas suas vertentes filosófica, política, econômica e jurídica, considerando-se este último como a concepção de que o indivíduo é a única finalidade ou a fonte das regras ou mutações jurídicas. Ligada ao individualismo está a concepção unitária do sujeito de direito, como expressão também daquele princípio da subjetividade que Hegel identifica como típico da modernidade. 4. A idéia do direito como sistema de normas criadas pelo Estado e de desenvolvimento do pensamento sistemático na aplicação e interpretação do direito. 5. A consideração da norma jurídica como imperativo ou comando emanada do Estado, com a forma de um juízo lógico-hipotético condicional. 6. O monismo jurídico ou teoria monista das fontes do direito, que considerava o direito como um sistema unitário, positivo e criado pelo Estado. 7. A generalidade e a abstração como características das leis e das normas jurídicas, a primeira, no sentido da indeterminação dos sujeitos a que a norma se destina, a segunda, no sentido da indeterminação dos casos a que se aplica. 8. A segurança jurídica como valor fundamental do direito, com o sentido de ordem, estabilidade e certeza da realização do direito. A segurança jurídica justifica o formalismo e encontra no positivismo seu principal suporte teórico. 9. O formalismo jurídico, no sentido de se identificar a justiça com o direito, considera-se a lei justa só pelo fato de ser lei, isto é, o que é jurídico é a forma, não a relação social. O direito reduz-se à norma, pelo que também o uso do termo sinônimo, de normativismo. 10. A simplificação jurídica no sentido de superarem-se os inconvenientes particularismo jurídico, vale dizer, a falta de unidade e de coerência das ordens jurídicas no espaço moderno europeu, e também a unidade do sujeito de direito, como repulsa às distinções de classe, ambas facilitando o conhecimento e aplicação do direito. 11. A tecnicização de ciência jurídica e desresponsabilização política ou despolitização do jurista, no sentido de reduzir este a mero técnico de aplicação do direito, destituído de qualquer responsabilidade social. 12. A centralidade do Código Civil no sistema das fontes do direito, considerando-se o Código como estatuto jurídico da sociedade civil, e também a posição central do direito em face da política e da filosofia. 13. A dicotomia Estado e Sociedade Civil, compreendida esta como o universo social em que se desenvolvem as relações de natureza familiar e econômica, com base na igualdade jurídica e autonomia das pessoas, contraposta ao Estado, a quem competia apenas protegê-la e defendê-la. 14. Redução do processo interpretativo à mera exegese das normas, utilizando-se o raciocínio axiomático dedutivo na aplicação do direito. 15. Separação radical entre os conceitos de criação e aplicação do direito, entendendo-se a primeira como o processo de produção jurídica, de competência do Estado, e a segunda como um conjunto de atividades pelas quais se transporta para o caso particular a decisão que abstratamente a norma contém. Assim sendo, a aplicação consistiria num esquema mecânico e o juiz seria um mero autônomo, limitado a traduzir a decisão prevista na norma por meio de raciocínio de subsunção.*

<sup>17</sup> Francisco Amaral Neto, na mesma obra, às folhas 640, argumenta que a codificação traduz, assim, um processo cultural e histórico, que realizou a idéia oitocentista de um corpo de leis ordenado e sistematizado, e que levou à tecnização da ciência jurídica e à desresponsabilização dos juristas, no sentido

*profundamente o Estado e o Poder Político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). (...) As primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direito formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado social.”<sup>18</sup>*

Francisco Amaral Neto destaca que “se considera a codificação como um processo de sistematização de regras sobre determinados campos da matéria jurídica, realizado na época moderna, mais precisamente nos séculos XVIII e XIX, sob a influência da convicção iluminista de que a atuação racional dos governantes por meio de códigos e constituições criaria uma sociedade melhor.”<sup>19</sup>

---

*acima já referenciado, permitindo ainda a superação do particularismo jurídico que marcava o direito europeu dos séculos precedentes, pela falta de unidade e coerência das leis vigentes. Os Códigos foram, juntamente com as Constituições, os marcos essenciais da razão jurídica moderna, podendo dizer-se com Wiecker, que a ligação do iluminismo com o jusracionalismo produziu a primeira grande onda de codificações modernas, dirigidos ao planejamento global da sociedade, por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. Os códigos jusnaturalistas foram, nesse sentido, atos de transformação revolucionária, principalmente o francês, que concretizou as idéias da revolução francesa. Esse planejamento passava pela simplificação do direito, com a exclusão de matérias de outra natureza e implicava na unificação do sujeito de direito. Essa unificação permitia superar as diferenças subjetivas decorrentes da diversidade de classes sociais, de profissão, de religião, de raça, de sexo, do estado familiar, etc. É assim compreensível que o processo de codificação da época moderna fosse um processo diretamente político, solidário com a revolução política liberal burguesa. Códigos modernos e liberais foram os códigos napoleônicos e os que deles derivaram. Pode-se, por isso, dizer que a tecnização das operações jurídicas e a desresponsabilização da classe jurídica acompanharam a codificação que exprimiu a organização liberal. Os códigos modernos, e aqui nos referimos à codificação civil, foram códigos do liberalismo.*

<sup>18</sup>V. *Constitucionalização do Direito Civil. In Jus Navigandi*, n. 33. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>, capturado em 10 de julho de 2002.

<sup>19</sup> V. Obra citada, páginas 637, Amaral destaca que a construção do Código Civil como sistema teria como vantagens facilitar o conhecimento dos direitos que formam o conteúdo das relações jurídicas, permitindo maior segurança jurídica ; permitir a sistematização do saber jurídico ; legitimação das decisões jurídicas pela relação entre lei e sentença ; permitir a positivação do direito, expressão com que Luhmann designa a transformação estrutural do sistema jurídico desde o direito natural imutável ao direito legislado, variável por princípio ; permitir uma interpretação lógico-dedutiva e sistemática do direito e aplicação analógica das regras jurídicas.

Inegável, destarte, a importância da codificação, processo histórico e cultural de grande significado político e jurídico, para a definição da conformação do direito privado, nos moldes do ideário do século XVIII e XIX, baseado no sujeito e seus atos, que se postergou por períodos do século XX. Ocorre que o âmbito do direito privado tem se modificado, impondo-se a redefinição de suas fronteiras.

Tais transformações decorrem de motivações de cunho econômico, em face do incremento da industrialização e do capitalismo, bem como em razão da atuação dos poderes públicos na vida econômica, como bem destaca Michele Giorgianni.<sup>20</sup>

Com o advento do Estado Social, torna-se cada vez mais freqüente a interferência do Estado, não de forma direta, em relações privadas típicas, sempre em proteção dos indivíduos mais fracos, através de normas cogentes.

Pretendemos demonstrar que o perfil definido pelo novo Código Civil para as sociedades limitadas é decorrência da atual visão sobre o alcance e conformação do direito privado no cenário jurídico nacional.<sup>21</sup>

22 23

---

<sup>20</sup> V. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*, tradução de Maria Cristina de Cicco, RT, ano 87, número 747, janeiro de 1998, 35-55. À página 36, destaca o autor que: "... no entanto, a consciência destas transformações parece ter penetrado muito pouco na doutrina comum, principalmente naquela dos manuais, para a qual o direito privado e as suas fronteiras são indicados com fórmulas tradicionais, e dele são conservados a ordem e os conceitos tradicionais. É oferecida, desse modo, principalmente aos jovens que iniciam os estudos de direito, uma visão não conforme à realidade normativa : o que não deve causar excessiva surpresa na medida em que fenômenos semelhantes repetem-se nas fases de renovação de cada ciência".

<sup>21</sup> Como fenômeno cultural o direito é expressão dos valores de cada época. A cultura, entre diversos outros significados, pode ser conceituada como o conjunto de valores prevalentes em determinado período histórico, compondo-se dos bens culturais já possuídos pelo homem, bem como das exigências ideais que determinam seus comportamentos individuais e coletivos. A cultura é elemento condicionante das ações humanas, como tal fundamental para a compreensão do direito.

<sup>22</sup> Fachin, em *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2000, página 258, destaca que: Dada a ligação entre a sociedade e o fenômeno jurídico, não obstante a preocupação de conceitos, faz-se mister que o operador do direito esteja atento à realidade circundante; é necessário ter em mente o contexto social e histórico, reconhecendo-se, então, o conjunto de normas, preceitos, princípios e valores desta sociedade e deste momento histórico.

<sup>23</sup> V. Reale, Miguel: *Experiência e Cultura*. Campinas: editora Bookseller; 2000; *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1999 ; Assier-andrieu, Louis: *O Direito nas Sociedades Humanas*. São Paulo: editora Martins Fontes, 2000 ; Saldanha, Nelson: *A Historicidade do Direito e os Valores Jurídicos*, Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, volume 34, páginas 63-68, janeiro-março de 1985 ; *Historicismo e Culturismo*. Rio de Janeiro: editora Tempo Brasileiro, 1986 ; Rokumuto, Kahei: *Law and Culture in Transition*. American Journal of Comparative Law, number 49-4, pages 545-560.

Antes, impõe-se compreender os fatos e valores que impuseram o regime do Código de Beviláqua, os mesmos que levaram a edição do Decreto 3708/19, como pressuposto para analisar as modificações que atualmente se processam.

### 1.2.1 Principais Códigos Oitocentistas

Como os demais países em que o sistema jurídico é de base romano-germânico, o direito privado brasileiro foi intensamente influenciado pelas idéias que levaram a elaboração do *Code Civil*.<sup>24</sup>

Com o golpe de Estado de 18 brumário, em 09 de novembro de 1799, inicia-se o regime napoleônico, que no plano jurídico objetivava encerrar um período de incertezas, pois, com a revolução, em 1789, havia sido ab-rogado o direito do antigo regime, sem que houvesse o estabelecimento de um novo sistema, apenas algumas matérias tinham regulamentação específica.

Entre as grandes codificações napoleônicas, assumiu papel de destaque o Código Civil de 1804, que entre outros benefícios permitiu a substituição da variedade do direito antigo por um Código único e uniforme, tal como previa a Constituição francesa de 1791.<sup>25</sup>

Tratava-se de diploma legislativo que condensava vários séculos de evolução do direito francês. Na verdade, havia grande referência ao direito consuetudinário e romano da idade média e do começo da modernidade, entretanto o Code Civil pôs fim ao particularismo jurídico,

---

<sup>24</sup> Cláudia Lima Marques aponta que: *Já o último e aceito Projeto do CCB, que data de 1899, foi elaborado no tempo da República e sob a égide de uma ordem constitucional nova, federalista e não mais monárquica. Neste momento, a Codificação francesa ganha em importância e pôde influenciar – como efetivamente aconteceu – fortemente o Código Civil Brasileiro*, em “*Cem Anos de Código Civil Alemão : O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916*”, Revista dos Tribunais, volume 741, julho de 1997, 11-37, página 17.

<sup>25</sup> Ao lado do Código Civil de 1804, foram editados o Code de Procédure Civil, de 1806, o Code de Commerce, de 1807, o Code d’instruction Criminelle de 1808 e o Code Penal, de 1810.

caracterizado pela ausência de unidade de fontes e coerência entre as leis vigentes em dado local, ao mesmo tempo. Elaboraram o Projeto do Code Civil os juristas Fr. Tronchet, J. Portalis, F. Bigot-Préameneu e J de Maleville, tendo sido revisado pelo Tribunal de Cassation e pelos Tribunaux d'Appel, tomando forma final no Conseil d'État, tendo sido aprovado com 2281 artigos.

As idéias do sistema decorrente do *Code Civil* são bem explanadas por Giorgianni :

*“Nesse sistema, as relações do direito privado com o direito público são muito claras. O direito privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o direito público é aquele emanado pelo Estado, voltado para objetivos de interesse geral. As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender a exigências dos próprios indivíduos. Estes conceitos são repetidos na conhecida fórmula Kantiana, pela qual os dois ramos se distinguem pela diversidade da fonte ; que no direito privado reside nos princípios da razão, no direito público na vontade do legislador.*

*Este sistema, surgido da mente dos filósofos ou dos jusfilósofos, foi codificado pelo Code Napoleón, e baseado nele a pandectística alemã esforçou-se, - ou como foi observado recentemente, iludiu-se - para construir o edifício destinado a transportar do plano filosófico-jusnaturalista ao plano jurídico-positivo, a idéia do indivíduo-sujeito de direito e aquela do “poder (potestà) da vontade “do indivíduo como único motor do direito privado.*

*Os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo. Deles, sobretudo a*

*propriedade individual, constituía o verdadeiro eixo do sistema do direito privado, tanto que o contrato, na sistemática dos códigos oitocentistas, era regulamentado essencialmente como “modo de aquisição da propriedade”.*

26 27

Leon Duguit, analisando as transformações ocorridas na seara do direito privado desde o advento do *Code Civil*, destaca que o sistema do Código de Napoleão é baseado na liberdade individual, o que implica na necessidade de reconhecimento da autonomia da vontade, que representaria a base de todo o sistema ; da inviolabilidade do direito à propriedade, como o direito de usar, gozar e dispor de algo ; do contrato, fonte criadora de relações jurídicas e da responsabilidade individual por culpa, responsabilidade subjetiva pela prática de ato que ofenda a direito de outrem. <sup>28</sup>

Além do Código Civil Francês influenciou a formação do Direito Privado nacional o Código Civil alemão. Após a reconstrução do Estado alemão, obra de Bismarck, foi editado Código Civil. Era a consagração do liberalismo clássico, entretanto, de forma diferenciada do *Code Civil*. Foram previstas cláusulas gerais, permitindo abertura ao sistema. Estruturado em parte geral e parte especial, o Código Alemão é encadeado de forma lógico-dedutiva, com a fixação de conceitos abstratos gerais. <sup>29</sup>

Deve ser destacado que a influência do BGB não foi meramente formal, mas de conteúdo, principalmente no que se refere à Parte Geral. Cláudia Lima Marques, no mesmo sentido, sustenta: “... *podemos concluir que a influência material ou de conteúdo do BGB (e do segundo e aprovado*

<sup>26</sup> V. obra citada, folhas 38\39.

<sup>27</sup> No mesmo sentido Abelmar Ribeiro da Cunha, na obra antes citada, folhas 40, para quem: o *antigo direito, estribado na filosofia individualista do século XVIII, que preconizava a soberania ilimitada do indivíduo, tinha, a respeito deste último, como corolário essencial, os dois seguintes princípios : a liberdade de contratar e a força obrigatórias das convenções.*

<sup>28</sup> V. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleon*, editora Heliasta S.R.L, Buenos Aires, a partir da página 235. Destaca o autor o caráter absoluto da propriedade, que tem por objeto a coisa apropriada e por sujeito passivo todos os demais indivíduos. Por ser absoluto pode implicar, inclusive, no direito de não usar, gozar ou dispor da propriedade.

<sup>29</sup> V. Prediger, Carin: “A Noção de Sistema no Direito Privado e o Código Civil como Eixo Central”, em *A Reconstrução do Direito Privado*, coordenado por Judith Martins Costa, São Paulo: editora RT, 2002, 145-173.

*Projeto) sobre o Código Civil Brasileiro foi menor na Parte Especial do que na Parte Geral. Isto talvez deva-se ao fato de a Parte Geral do BGB alemão ter sido construída com base da doutrina pandectista, momento alto da ciência jurídica alemã e, portanto, sua aceitação no Brasil, sociedade com características diferentes, foi facilitada pelo seu caráter científico. Cabe, quanto à Parte Especial, repetir o que dissemos anteriormente, frisando a forte influência da doutrina e literatura alemã do século XIX, influência esta superior em muito à influência que pôde ser exercida pelos dois Projetos do BGB e do próprio BGB de 1896.*<sup>30</sup>

### 1.2.2 Código Civil de Beviláqua

O Código Civil de Beviláqua, aprovado em 1916, com 1807 artigos, sistematizado em Parte Geral (artigos 1º a 179) e Parte Especial (artigos 180 a 1805), dividida em quatro livros referentes a Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões, entrou em vigor em 1917, tendo sido elaborado com bastante retardo, visto que já a Constituição de 25 de março de 1824, a Constituição do Império, em seu artigo 179, item 18, dispunha que *dever-se-ia organizar, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas bases sólidas da justiça e da equidade.*

No intervalo entre a independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, e a vigência do Código Civil de 1916, em 1º de janeiro de 1917, continuaram a vigorar no Brasil as Ordenações Portuguesas, apesar de não mais vigorarem em Portugal desde o ano de 1867, configurando legislação coordenada, baseada no Direito Romano, possibilitando às sentenças judiciais utilizarem-se da doutrina, inclusive estrangeira, nas omissões legislativas.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Defende a autora, obra citada, folhas 36, que, erroneamente, a maioria da doutrina comparatista entende que a maior contribuição do BGB ao Código Civil de 1916 foi quanto ao sistema, desprezando a influência de conteúdo. Acrescente que, na verdade, a sistematização do Código Civil Brasileiro é decorrente da obra de consolidação da Legislação Civil, de Teixeira de Freitas.

<sup>31</sup> Em face da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, os juristas brasileiros conviviam com as idéias e doutrinas das nações civilizadas, como princípio da interpretação e integração das Ordenações.

O Código é reflexo de sua época, expressão dos valores então vigentes e de uma sociedade capitalista colonial. Francisco Amaral destaca que *“sob o ponto de vista ideológico, consagrava o liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação e burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo.”*<sup>32</sup>

Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta que *“a codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno do qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontrastável sobre bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana.”*<sup>33</sup>

Luiz Edson Fachin argumenta que *“o Código patrimonial imobiliário dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um standard de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos estrangeiros a essa definição. (...) sem embargo de tratar-se, no plano axiológico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da belle époque do movimento codificador, o Código Civil Brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.”*<sup>34</sup>

O Código Civil brasileiro de 1916 foi o eixo de definição do direito privado no ordenamento nacional, modernamente, núcleo central do balizamento das relações entre os indivíduos. Contemporaneamente, em face das modificações sociais, novos padrões são estabelecidos.

Antes, abordaremos o princípio da autonomia privada, fundamental para a compreensão das relações contratuais.

## 2. DA AUTONOMIA PRIVADA

---

<sup>32</sup> Obra citada, página 647.

<sup>33</sup> Ob. Citada.

<sup>34</sup> V. *A Reforma no Direito Brasileiro : Novas Notas sobre um Velho Debate no Direito Civil*, RT/Fasc. Civil, n. 87, volume 757, novembro de 1998, 64-69, página 65.

O princípio da autonomia privada é nuclear para a definição do âmbito do direito privado, passemos a analisá-lo.

## 2.1. Conceito e Extensão

A idéia de autonomia privada decorre da constatação de que aos particulares é facultado um espaço de atuação jurídica, específico, definido com propriedade por Ana Prata: *“Qualificativo de uma dada atividade jurídica dos sujeitos privados - o conceito recorta, ao mesmo tempo, o espaço desta atividade, contrapondo-o ao de uma outra, a atividade do Estado. (...) O reino jurídico dos particulares é marcado por estes referenciais incindíveis, que são a propriedade e a autonomia privada. Os mecanismos jurídicos de expressão da liberdade dos sujeitos privados na tutela dos seus interesses - isto é, os instrumentos jurídicos atribuídos aos sujeitos privados para operarem essa tutela - são o direito subjetivo (ou a propriedade como seu paradigma) e a liberdade negocial. Assim, numa perspectiva ampla, poderá entender-se que a noção de autonomia privada se desdobra nestes mesmos dois aspectos essenciais : direito subjetivo e liberdade negocial.”*<sup>35</sup>

Apesar de possuir um sentido mais amplo, o conceito de autonomia privada é, frequentemente, associado ao de liberdade contratual, sendo os termos tratados como sinônimos. Enzo Roppo é um dos autores que admite a associação dos conceitos: *“Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si – e não por imposição externa – as regras da sua própria conduta ; e autonomia provada ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no “consenso” contratual, o conteúdo das obrigações que se*

---

<sup>35</sup> Em *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Lisboa :Livraria Almedina, 1982, páginas 14\15.

*pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio.”<sup>36</sup>*

No Novíssimo Digesto, Betti, conceitua o termo como a atividade e o poder dos particulares de produzir normas para regulação de suas relações e interesses. Linha também seguida por José Abreu, que a concebe como os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies.<sup>37 38</sup>

É exatamente neste sentido, restrito, que o termo será utilizado no presente trabalho, cuja significação foi bem descrita por Luigi Ferri: *“O fenômeno da autonomia privada é visto, assim, em seu aspecto de limitação ou autolimitação da ordenação estatal, que deixa espaços em que pode inserir-se a atividade normativa dos particulares.”*<sup>39 40</sup>

Possível a distinção doutrinária, como alerta Francisco Amaral Neto, entre autonomia da vontade e autonomia privada: *“sinônima da autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde. A expressão “autonomia da vontade”, penso, tem uma*

---

<sup>36</sup> Em O Contrato, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livraria Almedina, 1988, páginas 128.

<sup>37</sup> Novissimo Digesto Italiano, dirreto da Antônio Azara e Ernesto Eula, editora Unione Tipografico - editrice Torinese, páginas 1559, no original : Autonomia Privata significa, in generale, attività e potestà di darsi un ordinamento, di dare cioè assetto ai propri rapporti e interessi spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano.

<sup>38</sup> Em *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, 3ª. Edição. São Paulo: editora Saraiva, 1995, página 41.

<sup>39</sup> La Autonomia Privada, tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: editora Comares, 2001. Página 09.

<sup>40</sup> Em doutrina, podem ser citados os seguintes conceitos, no mesmo sentido :

*“Autonomia privada, no sentido que vem de se referir, mais do que expressão da liberdade individual, é autodeterminação, autoregulação dos próprios interesses nas relações sociais, autonomia social, se se quiser, à qual sobrevém o efeito sancionador do direito “*, Custódia da Piedade Ubaldino Miranda, em *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: editora Atlas, 1991.

*“...é comum a definição de autonomia privada com o significado de autoregulação dos próprios interesses”*, tradução livre, de Salvatore Romano em *Autonomia Privata*, Milano: editora Giuffrè, 1957, página 10.

*“Para falar de negócio jurídico, que é uma categoria extremamente abstrata, é necessário uma brevíssima referência à autonomia privada, que é poder que os particulares têm de regular, pelo exercício da própria vontade, as relações de que participem, estabelecendo o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”*, Francisco Amaral Neto, em *“Autonomia Privada - Comentários ao Projeto do Código Civil Brasileiro”*, Série Cadernos do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, 2002, páginas 79\80.

*“As obrigações decorrentes do contrato não tem origem imediata no poder heterônomo do direito, mas na capacidade de autovinculação emanada da vontade livre dos sujeitos, a quem o ordenamento reconhece essa capacidade de obrigar-se”*, Maria Yolanda Álvarez Álvarez e Luz María Restrepo Mejía, em *Los Principios Generales en La Contratación Privada*, tradução livre, em *Estudios de Derecho*, director Mantilla Pineda, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, maio de 1998, volume LVII, número 129, página 158.

*conotação subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real.”<sup>41</sup>*

No mesmo sentido é a distinção elaborada por Judith Martins Costa que destaca, porém, que modernamente autonomia privada é o pode conferido aos particulares de autoregularem as suas condutas, nos termos definidos no ordenamento jurídico :

*“A expressão autonomia da vontade não deve ser confundida com o conceito de autonomia privada, nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja a autonomia negocial. A autonomia da vontade designa uma construção ideológica datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mythe volontairement entretenu par les détracteurs de l’individualism, pour mieux critiquer les excès, como aponta Marie-Laurelzorche, em La Liberté Contractuelle, estudo publicado em Droits et Libertés Fondamentaux, Paris, Dallooz, 1997, página 503. Para o sucesso desta construção foram adotados e distorcidos alguns dos postulados Kantianos atinentes à liberdade individual, liberdade natural e moral de querer ou de determinar-se de tal ou qual modo, identificando-se a busca do fundamento do poder objetivamente reconhecido aos sujeitos, pelo ordenamento, de criar normas jurídicas (poder negocial), com a vontade real ou psicológica dos sujeitos para criar normas jurídicas, vontade que, nesta acepção, seria a raiz ou causa dos efeitos jurídicos.*

---

<sup>41</sup> Em Autonomia Privada - Comentários ao Projeto do Código Civil. Série Cadernos do CEJ, Obra citada, Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, 2002, páginas 79\80.

*Modernamente, contudo, descartada a ligação da vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como autonomia privada, (dita no campo dos negócios, autonomia negocial), seja um fato objetivo, vale dizer, o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autoregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado”*<sup>42 43</sup>

O princípio da autonomia privada, entendido como a liberdade de negociar, configura princípio informador do direito privado, ou seja, uma idéia matriz, um vetor que influencia o próprio funcionamento do sistema jurídico e condiciona a interpretação das normas.

---

<sup>42</sup> Em “Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: a Boa Fé nas Relações de Consumo”, em *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, 611-661, páginas 614\615.

<sup>43</sup> É freqüente apontar os termos autonomia privada e autonomia da vontade como sinônimos, parte respeitável da doutrina assim o faz: “*O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no direito contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica*”, Orlando Gomes, em *Contratos*. Rio de Janeiro: editora Forense, 1987, página 25.

“...eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”, Caio Mário da Silva Pereira, em *Instituições de Direito Civil*, volume III, página 10.

Sobre autonomia da vontade ver L’*autonomie de la Volonté : Naissance et Évolution d’un Concept*, de Véronique Ranouil. Paris : Presses Universitaire de France, 1980.

Opinião diferente é expressa por Neto Lôbo, que considera sem importância a distinção : (...) *afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regulamento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta, enquanto intuição íntima, uma instância pré-jurídica. Para alguns, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio jurídico do Estado. Estas distinções são inúmeras e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribui à vontade*, em *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusiva*. São Paulo: editora Saraiva, 1991, página 10.

Embora não tenha previsão específica na Constituição Federal, é possível extrair a ideia a partir da previsão dos artigos 1º, inciso IV, artigo 5º, incisos XVII a XX, e 170, incisos II, III e IV.<sup>44</sup>

No Código de Beviláqua, o princípio da autonomia privada decorria dos artigos 85, 86 e 1079.<sup>45</sup>

No Código Civil de 2002, a autonomia privada é regulada de forma diversa, sistematizada. Nos artigos 421 e 425, do capítulo I, do Título V, do Livro I, da Parte Especial, regulam-se as disposições gerais dos contratos em geral, sendo determinado que:

*“artigo 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

---

<sup>44</sup> Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos :

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes :

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar ;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento ;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se no primeiro caso, o trânsito em julgado.

XIX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios :

(...)

II - propriedade privada ;

III - função social da propriedade ;

IV – livre concorrência.

<sup>45</sup> Artigo 85 - Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentimento literal da linguagem.

Artigo 86 - São anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.

Artigo 1079 - A manifestação da vontade nos contratos pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.

*artigo 425 - É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código. “*

A autonomia privada compreende o poder de escolher quando contratar, com quem contratar e como contratar, como bem expressa Roppo, em análise centrada no Código Civil Italiano, mas extremamente útil à compreensão da matéria: *“... no conceito de autonomia privada compreendem-se, de fato, tradicionalmente, além do poder de determinar o conteúdo do contrato (art.1322 c.1 cód. Civil), também o poder de escolher livremente se contratar ou não contratar ; ou de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese ofertas provenientes de determinadas pessoas ; enfim o de decidir que em que tipo contratual enquadrar a operação que se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular”*.<sup>46 47</sup>

Importante é firmar a idéia de que é assegurado aos particulares o direito de fixar o conteúdo contratual, decorrência do reconhecimento da impossibilidade de regulamentação jurídica para toda e qualquer conduta humana, bem como, da necessidade de aceitação da modificação dos valores sociais, sendo o contrato instrumento de assimilação dos novos padrões.

---

<sup>46</sup> Enzo Roppo, obra citada, página 132\133.

<sup>47</sup> V. Alinne Arquette Leite Novais, em *Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001, páginas 56\57: “Podemos entender por liberdade de celebrar ou não um contrato a possibilidade que qualquer indivíduo tem de cogitar da conveniência e oportunidade de contratar. (...) A liberdade contratual reserva, também, à pessoa que pretende contratar, a possibilidade de escolher o seu parceiro contratual. (...) Resta, ainda, analisar a faculdade das partes de determinar o conteúdo do contrato.”

## 2.2 Princípios Decorrentes da Autonomia Privada

O reconhecimento da prevalência do princípio da autonomia privada no direito nacional, entendido como liberdade contratual, implica na admissão das conseqüências que nela repercutem, quais sejam, os princípios da força obrigatória e do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva e dispositiva das normas estatais do direito das obrigações.<sup>48</sup>

### 2.2.1 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos

Decorre da liberdade de contratar a idéia de que o contrato faz lei entre as partes contratantes (*Pacta Sunt Servanda*). No *Code Civil* de 1804, no artigo 1134 constava a regra de que as convenções legalmente firmadas têm força de lei entre as partes contratante.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Amaral Neto, Francisco: *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, às págs 367\368, sustenta : *Conseqüências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica e, no direito civil, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento.*

<sup>49</sup> No original : art. 1134 - Lês conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que lês ont faites.

É a base sobre a qual se sustenta a teoria contratual clássica. Já que as partes são livres para contratar, o contratado tem força de lei entre as mesmas.

No Novo Código Civil, é condicionado o contrato à sua função social, não estando as partes livres para firmar o conteúdo de suas avenças. Da mesma forma, é afastado tal princípio pela impossibilidade dos pactuantes estabelecerem normas discordantes das previsões de ordem pública previstas na lei.

### 2.2.2 Princípio dos Efeitos Relativos dos Contratos

Expresso pelo aforismo romano *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest* (o ato concluído entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros), significa que o contrato produz efeito apenas entre as partes, baseando-se na possibilidade das mesmas estabelecerem liames que as vincule.<sup>50</sup>

No Código Civil de 1916, era o princípio enunciado no artigo 928, que prescrevia que *a obrigação não sendo personalíssima, opera assim entre as partes como entre seus herdeiros*. No Código Civil de 2002 não há previsão específica.

Trata-se do reconhecimento efetivo de que a força obrigatória dos contratos decorre da manifestação livre da vontade das partes, somente a elas podendo vincular.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> V. Rodrigues Júnior, Otávio Luiz, em *Autonomia da Vontade, Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato e a Doutrina do Terceiro Cúmplice*, Anais do V Congresso Internacional e VIII Iberoamericano de Derecho Romano - *A Autonomia da Vontade e as Condições Gerais do Contrato, de Roma ao Direito Atual*, páginas 191-217.

<sup>51</sup> Em crítica à concepção, Eduardo Sens dos Santos destaca, em *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais : Exame da Função Social do Contrato*, Revista de Direito Privado, número 10, abril/junho de 2002, 9-37, página 25: *O direito contemporâneo não descarta do fato de que os contratos não afetam apenas as partes imediatamente a eles vinculadas. Como em um dominó, em que a queda de uma peça implica a da seguinte, o contrato irradia seus efeitos (benéficos ou maléficos) por onde quer que seja celebrado. Econômicos, jurídicos ou sociais os efeitos devem ser sopesados quando da celebração e revisão dos contratos.*

### 2.2.3 Princípio do Consensualismo

Por princípio do Consensualismo pode-se entender que basta o consentimento das partes para a concretização do contrato, ou seja, com o acordo de vontades, com a manifestação das vontades soberanas e livres, nascem as obrigações, vinculando as partes, sem necessidade de formalismos.

No Código de Beviláqua, era disposto que válidos eram os pactos desde que elaborados por sujeitos capazes, tivessem objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, na forma do disposto no artigo 82. Somente em exceção exigia-se a *traditio* da coisa ou o atendimento a formalismos exagerados.

Embora mantida a regra no Código de 2002, que inclusive prevê especificamente a possibilidade de criação de contratos atípicos, o princípio do consensualismo tem sido podado pela necessidade de segurança jurídica, ante a realização de contratos em dimensões inimagináveis.

### 2.2.4 Princípio da natureza dispositiva e supletiva das normas estatais do direito das obrigações

O acordo de vontades pode emanar obrigações para os contratantes, sendo seus efeitos decorrentes da permissão do Estado para a produção de negócios jurídicos.

A partir desse raciocínio, entende-se que as normas emanadas pelo Estado na seara do direito obrigacional, em sua grande maioria, são normas dispositivas ou supletivas. São exceções a regra as que disponham de forma expressa contrariamente, ou as que tenha natureza de ordem pública ou busquem preservar os bons costumes.

### 3. DIREITO PRIVADO E PUBLICIZAÇÃO

#### 3.1 Transformações do Direito Privado

Existe necessária vinculação entre direito e sociedade, fator fundamental para entender as modificações operadas na seara do direito privado na sociedade contemporânea. Para Duguit, os institutos jurídicos foram formados para atender as necessidades econômicas, assim as transformações das mesmas devem implicar em transformações dos institutos jurídicos.<sup>52</sup>

Gurvitch, ao expor a idéia de direito social, demonstra a vinculação histórica da diferenciação entre direito público e direito privado, carente de critério material :

*“A oposição tradicional entre direito público e direito privado não é estabelecida sob critério material e depende da vontade cambiante do Estado, que de acordo com a época, fixa as respectivas áreas jurídicas, esta classificação não corresponde a nenhuma das distinções precedentes (direito social- direito individual ; direito de subordinação- direito de*

---

<sup>52</sup> Ob. citada, páginas 235 e seguintes.

*coordenação), mas se relaciona com elas : como o direito privado pode conter ao lado do direito individual aspectos de direito da integração (direito social) e de direito da subordinação, o direito público pode incluir, e o faz, porções importantes de regras de direito individual. “<sup>53</sup>*

Superado está o ideário dos Códigos oitocentistas, cujos paradigmas são descabidos na sociedade contemporânea. Duguit destaca que tais códigos são baseados em concepção puramente individualista do direito, sustentados por uma idéia metafísica do direito subjetivo, enquanto atualmente é exigido sistema de direito de base social, assim entendido aquele sistema cujas regras se impõem ao indivíduo, fundadas na função social, em bases reais e não metafísicas.<sup>54 55</sup>

Melhor explicando a idéia que norteia o direito civil contemporaneamente, Duguit expõe: *“a solidariedade social, ou melhor a interdependência social, deve ser compreendida cientificamente, não é um sentimento ou uma doutrina, não é sequer um princípio de ação. É um fato real possível de demonstração direta: é o fato da estrutura social mesma. (...) é possível comprovar que, qualquer que seja o grau de civilização de um povo, a solidariedade ou interdependência social está constituída por dois elementos que se encontram sempre, em graus diversos, com formas variáveis, entrelaçados a outros, mas que apresentam sempre caracteres essenciais idênticos, em todos*

---

<sup>53</sup> V. Gurvitch Georges, em *L`idée du Droit Social*, Scientia Verlag Aalen, 1972, página 13. No original : L`opposition traditionnelle entre le “droit Public” et le “droit privé” n`étant fondée sur aucun critère matériel (1) et dépendant de la volonté changeante de l`etat, qui avantage suivant les époques des zones de droit de structures différentes, cette classification ne correspond à aucune des distinctions précédentes, mais s`entrecroise avec elles : come le droit privé peut contenir à côté du droit individuel de nombreuses couches de droit d`intégration (droit social) et de droit de subordination, le droit public peut inclut bien souvent en réalité, des portions importantes de l`ordre de droit individuel, venant pervertir le droit social en un droit de subordination.

<sup>54</sup> Obra citada, página 173.

<sup>55</sup> Fachin, em *Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2000*, página 10, relata que três eram os pilares fundamentais em que se assenta a estrutura do direito privado : o contrato como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade ; a família, como organização essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre pessoas e sobre as coisas.

*os povos e tempos. Tais elementos são as semelhanças das necessidades dos homens que pertencem a um mesmo grupo social e as diversidades de necessidades e atitudes desses mesmos homens. Entenda-se, a solidariedade em face das semelhanças decorre das necessidades comuns que não podem os homens assegurar. Já a diversidade de atitudes e necessidades os une em razão da ajuda mútua, que pode ajudar a satisfação de necessidades diversas”.*<sup>56</sup>

Francisco Amaral Neto aponta que o direito privado, a partir do direito civil, está envolvido em flagrante processo de transformação, adequando-se aos novos valores em vigor na sociedade. Defende que “a segurança individual cede o passo ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal, cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente. A liberdade burguesa, nas suas expressões típicas da autonomia privada e do direito de propriedade, sofre limitações com a intervenção do Estado Social. O direito de família modifica-se profundamente com a institucionalização da igualdade dos cônjuges e dos filhos, e com o reconhecimento da existência e eficácia da União estável entre companheiros. Disciplina-se o divórcio, ampliam-se as possibilidades de reconhecimento dos filhos, regulamentando-se a procriação assistida. No campo econômico novos tipos de sociedades, novos contratos, medidas de proteção ao consumidor, atividades financeiras e de trabalho, concorrência, circulação de capitais, tudo isto estabelecido em profusa legislação especial e em normas constitucionais, induzindo à perda do status do Código Civil e à crescente importância da legislação especial”<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Obra citada, páginas 182\183.

<sup>57</sup> Em *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996. Brasília, 634-650, páginas 644 e 645. No trabalho, o autor detalha as transformações no âmbito do direito civil: 1. Constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado ; 2. Personalização do direito civil, ou seja, sua humanização; 3. Desagregação do Direito Civil, com surgimento de novos ramos do direito ; 4. Configuração de Microssistemas, leis especiais que regulam aspectos do direito privado ; 5. Tendência para o pluralismo jurídico, ou seja, aceitação de outras fontes do direito que não o Estado ; 6. Admissibilidade de normas individuais e concretas ; 7. Prevalência da justiça em detrimento da segurança jurídica ; 8. Prevalência do aspecto de conteúdo em detrimento do formalismo jurídico ; 9. Complexidade da vida social e da respectiva normatividade ; 10. Preocupação crescente com ética e moral ; 11. Substituição do Código Civil pela Constituição na posição central do pensamento jurídico ; 12. Relativização da dicotomia Estado-Sociedade Civil, com a subordinação do Estado ao sistema jurídico; 13. Resgate da idéia de direito como experiência problemática, imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento de ordem lógico-dedutiva. 14. Idéia de direito como sistema aberto, com a retomada da razão prática, do saber pragmático.

A supervalorização do indivíduo, necessária como fator de afirmação perante o Estado, elemento de consolidação do poder da burguesia, resta superada na sociedade contemporânea. Por conseqüência, inevitável é a modificação do cenário jurídico. O indivíduo deixa de ser o eixo central do direito privado, valorizado é o todo (sociedade) sem menosprezo da parte (indivíduo).

Em tal contexto, os aspectos basilares do sistema oitocentista, propriedade como direito absoluto e contrato como modo de aquisição de propriedade, sofrem modificações.

Habermas destaca que a modificação do direito de propriedade, contemporaneamente condicionado à função social, acarretou a modificação de suas garantias correlatas, principalmente a liberdade contratual.<sup>58</sup>

O direito à propriedade não é mais absoluto, é condicionado à sua função social, ou seja, o direito de usar, gozar e dispor de um bem é vinculado à sua utilidade ou integração com o seu meio e com os demais membros da sociedade.<sup>59</sup>

O direito civil contemporâneo, como expressão da sociedade em que é moldado e molda, torna relativo o aspecto patrimonial das relações, fenômeno nominado de repersonalização. Netto Lôbo defende que *“a patrimonialização das relações civis, que persiste nos Códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotada pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de*

---

<sup>58</sup> Obra citada, páginas 178\179: Junto com a instituição central do direito privado, a propriedade, naturalmente são também atingidas as suas garantias correlatas, sobretudo a liberdade contratual. A relação contratual clássica supõe completa independência na definição das condições do contrato. Isto foi, entretentes, sujeito a fortes limitações. À medida que as relações jurídicas se equivalem de modo social-típico, os próprios contratos também procuram tornar-se esquematizados. A crescente padronização das relações contratuais normalmente reduz a liberdade do parceiro economicamente mais fraco, enquanto que o já citado instrumento do contrato coletivo deve exatamente restabelecer a igualdade de posição do mercado.

<sup>59</sup> A Constituição Federal do Brasil prevê nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, incisos, a proteção ao direito à propriedade e a sua vinculação à função social do bem.

*repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.”*<sup>60</sup>

Perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas, em substituição à Constituição. Na verdade, tal papel somente pôde ser exercido ante a ausência de constituições nos moldes modernos. As primeiras constituições nada regularam sobre as relações privadas, preocupando-se apenas em delimitar o Estado mínimo. A codificação civil era o núcleo do direito privado, com conseqüências severas para os mais carentes economicamente.

Após a Constituição alemã de Weimar, as Constituições passaram a definir direitos e garantias individuais. No que se convencionou chamar de Estado Social, a Constituição passa a regular e limitar o poder econômico e refletir, de forma inevitável, no âmbito do direito civil. Passa o direito privado, embora mantida a sua autonomia dogmática e conceitual, necessariamente a estar inserido em contexto mais amplo que o conforma, definindo o seu alcance.<sup>61</sup>

A Constituição Federal de 1988 é expressão da nova realidade, prevendo inúmeras normas basiladoras das relações particulares de indivíduos, tradicionalmente situados como de direito privado, o que impõe a releitura dos institutos clássicos, sob os valores eleitos pelo constituinte. Da mesma forma, a atividade do legislador infraconstitucional não poderá desprezar a supremacia constitucional e a importância dos princípios na unificação do sistema jurídico.<sup>62 63</sup>

Por outro lado, a codificação perde a pretensão totalitária, pretensão de exclusividade de regulação das relações privadas. É que

<sup>60</sup> Constitucionalização do Direito Civil. In Jus Navegandi, n.33. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=507>, capturado em 10 de julho de 2002.

<sup>61</sup> V. Tepedino, Gustavo : *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>62</sup> Paulo Luis Netto Lôbo, na obra citada, defende que na atualidade não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

<sup>63</sup> V. Adriana Rocha de Holanda Coutinho, em “*A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado*”, em *Direito Civil Constitucional*, coordenação de Renan Lotufo. São Paulo : Malheiros editores, 2002, 59-92.

os códigos tem estrutura e vocação para perdurarem no tempo, o que não permite a regulação integral de uma sociedade que se transforma e modifica os seus valores com uma velocidade nunca antes imaginada, sobretudo em consequência dos efeitos da globalização e das inovações tecnológicas.

Sobre a descodificação, Francisco Amaral Neto defende que *“se a codificação é uma síntese histórica, a descodificação representa uma antítese. Se a codificação resulta do racionalismo jurídico europeu, a época atual, iniciada com a maré da legislação especial e extravagante, a partir das primeiras décadas do século, representa o movimento e a pluralidade do direito, comprovando a crise da unidade sistemática do direito civil, senão a própria recusa à idéia de sistema”*.<sup>64</sup>

Na sociedade contemporânea, a insuficiência dos Códigos é inegável, o seu sistema não pode regular toda a atividade privada. Existe relação de complementaridade com subsistemas, estabelecidos por leis específicas, como o Código do Consumidor, que giram em torno das normas genéricas previstas na codificação.<sup>65</sup>

Ao explicar a idéia de descodificação, Ricardo Luis Lorenzetti destaca que a exigência de codificação decorria da criação do Estado Nacional, cuja pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária, motivação já superada. Continua o autor, defendendo que *“a sociedade pós-moderna se caracteriza pela regulação de matérias em microssistemas, fenômeno que denomina big bang legislativo: a explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente ; o código é como o sol, iluminá-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles”*.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Em *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, volume 08, número 04, outubro a dezembro de 1996, Brasília, 634-650, página 646.

<sup>65</sup> V. Amaral Neto, Francisco: *“O Direito Civil na Pós-Modernidade”*, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 61-77.

<sup>66</sup> Em *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998, página 45. Também com abordagem sobre o tema, do mesmo autor: *“A Descodificação e a Possibilidade de Resistematização do*

No âmbito dos pactos particulares, deixa o contrato de ser encarado como simples instrumento de aquisição de propriedade, cujo conteúdo é livremente fixado pelas partes. Na sociedade contemporânea, caracterizada pela produção em massa e por uma dinâmica empresarial complexa, nem sempre é assegurado aos indivíduos o direito de optar sobre quando, com quem e como contratar, decorrências clássicas da autonomia privada.

Caio Mário, já há bastante tempo, alertava sobre o afastamento do direito das idéias individualistas:

*“Ferretado em sua invulnerabilidade, o tabu egoísta tende a eclipsar-se dos Códigos burgueses. Escoraçam-no princípios que assentam na solidariedade humana e na utilidade social. Em todos os quadrantes da ciência jurídica a infiltração destes está a se realizar com pertinência. Já invadiu a esfera do direito público, espraia-se pelo direito privado e atinge mesmo o direito das obrigações. Moldando-se numa restrição cada vez maior das prerrogativas a que corresponde uma expansão cada vez mais acentuada de surtos de socialização, as novas diretrizes do direito originaram um fenômeno curiosíssimo. Relações dantes reguladas pelos costumes e pela moral deslocam-se para a esfera jurídica. A causa deste deslocamento reside na convicção de que a pura sanção da consciência individual já não bastaria para defender certos deveres morais (Bruig). É necessária a sanção externa do direito para impor uma pena ao transgressor”.*<sup>67</sup>

---

Direito Civil”, em Direito Civil - Atualidades. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, 219-239.

<sup>67</sup> *A Crise do Direito*, coleção Philadelpho Azevedo, São Paulo : Max Limonad, 1955, páginas 27.

Como consequência dos novos parâmetros do direito privado, a autonomia privada, e mais especificamente a autonomia contratual, tem sido redefinida, assumindo contornos de evidente restrição do âmbito de atuação dos particulares.

### 3.2 Publicização do Direito Privado

Inicialmente, convém esclarecer que o fenômeno da publicização do direito privado não se confunde com a constatação de sua constitucionalização. É inegável que as constituições contemporâneas, na esteira da Constituição de Weimar, inclusive como reflexo de nova estrutura e preocupações do Estado Social, produzem normas variadas sobre as relações privadas, limitando a atuação dos indivíduos.

Entretanto, o que se denomina publicização do direito privado é o processo de crescente intervenção estatal, objetivando garantir o direito dos indivíduos em condições mais fracas. É o que nos relata Netto Lôbo, que afasta a confusão entre os termos : *“durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito do legislativo, característica do Estado Social do Século XX. Tem-se a redução do espaço da autonomia privada, para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. A ação intervencionista ou dirigista do legislador terminou por subtrair do Código Civil matérias inteiras, em alguns casos transformadas em ramos autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito das águas, o direito da habitação, o direito de locação de móveis urbanos, o estatuto da criança e do adolescente, os direitos autorais e o direito do consumidor.”*<sup>68</sup>

Lembrando a historicidade da distinção entre público e privado, Giorgianni questiona se as transformações sofridas pelo direito privado devem ser explicadas como publicização do direito privado: *“pode-se interrogar se as transformações que o direito privado sofreu no curso de mais de 150 anos, tão densos de história, podem ser sumariamente explicadas sob o rótulo da*

---

<sup>68</sup> Constitucionalização do Direito Civil. In Jus Navegandi, n.33. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Capturado em 10 de julho de 2002.

*publicização, ou seja, da sua absorção na órbita do direito público. Poderia, ao contrário, ter acontecido uma mais íntima modificação da estrutura do direito privado e, portanto, das relações com o direito público”*<sup>69</sup>

A verdade é que o direito privado tem assumido nova feição. Com o termo *publicização* ou *socialização* evidencia-se uma nova conformação do direito privado, marcada pela interferência do Estado nas relações privadas, em defesa dos mais fracos, em face das exigências atuais de seu papel.

Deve ser esclarecido, ainda, que a expressão *publicização* do direito privado, para alguns, pode ser substituída por *dirigismo contratual*, como esclarece José Lourenço : “*Além das restrições oriundas da imperatividade das normas jurídicas, há também os limites à autonomia da vontade oriundos do fenômeno do dirigismo contratual, ou seja, a intervenção estatal na economia dos negócios de qualquer espécie. O dirigismo subentende que, se os contratantes pactuassem os negócios jurídicos com total liberdade, sem que o poder estatal pudesse intervir para mitigar o princípio pacta sunt servanda - mesmo quando uma das partes ficasse em completa ruína - a ordem jurídica estaria assegurando apenas a igualdade perante a lei.*”<sup>70</sup>

### 3.3 Limites à Liberdade Contratual

---

<sup>69</sup> Ob, citada, página 50.

<sup>70</sup> Em *Limites à Liberdade de Contratar*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira , 2001, página 20.

Em natureza, a autonomia privada, e como decorrência a liberdade de contratar, configura poder jurídico, consubstanciado na possibilidade do sujeito atuar com a finalidade de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem, o que no plano dos contratos importa na condição de escolher com quem, quando e como contratar.<sup>71 72</sup>

Entretanto, tal poder não é absoluto, decorre do ordenamento jurídico estatal, que o delimita, estabelecendo limites, limites crescentes em face dos novos contornos que assumiu o Estado ao longo do século XX e início do século XXI.<sup>73</sup>

A consolidação da idéia de limitação da autonomia privada é conseqüência dos excessos que o instituto assumiu no Estado Liberal, cujo ordenamento jurídico concebia valoração exacerbada do indivíduo, anteriormente já apontada. Com a superação do Estado Liberal pelo Estado do Bem-estar, com novas funções e preocupações sociais, desponta com grande intensidade a necessidade de submissão da autonomia da vontade ao interesse social.<sup>74 75</sup>

---

<sup>71</sup> Amaral Neto, Francisco : *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica : Perspectiva Estrutural e Funcional*, Revista de Direito Civil, número 46, 1998, páginas 07-26, página 11.

<sup>72</sup> Sobre a relação autonomia da vontade e liberdade de contratar, esclarecedora é a lição de José Lourenço: *a liberdade de concluir negócio jurídico é corolário do princípio da autonomia da vontade, entendido e aceito como o poder que os participantes têm de fixar, por si próprios (auto), a disciplina (nomos) juridicamente vinculativa de seus interesses. A autonomia da vontade é mais ampla do que a liberdade contratual, que se limita ao poder de auto-regulamentação dos interesses concretos e contrapostos das partes, mediante acordos vinculativos patrimoniais, enquanto a autonomia da vontade abrange, também, os negócios jurídicos não patrimoniais*“, obra citada, páginas 78.

<sup>73</sup> Sobre o tema, ver o artigo *Autonomia Privada e Forma di Stato*, de Natalino Irti, em Rivista di Diritto Civile, CEDAM, janeiro/fevereiro de 1994, páginas 15-23.

<sup>74</sup> Cláudia Lima Marques, em *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª edição. São Paulo: editora RT, 2001, destaca que : *Vivemos efetivamente um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas e sociais. Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (Umbruch), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade. Seria a crise da era moderna e de seus ideais concretizados na Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e de fraternidade, que não se realizaram para todos, nem são hoje considerados realizáveis. Momento em que se desconfia da força e suficiência do direito para servir de paradigma à organização das sociedades democráticas, atualmente em um capitalismo neoliberal bastante agressivo, com fortes efeitos perversos e de exclusão social. Vivemos um momento de mudança também no estilo de vida, da acumulação de bens materiais, passamos a acumulação de bens imateriais, dos contratos de dar, para os contratos de fazer, do modelo imediatista da compra e venda para um modelo duradouro da relação contratual, da contratação pessoal direta para o automatismo da contratação à distância por meios eletrônicos, da substituição, da terceirização, das parcerias fluidas e das privatizações, de relações meramente privadas para as relações particulares de iminente interesse público.*

<sup>75</sup> V. Nalin, Paulo: *O Contrato em Movimento no Direito Pós-Moderno*, Revista Trimestral do Direito do Consumidor, volume 1, abril/junho de 2002, 375-282.

Ante os valores prevalentes neste novo contexto, na sociedade contemporânea, incompatível é a manutenção da definição do princípio da liberdade de contratar nos moldes tradicionais, o Estado interfere na autonomia de definir quando, com quem e como contratar.

As limitações à autonomia da vontade no ato negocial importam na afirmação da existência do princípio da heteronomia da vontade, que pode impor a realização do negócio e a participação de agente específico. José Lourenço defende que *“o termo heteronomia refere-se ao que se deixa sujeitar; condição de pessoa ou de grupo que recebe de um elemento que lhe é exterior, ou de um princípio estranho, a razão e a lei. Mais especificamente, a heteronomia jurídica, para Maria Helena Diniz, é a sujeição do destinatário da norma a seu comando, independente de sua vontade. Ou, como prefere, Lanlande, a condição de uma pessoa ou de uma coletividade receber a lei à qual se submete. A heteronomia da vontade é a área dos atos jurídicos cuja norma reguladora é externa aos seus elementos. A vontade dos agentes não é considerada. A norma, conjuntiva ou alternativamente, impõe regras para : o estabelecimento ou não do negócio jurídico e determina quais serão os agentes ativos e passivos, bem como o seu conteúdo”*.<sup>76</sup>

Miguel Maria de Serpa Lopes, abordando o dirigismo contratual, expõe pensamento assemelhado, baseado na doutrina de Josserand, destacando que o dirigismo pode ser restritivo, quando implicar em proibição de inserção de cláusula nos negócios jurídicos, ou expansivo, quando acarretar obrigações não previstas pelos pactuantes ou até mesmo a obrigação de contratar.<sup>77</sup>

Francisco Amaral Neto, justificando a necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas, destaca que *“o exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos, e por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou*

---

<sup>76</sup> obra citada, páginas 77.

<sup>77</sup> Em *Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações : contratos*, volume IV. Rio de Janeiro: editora Freitas Bastos , 1993, páginas 34 e seguintes.

*negociação, a acentuados desníveis econômicos, devendo o Estado intervir para equilibrar o poder das partes contratantes, por meio de normas imperativas. O legislador pode limitar, assim, a autonomia privada, para o fim de proteger os pontos mais fracos da relação jurídica patrimonial - é o que se verifica nos contratos de consumidor, locação, empréstimo, seguros, operações financeiras típicas".*<sup>78</sup>

Raciocínio no mesmo sentido é expresso por José Lourenço, que argumenta que *"o exercício da plena autonomia da vontade nos contratos leva segmentos sociais mais carentes de recursos, e, por isso, praticamente, sem poder coercitivo nas negociações, ao empobrecimento, o que acentua ainda mais os desníveis econômicos. É, por isso, que o Estado intervém nos negócios jurídicos contratuais, estabelecendo normas cogentes. Assim, o legislador, imbuído de grande poder e desprovido da melhor técnica científica, metodológica e jurídica, limita a autonomia da vontade e a obrigatoriedade da convenção e amplia a relatividade, a boa fé e a justiça comutativa, tudo no intuito de proteger os pólos mais fracos, principalmente em matérias de contratos (locação, empréstimo, seguro, etc)".*<sup>79</sup>

Inegável, assim, que a autonomia privada é atualmente regida por novos parâmetros, com contornos nítidos de proteção aos indivíduos mais fracos economicamente.

Pontes de Miranda alertava que não há autonomia absoluta ou ilimitada ; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode querer dentro desses limites.<sup>80</sup>

No direito nacional, são exemplos de limitação da liberdade de definição de quando contratar, entre outras hipóteses, a obrigação decorrente de promessa de contratar ; a obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil imposta a todo proprietário de veículo (leis 6194\74 e

---

<sup>78</sup> *"Autonomia Privada", em Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ - 20, Conselho da Justiça Federal, Brasília : 2002, 77-88, página 85\86.*

<sup>79</sup> José Lourenço, obra citada, página 63.

<sup>80</sup> Em *Tratado de Direito Privado - Parte Especial*, Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: editora Borsoi, 1972, página 39.

8374\91) ; a obrigação de aceitar o regular curso da moeda ; a obrigação de contratar em igualdade de condições com quem aceite proposta válida, etc.

Podem ser apontadas como limitação ao direito de definir com quem contratar, entre outras situações, a cláusula de retrovenda, o pacto de melhor comprador, o exercício do direito de preferência na alienação do domínio direto pelo senhorio, etc.

Para os fins do nosso trabalho, nos restringiremos ao enfoque das limitações ao direito de fixar o conteúdo contratual, tendo em mente que com a nova realidade mantêm-se firme o valor de intervenção do Estado nas relações privadas, idéia percebida por Ricardo Lorenzetti:

*“El derecho civil exhibe una progresiva referenciabilidad pública. Sus instituciones, otrora subjetivas, se vinculan progresivamente con el derecho público em um mundo econômico y jurídico cada vez más interrelacionado. La funcionalidad, y sobre todo la eficacia de las instituciones de derecho privado exigen que se correlacionen con el derecho público.”*<sup>81</sup>

A liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato implica na possibilidade de optar por qualquer dos contratos que possuem regulação específica na legislação; por alterá-los inserindo cláusulas não previstas originalmente, sempre que possível ou na possibilidade de contratar através de forma diversa da prevista pelo legislador.

---

<sup>81</sup> Em *Análisis Crítico de la Autonomía Privada Contractual*, Revista de Direito do Consumidor, número 14, abril/junho de 1995, 5-19, páginas 12.

Analisaremos as hipóteses de restrição à inserção de cláusulas atípicas em contratos típicos e as restrições à formulação de contratos atípicos.

### 3.3.1 Inserção de Cláusulas Atípicas em Contratos Típicos e Pactuação de Contratos Atípicos

A possibilidade assegurada aos indivíduos de inserir cláusulas atípicas em contratos típicos, bem como de firmar contratos atípicos, decorre do reconhecimento de que as leis não podem prever todas as relações sociais, sendo necessário permitir que os particulares estabeleçam novas formas de contratação que atendam aos seus interesses e às perspectivas da dinâmica comercial da sociedade pós-industrial, em que, na visão de Galgano, a inteira organização econômica tem dimensão planetária.<sup>82</sup>

O estabelecimento de tipos contratuais inibe a liberdade dos particulares moldarem, de acordo com a sua vontade, os seus negócios privados. Deve, entretanto, ser lembrado que a estrutura tipológica compõe-se de normas cogentes e normas dispositivas. Cogentes são as normas de ordem pública, inafastáveis pela vontade dos indivíduos. Dispositivas são as normas que podem deixar de serem observadas pelos indivíduos sem desnaturar o tipo societário.

Variadas são as formas de limitação do direito de estabelecer o conteúdo contratual, que podem ser resumidas no texto do artigo 104, do Código Civil de 2002, que dispõe que o negócio jurídico pressupõe agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Obra citada, página 214. No original : Nella società post-industriale l'intera organizzazzione econômica ha dimensione planetarie.

<sup>83</sup> Artigo 104 - A validade do negócio jurídico requer :

I - agente capaz ;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável ;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Objeto lícito é o adequado ao ordenamento jurídico, ou seja, o que se amolde aos formatos previstos ou possa ser modificado, posto que regulado de forma meramente dispositiva. Sofre restrição a liberdade dos particulares através do estabelecimento de normas impositivas, que não podem ser derogadas pela vontade dos indivíduos. O Código Civil de 2002 reprovataxativamente a tentativa de descumprimento de normas de ordem pública ou cogentes, dispondo em seu artigo 166, inciso VI, que é nulo o negócio jurídico quando tiver por objeto fraudar lei imperativa, *in verbis* :

*“artigo 166 – É nulo o negócio jurídico quando :*

.....  
*VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa ;*

..... “

Já quanto aos contratos atípicos, contratos sem regulamentação específica pelo ordenamento, entendemos que configuram ampla faceta de autonomia privada, de há muito aceita no ordenamento nacional.

84

No novo Código Civil a sua disciplina passou a ser mais transparente, posto que há expressa disposição que os reconhece e remete à aplicação das normas gerais sobre contratos :

*“artigo 425 - É lícito as partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código. “*

---

<sup>84</sup> Álvaro Vilaça os define, baseado na doutrina italiana (Ângelo Piraino Leto e Sacco) como o contrato que se insere em uma figura que tem uma disciplina legal particular, em *Teoria Geral dos Contratos Atípicos*, editora Atlas, São Paulo : 2002, páginas 131.

Embora, em razão de suas peculiaridades e importância na sociedade atual, talvez devesse o legislador ter tido maior preocupação com os contratos atípicos, estabelecendo regência genérica própria.

Em contexto diferenciado, mas fundamental para a compreensão da importância dos contratos atípicos, Francesco Galgano adverte que *o elemento dominante na cena jurídica de nosso tempo é a circulação internacional de modelos contratuais uniformes, em regra contratos atípicos, base do que se pode chamar de nova Lex Mercatoria, direito criado pelos empreendedores, sem a mediação dos poderes legislativos dos Estados, formado de regras destinadas a disciplinar de maneira uniforme, além da unidade política do Estado, as relações que se instauram na unidade econômica dos mercados.*<sup>85</sup>

Reconhecida a importância crescente dos contratos atípicos, como meio de atendimento das necessidades dos agentes econômicos da sociedade contemporânea, é preciso deixar claro que os seus limites são a ordem pública e os bons costumes.<sup>86 87</sup>

### 3.3.2 Ordem Pública e Bons Costumes

---

<sup>85</sup> Obra citada, páginas 214, 217 e 218. No original : Cio que domina la scena giuridica Del nostro tempo non sono le convenzioni internazionali di diritto uniforme né sono, in âmbito europeo, le direttive comunitaire di armonizzazione Del diritto entro la Cee. L'elemento dominante é, piuttosto, la circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi. (...) ...per nova lex mercatoria, o ius mercatorum, oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione Del potere legislativo degli stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati.

<sup>86</sup> Francisco Amaral Neto, em *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional*, Revista de Direito Civil, número 46, outubro de 1990, São Paulo, (7-26), página 20: Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações a que a esta se impõem também atuam quanto àquela. E esses limites são a ordem pública, na sua espécie de ordem pública e social de direção, sob a forma de intervencionismo liberal neoliberal ou de dirigismo econômico, e os bons costumes, as regras morais. “

<sup>87</sup> No *Code Civil* a limitação era expressamente prevista: artigo.900 - Em todas disposições entre vivos ou testamentárias, as condições impossíveis, as que sejam contrárias às leis ou aos costumes, serão reputadas não escritas. artigo 1133 - A causa é ilícita quando é proibida pela lei, quando é contrária aos bons costumes e a ordem pública. artigo.1172 - Toda condição impossível ou contrária aos bons costumes, ou proibida por lei, é nula ou torna nula a convenção da qual depende. Tradução livre.

Importa definir o que seja ordem pública e bons costumes. Vale, entretanto, o alerta de João Manuel de Carvalho Santos, que descreve que *“não é fácil dizer quando um ato é contrário à ordem pública. Ordem Pública tem uma significação tão vaga e imprecisa que é difícil definir o que seja tal coisa. (...) O conceito de ordem pública não é suscetível de regras científicas constantes ; é antes uma questão de fato, que precisa ser apreciada com o devido cuidado, por estar o conceito de ordem pública sujeito aos princípios contigentes e mutáveis da conveniência política, social e econômica. A ordem pública é uma noção variável, de fato, com as épocas e com os lugares”*.<sup>88</sup>

A ordem pública pode ser descrita como o conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado. São as normas que estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica ou moral, no direito privado de determinada sociedade. São as normas que objetivam regular condutas entre particulares, mas que, em razão da natureza da tutela e o interesse social em jogo, são revestida de caráter imperativo, cogente.

Para Norma Juanes, as normas de ordem pública são essenciais para permitir ao Estado intervir na seara dos particulares, criando restrições à liberdade contratual e impedindo a utilização do contrato como meio de opressão, expressando a autora que : *El Estado debió abandonar su actitud de mero observador garante del cumplimiento de lo acordado, y asumir una mayor intervención en el tráfico a través de distintas medidas de protección, a fin de neutralizar las consecuencias negativas de tantas desigualdades. Se promulgaron normas imperativas, se ejercitaron controles y se arbitraron variados esfuerzos dirigidos a restablecer el equilibrio roto por abuso de la libertad contractual, Así, se sancionaron cuerpos normativos de observancia obligatoria en distintos sectores de la actividad (legislación laboral, precios maximos, locaciones urbanas, etc ) y aparecieron los contratos normados o reglamentarios, los contratos tipo y los contratos dictados. Son éstas modalidades contractuales en las que se restringe, o directamente desaparecen, la libertad de conclusión o*

---

<sup>88</sup> Em *Código Civil Brasileiro Interpretado*, volume II, Parte Geral (artigos 43-113). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1998, página 274.

*la libertad de configuración. Sobreviene lo que se conoce como publicización del derecho privado, que acompaña un fuerte desarrollo del llamado derecho económico.* <sup>89</sup>

Quanto aos bons costumes, podem ser definidos como as regras morais que formam a mentalidade de um povo e se expressam em princípios, como por exemplo, os da lealdade contratual, perempção, proibição do jogo, etc.

João Manuel de Carvalho Santos defende que as noções da sabedoria antiga sobre bons costumes devem ser relativizadas, no sentido de que o importante é analisar os fatos e não a teoria, a fim de que possa ser identificado aquilo que contraria a moral, na opinião comum. <sup>90</sup>

Conceituada a norma de ordem pública, importa definir que tipo de norma pode ser assim considerada.

Para Orlando Gomes, as normas de ordem pública são aquelas que atendem aos interesses essenciais do Estado ou da coletividade, entretanto, tal idéia geral não é suficiente para permitir ao juiz identificá-la, posto que a noção de interesses essenciais do Estado e da sociedade é variável de acordo com o regime político. Ademais, esclarece o autor: “os pilares centrais da ordem econômica e moral de dada sociedade são poucos, o que reduziria o conceito importante de ordem pública. Ante a ausência de critério de definição, recorre-se a enumeração exemplificativa de normas que podem ser assim consideradas, enquadrando as leis que consagram o princípio da liberdade e

---

<sup>89</sup> Em *Los Actuales Perfiles de la Autonomia de la Voluntad en el Ambito de la Contratacion Privada*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, volume 6, número 1, 1998, 285-311, página 294,. Tradução livre : O Estado deve abandonar sua atitude de mero observador garante do cumprimento do acordado, e assumir uma maior intervenção nos negócios, através de diversificadas medidas de proteção, com a finalidade de neutralizar as conseqüências negativas de tantas desigualdades. Serão promulgadas normas imperativas, se exercitaram controles e se estabelecerão variados esforços direcionados a restabelecer o equilíbrio rompido pelo abuso da liberdade de contratar. Assim, se sancionarão corpos normativos de observância obrigatória em distintos setores de atividade (legislação laboral, preços máximos, locações urbanas, etc ) e aparecerão contratos normativos ou regulamentários, contratos tipos e cogentes. São estas modalidades contratuais em que se restringe, o faz-se desaparecer, a liberdade de conclusão ou de definição do conteúdo contratual. Sobrevêm o que se conhece como publicização do direito privado, que acompanha o desenvolvimento do direito econômico.

<sup>90</sup> Obra citada, página 275.

igualdade dos cidadãos; as leis relativas a certas responsabilidades; as leis que asseguram aos operários proteção especial; as leis sobre estado e capacidade das pessoas; as leis sobre o estado civil; princípios básicos sobre direito hereditário; leis relativas à composição do domínio público; princípios fundamentais do direito de propriedade; leis monetárias e proibição do anatocismo, entre outras.”<sup>91</sup>

Lorenzetti com a finalidade de explicá-las, procura classificar as normas de intervenção estatal na seara do direito privado, indicando que podem ser normas de ordem pública de proteção, de coordenação e de direção. As normas de ordem pública de proteção objetivam igualar a expressão de vontade das partes, estabelecendo o equilíbrio no consentimento. Opera-se impondo obrigações ou através de contrato coletivo, como ocorre no direito nacional em relação ao direito do trabalho e do consumidor. As normas de ordem pública de coordenação objetivam estabelecer a coordenação entre os valores individuais e coletivos. Podem ser formuladas negativamente, fulminando obrigações não enquadradas nos valores prevalentes ou podem ser decorrentes do princípio da socialização. Por fim, as normas de ordem pública de direção impõem aos contratantes forma específica de atuação.<sup>92</sup>

Conclui-se que as normas de ordem pública são aquelas normas que, de acordo com a realidade de sua época e lugar, estabelecem os fundamentos básicos da sociedade.

Pode-se diferenciar normas de ordem pública de normas cogentes ou coativas. É que, embora ambas sejam impositivas, não derogáveis pela vontade dos indivíduos, as normas coativas não tem a ver com os interesses essenciais da sociedade.

Para João Manuel de Carvalho Santos, baseado na doutrina italiana, a distinção possível de ser feita é entre normas de ordem pública primária, compreendendo as disposições que digam de forma direta ao

---

<sup>91</sup> *Contratos* : Rio de Janeiro: editora Forense, 1987, página 28.

<sup>92</sup> Obra citada, páginas 13 a 19.

bem público, cuja regulação é assunto de interesse de todos, ou secundária, que compreende preceitos e proibições estatuídas no interesse de um indivíduo em particular, ou grupo de indivíduos em específico, visando indiretamente ao bem comum.<sup>93</sup>

A distinção é meramente doutrinária, já que em ambas as hipóteses impõe-se o cumprimento do conteúdo legal pelos particulares, de forma inevitável.

Percebe-se, assim, que há grande insegurança doutrinária e jurisprudencial sobre a definição das normas de ordem pública. Em algumas oportunidades o próprio texto legal é enunciado como de ordem pública, sendo as dúvidas afastadas, o que ocorreu, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor. Em outras oportunidades, contudo, compete ao intérprete apontar, no caso concreto, a natureza de ordem pública, exigindo, se for o caso, o cumprimento obrigatório da disposição.<sup>94 95</sup>

Como bem expressa José Lourenço, “o fundamento das normas de ordem pública é a convicção de que determinadas relações sociais ou estados de vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos à sociedade. Existem relações humanas que pela sua grandeza e importância, são reguladas taxativamente por normas jurídicas, a fim de evitar que a vontade dos particulares perturbe a vida social.”<sup>96</sup>

Baseado em tais idéias, o autor aponta critério de definição de normas de ordem pública, destacando que seriam normas de imperatividade absoluta as normas cujo conteúdo seja objeto imediato da

---

<sup>93</sup> Obra citada, página 275.

<sup>94</sup> Artigo 1º. - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de sua Disposições Transitórias.

<sup>95</sup> Vicente Ráo, em seu O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, editora RT, 1999, à página 217, sustenta que: “não é possível indicar a priori, por via de definição ou conceito geral, todas as normas de ordem pública. É da natureza de cada disposição, da natureza das relações contempladas e das razões sociais determinantes de cada norma, que esse caráter resulta. Certo é, contudo, que no direito moderno, o legislador tende a imprimir esse maior grau de eficácia à disciplina de um número sempre crescente de relações, que, outrora, eram regidas pelas normas meramente dispositivas do direito privado”.

<sup>96</sup> Obra citada, página 138.

Constituição Federal, independente de seu nível hierárquico, o que permitiria assim considerar Leis Complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, por exemplo <sup>97</sup>

O nosso posicionamento não é coincidente com o do autor. É que com a dinâmica da sociedade contemporânea, temo que alguma relação digna de interferência por parte do Estado não se enquadre no critério eleito, deixando desprotegidos os indivíduos economicamente desfavorecidos.

Com a modificação de valores típica dos tempos atuais, novas normas imperativas são editadas, como as que visam proteger os sócios minoritários e terceiros no direito societário atual, especialmente na sociedade limitada regulada no Código Civil de 2002, nem sempre possíveis de serem enquadradas no critério proposto.<sup>98</sup>

Resta claro que o princípio da autonomia privada, entendido como liberdade contratual, sofre consideráveis modificações, devendo atualmente ser considerado na perspectiva do interesse social.

É o alerta que manifesta Alessandro Somma, ao defender que *“há um tempo se acreditava que o combate pela liberdade individual não fosse incompatível com a luta pela emancipação coletiva, entretanto, ao fim do século vinte está muito claro que as duas postulações são contraditórias, necessário é restringir a atuação do indivíduo a fim de prestigiar o interesse geral, o interesse da sociedade.”*<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> Fernando Noronha, em tese de doutorado, intitulada Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas, FADUSP, São Paulo : 1990, páginas 146, defende na mesma linha que : Não admira assim a digamos perda de prestígio do princípio da autonomia provada (ou melhor, da autonomia da vontade, como em tempos mais antigos se dizia) e sobretudo do seu principal corolário, o princípio da liberdade contratual. Tal perda de prestígio era inevitável : afinal, estavam-se tomando meras partes, isto é, o interesse do empresário e a sua liberdade contratual, pelo todo, ou seja, a complexidade de interesses e de valores sociais envolvidos nos contratos.

<sup>98</sup> Destaque-se que no Código Civil de 2002 o artigo 122, ao tratar da licitude das condições, estipula que são lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes ; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Já o artigo 187 indica como ato ilícito aquele decorrente de abuso de direito pelo titular que extrapola aos limites fixados pelo fim econômico ou social, boa fé ou pelos bons costumes.

<sup>99</sup> No original: Tuttavia un tempo si credeva che combattere per la libertà individuale non fosse incompatibile con la lotta per una emancipazione collettiva mentre allá fine del ventesimo secolo à sempre più chiaro Che queste due esigenze sono in conflitto. Em Il Diritto Privato Liberalista. Reflessioni sull Tema

Assim, é que deve ser compreendida a autonomia privada em nossos dias, como defende Norma Juanes :

*“Hoy o principio há de ser entendido como potestad o competência de autorregulación que se ejercita dentro de los limites concedidos Poe el derecho positivo. La autonomía privada debe ser considerada com uma nueva perspectiva, de manera que su ejercicio no solo debe ajustarse a los limites próprios Del derecho imperativo, sino que debe atender además a la justicia intrínseca de lo contratado, a fin de que la regulación proyectada por los particulares no resulte remida com los principios de justicia commutativa que informan la regulación normal del derecho dispositivo.”* <sup>100</sup>

Observe-se que, além das restrições à liberdade de contratar que analisamos, no Código Civil de 2002 estão firmadas diretrizes gerais que configuram restrição à liberdade de fixação do conteúdo contratual. São os princípios que emanam as idéias centrais do novo Código e que influenciarão os intérpretes e aplicadores do direito. <sup>101</sup>

#### 4. PRINCÍPIOS SOCIAIS DOS CONTRATOS

Apontamos no capítulo primeiro que o Código Civil é o núcleo central do qual são irradiadas as regras de direito privado, o que não implica em exclusividade de emanações de valor, evidentemente. Entretanto, as

---

Dell'autonomia Privata Stimolate da Um Recente Contributo, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, ano XXXIV, número 101, maio-agosto de 2001, página 603.

<sup>100</sup> Obra citada, páginas 310\311.

<sup>101</sup> V. Lyra Júnior, Eduardo Messias Gonçalves de : *Os Princípios do Direito Contratual*, Revista de Direito Privado, número 12, outubro de 2002, 135-155 ; Lima, Taisa Maria Macena de : *Princípios Fundantes do Direito Civil Atual*, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, 241-258.

normas e princípios do Código Civil de 2002 assumem papel preponderante em sua conformação, tanto pelo aspecto genérico, no que se refere à aplicação, quanto pelo sentido de inovação e adequação à nova realidade social brasileira.

Impõe-se analisar os princípios que nortearam a elaboração do Código Civil de 2002, já que influenciarão a interpretação e aplicação dos diversos institutos de direito privado, inclusive o contrato de sociedades, assim, como também, especificamente, a sociedade limitada, conforme a lição de Fernando Neto Boiteux :

*“Todas as sociedades nascem como contratos, ainda que as anônimas sejam tratadas, a partir de sua constituição, como instituições. Como o novo Código Civil prevê a função social do contrato (artigo 421) essa função se estende, naturalmente, ao contrato de sociedade, e deve ser entendida como incidindo sobre a sua causa, condicionando todo o exercício da atividade empresarial pela pessoa jurídica “* <sup>102</sup>

Tais princípios sinalizam para os novos tempos em que vivemos, em que resta superada a lógica do individual acima do coletivo, típica do Código de Beviláqua. Contudo, é importante ter em mente que os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios decorrentes da autonomia privada, limitam, isto sim, seu alcance e conteúdo. <sup>103</sup>

Centraremos nossa análise em três idéias bases, socialização, eticidade e operabilidade e seus reflexos, objetivando estabelecer critérios de interpretação e aplicação das normas sobre sociedades limitadas, tendo em mente a lição de Miguel Reale:

---

<sup>102</sup> V. *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*, Revista de Direito Mercantil, Nova Série, volume 125, 48-57, páginas 55.

<sup>103</sup> V. Lobo Netto, Paulo Luiz : *O Novo Código Civil Discutido por Juristas Brasileiros* Campinas: editora Bookseller, 2003, 81-93, página 83.

*“o que importa em uma codificação é o seu espírito, é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam, se sistematizam.”* <sup>104</sup>

A Constituição de 1988 prevê como um de seus fundamentos a solidariedade social, e faz restrições ao direito de propriedade, indicando estar sintonizada com os novos tempos e valores, contudo, a concretização dos princípios enunciados não foi efetiva, o que muito pode ser creditado ao arcaico sistema decorrente do Código de Beviláqua.

Os valores firmados no Código Civil de 2002 influenciarão a interpretação da lei maior, a Constituição de 1988, consolidando o ideário típico da sociedade pós-moderna. Observe-se que não há nesse raciocínio qualquer contrariedade ao entendimento de que o ordenamento jurídico possui estrutura escalonada de normas, hierarquicamente organizadas, mas é que ocorrerá, sem dúvida, modificação na maneira de compreender a Constituição, a partir dos valores enunciados pelo Código Civil, em mecanismo de influência recíproca (Constituição-Legislação infraconstitucional) que não pode ser desprezado, o que nos permite visualizar a efetiva importância dos princípios que analisaremos.

#### 4.1 Princípio da Socialidade

O Código Civil de 2002 tem por traço marcante, como reflexo de sua época, o privilégio do social, ou seja, é centrado na valorização da pessoa humana, sem os excessos da supervalorização da individualidade. Como

---

<sup>104</sup> Em “As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil”, em *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, série Cadernos do CEJ – Conselho da Justiça Federal, número 20, (9-26), página 16.

forma de prestígio ao indivíduo, preponderam os valores coletivos sobre os valores individuais.

A Constituição brasileira de 1988 assimila o novo ideário, fazendo a previsão da dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos, artigo 1º, inciso III, e da solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I. Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, a Constituição Federal condiciona-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens.<sup>105</sup>

O advento do Código Civil de 2002, em perfeita sintonia com as novas idéias, permite maior concretude aos princípios antes narrados, estendendo-os para outras searas do direito privado, que assume novo perfil.

Afastando-se dos valores dos Códigos oitocentistas, rejeitada é a idéia do indivíduo como centro do universo e a propriedade, seu reflexo patrimonial, deixa de ser absoluta, como é percebido pelo teor do artigo 1228, e seus parágrafos, *verbis* :

*“artigo 1228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

---

<sup>105</sup> Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos : (...) III- a dignidade da pessoa humana. (...)

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade justa, livre e solidária. (...)

Artigo 5º. - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes : (...) XXIII - função social da propriedade.

Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios : (...) III – função social da propriedade.

*Parágrafo 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. “*

*Parágrafo 2º.- São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.*

*Parágrafo 3º.- O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.*

*Parágrafo 4º.- O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

*Parágrafo 5º.- No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário ; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.“*

O enfoque social do Código repercute no plano contratual, devendo os contratos ser instrumentos de realização da justiça social,

conforme a lapidar lição de Paulo Luiz Netto Lôbo: “o sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. O modelo liberal tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais. O conteúdo conceitual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele, mas de todo o direito”.<sup>106</sup>

O Código Civil de 2002 dispõe, no artigo 421, sobre a função social do contrato:

*“artigo 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

Impõe a previsão em evidência a análise das normas emanadas do acordo de vontades a partir de sua finalidade, sua função, sua utilidade social. Firmados são os parâmetros que possibilitarão aos intérpretes do direito definir o alcance e extensão de obrigações decorrentes de acordos de vontade.

A função social do contrato é imposta como cláusula genérica, dotada, na visão de Eduardo Sens dos Santos, de vagueza semântica e multissignificação. Conclui o autor que a cláusula é atendida quando possibilite um contrato justo do ponto de vista não só privado, mas também em relação ao interesse social e ao bem comum.<sup>107</sup>

No Código Civil de 2002, o contrato é condicionado ao interesse coletivo, o que significa expressa restrição da liberdade de contratar, o

<sup>106</sup> Em *Contrato e Mudança Social*, RT ano 84, volume 722, dezembro de 1995, página 44.

<sup>107</sup> Em *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais : Exame da Função Social do Contrato*. Revista de Direito Privado, número 10, abril/junho de 2002, editora Revista dos Tribunais, 9-37, páginas 35.

que leva Antônio Jeová Santos a expor que “tanto o direito de propriedade como o de contratar não ficam submetidos ao arbítrio do proprietário, nem do contratante mais forte economicamente. Derruído o esquema do liberalismo, o contrato e a propriedade como símbolos de direito subjetivo individual, extensos e desconhecedores de limitações, passam a ser exercidos não para a satisfação de interesses egoísticos, mas para preencher interesses bem maiores, mais amplos e que evitam o senso individualístico de que se revestiam. As restrições impostas à liberdade de contratar e ao direito de propriedade são exemplos claros de que, ambos, devem satisfazer interesses da sociedade.”<sup>108 109</sup>

Judith Martins-Costa, ao fazer paralelo entre a função social da propriedade e a função social do contrato, destaca que “a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos : atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que a recobriria na codificação oitocentista, das qual fora elevada ao status de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.”<sup>110</sup>

São ainda restrições aos ideais individualista as previsões dos artigos 423 e 424, na medida em que equilibram a relação contratual em função do desequilíbrio econômico das partes :

---

<sup>108</sup> *Em Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*, São Paulo: editora Método, 2002, páginas 121\122.

<sup>109</sup> V. Hironaka, Giselda M. Fernandes Novaes: *A Função Social do Contrato*. Revista de Direito Civil, volume 45, jul\set de 1990, páginas 141-152. V, também, Arnoldi, Paulo Roberto Colombo e Michelan, Tais Cristina de Camargo : *Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada*. Revista de Direito Privado, número 11, jul/set de 2002, editora RT, 244-250.

<sup>110</sup> Em “O Novo Código Civil Brasileiro : em busca da ética da situação”, em *Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo : editora Saraiva, 2002, páginas 88-168, página 158.

*artigo 423 - Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

*artigo 424 - Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. “*

No mesmo sentido, a previsão do artigo 157, do Código Civil de 2002, que introduz no direito nacional a noção de lesão como exceção à regra da obrigatoriedade dos contratos, possibilitando a sua anulação, na forma do artigo 171, que dispõe :

*“artigo 157 - Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.*

*Artigo 171 – Além dos casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico :*

*I- (...)*

*II- por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores “*

Importante, também, a regra de que comete ato ilícito, o que significa revestir-se de nulidade e atrair a obrigação de indenizar, o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo

seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes, conforme o artigo 187 do Código Civil de 2002.

O contrato deve ser encarado como instrumento de realização de operações econômicas, moldado pelo interesse dos particulares e da sociedade, interesses que se estendem à proteção ao indivíduo economicamente mais fraco e à manutenção da justiça social, distribuição mais justa das riquezas e promoção do progresso econômico, concretizados pela atuação do aplicador do direito.<sup>111 112</sup>

## 4.2 Princípio da Eticidade

Por esta idéia central, enuncia-se o sentido de valorização da pessoa humana, como fonte de todos os demais valores. Trata-se de concepção do direito em novos moldes, em que institutos como a propriedade estão subordinados à realização dos interesses das pessoas, não configurando finalidade em si mesmos, ao lado de que, em outra vertente, exige-se das pessoas padrões de comportamentos éticos, transparentes, o que repercute nos deveres decorrentes de relações negociais.

Em primeiro lugar, valoriza-se a pessoa humana, apenas e somente em razão de tal qualidade, fenômeno que é bem percebido por Judith Martins-Costa, ao dispor que opera-se verdadeiro retorno do direito civil, e do direito privado como um todo, aos valores da civilidade: *“se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa - isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de*

---

<sup>111</sup> V. Adriana Mandim Theodoro de Mello, em *A Função Social do Contrato e o Princípio da Boa Fé no Novo Código Civil Brasileiro*, em RT, volume 81, julho de 2002, 11-29.

<sup>112</sup> Oportuno o comentário de Eduardo Sens dos Santos, em *A Função Social do Contrato*, Revista de Direito Privado, número 13, jan/mar de 2003 (99-111), páginas 111: não podem, portanto, ficar alheias ao conceito de função social do contrato as questões que guardem relação com a dignidade do ser humano, com o progresso da sociedade e com a garantia de direitos fundamentais, devendo o magistrado, no caso concreto, pautar-se por esses padrões, mensuráveis objetivamente por meio da jurisprudência. Em outras palavras, o juízo acerca do alcance da função social do contrato deve ser sempre feito de acordo com os padrões de conduta verificáveis na sociedade. E isso, como qualquer outro conceito expresso por cláusulas gerais, deve ser precisado com o tempo, no exercício diário da jurisprudência.

*personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e interesses não mensuráveis economicamente – passa o direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.”*<sup>113</sup>

Sob novo paradigma, afasta-se o novo Código das amarras da segurança jurídica, exacerbadamente resguardada no Código Civil de Beviláqua, para acolher termos genéricos como boa fé, probidade, justa causa, entre outros, que permitem alcançar a concreção jurídica.

Apesar do uso de termos genéricos, demonstraremos a seguir, após a análise dos princípios decorrentes da eticidade, que ao operador do direito é possível tornar concreta a intenção do legislador, sendo esta uma das marcas do novo Código, a sua operabilidade.

Desdobra-se o princípio da eticidade em outros princípios, como o princípio da boa fé e o princípio da justiça contratual que, para Fernando Noronha, em visão sob o nosso ponto de vista restrita, configuram, ao lado do princípio da autonomia privada, a ordem pública interna dos contratos: *“assim autonomia privada, boa fé e justiça contratual constituiriam os três princípios fundamentais dos contratos, constituiriam, poderíamos dizer, a ordem pública interna dos contratos. Nesta perspectiva, as “outras “ordens públicas, aquelas usualmente consideradas como constituindo a (única) “ordem pública” (isto é, a ordem pública tradicional, ou política, voltada para a tutela dos bons costumes, da família, das liberdades individuais, etc..., mais a nova ordem pública econômica) passariam a constituir umas ordem pública externa.”*<sup>114</sup>

#### 4.2.1 Princípio da Boa Fé

---

<sup>113</sup> V. *O Novo Código Civil Brasileiro : em busca da ética da situação*, em Diretrizes do Novo Código Civil Brasileiro, editora Saraiva, São Paulo : 2002, (88-168), página 132.

<sup>114</sup> V. *Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Tese, USP, São Paulo:1990.

Ao abordar o princípio da boa fé, fundamental é que se recorde a distinção entre boa fé objetiva e boa fé subjetiva, não sem antes recordar que tal princípio não configura nenhuma novidade, sendo o direito romano o seu berço histórico. <sup>115 116</sup>

Antonio Musio, tendo em vista o Código Civil Italiano de 1942, e em enfoque centrado no aspecto contratual da boa fé, destaca que “o legislador estabeleceu no Código Civil de 1942 uma série de deveres contratuais que devem ser respeitados pelos contratantes em todos os estágios da vida do contrato”, destacando que tais deveres devem ser enquadrados na categoria de boa fé objetiva, antes destacando que a boa fé que é exigida através da regulação de um fato ou de um comportamento é a objetiva, ao passo que a boa fé que se configura como estado de consciência é a boa fé subjetiva.<sup>117</sup>

Na mesma linha Junqueira de Azevedo, que afasta a confusão entre os conceitos, destacando que “*não se confunde essa boa fé objetiva com a subjetiva que conhecemos de longa data no direito brasileiro, a qual não representa nenhuma novidade. A boa fé subjetiva, começando pelo que é sabido, é uma espécie de conhecimento ou desconhecimento – portanto algo psíquico nas pessoas – que o direito considera especialmente no campo dos direitos reais. A boa fé no usucapião encurta o prazo. A boa fé na questão de frutos dá direito ao possuidor sobre frutos, no caso das benfeitorias, e assim por diante. Esta boa fé é um estado de espírito que, naturalmente, entra no suporte fático para aquisição de direitos, principalmente direitos reais. A boa fé do nosso tema, é a objetiva, uma espécie de comportamento, poderíamos dizer, de*

---

<sup>115</sup> Goron, Lívio Goellner : *Anotações sobre a Boa Fé no Direito Comercial*, Revista de Direito Privado, número 13, 143-157, páginas 144.

<sup>116</sup> Wieacker, Franz : *El Principio General de la Buena Fe*. Tradução de Jose Luis Carro. Madrid: Civitas 1977.

<sup>117</sup> Em *La Bona Fede nei Contratti dei Consumatori*, edizione Scientifiche Italiane, Napoli : 2001, páginas 17 a 19, no original : (...) il legislatore há sancito nel código del 1942 esplicitamente una serie di doveri che i contraenti devono rispettare in tutti gli stadi della vita del contratto. (...) Da um lato, dunque, abbiamo la buona fede che è regola, (oggetiva) di um fatto (artigo 1366cc) o di um comportamento (artigo 1175, 1337, 1358, 1375, 1460, comma 2, 2598, n.3, cc) dall’altro abbiamo la buona fede Che è stato (sogettivo) della coscienza.

*correção, no caso, entre contratantes, ou até entre pré-contratantes na fase, portanto, de tratativas”.*<sup>118</sup>

O princípio da boa fé, objetivamente considerado, impõe a observância de um padrão de conduta, típica do homem médio, de acordo com as condições do caso concreto.

Não previsto de forma expressa no Código Civil de 1916, é explicitado no Código Civil de 2002 em diversos dispositivos, ora importando em instrumento de auxílio ao intérprete na definição do conteúdo contratual, ora atuando como expressa limitação da atuação dos particulares, que devem se posicionar eticamente, ensejando a anulação de negócios jurídicos ou estabelecendo padrões de comportamento a serem seguidos, não apenas durante o contrato, mas também na fase pré-contratual e após o contrato. <sup>119 120</sup>

Como elemento útil e condicionante da interpretação dos negócios realizados, é previsto nos artigos 112 e 113, do Código Civil de 2002 verbis : <sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Em “O Princípio da Boa Fé nos Contratos”, em *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ- Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, número 20, páginas 121-132, página 123.

<sup>119</sup> No Código de Defesa do Consumidor é previsto o princípio da boa fé objetiva, nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, verbis: artigo 4º. - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e esperança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios : (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 da CF), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. artigo 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que : (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade (...).

<sup>120</sup> Menezes Cordeiro, em *A Boa Fé como Regra de Conduta*, volume I, Coimbra, Almedina, 1985, páginas 648\649, destaca o papel de restrição à autonomia privada exercido pelo princípio da boa fé: “*Impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa fé: ela reduz a margem de discricionariedade da atuação privada, em função de objetivos externos*”.

<sup>121</sup> **Na linha do que pioneiramente houvera sido estabelecido no artigo 131 do Código Comercial :**

**artigo 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases : 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras ; (...)** “

*“artigo 112 - Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*

*artigo 113 - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração.”*

Compete ao aplicador do direito, na definição do conteúdo contratual, observar a intenção e comportamento dos contratantes, bem como as suas expectativas recíprocas, firmando com exatidão o alcance e responsabilidades dos participantes no negócio jurídico. <sup>122</sup>

De forma genérica, como fundamento para restringir a atuação dos particulares, exigindo padrões de comportamento, consta o princípio da boa fé no artigo 422, do Código Civil de 2002, que dispõe :

*“artigo 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da boa fé e da probidade “*

Observe-se que, embora o dispositivo tenha predicado a aplicação do princípio na conclusão e execução do contrato, a doutrina tem conduzido o entendimento de que na fase pré-contratual, bem como na fase posterior ao contrato, mister se faz aplicar o princípio da boa fé. Em verdade, entendimento diverso levaria à inutilidade do princípio em inúmeros casos, já que o conteúdo das relações é firmado na fase de tratativas, sendo a fase pós-

---

<sup>122</sup> Junqueira de Azevedo, na obra citada, aponta que quatro são os pressupostos a fim de que se possa ser concretizada pelo intérprete a idéia de boa fé : a expectativa, formada a partir do comportamento das partes ; fundamento da expectativa, que seja realmente baseada no comportamento não em meras ilusões ; investimentos em relação à expectativa e causa da expectativa vinculada à atuação da outra parte, páginas 127\128.

contratual fundamental para o bom resultado do negócio realizado, que pressupõe assistência técnica de fácil acesso e eficiente, assim como lealdade entre os antigos contratantes.<sup>123</sup>

Com a intenção de configurar explícito limite aos direitos subjetivos, prevê o artigo 187 que :

*“artigo 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes. “*

Trata-se de dispositivo que permitirá efetiva eficácia ao princípio da boa fé, instrumento de imposição de comportamento adequado aos contratantes, sem necessidade de demonstração de culpa ou dolo.

Esclarecedora, sobre o tema, é a lição de Gerson Luiz Carlos Branco: *no artigo 187 a boa fé é usada como um limite interno do direito subjetivo, pois o direito que for exercido contrariamente à boa fé é considerado abusivo e o ato é classificado como ilícito. Esse artigo do novo Código tem sofrido críticas desde a sua feitura na década de 70, sob o argumento de que foi consagrada a feição das teorias externas subjetivas, que obrigam a vítima do ato abusivo a provar um ato ilícito culposo. Tal crítica não tem qualquer fundamento, pois apesar de o artigo 187 do Código Civil de 2002 fazer referência a um ato ilícito, não diz respeito ao ato ilícito do artigo 159 do Código Civil de 1916. Ocorre que, atos ilícitos podem ser absolutos ou relativos, vem como podem exigir ou prescindir de culpa. No caso, o dispositivo não exige culpa, mas que no exercício*

---

<sup>123</sup> Junqueira de Azevedo, em *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado*, RT\Fasc. Civ. Ano 87, v 750, abril de 1988, página 116, defende que *a boa fé objetiva se estende da fase pré-contratual à pós-contratual, criando deveres entre as partes, como o de informar, o de sigilo e o de proteção. Na fase contratual propriamente dita, esses deveres passam a existir paralelamente ao vínculo contratual ; são deveres anexos ao que foi expressamente pactuado. Da mesma forma, Moreira Alves em A Boa Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro, Revista Roma e América, Roma, volume 7\99, 1999.*

*o titular “exceda” os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.* <sup>124</sup>

Especificando o princípio no aspecto em abordagem, Judith Martins-Costa destaca que *“ao operar negativamente, de forma a impedir ou a sancionar condutas contraditórias, a boa fé é reconduzida à máxima que proíbe venire contra factum proprium. Essa expressão indica uma especificação da antiga Teoria dos Actos Próprios, tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao alter para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade. (...) Trata-se de regra de fundo conteúdo ético que, por refletir princípio geral independe de recepção legislativa, verificando-se nos mais diversos ordenamentos como uma vedação genérica à deslealdade. Na proibição do venire, incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o factum proprium) contrariado pelo segundo.”* <sup>125</sup>

A concepção de Junqueira é assemelhada, já que defende que *“o princípio da boa fé, que veio corrigir eventuais excessos do subjetivismo individualista, além de impedir o venire contra factum proprium, impõe também a manutenção de uma linha de conduta uniforme, quer a pessoa esteja na posição de credor quer na de devedor.”* <sup>126</sup>

#### 4.2.2 Princípio da Justiça Contratual

---

<sup>124</sup> Em “O Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no Código Civil de 2002”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: editora Saraiva, 2002, página 62.

<sup>125</sup> Em “A Boa Fé como Modelo (Uma Aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale)”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, editora Saraiva, São Paulo : 2001, páginas 214\215.

<sup>126</sup> Em *Interpretação do Contrato pelo Exame da Vontade Contratual*, Revista Forense, volume 351, 275-283, página 280.

Por princípio da Justiça contratual entenda-se a diretriz genérica de que as obrigações devem obediência a certo equilíbrio, definido pelas partes nos termos da lei, que as vincula e protege das alterações posteriores.

Deve-se afastar o aniquilamento de qualquer dos contratantes, tornando-se efetiva a solidariedade prevista na Constituição Federal, compreendendo-se que a idéia de justiça contratual não é mais moldada pelos contornos do voluntarismo contratual.<sup>127</sup>

Dentro desse contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo aponta que talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência das prestações. Este princípio, segundo o autor, *“preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, tal como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.”*<sup>128</sup>

A previsão da necessidade de justiça contratual é existente em diversos artigos do Código Civil de 2002, como na aceitação da teoria da resolução por onerosidade excessiva (artigos 478, 479 e 480) e do instituto da lesão (artigo 157), e ainda nos artigos 317, 396 e 413.

Ao admitir a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, resguarda o legislador o equilíbrio da equação contratual, em face de modificações extraordinárias e imprevisíveis :

---

<sup>127</sup> V. Nalin, Paulo: *A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro*, Revista de Direito Privado número 12, out/dez de 2002, 50-60.

<sup>128</sup> Em *Contrato e Mudança Social*, em RT 722, dezembro de 1995, (40-45), página 44.

*“artigo 478 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.*

*artigo 479 - A resolução poderá ser evitada , oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.*

*Artigo 480 – Se no contrato as obrigações couberem apenas a uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva “*

O legislador procurou afastar as prestações desproporcionais em outras situações, a teor do artigo 317, que regula o objeto do pagamento e sua prova, dispondo que, quando por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.<sup>129</sup>

Eventual hipótese que não possa ser resolvida com as normas decorrentes dos artigos antes referenciados enseja a possibilidade de

---

<sup>129</sup> artigo 317 – Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta ente o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

aplicação das normas sobre enriquecimento sem causa, descritas nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002.<sup>130</sup>

A preocupação em resguardar a justiça contratual vai além da alteração do equilíbrio contratual por eventos imprevisíveis e extraordinários, sendo admitida a hipótese de lesão, descrita no artigo 157, como apontamos ao analisar, anteriormente, o princípio da socialidade.

Com a lesão é possível pleitear a anulação de contrato firmado sob premente necessidade ou por inexperiência, em que uma das partes admite prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, sendo a desproporção aferida segundo os valores vigentes à época da celebração do negócio jurídico. Trata-se de hipótese de anulabilidade do negócio, que não será decretada se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito excessivo.

Já no artigo 396, ao regular a mora, o Código Civil de 2002 dispõe que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor não incorre este em mora, estabelecendo critérios que evitam a configuração indevida da mesma.<sup>131</sup>

Na regulação da cláusula penal, no artigo 413, o novo Código permite a redução da penalidade pelo juiz, equitativamente, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> artigo 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único – Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem à época em que foi exigido.

artigo 885 - A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Artigo 886 – Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

<sup>131</sup> artigo 396 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

<sup>132</sup> artigo 413 - A penalidade deve se reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Todas as hipóteses narradas tem por objetivo a prevalência do valor maior de equilíbrio da relação contratual pactuada, na forma da lei, e o afastamento de qualquer oneração excessiva.

Sob outra concepção, em que é objetivado o equilíbrio da relação material entre os contratantes, o princípio da justiça contratual justifica a imposição de normas cogentes nos contratos entre particulares, configurando restrição à liberdade de contratar, como suscitam Kötz e Flessner :

*“Onde as partes são desiguais em poder de barganha, onde a paridade contratual é perturbada, e a parte mais fraca precisa de proteção, deve a liberdade contratual deixar de ser restringida por normas imperativas ? Não é tempo de o princípio da liberdade contratual ser substituído ou complementado pelo princípio da justiça contratual ? “* <sup>133</sup>

Percebe-se, assim, a importância fundamental do princípio da justiça contratual no sistema estabelecido pelo Novo Código Civil.

---

<sup>133</sup> Kötz, Hein e Flessner, Axel ; European Contract Law, vol. 1, *Formation, Validity and Content of Contracts ; Contract and Third Parties*. Tradução de Tony Weir. Nova York : Oxford, 1997, pág. 11.

### 4.3 Princípio da Operabilidade

O efeito e alcance do princípio da operabilidade são bem descritos por Reale, em comentário ao então Projeto de novo Código Civil: *“o terceiro princípio que norteou a feitura deste nosso projeto – e vamos nos limitar a apenas três, não por um vício de amar o trino, mas porque não há tempo para tratar de outros, que estão de certa maneira implícitos nos que estou analisando – é o princípio da operabilidade. Ou seja, toda vez que tivemos de analisar uma norma jurídica e, havia divergência entre ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do direito a sua realizabilidade ;o direito é feito para ser executado; direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O direito é feito para ser realizado; é para ser operado. (...) Isto posto, o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar seu conteúdo mediante aquilo que denomino “estrutura hermenêutica”. Porque, para mim, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura*

*normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental porque é aquele modelo dogmático e teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam.*<sup>134</sup>

Significa o princípio da operabilidade, que é diretriz genérica do Código Civil de 2002, a efetiva aplicação de suas normas, não firmadas para serem letra morta.

Entendo que o princípio alcança duas vertentes, uma estabelecendo meios de efetivar os demais princípios constantes do Código e, outra, tornando o Código Civil um sistema aberto, a partir de cláusulas gerais, em que compete ao aplicador do direito definir o conteúdo das normas, permitindo a constante atualização das mesmas.

No âmbito contratual, são exemplos de meios para o alcance da efetividade dos princípios previstos pelo Código Civil, o princípio da boa fé, o princípio da justiça contratual e o princípio da socialidade, assim como também, a expressa previsão da resolução dos contratos ante a onerosidade excessiva ; a admissão da lesão como hipótese que enseja o pleito de anulação dos contratos e o enquadramento do exercício de direitos que excedam manifestamente os limites impostos pelos bons costumes e pela boa fé como ato ilícito. Com tais mecanismos, permite o Código maior segurança aos particulares, facilitando a realização de atos negociais.

Já as cláusulas gerais, freqüentes ao longo do Código, como função social, boa fé, proibidade, bons costumes, ordem pública, etc, permitem a configuração do Código Civil de 2002 como um sistema aberto, que pode ser atualizado pelos aplicadores, sempre se revestindo de atualidade, o que permite a efetiva aplicação de seus preceitos.

---

<sup>134</sup> “As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil”, em *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, série Cadernos do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, páginas 9-26, páginas 18\19.

## 5. ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM PÚBLICA E PRIVADA

A conformação do Direito Público, decorrente da idéia de que ao interesse particular pode ser oposto o interesse de toda a coletividade, é vinculada de forma direta à idéia de Estado, ao perfil que assume e às funções que exerce, ou seja, à forma com que se relaciona com os particulares.

### 5.1 Estado e Atividade Econômica

Analisar as formas de intervenção do Estado na atividade econômica, ou seja, analisar o perfil que assume o Estado, significa, em perspectiva Jurídica, compreender como se configura o ordenamento econômico de um país.

Inicialmente, convém esclarecer que conceito mais amplo do que o de intervenção estatal é o de atuação do Estado, que transmite a idéia de prestação de serviços públicos ou de exercício de atividade econômica. Já intervenção significa atuação em área de outrem, ou seja, ação do Estado no âmbito restrito dos particulares. Eros Grau nos dá a medida exata da diferenciação:

*“Intervenção indica, em um sentido forte, isto é, na sua conotação mais rigorosa, no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, significa ação do Estado, tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito ; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.”*<sup>135</sup>

Contemporaneamente, com a superação do Estado liberal clássico, surge o Estado Social, sendo sua característica fundamental a atuação marcante nas áreas econômica e social, assumindo a feição de Estado do Bem-Estar ou Estado Providência, cujo perfil é bem delineado por Paulo Luiz Netto Lobo: *“O Estado Social, sob o ponto de vista do direito, deve ser entendido como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal (limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, que atingiu seu apogeu no Século XIX) a dimensão econômica e social, mediante a limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas. As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado Liberal.”*<sup>136</sup>

A crise do Estado social, incapaz de atender as demandas sociais crescentes, ante a realidade da restrição das receitas públicas, tem transformado o perfil do Estado contemporâneo, sujeito a sucessivas reformas estruturais e modificações de seu papel perante a sociedade, a exemplo do que tem ocorrido com o Estado Brasileiro.

---

<sup>135</sup> Grau, Eros Roberto: *A Ordem Econômica na Constituição de 1998*. São Paulo: Editora RT, 1992, página 137.

<sup>136</sup> *O Novo Código Civil- Discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas : Editora Bookseller, 2003, pág. 81.

Ao Estado contemporâneo, em transformação, são atribuídas cada vez mais funções de regulação, através de medidas administrativas ou legislativas, utilizadas para determinar, controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos. Por outro lado, cada vez menos é permitido ao Estado atuar como Estado-empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços, como destaca José Eduardo Faria:

*“Recorrente na agenda pública, o tema da reforma do Estado ganhou nova dimensão após a internacionalização dos fluxos financeiros, a integração das economias periféricas aos mercados globais, a reorganização dos padrões de produção propiciada pela expansão tecnológica e o advento das técnicas de comunicação em tempo real, que intensificaram a circulação de informações, bens, serviços e capitais, e, com isso, colocaram em patamares novos e inéditos a gestão da riqueza capitalista contemporânea.*

*Antes da década de 1980 esse debate destacava-se por valorizar o papel do Estado como controlador, diretor, produtor direto de bens e serviços, planejador e até mesmo árbitro dos conflitos nos quais era parte, a fim de que pudesse garantir o pleno emprego em economias relativamente fechadas e autocentradas, ajustar a demanda às necessidades criadas pela oferta e manter a negociação coletiva dentro dos limites compatíveis com os níveis de crescimento. Na década imediatamente seguinte, ele se caracteriza por enfatizar a desregulação da economia, a abertura comercial, a revogação dos monopólios públicos e privatização de empresas públicas.*

*Já a partir da década de 1990 as prioridades passaram a ser a adequação da economia nacional globalizada, a manutenção da disciplina fiscal, a continuidade da estabilidade monetária, a desoneração da administração direta em favor de órgãos descentralizados, a abertura à concorrência de setores antes proibidos ou de*

*acesso controlado e a introdução de formas empresariais de gestão e de direção nas atividades que continuaram sob responsabilidade governamental.”<sup>137</sup>*

Clarissa Sampaio Silva, compreendendo a mesma realidade, aponta as razões e efeitos da modificação do Estado Social :

*“O século XX assistiu a importantes transformações relativas à função do Estado na economia, que vão desde a superação de sua forma liberal, cuja atuação de dava, principalmente, mediante a polícia administrativa, compreendendo ainda a realização de investimentos de infra-estrutura de caráter geral, predominando, no mais, um absenteísmo, passando ao Estado Social, intervencionista, promotor do bem-estar, prestador de serviços públicos, resultando, mais recentemente, naquilo a que se vem chamando, a partir da década de 80, finais da década de 70, de Estado Pós-Social, Estado Regulador.*

*Esse novo modelo é um produto da crise do Estado Social, cujas razões apontadas em regra pela doutrina, são as seguintes: crescimento desmesurado da máquina estatal (figura do polvo de mil tentáculos de Norberto Bobbio); crescente endividamento público; falta de recursos para seu financiamento; desproporção entre demandas crescentes de provisões materiais e incapacidade do sistema para fazer frente a elas; ausência de controle das empresas estatais e sua ineficiência.*

*Como resultado, tem-se a paulatina saída do Estado tanto do exercício de atividades econômicas, quanto da prestação de serviços públicos, o que, quanto à organização, acarretou um enxugamento da máquina estatal mediante a privatização de empresas públicas e dos próprios serviços públicos. Assiste-se ainda*

---

<sup>137</sup> Faria, José Eduardo (Organizador): *Regulação, Direito e Democracia. Introdução*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, páginas 07e 08 :

*a uma fuga para o direito privado, uma busca maior da contratualidade e consensualidade administrativas, embora presentes tais diretivas no Estado Social, de forma apenas alternativa”* <sup>138</sup>

No Brasil, a partir da década de 1990, pode-se apontar um esvaziamento das funções do Estado empresário, através do processo de privatizações de empresas estatais, deixando o Estado de intervir de forma direta na atividade econômica, passando a ser valorizada a atividade regulamentadora do exercício da atividade econômica por particulares, como é exposto por Lessa Matos. <sup>139</sup>

O artigo 173, da Constituição Federal, baliza a atuação do Estado nas hipóteses de intervenção por absorção ou participação, situações em que o Estado atua diretamente no setor privado, sob regime de monopólio ou em concorrência com particulares. Dispõe a regra constitucional que, ressalvados os casos nela expressos, a exploração direta de atividade econômica somente poderá ocorrer em caso de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos termos descritos em lei.

Nas demais hipóteses de intervenção, intervenção por direção e intervenção por indução, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade

---

<sup>138</sup> Silva, Clarissa Sampaio. *A Administração Pública no Contexto do Estado Pós-Social: Os Fenômenos da Privatização, da Regulação e os Novos Agentes Reguladores*, em *Direito Público em Destaque*, Revista da Procuradoria da União no Estado do Ceará, ano I, volume 01, 2003.(49-77), páginas 50 e 51.

<sup>139</sup> Lessa Matos, Paulo Todescan: “Regulação Econômica e Democracia : contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil”, em *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo : Fundação Perseu Abramo, 2003.(43-66), páginas 55 e 56: *A partir de 1990, com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031/90, o Estado brasileiro passa a mudar a sua forma de atuação como agente produtor de bens e serviços em determinados setores da economia, iniciando um longo processo de privatização das empresas e intensificando a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Nesse contexto, passa também a redimensionar sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, voltando-se para a criação de agências de regulação e intensificação da defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor. (...) No plano Jurídico, o projeto de reforma do Estado vem sendo implementado desde a aprovação da Lei 8031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização. Quanto aos seus aspectos regulatórios, segundo as diretrizes apontadas pelo Conselho de Reforma do Estado, pode-se verificar, a partir de 1995, a aprovação de uma série de emendas constitucionais e a promulgação de leis destinadas a formular o aparato jurídico-institucional para implementar e garantir a flexibilização de monopólios, a concessão de serviços públicos à iniciativa privada e as privatizações.*

econômica, de acordo com os contornos fixados no artigo 174, da Constituição Federal. Com a forma de intervenção por direção, intervenção indireta ou diretiva, o Estado orienta e traça a política econômica estrita, com vistas a certas finalidades prefixadas. Já na intervenção por indução, o Estado atua incentivando a prática de condutas consideradas importantes. Pode ser negativa ou positiva, como, por exemplo, a tributação excessiva de determinada atividade, a fim de que seja evitada a sua prática ou a concessão de incentivos fiscais para a realização de determinados empreendimentos.

Parece-nos que a abrangência e alcance do direito público tem se transformado, tanto em consequência de modificações operadas na seara do Direito Privado, como, principalmente, em razão das modificações pelas quais tem passado o Estado. Hodiernamente, concebe-se o Estado de forma menos abrangente do que no passado, cuja intervenção na seara econômica somente é possível em hipóteses excepcionais.

## 5.2 Estado e Funções do Ordenamento Jurídico

A análise do Direito em uma perspectiva funcional tem por objeto o oferecimento de respostas aos seguintes quesitos: para que serve o Ordenamento Jurídico ? Qual a sua finalidade ? Em segundo plano estão os questionamentos sobre a sua estrutura e forma. <sup>140</sup>

As finalidades a que serve o ordenamento jurídico estão diretamente vinculadas ao grupo social que o emana. Na perspectiva do estado liberal clássico, caracterizado pela ausência de políticas governamentais de intervenção na atividade social, inexistente espaço para qualquer outra função que não as mais tradicionais, de proteção e repressão, típicas do *Estado garantista*, que somente atua como instrumento de controle social. A função protetora é a função de resguardo dos interesses julgados essenciais pelos que fazem a lei. Já a função repressiva, destaca-se pela repressão, coibição dos atos que são contrários ao que é protegido.

Com a evolução do Estado, com a concepção do que se convencionou chamar de Estado social, ou Estado do bem-estar social, o direito passa a servir não apenas para reprimir condutas e proteger valores socialmente tidos como corretos, ao contrário, tem a finalidade de incentivar, promover condutas que sejam interessantes ao convívio das pessoas. O Estado passa a servir como instrumento de controle e de direção social.

A concepção clássica do direito como ordenamento coativo é fundada na idéia da maldade inata dos seres humanos, cuja tendência antisocial deveria ser controlada. Já a idéia do direito como ordenamento de

<sup>140</sup> Bobbio, Norberto : Dalla Struttura alla Funzione. Edizione di Comunità, 1977.

direção social parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, que deve ser estimulado, provocado.

A superação do Estado do bem-estar social, conseqüência da carência de recursos em face de demandas sociais crescentes, não afastará a utilização do ordenamento jurídico como instrumento de direção social. Um dos escopos mais importantes do ordenamento jurídico é a promoção de condutas interessantes à sociedade, seja qual for a feição e formato de organização do Estado.

Na verdade, a utilização da função promocional do Direito é a maneira mais eficaz de realizar as intervenções na economia por direção e indução, previstas no artigo 174, da Constituição Federal Brasileira, através das técnicas de encorajamento e desencorajamento.

Desencorajamento é a operação pela qual há a influência sobre o comportamento de indivíduos, comportamento comissivo ou omissivo, criando obstáculos a sua realização ou atribuindo conseqüências indesejadas. Já a técnica de encorajamento consiste em uma influenciar o comportamento de outrem, omissivo ou comissivo, facilitando-o ou atribuindo-lhe conseqüências agradáveis.

No direito nacional, no âmbito da proteção ambiental, freqüentes são os exemplos de utilização do ordenamento jurídico como instrumento de promoção ambiental. Alguns Estados da Federação brasileira, por exemplo, distribuem parcela maior da arrecadação do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços aos municípios que protegem seus mananciais ou são obrigados a utilizá-los de forma restrita. O valor maior, proteção ao meio ambiente, é resguardado, através de incentivos promovidos pelo Estado, mediante a utilização de normas jurídicas.<sup>141</sup>

<sup>141</sup> No Estado do Paraná, a Lei Complementar Estadual 59\91 (Lei do ICMS Ecológico) estabelece critérios para repasse de verbas referentes ao ICMS aos Municípios daquele Estado, considerando aspectos de proteção ambiental. Como técnica de desencorajamento, pode ser citada a Lei Estadual 906, de 25 de setembro de 1986, do Município do Rio de Janeiro, que proíbe a concessão de benefícios no pagamento de créditos tributários devidos ao Município em referência às empresas que agridem ao meio ambiente.

### 5.3. Privatização do Direito Público

Fenômeno atual, que implica em modificação na seara do direito público, é o que tem sido denominado pela doutrina como privatização do direito público, muito bem descrito por Habermas: *“Com a fuga do Estado para fora do direito público, com a transferência de tarefas da administração pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do direito privado, ou seja, a privatização do direito público. Os critérios clássicos do direito público tornam-se caducos uma vez que a administração pública se utiliza de meios do direito privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar : pois o sistema organizado do direito público não impede, por exemplo, um fornecedor da comunidade de entrar numa relação de direito privado para com seus “clientes “ ; muito menos a ampla regulamentação de uma tal relação jurídica exclui a sua natureza jurídica privada.”*<sup>142</sup>

Giorgianni também percebe a nova realidade, descrevendo-a: *“...como conclusão deste processo de privatização da atividade de direito privado da administração pública, pode-se afirmar que se o poder público se torna proprietário, empresário, trabalhador (por exemplo, empreiteiro de serviços) perde tendencialmente a sua natureza de poder público e entra no âmbito do direito comum.”*<sup>143</sup>

Com o fenômeno da privatização do direito público, exterioriza-se a idéia de despojamento do Estado de sua soberania para atuar em condições de igualdade com os indivíduos.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Ob. citada, páginas 180.

<sup>143</sup> Ob. citada, página 53.

<sup>144</sup> V. Wald, Arnoldo: "Um Novo Direito para a Nova Economia : A evolução dos Contratos e o Código Civil", em O Direito Civil no Século XXI. São Paulo, editora Saraiva, 2003, 73-93, página 91: Efetivamente, enquanto se falava, há algum tempo, da publicização do direito privado, já se admite hoje um movimento pela privatização do contrato de direito administrativo, despojando-se, em certos casos, o Poder Público da sua soberania para atuar como se fosse um particular.

No direito nacional é exemplo deste processo a recente revogação do artigo 142, da lei 6404\76, através da lei 10303\2001. O aludido dispositivo, em sua antiga redação, vedava, expressamente, a possibilidade de falência à sociedade de economia mista. Artigo de redação polêmica, já que conflitava com a Constituição Federal, cujas disposições estipulam a regência das sociedades de economia mista por regras de direito privado, era bastante criticado pela doutrina, por ofensa ao disposto no artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal Trata-se de demonstração evidente da regulação da atuação do Poder Público por normas de direito comum.<sup>145</sup>

Bobbio analisa a questão por um enfoque diferenciado, em contexto que aborda tanto a publicização do direito privado como a privatização do direito público, privilegiando a relação entre Estado e Sociedade Civil:

*“Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.*

O

*Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação da tradicional figura do contrato “<sup>146</sup>*

---

<sup>145</sup> Constituição Federal artigo 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Parágrafo 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de sua subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (...).

<sup>146</sup> Obra citada, folhas 27.

É em tal contexto que Bobbio destaca que a dicotomia entre direito público e direito privado é total, posto que nada no universo jurídico a ela é alheio, seja qual for o seu critério de fundamentação.<sup>147</sup>

## 6. SOCIEDADE LIMITADA NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

---

<sup>147</sup> Em Dalla Struttura alla Funzione. Milano : edizione di comunità, 1977, páginas 149\150.

## 6.1 Condições Históricas para o Surgimento das Sociedades Limitadas

Na seara do direito privado, a técnica é fruto da necessidade histórica, ou seja, as formas, as estruturas jurídicas, são criadas para permitir a resolução de demandas sociais que, por sua vez, situam-se historicamente.

A aludida assertiva é inteiramente aplicável aos tipos societários. Cada um deles surgiu em função de um motivo específico. Cada forma societária apresentou-se, no momento de sua criação, como um eficaz instrumento para permitir ou facilitar o exercício coletivo da atividade comercial.

As sociedades comerciais, transformadas em empresariais pelo Código Civil de 2002, com o perfil que atualmente assumem, não são derivações das antigas “*societas*” romanas, decorrem da prática comercial medieval. Entretanto, deve ser destacado que o direito romano foi importante na adoção de certas regras de direito societário, mesmo sem previsão de sociedades tipicamente comerciais, como expõe José Waldecy Lucena: *“embora seja inegável a formação dos tipos societários atuais na prática comercial medieval, a origem das sociedades remonta a priscas eras. Tipos embrionários de sociedades contratuais foram identificadas no direito babilônico, no direito fenício, no direito grego e em outros mais. O Código de Hamurabi continha mesmo, em seu artigo 99, a regra de que “ se um homem deu a outro homem dinheiro em sociedade, o lucro e as perdas que existem eles partilharão diante de Deus, em partes iguais “, a qual foi recolhida pelo direito romano, que a estendeu a todos os tipos de sociedades”.*<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> *Das Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 4ª.ed. São Paulo : Renovar, 2000, pág. 02 e 03.

Cada sociedade comercial, hoje existente, foi criada em função de uma demanda histórica específica, servindo de instrumento para o exercício da atividade comercial de forma adequada aos anseios de pessoas de uma determinada época. Normalmente foram criadas com base no costume, com a prática reiterada pelo grupo social, sendo posteriormente reguladas pelo Estado, com exceção da sociedade limitada, cuja criação foi obra do legislador.

As sociedades em comandita simples e as sociedades em conta de participação, por exemplo, são derivadas do antigo contrato de comenda. Tal contrato serviu de meio para permitir o exercício da atividade comercial em fase histórica em que tal exercício era dificultado por fatores sociais e políticos. A Igreja Católica Apostólica Romana, à época, detentora do poder temporal, proibia a usura, afugentando o indivíduo comum do exercício de atividade que potencialmente pudesse implicar em tal prática. Por outro lado, o contrato de comenda começou a ser praticado em época de modificação dos modos de produção, na seara econômica o feudalismo dava margem ao mercantilismo, iniciavam-se atividades urbanas típicas nas recentes cidades e aglomerados. Os antigos senhores feudais, ainda detentores de recursos financeiros, tinham grande dificuldade em aplicá-los na atividade comercial, precisando do auxílio de comerciantes já estabelecidos, ao mesmo tempo em que não desejavam estar pessoalmente envolvidos com a prática da aludida atividade. Surgiu o contrato de comenda como uma forma de exercício do comércio simuladamente, no qual as pessoas entregavam recursos aos mercadores, participando posteriormente da divisão dos lucros, atendendo plenamente aos anseios daquele período histórico.<sup>149</sup>

Em fase posterior, em razão de sua regulamentação pelo Estado, as sociedades antes referidas se diferenciaram, passando cada uma a ter regime próprio.

---

<sup>149</sup> Jorge Caldeira, em *Mauá - Empresário do Império*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, descreve às folhas 93 a utilização das sociedades em conta de participação no Brasil imperial e escravocata : Uma das formas mais comuns de associar o tráfico de escravos ao tráfico de influência era a cotização das expedições africanas. De maneira geral, o esquema funcionava da seguinte maneira : os gastos do equipamento do navio (salários da tripulação, aguardente e tabaco para o escambo, dinheiro para o comandante) eram somados. Depois, os traficantes ofereciam pequenas cotas de cada viagem a pessoas influentes ou parentes importantes, que ganhavam direito a participar do resultado em troca de um pequeno investimento. Na volta da expedição, o comerciante dividia o lucro das vendas com os cotistas.

As limitadas foram criação legislativa da segunda metade do século XIX, em razão de necessidades próprias que ensejaram a sua criação. Ao tempo da criação da limitadas, facultava-se aos particulares o exercício da atividade comercial coletivamente através das sociedades de pessoas ou das sociedades anônimas. A opção pelo exercício do comércio através de uma das sociedades de pessoas implicava, necessariamente, na atribuição de responsabilidade ilimitada a pelo menos um dos sócios, situação da qual os que se associam procuram fugir. Por outro lado, a opção pelo exercício do comércio através das sociedades anônimas, o que permitiria a limitação da responsabilidade de todos os sócios, era extremamente dificultada, posto que a companhia sempre exigiu demasiado formalismo para a sua constituição, podendo-se afirmar que a sua estrutura não é compatível com pequenos e médios empreendimentos.

Percebe-se, claramente, que a comunidade ansiava por um tipo societário que permitisse a limitação da responsabilidade de todos os sócios sem, entretanto, exigir o formalismo peculiar às sociedades anônimas. Ante o vazio jurídico, estavam postos os pressupostos fáticos para a criação da sociedade limitada. Ao contrário dos demais tipos societários, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada não decorreu da prática comercial medieval, antes teve a sua criação emanada por via legislativa.

## 6.2 Previsões Legislativas Pioneiras

O espírito prático inglês levou à criação da *limited by guarantee*, tipo societário que permitia a limitação da responsabilidade dos sócios

até o valor expressamente estipulado no contrato social, conforme previa a lei de 07 de agosto de 1862.<sup>150</sup>

Na França, a Lei de 23 de maio de 1863 criou tipo societário assemelhado, baseado na experiência inglesa. Tratava-se, na verdade, apenas de uma simplificação das regras do anonimato, ou seja, possibilitava-se a constituição de forma societária em que todos os sócios limitavam a sua responsabilidade sem a necessidade do atendimento dos formalismos inerentes à sociedade anônima que, à época, exigia autorização estatal para funcionar. Tal lei vigorou em curto espaço de tempo, tendo sido ab-rogada pela lei de 24 de julho de 1867.

Influenciado pela legislação antes citada, o Ministro dos Negócios Jurídicos do Brasil, Nabuco de Araújo, em 1865, tentou criar a sociedade limitada em nosso país, entretanto, o projeto foi rejeitado pelo imperador.

Através da lei de 29 de agosto de 1892, criou-se na Alemanha a Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung ( GMBH ), descrita como uma sociedade de base contratual, entretanto, bem aproximada das companhias. Entre outros aspectos, a GMBH aproxima-se das sociedades anônimas pelo nível de responsabilidade atribuído aos sócios, pelo caráter de comercialidade que lhe é sempre atribuído, independentemente de seu objeto, como historicamente ocorre com as sociedades anônimas e pela atribuição de personalidade jurídica, característica típica das sociedades de capitais naquele ordenamento.

Foi a experiência alemã, e não a inglesa, que permitiu a maior divulgação do tipo societário das limitadas, influenciando os ordenamentos jurídicos vinculados ao sistema jurídico romano-germânico.

---

<sup>150</sup> Posteriormente tal lei foi consolidada no The Companies Act, de 30 de junho de 1948, conforme leciona Waldemar Ferreira em seu *Tratado de Direito Comercial*, volume III, página 384, baseado nas idéias de Arthur Curti em *Manuel de Droit Civil et Commercial* e A. Meliot, em *La Nouvelle Loi Anglaise sur les Societé par Actions*.

Na verdade, no direito inglês a limitada assemelhava-se muito mais às sociedades de capitais, configurando-se como uma espécie simplificada de sociedade anônima, com modificações quanto ao modo de formação (o capital passou da forma pública para a privada), ao número de sócios (o número mínimo de sócios passou a ser dois, não sete como nas sociedades anônimas, sendo o número máximo 50) e cessão das quotas sociais (foi dificultada a cessão de quotas).

Seguindo o exemplo da legislação alemã, o ordenamento jurídico português regulou a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com a lei de 11 de abril de 1901. A legislação portuguesa foi a segunda do mundo a regular a sociedade limitada. No direito português o novo tipo societário foi nomeado sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

O Brasil, logo após o encerramento da 1ª guerra mundial, legislou sobre a matéria, com a aprovação do Decreto 3708/18, inspirado nas legislações da Alemanha e Portugal.

De autoria do Deputado gaúcho Joaquim Luis Osório, professor da Faculdade de Direito de Pelotas, o projeto, baseado no Código Comercial de Inglês de Souza, foi convertido em lei sem qualquer alteração.

No Brasil, foi estabelecida uma nova forma societária, de base predominantemente personalista originariamente, inspirada na legislação alemã e portuguesa, mas com regras próprias. A atribuição de responsabilidade dos sócios ao total do capital social é exemplo disto, posto que tal regra não constava das legislações até então existentes.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> V. Amaral. *Hermano Vilemor do: Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro : F. Briguet e Cia, 1938 ; Don, O. D.: *Sociedades por Quotas e o Registro do Comércio*. Porto Alegre : Liv. Ed. Porto Alegre, 1976; Ferreira, Waldemar: *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960 e *Sociedades por Quotas*. São Paulo: Companhia Gráfico e Editora Monteiro Lobato, 1925; Marcondes, Sylvio: *Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada* - Tese Livre Docência de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Problemas de Direito Mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970; Mendonça, Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, volumes 1, 2 e 3; Muller, Yara. *Das Sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record editora, 1957.

Posteriormente ao Brasil, como nos ensina Fran Martins, no período de reconstrução do pós-guerra, inúmeros outros países legislaram sobre as sociedades limitadas :

*“Posteriormente ao Brasil, legislaram sobre as sociedades de responsabilidade limitada a Polônia (lei de 08 de fevereiro de 1919 ), Checoslovaquia (lei de 15 de abril de 1920), Rússia (Código Civil de 1920 ), Chile (lei de 07 de março de 1923), Bulgária (lei de 04 de maio de 1924), França (lei de 07 de março de 1925), Marrocos (dahir de 1º de setembro de 1926), Liechtestein (Código Comercial de 1926), Turquia(Código Comercial de 1926 ), Cuba (lei de 17 de abril de 1929), Hungria (lei de 1930), Zona Internacional do Tanger (lei de 07 de setembro de 1931), Argentina ( lei de 08 de outubro de 1932 ), Uruguai (lei de 26 de abril de 1933), Canadá (lei de 28 de junho de 1934), México (lei de 28 de julho de 1934), Peru (Código Civil de 1936), Suíça (Código de Obrigações de 1936), Colômbia (lei de 24 de novembro de 1937), Japão (lei 74, de 1938, modificada pela lei de 1951 ), Bolívia (lei de 12 de março de 1941 ), Paraguai (lei de 29 de dezembro de 1941), Itália (Código Civil de 1942), Guatemala (Código Comercial de 1942), China(lei de 12 de abril de 1946 ), Honduras(Código Comercial de 1950) e Espanha (lei de 17 de julho de 1953 )”.*<sup>152 153 154</sup>

---

<sup>152</sup> V. *Das Sociedades Limitadas no Direito Estrangeiro*, Imprensa Universitária do Ceará, páginas 15 e seguintes. Também do mesmo autor: *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*, Rio de Janeiro : Forense, 1960 e *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro – tese para a Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará*.

<sup>153</sup> Trata-se da legislação original de cada um dos países citados, muitos dos quais já reformularam a sua legislação, tal como ocorreu com a Argentina.

<sup>154</sup> Para a análise da sociedade limitada no direito italiano, ver Ferri, Giuseppe : *Manuale de Diritto Commerciale*. Turim : Unione Tipografica, 1962 ; Marghieri, Alberto: *Manuale del Diritto Commerciale Italiano*. Napoles: ed. Eugenio, 1994 ; Messineo, Francisco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970 ; Graziani, A & Minervini, G : *Manuale di Diritto*

Os países de sistema jurídico romano-germânico, em sua grande maioria, seguiram o formato da sociedade limitada exposto pela legislação alemã, com pequenas alterações. Entretanto a legislação francesa trouxe modificações mais substanciais, o que nos permite apontar, na verdade, a existência de dois grandes sistemas de sociedades limitadas no direito continental, com pontos em comum e divergentes.

Mais uma vez a lição é de Fran Martins, que aponta os pontos similares entre os dois sistemas:

*“é comum aos dois tipos de sociedade a responsabilidade limitada dos sócios por sua contribuição para o capital social. Na lei alemã essa responsabilidade poderá ir até quase o total do capital social, caso os demais sócios não satisfaçam as suas quotas. Também são comuns às duas correntes : o*

*número ilimitado de sócios, exigindo a lei francesa (artigo 50) que o mínimo seja de dois, enquanto que pela lei alemã o capital da sociedade pode ficar, em certo tempo, nas mãos de um só sócio ; poder possuir qualquer objeto social (lei*

---

*Commerciale*. Napoli : Morano editore, 1974.

No Direito Argentino: Richard, Efrain e Muiño, Orlando: *Derecho Societário*. Buenos Aires: Astrea, 1997 ; Laborde, Asser Over: *Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Buenos Aires: El Ateneo, 1950.

No Direito Uruguaio: Garcia, Ricardo Oliveira: *Código de Comercio Anotado*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitária, 1998.

No Direito Português: Pinto Furtado, Jorge Henrique da Cruz : *Curso de Direito das Sociedades*. Coimbra : Almedina, 2001.

No Direito Francês: Van Houtte, Jean: *Sociétés Privées à Responsabilité Limitée*. Bruxelles : Larcier, 1989 ; Merle, Philippe: *Droit Commercial – Sociétés Commerciales*. Paris : Dalloz, 2001; Hamel et Lagarde, Gaston : *Traité de Droit Commercial*. Paris : Dalloz, 1947 e *Cours de Droit Commercial*. Paris : Le Cours de Droit, 1965; Renault et Lyon-Caen: *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Dalloz, 1986 ; Ripert, Georges : *Traité E;mentaire de Droit Commercial*. Paris : LGDJ, 1951; Choukroun, Charles: *Les Droits des Associés non Gerants dans les Sociétés à Responsabilité Limitée*. Paris: LGDJ, 1957 ; Escarra, Jean : *Manuel de Droit Commercial*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1947; Magnier, Veronique : *Droit des Sociétés*. Paris : Dalloz, 2002.

No Direito Alemão: Ulmer, Peter: *Principios Fundamentales del Derecho Alemán de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*, tradução de Jesús Alfaro Aguilla-Real. Madrid : editora Civitas, 1998.

*alemã, parágrafo 2º, lei francesa, artigo 1º) ; que as partes sociais não sejam representadas por títulos negociáveis ; que a sociedade seja considerada comercial em razão de sua forma, qualquer que seja o seu objeto (lei alemã, parágrafo 13, número 3, lei francesa, artigo 3º) ; e, finalmente, em ambos os sistemas pode a sociedade ser designada pelo seu objeto ou por uma razão social, compreendendo o nome de um ou de vários sócios. Tenha, porém, firma ou denominação, será sempre aduzida a menção sociedade de responsabilidade limitada (na Alemanha em geral se abreviando por G.m.b.H, iniciais de Gesellschaft mit beschränkter Haftung) e exigindo a lei francesa a inserção junto ao nome social, do montante do capital (lei alemã, parágrafo 4º, lei francesa, artigos 11 e 18 ).<sup>155</sup>*

A divergência central entre as limitadas do sistema germânico e francês reside no fato de que a limitada na Alemanha, embora tenha por base um contrato, é mais aproximada das sociedades anônimas, como se percebe pela própria personalização da limitada, já que naquele ordenamento apenas as sociedades de capitais podem ser personalizadas. Já no direito francês, as sociedades limitadas são bem mais aproximadas das sociedades de pessoas, em que prepondera o *intuitus personae* com que as mesmas são constituídas.

A lei alemã facilita a cessão de quotas, ao passo que a lei francesa a dificulta, exigido aprovação por pessoas que representem a maioria do capital social. A legislação alemã permite que a integralização das quotas seja feita de forma parcelada, estabelecendo a responsabilidade de todos os sócios pelo pagamento das quotas não integralizadas por algum deles. Já a legislação francesa determina que as quotas sejam inteiramente liberadas desde a constituição da sociedade, não admitindo o pagamento do valor das mesmas de

---

<sup>155</sup> V. obra citada, páginas 33 e seguintes.

forma parcelada. Após a sua edição, a legislação francês a influenciou as legislações posteriores, muitas das quais passando a adotá-la como modelo.<sup>156</sup>

No direito nacional, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada passou a ter regulação nova com o advento do Código Civil de 2002. A nomenclatura foi alterada passando a chamar-se simplesmente sociedade limitada, sendo enquadrada como uma das espécies de sociedades empresariais, já que a noção de empresa passa a ser o núcleo central da atividade econômica.

### 6.3 Evolução da Sociedade Limitada

A forma de regulação das sociedades limitadas no Brasil, através de legislação omissa em variados pontos, permitiu aos particulares moldar ao seu feitio suas sociedades, através dos tempos.

A flexibilidade assegurada pelo legislador permitiu a existência de sociedades limitadas com padrões de funcionamento e regras de organização variadas, o que facilitou a evolução do formato societário, no sentido

---

<sup>156</sup> Para aprofundar a distinção, ver Dorsman, Anne Guineret-Brobbe: *La GMBH & Co. KG Allemande et La Commandite à Responsabilité Limitée Française: une illustration de la Liberté Contractuelle en Droit des Sociétés ?* Paris : LGDJ, 1998

de maior adequação aos anseios dos operadores econômicos e adaptação aos novos valores prevalentes.<sup>157</sup>

A sociedade Limitada regida pelo Decreto 3708\19 ainda era impregnada dos ideais que influenciaram a elaboração do *Code Civil*, bem como do Código Civil de Beviláqua. O laconismo de sua regulação facilitou a sua evolução e adequação aos novos tempos.

A evolução da sociedade limitada muito pode ser creditada à liberdade concedida aos particulares para organizar os seus tipos societários, o que permitiu a complementação de sua regulação pelos usos comerciais e pelas decisões jurisprudenciais. A fim de sintonizá-la com os valores vigentes na atualidade, foi necessário uma regulação exaustiva, protegendo os sócios minoritários, tornando concreto o ideário de valorização da pessoa humana. É o que fez o Código Civil de 2002, como demonstraremos avante.<sup>158</sup>

Antes, necessário é abordar a noção de empresa, aspecto central do novo Código, a fim de delinear-mos com exatidão o contexto histórico em que se situa a nova sociedade limitada.

### 6.3.1 Sociedade Limitada e Empresa

---

<sup>157</sup> Egberto de Lacerda Teixeira, criticavam a sociedade limitada na feição do Decreto 3708\19, pelo seu laconismo : Nasceu imperfeita a lei das sociedades por quotas. Falta ao Decreto 3708\19 a penetração doutrinária indispensável à exata configuração do novo instituto. Aparecendo no cenário jurídico, como adendo aos dispositivos do Código Comercial de 1850, disciplinadores das sociedades mercantis já existentes, as sociedades por quotas viram-se privadas de estruturação própria, autônoma, como era de desejar-se. A insuficiência do trato legal tem dado margem a impulsos interpretativos contraditórios. Ora prevalecem as interpretações demasiadamente rígidas dos que subordinam a vida e o desenvolvimento das sociedades por quotas ao padrão estreito das sociedades solidárias ou em nome coletivo. Ora, ao contrário, no intuito de libertá-la do jugo personalista das sociedades solidárias, juristas e tribunais, esquecidos do particularismo da nova instituição, acorrentam-na ao império das regras e soluções próprias ao regime do anonimato, em *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo : Max Limonad, 1956.

<sup>158</sup> Abelmar Ribeiro da Cunha, em *Tendência Socializadora do Direito Civil*, editora Instituto do Ceará, Fortaleza : 1950, folhas 11, destaca que *o direito como organismo dinâmico, evolui com o tempo, acompanha a sociedade nas suas marchas e contramarchas.*

A sociedade limitada foi criada como nova opção aos operadores econômicos para o exercício de atividade comercial, caracterizando-se pelas vantagens de facilidade de criação e administração, bem como pela limitação da responsabilidade dos sócios. Com a adoção da idéia de empresa, a sociedade limitada passa a ser útil ao exercício de qualquer atividade enquadrada como empresarial, não apenas comercial.

No Código Civil de 2002, nenhuma referência é feita acerca do comerciante, parâmetro de definição tradicional do sujeito de atividades econômicas. A noção de empresa é o eixo subjetivo das atividades econômicas eleito pelo novo regime. Ante o novo contexto, em que não é admissível falar-se em sociedades comerciais, regula o Código Civil de 2002 as sociedades empresariais, como decorrência da idéia de empresa.

### 6.3.1.1 Empresa no Direito Nacional

A expressão empresa foi assimilada no direito nacional com algumas dificuldades, dificuldades que repercutiram na jurisprudência e na doutrina. Na verdade, trata-se de conceito de origem econômica, utilizado com sentidos diferenciados em diversas normas jurídicas.<sup>159 160</sup>

Definido economicamente como a reunião de capital e trabalho para a realização de atividade organizada, na área do direito configura-

---

<sup>159</sup> Jorge Lobo, em *A Empresa : Novo Instituto Jurídico*, RT-795, janeiro de 2002, (81-93), páginas 82, destaca: “No estudo do conceito jurídico de empresa, em que muitas vezes o preconceito e a paixão se sobrepõem à verdade, tem-se amiúde, sensação igual à experimentada com a leitura do *Sofista* de Platão, quando Teeteto leva o estrangeiro à conclusão de que dois é um, crítica aliás, que, de certa forma, sobre este intrincado e polêmico tema, fazem Barassi, Carnelutti, Rocco, Rotondi, Ferrara e Evaristo de Moraes Filho. A imprecisão do conceito jurídico de empresa, bem assinalou Ripert, decorre de uma série infundável de fatores, que vão desde a aplicação do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador estrangeiro e brasileiro”.

<sup>160</sup> Sobre a relação entre direito e economia, interessante a observação de Champaud, Claude e Danet, Didier, em *Sociétés en Général*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, julho/setembro de 2002, número 03, 482-492, páginas 492 : *En conclusion, il est impossible de redire ici que la science juridique ne doit être ni la servante ni la maîtresse de la science économique. Le deux disciplines sont doivent trouver à s'articuler dans la mise en place de politique et de techniques de régulation du jeu de l'offre et de la demande*. Sobre o tema, ver também, Galgano, Francesco, *Diritto e economia alle soglie del nuovo millenio*, *Contratto e Impresa*, 16º ano, jan/abril de 2000, páginas 189-205.

se como termo poliédrico, com variadas significações, importando definir, com exatidão, qual o significado empregado em cada caso.

A utilização da noção de empresa não é novidade no cenário jurídico nacional. Já em 1850, no Regulamento 737, o termo empresa era utilizado, ao procurar definir a legislação as atividades que configuravam mercancia, a fim de definir a competência dos antigos Tribunais do Comércio, em referência expressa às empresas de fabricas, comissões, depósitos expedição, consignação e transportes de mercadorias e espetáculos públicos.

No âmbito do direito comercial, o próprio Código de 1850 fazia referência ao termo empresa, nos artigos 273, que dispunha sobre penhor mercantil e 295, do capítulo das companhias, revogados, respectivamente, pelo Código Civil de 2002 e pelo Decreto-lei 2627\40. A lei das sociedades anônimas, ainda em vigor, lei 6404\76, faz menção ao termo em diversos dispositivos como, por exemplo, os artigos 2º, 8º, 116, parágrafo único, 117, parágrafo primeiro, letras *b* e *c*, 137, 154, 162, 179, parágrafo único, 264, parágrafo primeiro, entre outros. Podemos citar, ainda, o Decreto 1102\1903, o Decreto 19743\30, o Decreto 20454\31, o Decreto-lei 32\66, a lei 4726\65, a lei 5474\68, o Decreto-lei 7661\45. Todos fazem referências diretas ao termo empresa. Outras leis, que abordam matérias diversas do direito comercial, também citam a expressão, como a lei 4137\62, a lei 4505\64, a lei 4595\64, O Decreto-lei 5172\66, o Decreto-lei 200\67, a lei 6367\76, a lei 6343\77, por exemplo.

Apesar das dificuldades de sistematização da noção de empresa, demonstrada pelo uso indiscriminado do termo, indispensável é o seu estudo, imposto a partir de sua adoção generalizada.

Waldírio Bulgarelli alerta que :

*“Ora, se é impossível expungir-se a palavra empresa, pela sua adoção*

*generalizada, tornada, portanto, insubstituível ; se a existência do fenômeno socio-econômico assim denominado converteu-se na verdadeira base da economia moderna; se repercutiu, por isso, no direito, abalando e sacudindo as velhas estruturas e, de maneira especial, no velho Direito Mercantil ; e se sua presença, atua como fator emulativo de transformações das estruturas sociais, certamente que o seu estudo tornou-se obrigatório pelo jurista. “* <sup>161</sup>

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato, que destaca que a empresa é o centro da economia moderna, tendo que repercutir na seara do direito. Para o autor, a empresa é o elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea. <sup>162</sup>

#### 6.3.1.2 Empresa no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 em nenhum de seus dispositivos refere-se ao comerciante, passa a empresa a ser o núcleo subjetivo do exercício de atividade econômica. Ao definir empresário, dispõe o Código:

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

*Parágrafo único - Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores,*

---

<sup>161</sup> V. *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1985, página 21.

<sup>162</sup> V. *A Reforma da Empresa*, em Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro, Nova Série, ano XXII, número 50, 1983, páginas 57-74.

*salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.*“

Tal conceito será referência no contexto que se desenha com o advento do novo Código Civil, elemento de partida para a superação das dúvidas de compreensão do conceito de empresa no direito nacional.

Todos os que exerçam atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços são considerados empresários, estando obrigados a realizar inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis de sua sede, na forma do artigo 967 do Código Civil de 2002.

Pode o empresário exercer a sua atividade econômica de forma isolada ou coletiva. Na primeira hipótese teremos o empresário individual, na segunda situação teremos as sociedades empresárias.<sup>163</sup>

Não são considerados empresários os que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo quando o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Os profissionais liberais, como médicos, dentistas, advogados, não são, desta forma, considerados empresários. Somente estarão relacionados com a atividade empresarial quando o exercício da profissão constituir elemento da empresa, por exemplo, o médico que exerce a sua profissão na Clínica ou Hospital, o que permite enquadrar a entidade como sociedade empresarial.

---

<sup>163</sup> V. Filócomo, André: *Empresas e Sociedades Unipessoais no Direito Brasileiro* (dissertação), São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

Também não são considerados empresários o agricultor, quando não desejar ser registrado perante a Junta Comercial, já que o novo Código, no artigo 971, torna facultativo o seu registro e conseqüente condição de empresário, e os artesãos.

Como artesão pode ser considerado aquele que desenvolve atividade manual, individualmente ou em companhia de familiares ou alguns auxiliares. O artesão executa produtos que são alienados, beneficiando matéria prima, como por exemplo esculturas, objetos de decoração, produtos de enfeite, objetos caseiros, etc. Pode também prestar serviços, como por exemplo os barbeiros, alfaiates, entre outros. Esta atividade tem sido sempre considerada como não comercial, na linha do que prevê o novo Código Civil. <sup>164</sup>

Observe-se que no direito nacional, sob a vigência do Decreto-lei 486, de 03 de março de 1969, e sua regulamentação, o Decreto 64.567, de 22 de maio de 1969, não havia a perfeita distinção entre pequeno comerciante e artesão. Ao contrário, o artigo 1º, do Decreto-lei antes referido, dispunha que todo comerciante era obrigado a seguir ordem uniforme de escrituração, mecanizada ou não, utilizando os livros e papéis adequados, cujo número e espécie ficam a seu critério. Dispensados da obrigação eram os pequenos comerciantes, tal como definido em regulamento, tendo em consideração os seguintes elementos, em conjunto ou separados : natureza artesanal da atividade, predominância de trabalho próprio e de familiares, capital efetivamente empregado, renda bruta anual e condições peculiares da atividade, reveladoras da exiguidade da atividade desenvolvida.

No regulamento, Decreto 64.567\69, definia-se com maior precisão o pequeno comerciante, embora sendo estabelecida grande confusão com a noção de artesão :

*“artigo 1º - Considera-se  
pequeno comerciante, para efeitos do parágrafo único*

---

<sup>164</sup> V. Fran Martins, em Curso de Direito Comercial, 23ª edição, editora Forense, folhas 115 e seguintes.

*do artigo 1º, do Decreto-lei 486, de 03 de março de 1969, a pessoa natural, inscrita no registro do comércio :*

*I – que exercer em um só estabelecimento atividade artesanal ou outra atividade em que predomine o seu próprio trabalho ou de pessoas da família, respeitados os limites estabelecidos no inciso seguinte ;*

*II – que auferir receita bruta anual não superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país e cujo capital efetivamente empregado no negócio não ultrapassar 20 (vinte) vezes o valor daquele salário mínimo. “*

A despeito da confusão decorrente da legislação, a doutrina e a jurisprudência sempre separavam a qualidade de comerciante e artesão, destacando que o regime próprio do artesão é não comercial.

#### 6.3.1.3 Sociedade Empresária e Sociedade Simples

A comunhão de esforços ou recursos, por duas ou mais pessoas, para a obtenção de um escopo (de cunho econômico) configura sociedade, na forma do disposto no artigo 1363 do Código Civil de Beviláqua.

A doutrina e a Jurisprudência, no regime jurídico do Código de 1916, entendiam que o caráter de comercialidade de uma sociedade era definido pelo objeto social a ser realizado. Assim, comerciais eram as sociedades cujo objeto social tinha caráter comercial, por exclusão eram civis as sociedades que tenham objeto social de natureza civil.

As sociedades anônimas configuram exceção a esta regra, posto que o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 6404\76 estabelece que qualquer que seja o objeto social da companhia, comercial será sua natureza.<sup>165</sup>

No regime do novo Código Civil, a dicotomia que se estabelece é entre sociedade empresária e sociedade simples.

As sociedades empresárias são definidas no artigo 982 do Código Civil novo como aquelas sociedades que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, verbis :

*“artigo 982 - Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (artigo 967) ; e simples, as demais”.*

Resta claro que sociedades empresárias são todas aquelas sociedades decorrentes da reunião de pessoas para o exercício de atividade empresarial, ou seja, para o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, já que em todas estas hipóteses é obrigatória a inscrição no Registro de empresas.

A principal consequência dos novos parâmetros é que sociedades na vigência do Código de Beviláqua e do Código Comercial de 1850 enquadradas como sociedades civis serão consideradas como sociedades empresárias, com flagrante ampliação do regime jurídico anteriormente restrito aos comerciantes. Observe-se um exemplo. Imaginemos uma sociedade cujo objeto seja a prestação de serviços educacionais, uma escola de línguas. Trata-se de reunião de duas ou mais pessoas para a realização de atividade econômica

---

<sup>165</sup> Artigo 2º - Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

Parágrafo 1º - Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

organizada, prestação de serviços de ensino. É evidente que estamos diante de sociedade empresária. Tal atividade deve ser inscrita no Registro de Empresas e o formato jurídico deve seguir obrigatoriamente os tipos descritos nos artigos 1039 a 1092, como dispõe o artigo 983 do novo Código Civil :

*“artigo 983 - A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos artigos 1039 a 1092 ; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias. “<sup>166</sup>*

No regime anterior ao Código Civil de 2002, estaríamos diante de sociedade civil, posto que o objeto social da sociedade não poderia ser considerado como comercial.

O resultado prático da distinção entre sociedade civil e sociedade comercial residia no regime aplicável, posto que a sociedade civil, embora até pudesse se utilizar dos tipos societários comerciais, não se submetia ao regime próprio dos comerciantes, não sendo regida pela legislação falimentar, por exemplo.<sup>167</sup>

A sociedade simples prevista no novo Código Civil não pode ser confundida com a antiga sociedade civil. Sociedades simples são as que tem por objeto atividades que não obriguem à inscrição no Registro de Empresas Mercantis, conforme prevê o artigo 983.

O espaço econômico ocupado pela sociedade simples, como vimos, é definido negativamente. Podem ter o formato de sociedade

---

<sup>166</sup> Sociedades em Nome Coletivo, Sociedades em Comandita Simples, Sociedades em Conta de Participação, Sociedades Limitadas, Sociedades Anônimas e Sociedades em Comandita por Ações.

<sup>167</sup> A sociedade civil que assumia o formato de sociedade anônima estava submetida ao regime das sociedades comerciais, em face do disposto no artigo 2º., parágrafo 1º., da Lei 6.404/76.

simples as sociedades que não possam se enquadrar como sociedades empresárias.<sup>168</sup>

As cooperativas serão sociedades simples, em face da expressa determinação do artigo 982, parágrafo único, que dispõe que independentemente de seu objeto será sociedade simples a sociedade cooperativa.

A inscrição do empresário rural perante o registro de empresas mercantis e atividades afins é facultativa, o que torna possível que aqueles que exerçam tal atividade coletivamente se organizem como sociedade simples ou, caso opte pela inscrição, como sociedade empresária, quando deverá se organizar com um dos tipos societários definidos nos artigos 1039 a 1092.

Podem ainda ser sociedades simples as sociedades de pessoas de profissão intelectual, seja de natureza científica, literária ou artística, desde que o exercício da profissão não constitua elemento da empresa ou os artesãos.

Na forma do artigo 983 do Código Civil de 2002, as sociedades simples podem constituir-se com um dos formatos previstos nos artigos 1039 a 1092, típicos das sociedades empresariais, ou podem ser organizadas na forma dos artigos 997 a 1038, disposições que lhes são específicas.

Pensamos que o legislador do Código Civil de 2002, ao permitir que a sociedade simples escolha um dos formatos jurídicos específicos das sociedades empresariais, não atentou para o real espírito e conseqüências das modificações operadas no direito societário nacional.

A crítica de Bulgarelli, elaborada ainda quando o Código era mero projeto, é muito apropriada e coincidente com o nosso pensamento:

---

<sup>168</sup> V. Marlon Tomazette, em *As Sociedades Simples no Novo Código Civil*, em RT, número 800, junho de 2002, página 36-56.

*“Também o tratamento das sociedades, não mais sob o prisma da divisão tradicional entre civil e comercial, parece-nos razoável e ajustado à sistemática do projeto e às novas configurações da realidade empresarial. E, por isso mesmo, não podemos deixar de consignar a nossa estranheza, por ter o projeto mantido o mesmo sistema de vasos comunicantes hoje existente entre as sociedades civis e comerciais, ao permitir que as sociedades simples adotem os tipos de sociedades empresariais. Quer-nos parecer que essa exótica passagem de sociedades que não empresárias para o âmbito da empresarialidade, através da adoção do tipo de sociedade empresarial, mas, sem as responsabilidades conseqüentes, mantendo-se como não empresária, não mais se justifica, pois que a absorção pela empresarialidade de inúmeras atividades hoje consideradas civis ou de natureza comercial duvidosa, fará cessar as razões que poderiam existir para justificar essa assimetria existente. As atividades que restam fora do âmbito empresarial são tão poucas que não comportam que se permita aos seus agentes adotar a forma de sociedades empresárias, sem as conseqüências decorrentes “<sup>169</sup>*

Contudo, ante a opção do legislador, nada impede que uma sociedade simples tenha, por exemplo, o formato de sociedade limitada ou de qualquer das demais formas societárias empresariais, com exceção da sociedade anônima.

---

<sup>169</sup> V. obra citada página 441.

## 6.4 Natureza Jurídica e Função Econômica da Sociedade Limitada

### 6.4.1 Natureza Jurídica da Sociedade Limitada

A natureza jurídica de um instituto indica os seus elementos essenciais, fundamentais, sem os quais o mesmo não existe.

Apontar a natureza jurídica de uma sociedade comercial implica definir as suas mais expressivas características, apartando-a das demais sociedades. Vários critérios são utilizados doutrinariamente para classificar as sociedades comerciais. Passemos, então, a estudá-los.

Em primeiro lugar, podemos dividir as sociedades em personalizadas, as que se configuram como pessoa jurídica, e despersonalizadas, as quais não se constituem como pessoa jurídica.

O novo Código Civil dispõe que são personalizadas as sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples, sociedades limitadas, sociedades por ações e sociedades em comandita por ações. Por outro lado, são indicadas como sociedades sem personalidade jurídica as sociedades em conta de participação e as sociedades em comum.

Um outro critério é o que separa as sociedades em conformidade com a responsabilidade assumida pelos sócios.

São de responsabilidade ilimitada as sociedades em nome coletivo, caracterizadas pelo fato de que todos os seus sócios possuem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais. São de responsabilidade limitada as sociedades limitadas e as sociedades por ações, em que todos os sócios limitam a sua responsabilidade. São consideradas sociedades de responsabilidade mista as sociedades em que existam sócios com responsabilidades ilimitada e sócios com responsabilidade limitada, como as sociedades em comandita simples, sociedades em comandita por ações e sociedades em conta de participação.

Destaque-se que a responsabilidade que serve de parâmetro para diferenciar as sociedades é a dos sócios, uma vez que a sociedade em si, como pessoa distinta dos sócios, deve responder integralmente pelas obrigações decorrentes da atividade negocial, seja qual for o seu formato.

No que tange à responsabilidade dos sócios, o novo Código Civil não apresenta modificações que impliquem em alteração da classificação antes exposta.

Por fim, as sociedades podem ser de pessoas ou de capital, tendo como critério de classificação a influência e a importância das pessoas dos sócios na sociedade.<sup>170</sup>

G. Hureau, em *Legislation des Sociétés Commerciales*, às páginas 37, destaca que “*as sociedades de pessoas são sociedades fechadas, as partes sociais não são livremente transmissíveis. É necessário, em princípio, o consentimento da unanimidade dos sócios para que um deles possa*

---

<sup>170</sup> Sobre a classificação entre sociedades de pessoas e de capital ver, entre outros: Cruz, Aloysio Álvares : *Compêndio de Direito Comercial*. São Paulo : RT, 1994 ; Estrela, Hernani : *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: editora José Kongino, 1973 ; Fazio Júnior, Waldo: *Manual de Direito Comercial*. São Paulo : editora Atlas, 2000 ; Ferreira, Waldemar: *Tratado de Sociedades Mercantis*, volume 03. Rio de Janeiro : editora Nacional de Direito, 1957 e *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Tipografia Siqueira, Sales Oliveira, Rocha e cia, 1927; Paes, Tavares P.R. : *Curso de Direito Comercial*. São Paulo : RT, 1999.

*ceder a sua parte a uma pessoa não associada, pois estranhos não são desejados na sociedade*".<sup>171</sup>

As sociedades reguladas pelo Código Comercial de 1850, antes do advento do Código Civil de 2002, eram consideradas como tipos clássicos de pessoas. As sociedades em nome coletivo, em comandita simples, em conta de participação e, a então existente, sociedade de capital e indústria, possuíam regime jurídico específico.

Caracterizavam-se tais sociedades pelo regra de que em todas elas pelo menos um dos sócios respondia com seu patrimônio pessoal pelas obrigações sociais e de que, nas matérias referentes a modificações do objeto social e alteração do quadro societário, necessária era a aprovação unânime dos sócios, conforme estabeleciam os artigos 331 e 334.<sup>172</sup>

A existência da *affectio societatis*, ou seja, a vontade de exercer a atividade comercial coletivamente, com determinado grupo de pessoas, é patente ante a importância dos sócios na criação e durante toda a existência da sociedade, tanto que existe grande dificuldade de alteração do quadro de sócios e de modificação do objeto a ser perseguido pela sociedade. Destaque-se que nas sociedades de pessoas a morte do sócio provoca a sua dissolução, salvo cláusula em contrário expressamente prevista no contrato social, conforme dispunha o Código Comercial no artigo 335, número 4.

Nestes aspectos, nenhuma modificação foi produzida pelo Código Civil de 2002.

---

<sup>171</sup> Editora Dunot, Paris, 1957. No original : Les sociétés de personne sont des sociétés fermées, les parts sociales ne sont pas librement transmissibles. Il faut, en principe, le consentement de l'unanimité des associés pour que l'un d'eux puisse céder ses parts à une personne non associée, car on ne veut pas voir entrer d'étrangers dans la société.

<sup>172</sup> artigo 331 - A maioria dos sócios não tem a faculdade de entrar em operações diversas das convencionadas no contrato sem o consentimento unânime de todos os sócios. Nos demais casos todos os negócios sociais serão decididos pelo voto da maioria, computado pela forma prescrita no artigo 486.

artigo 334 - 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 nele exercer sem expresse consentimento de todos os outros sócios ; pena de nulidade do contrato ; mas poderá associá-lo à sua parte, sem que por esse fato o associado fique considerado membro da sociedade.

As sociedades de capital, que têm na sociedade anônima o seu modelo, são caracterizadas pela pouca importância que assumem na sociedade as pessoas dos sócios, que podem ser substituídas livremente. O importante é o capital que os sócios investiram na sociedade e não a pessoa dos mesmos.

As sociedades de capital, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações, não foram modificadas pelo Código Civil de 2002, que basicamente, define a sociedade anônima, remetendo-a para lei própria e, no que se refere à sociedade em comandita por ações, repete as regras da lei 6404\76 que dizem respeito a este tipo societário.<sup>173</sup>

A sociedade limitada originalmente foi concebida como novo formato de sociedade de pessoas, tendo se transformado na prática comercial a ponto de admitir ser regulada de forma aproximada às sociedades de capital.

O artigo 2º, do Decreto 3708/19, previa que a sociedade limitada deveria ser constituída nos termos dos artigos 300 a 302 do Código Comercial, exatamente a forma de criação das sociedades de pessoas. Entretanto, procurou o legislador estabelecer tipo societário de pessoas não inteiramente vinculado ao formato clássico, prevendo a possibilidade de alteração do contrato social por sócios que representem a maioria do capital social e a aplicação subsidiária dos regramentos típicos das sociedades anônimas.<sup>174</sup>

A dubiedade expressa no Decreto 3708/19 causou perplexidade aos autores, existindo aqueles que entendiam ser a sociedade por quotas de responsabilidade limitada sociedade de pessoas e outros que entendiam que tratava-se de sociedade mista, na medida em que assimilava aspectos das sociedades de pessoas e das sociedades de capitais.

---

<sup>173</sup> V. artigos 1088 a 1092 da Lei 10.406\2002.

<sup>174</sup> Respectivamente artigos 15 e 18 do Decreto 3708\19.

Fran Martins destacava que “no Brasil o Decreto 3708, de 10 de janeiro de 1919, mandou que as sociedades por quotas de responsabilidade limitada fossem constituídas nos moldes das sociedades de pessoas, ou seja, de acordo com os artigos 300 a 302 do Código Comercial. Assim, para nós, enquanto não houver modificação da lei, essas são sociedades de pessoas ou contratuais, muito embora o artigo 18, do Decreto 3708\19 determine que, nos casos omissos no contrato social, sirvam de elementos subsidiários os dispositivos da lei de sociedades anônimas. A doutrina, porém, não aceitou ainda pacificamente a inclusão das sociedades por quotas entre as sociedades de pessoas, ponto de vista defendido por Waldemar Ferreira, mas a que se opõe, entre outros, em tese de concurso, Júlio Santos Filho.”<sup>175 176 177</sup>

O segredo da grande utilização da sociedade por quotas de responsabilidade limitada no regime do Decreto 3708\19, certamente, foi o laconismo da regulação, que permitiu aos particulares moldarem a sua sociedade de acordo com os seus interesses.

Assim, possível foi que um determinado grupo de sócios pudesse definir uma sociedade por quotas com perfil aproximado das sociedades de pessoas enquanto outro grupo pôde criar sociedade idêntica mas com aspectos mais aproximados aos das sociedades de capital.

Contudo, entendo que deve ser afastada a tese de que as sociedades limitadas são sociedades mistas, ou seja, de pessoas e de capital, ao mesmo tempo. Sempre há condição de definir o caráter prevalente da

---

<sup>175</sup> V. Curso de Direito Comercial, página 205, editora Forense, 23ª edição.

<sup>176</sup> Nelson Abrão, no livro Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, editora RT, 6ª edição, páginas 53 e seguintes, entende que a distinção não deve ser a preocupação central na análise da limitada: *A nosso ver, razão assiste a CAÑIZARES e AZTIRIA quando asseveram que a clássica controvérsia a respeito de uma sociedade ser de pessoas ou de capital não tem hoje utilidade, nem atualidade. Não há sociedades sem pessoas nem sem capital. O que sucede é que a velha figura da sociedade coletiva, na qual se empenhavam ilimitadamente os sócios com suas pessoas e patrimônios, com a limitação de sua responsabilidade, tornou-se obsoleta. Na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a participação pessoal do sócio pode ser maior ou menor; na anônima, o empenho pessoal dos sócios pode ser dispensado, uma vez que os diretores podem ser alheios ao corpo social.*

<sup>177</sup> Eunápio Borges, criticando a classificação entre sociedades de pessoas e de capitais com base no critério da importância da pessoas dos sócios, propõe novo critério para a classificação, baseado na garantia oferecida aos credores: seriam de capital as sociedades em que apenas o patrimônio social constituísse a garantia dos credores enquanto que seriam sociedades de pessoas aquelas em que, além do patrimônio social, o patrimônio individual de um ou mais sócios também seria garantia dos credores, em *Curso de Direito Comercial Terrestre*, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

sociedade, como sociedade de pessoas ou então de capital. O ponto central na definição do carácter da sociedade limitada é a questão referente ao livre ingresso e saída de sócios da sociedade.<sup>178</sup>

Os diversos tipos societários são compostos de elementos cogentes, obrigatórios por lei e imutáveis por vontade dos sócios, e elementos dispositivos, os quais podem ser livremente alterados no ato constitutivo da sociedade.

É elemento inalterável pela vontade dos membros da sociedade a responsabilidade dos sócios e administradores de sociedades comerciais, pois tais regras constituem garantia a terceiros que contratem com a sociedade e aos próprios sócios que, ao escolherem um tipo societário específico, delimitam o padrão de responsabilidade a que estão submetidos. Na limitada, nunca puderam ser modificadas as regras sobre responsabilidade, sendo permitida a modificação de regras de outra ordem.

No regime do Decreto 3708/19, cabível era a modificação do disposto no artigo 15, do Decreto 3708/19, que previa a possibilidade de modificação do contrato social por votos de pessoas que representassem a maioria do capital social. Desta forma, podiam os sócios definir que nos aspectos referentes à modificação do quadro societário, ou seja, entrada ou saída de sócios, devia ocorrer aprovação por unanimidade dos sócios ou, por outro lado, pudesse vigorar a livre cessão de quotas.

Caso fosse estabelecida no contrato social a regra da unanimidade, criada seria sociedade limitada moldada nos tipos clássicos de pessoas. Caso fosse prevista a livre cessão de quotas, teríamos sociedade limitada aproximada das sociedades de capital. Na omissão do contrato, vigorava o disposto no artigo 15, ou seja, a regra da aprovação por pessoas que

---

<sup>178</sup> Fábio Coelho destaca que, além da regra da livre cessão da participação societária, são elementos que permitem identificar sociedade de pessoas as implicações decorrentes da morte de sócio e a penhorabilidade de cotas, em *Curso de Direito Comercial*, volume 2, editora Saraiva, 2002, página 24. Entendo que a regra sobre a cessão de participação no capital social é central, porque vincula a solução jurídica das outras duas situações.

representassem a maioria do capital social, em que teríamos sociedade de pessoas modificada em comparação com os tipos tradicionais.

Destaque-se que a evolução que levou à possibilidade de admissão da cláusula de livre cessão de cotas pelos sócios no contrato social decorreu da prática comercial. Logo após a criação das sociedades limitadas, as Juntas Comerciais passaram a recusar a admissão de cláusula que permitisse a livre cessão de cotas, por ofensa à natureza do tipo societário. Entretanto, com a promulgação da lei 6404/76, que estabelecia em seu artigo 298 a possibilidade de sociedades anônimas de pequeno porte serem transformadas em sociedades por quotas de responsabilidade limitada, sendo assegurada a livre transferência de cotas aos sócios entre si ou para terceiros, passou a Junta Comercial a admitir que os próprios sócios incluíssem a regra de livre cessão no contrato social.<sup>179</sup>

O objetivo da norma transitória prevista na lei 6404/76 era garantir às pequenas sociedades anônimas, então existentes, a possibilidade de serem transformadas em sociedades por quotas caso não conseguissem adaptar-se ao novo perfil das companhias, tipo adequado ao exercício de grandes empreendimentos, como nos recorda Modesto Carvalhosa: *“Vale, a propósito, lembrar a norma transitória inserida na lei vigente (art. 298), que dispunha sobre a transformação das sociedades anônimas de capital inferior a cinco milhões de cruzeiros em sociedades por quotas, dentro de um ano da vigência da lei, com requisitos bem menos rigorosos que os do artigo 200. A finalidade do preceito transitório era o de facilitar às companhias que tivessem dificuldade em se adaptar à então nova lei societária de 1976 sua transformação em sociedade por quotas”*<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> No original : As companhias existentes, com capital inferior a cinco milhões de cruzeiros, poderão, no prazo de que trata o artigo 296, deliberar, pelo voto de acionistas que representem dois terços do capital social, a sua transformação em sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, observadas as seguintes normas : I - na deliberação da assembléia a cada ação caberá um voto, independentemente de espécie ou classe ; II - a sociedade por quotas resultante da transformação deverá ter o seu capital integralizado e o seu contrato social assegurará aos sócios a livre transferência das quotas entre si ou para terceiros ; III - o acionista dissidente da deliberação da assembléia poderá pedir o reembolso das ações pelo de patrimônio líquido a preço de mercado, observado o disposto nos artigos 45 e 137 ; IV – o prazo para o pedido de reembolso será de 90 dias a partir da data da publicação da ata da assembléia, salvo para os titulares de ações nominativas, que será contado da data do recebimento de aviso por escrito da companhia.

<sup>180</sup> V. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo : editora Saraiva, volume 4, tomo I, página 174.

Compreendemos que a sociedade limitada era, no regime anterior do Código de Beviláqua, sociedade híbrida, já que podia ser de pessoas ou de capital, somente sendo possível apontar o seu caráter prevalente após a análise do contrato social.

No Código Civil de 2002, existe regra específica sobre a possibilidade de livre cessão de cotas, dispondo :

*“artigo 1057 - 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 1\4 ( um quarto ) do capital social. “.*

É facultado aos sócios definir o perfil da sociedade que pretendem criar, já que o contrato social pode definir regra específica para regular a forma como se dá a cessão da participação no capital social.

Na omissão do contrato social, vigora a liberdade de cessão aos demais sócios, podendo ser transferida porção do capital social a estranhos caso não haja discordância de pessoas que representem mais de um quarto do capital social.

Resta claro que o Código Civil novo não modifica em relevo a caracterização da sociedade limitada como tipo societário de pessoas ou de capital, trata-se de sociedade híbrida, ou seja, pode ser de pessoas ou de capital, o que é apontado com a análise do contrato social, especialmente a regra sobre cessão de participação no capital social.<sup>181</sup>

<sup>181</sup> A doutrina tem criticado, com firmeza, a regulação da sociedade limitada no Código Civil de 2002, especialmente a estrutura orgânica, de alguma forma mais aproximada das sociedades anônimas, bem como a possibilidade de sujeição às normas das sociedades simples, na omissão do capítulo específico das limitadas, crítica com a qual não concordamos. Sobre o tema, interessante é o comentário de Vera Helena de Mello Franco, em *O Triste Fim das Sociedades Limitadas no Novo Código Civil*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XL, número 123, 81-85, páginas 85 : Negar o papel oscilante e maleável das limitadas, engessando-as sob o manto da lei acionária, não é o desejável. Mas

Fábio Ulhôa Coelho, em posição distinta da nossa, defende que a principal inovação do Código Civil de 2002 foi a criação de dois subtipos societários da sociedade limitada, as sociedades limitadas com vínculo societário instável e sociedades limitadas com vínculo societário estável, de acordo com a aplicação das normas de regência das sociedades simples ou das sociedades anônimas. Observem-se as razões do autor: *“O primeiro subtipo é o da sociedade limitada sujeita à regência supletiva das normas das sociedades simples. Trata-se das sociedades em que o contrato social não elege a LSA como norma de regência supletiva. Quer dizer, sendo o instrumento contratual omissivo quanto à disciplina supletiva ou adotando expressamente as normas da sociedade simples por parâmetro, a sociedade limitada será desse primeiro subtipo. Proponho chamar as sociedades desse subtipo de limitadas com vínculo societário instável. Isso porque, quando contratada por prazo indeterminado, qualquer sócio pode dela se desligar, imotivadamente, por simples notificação aos demais, a qualquer tempo. Aplica-se, com efeito, a essa sociedade limitada o disposto no artigo 1029 do Código Civil (do capítulo das sociedades simples), que assegura ao sócio o direito de se retirar da sociedade sem prazo, mediante simples notificação aos demais, com antecedência de sessenta dias. O sócio retirante tem direito ao reembolso de suas quotas, pelo valor patrimonial.”*<sup>182</sup>

Discordamos. É que entendemos que nem todas as previsões das sociedades simples são aplicáveis às sociedades limitadas, na forma do artigo 1053 (artigo 1053 - A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste capítulo, pelas normas da sociedade simples). A aplicação apenas deve ocorrer nas omissões do capítulo de regência das limitadas, desde que não haja incompatibilidade com normas ali estabelecidas. O artigo 1057 regula a alienação de quotas, estabelecendo que, na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua porção do capital social, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente da audiência dos demais sócios, ou a estranhos, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social, como já

---

também não é correto que, após dotar-lhe uma estrutura orgânica ao molde da sociedade anônima, pretenda-se abrandar a supressão da autonomia da vontade (própria das sociedades contratuais) levada a cabo mediante o recurso à sociedade simples.

<sup>182</sup> V. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil, São Paulo : editora Saraiva, 2003, página 23.

analisamos. Se o legislador dispôs, explicitamente, sobre a forma de modificação do quadro societário, parece-nos não pretende tornar regra geral, para todas as sociedades limitadas de prazo indeterminado, a possibilidade de retirada da sociedade.

A admissão da tese de Coelho implica no afastamento das disposições que regulam o direito de recesso, previstas nos artigos 1077, por absoluta inutilidade. Afastamos, desta forma, a idéia de que o Novo Código Civil estabeleceu dois subtipos de sociedades limitadas, um com vínculo estável entre os sócios e outro com vínculo instável, continuando atual a construção doutrinária e jurisprudencial da dissolução parcial da sociedade limitada por tempo indeterminado, instituto que concilia o direito do sócio de não mais permanecer associado, resguardado na Constituição Federal de 1988, com a continuidade da sociedade.<sup>183 184</sup>

Em sua natureza, a sociedade limitada é uma sociedade personalizada, híbrida e de responsabilidade limitada.

#### 6.4.2 Função Econômica da Sociedade Limitada

As sociedades empresariais são o instrumento, por excelência, de realização de atividades econômicas na sociedade contemporânea, sendo a sua principal vantagem o não necessário comprometimento do patrimônio dos sócios participantes.

No cenário jurídico nacional, as duas sociedades de maior aceitação social têm sido a sociedade limitada e a sociedade anônima. Nos últimos quinze anos, no Brasil, as duas sociedades tem representado mais de 99,99% dos formatos societários eleitos para o exercício da atividade negocial.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> V. Constituição Federal, artigo 5º, inciso XX.

<sup>184</sup> Sobre dissolução parcial ver Fonseca, Priscila M. P. Corrêa da: *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: editora Atlas, 2002.

<sup>185</sup> Dados do Departamento Nacional do Registro do Comércio, acessados no site: [www.dnrc.gov.br](http://www.dnrc.gov.br), informação capturada em 05 de setembro de 2003.

A sociedade limitada, há muito, é o tipo preferido dos indivíduos para a realização de pequenos e médios negócios. Recentemente, tem se tornado estrutura útil à realização de grande empreendimentos. A justificativa para a grande aceitação social deste formato decorre das vantagens que a sua regulação sempre ofereceu, como a restrição da responsabilidade dos sócios, estrutura ágil, liberdade dos sócios, etc, bem como em razão de que o ordenamento nacional não delimita o espaço econômico próprio para cada um dos formatos existentes, permitindo aos indivíduos que façam a sua opção quanto ao meio adequado de realizar atividades econômicas.<sup>186</sup>

Aos operadores econômicos de pequeno e médio porte, a opção pela sociedade limitada é natural em razão das dificuldades que encontrariam com a estrutura pesada, os custos e controle governamental típico das companhias, mesmo quando companhias fechadas. Eventual opção pela sociedade anônima seria viável juridicamente, mas poderia ser inviabilizada economicamente. O formato de companhia não exclui, por si só, por exemplo, a configuração como microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma da lei 9.841\99, entretanto, as sociedades anônimas não podem gozar do maior benefício às mesmas atribuído que é a adesão ao SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições, a teor da lei 9317\96.<sup>187</sup>

No que se refere aos operadores econômicos de grande porte, a opção pela sociedade anônima tem sido afastada em razão do

---

<sup>186</sup> Galgano, Francesco : *Diritto Commerciale. Le Società*. Bolonha : Zanichelli, 2001\2002, às páginas 410, demonstra que, no direito italiano, o espaço econômico das sociedades limitadas e das sociedades anônimas é bem definido: “Il principale elemento di differenziazione del tipo della società a responsabilità limitata rispetto alla società per azioni sta nella norma secondo la quale di partecipazione dei soci non possono essere rappresentate da azioni (art.2472, comma 2). La norma delimita l’ambito delle iniziative economiche che possono essere esercitate in forma di società a responsabilità limitata: non potendo emettere azioni, la società a responsabilità limitata non può fare ricorso al mercato del risparmio e deve, perciò, trarre i propri mezzi finanziari dalle risorse di un ristretto gruppo di soci. Il che vale, per un verso, a parre evidenti limiti massimo alle dimensioni delle imprese che possono essere esercitate nelle forme di questo tipo di società. Vale, per altro verso, ad introdurre un elemento anche qualitativo di differenziazione rispetto alla grande o medio-grande impresa operante in forma di società per azioni : marca la contrapposizione, all’interno della società, fra capitale di comando e capitale di risparmio, fra classe imprenditoriale e altre classi apportative di ricchezza.”

<sup>187</sup> Lei 9841\99, artigo 2º. - Para os efeitos desta lei, ressalvado o disposto no artigo 3º., considera-se : I – microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais ; II – empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1200.000,00 (hum milhão e duzentos mil reais).

Lei 9317\96, artigo 9º. - Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica : (...) III – constituída sob a forma de sociedade por ações.

pequeno desenvolvimento do mercado acionário nacional. É que os operadores econômicos admitem, sem dificuldade, a submissão aos controles estatais (atuação da CVM, publicação de balanços, demonstrações financeiras específicas, etc) como requisito para o aporte de recursos de investidores privados, entretanto, tal transferência de recursos é quase inexistente no direito nacional. Sem as benesses que decorreriam da subscrição pública de ações, qual a vantagem em optar pela sociedade anônima ? nenhuma, principalmente depois que passou a ser admitida a livre cessão de cotas na sociedade limitada.

Grandes empresas tem preferido o formato de sociedade limitada, fenômeno que, penso, deve se acentuar com o advento do Código Civil de 2002, já que a sociedade limitada foi exaustivamente regulada, o que garante maior segurança jurídica.

Desta forma, é a sociedade limitada, na prática, instrumento de realização de atividades econômicas de pequeno, médio e grande porte, merecendo regulação específica e exaustiva a fim de permitir maior segurança aos agentes econômicos e proteção aos sócios minoritários, o que foi feito no Código Civil de 2002, como passaremos a demonstrar.

Merece ser considerando ainda, antes da abordagem de aspectos específicos da sociedade limitada, que não é possível afastar a vinculação obrigatória entre função e forma (estrutura) de institutos jurídicos, e como tal, das sociedades empresárias. <sup>188 189</sup>

Ora, ante a modificação da função econômica da sociedade limitada, que passa a ser instrumento útil para a realização de grandes empreendimentos, assim como em razão da imposição da prevalência de sua função social pelo Código Civil de 2002, imperativo é que novo desenho organizacional lhe seja imposto. É o que passaremos a analisar.

---

<sup>188</sup> V. Gilson, Ronald J.: *Globalizing Corporate Governance : convergence of form or function*. American Journal of Comparative Law, número 49, 2001, volume 2, 329-357.

<sup>189</sup> V. Salomão Filho, Calixto: *O Novo Direito Societário*. São Paulo : Malheiros editores, 2002.

## 7. AUTONOMIA SOCIETÁRIA E REGULAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A sociedade limitada é regulada pelo Código Civil de 2002, no capítulo IV, subtítulo II, Título II, do Livro II, do Direito de Empresa,

englobando os artigos 1052 a 1087, normas que constituem regime jurídico próprio.

A regulação em si de diversos aspectos anteriormente não previstos no Decreto 3708\19, definidos doutrinária e jurisprudencialmente, configura restrição à liberdade dos particulares. Entenda-se, contudo, que a previsão legislativa em matéria societária nem sempre foi forma absoluta de limitação da autonomia privada, é que sempre se entendeu que vários elementos componentes do tipo societário poderiam ser modificados pela vontade dos sócios, expressa no contrato social da sociedade, ou seja, possível era a inclusão de cláusulas atípicas em contrato típico.

A noção de tipo permite a compreensão de que alguns de seus elementos são cogentes e não podem ser afastados sem acarretar a sua modificação, ao passo que outros podem ser alterados livremente pela vontade dos particulares, sem desnaturar o tipo previsto na lei.<sup>190</sup>

Compete ao intérprete a tarefa de apontar os elementos que não podem ser desprezados em um tipo societário.

---

<sup>190</sup> Giorgio De Nova, em *Il Contratto di Leasing*, segunda edição, Giuffrè editore, Milão : 1985, às páginas 05, expõe com maestria a caracterização da estrutura tipológica : *Mentre il concetto è la somma di più elementi caratteristici determinati con precisione nel numero, il tipo è invece più della mera somma delle sue parti, è un quadro significante che può essere colto nel suo complesso : i tratti che lo caratterizzano da un lato non costituiscono un numero chiuso, e dall'altro possono anche, in parte, mancare, senza che per questo se esca necessariamente dal tipo. Di conseguenza, mentre il concetto può essere definito, il tipo può essere soltanto descritto. Per la riconduzione del caso concreto all'uno o all'altro tipo, sarà quindi determinante l'intensità maggiore o minore con cui si presentano le caratteristiche tipizzanti dell'uno e dell'altro : e l'intensità com cui una caratteristica si presenta potrà compensare l'assenza di un'altra caratteristica e giustificare la riconduzione. La qualificazione sarà quindi frutto non di un procedimento di sussunzione, che accerti nel caso concreto la presenza di tutti gli elementi che compaiono la definizione, ma de un procedimento di inclusione, alla luce di un esame globale e comparato delle caratteristiche riscontrabili nelle fattispecie.* Tradução livre : Enquanto o conceito é a soma dos elementos característicos definidos com precisão, o tipo é, ao contrário, mais do que a mera soma dos elementos, é um conjunto significativo que deve ser analisado em sua totalidade complexa : a sua caracterização não é realizada de forma hermética, podendo alguns dos elementos característicos não se fazerem presentes, sem desnaturar o tipo. Por consequência, enquanto o conceito pode ser definido, o tipo pode apenas ser descrito. Para a recondução do caso concreto a um ou outro tipo, será determinante a intensidade maior ou menor com que se apresentam as características de cada tipo : e a intensidade com que uma característica se apresenta pode compensar a ausência de outra e justificar a recondução. A qualificação será, assim, resultado não de um procedimento de subsunção, que aponte no caso concreto a presença de todos os elementos que compõem a definição, mas de um procedimento de inclusão, à luz de um exame global e comparado das características encontradas no caso concreto.

Rachel Stajn, baseada no direito societário definido no regime do Decreto 3708\19, defende que no contrato de sociedade, cogente é a previsão sobre responsabilidade dos sócios ou administradores, posto que tais normas configuram proteção para os sócios que elegeram o tipo societário e para terceiros que com a sociedade negociam, sendo afastada qualquer modificação, expondo seu pensamento da seguinte forma: “*as estruturas definidas pelo legislador e cuja derrogação pelas partes é vedada, representadas pelas disposições cogentes, indicam que, na realidade, tais normas têm que ver com a responsabilidade dos gerentes, sendo as demais dispositivas*”.<sup>191 192 193 194</sup>

A autora destaca que nas sociedades de capital eram previstas normas cogentes de outra ordem, sempre com a finalidade de preservação de interesses mais importantes que os pertinentes exclusivamente aos sócios, como, por exemplo, o interesse dos investidores (sócios minoritários), dos empregados, do Estado e da comunidade que interage com a empresa.<sup>195</sup>

Entretanto, considerando os princípios que regem o Código Civil de 2002, principalmente o da socialização do direito e o da boa fé, corolário do princípio da eticidade, aplicáveis aos contratos em geral e, como tal, ao contrato de sociedade, deve-se entender que na regulação da sociedade limitada vários são os aspectos regulados através de normas obrigatórias, excluindo a liberdade dos sócios de defini-los de maneira diferenciada.

---

<sup>191</sup> V. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, editora Saraiva, São Paulo : 1989, páginas 151. V. também, da mesma autora, *Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro* (Tese Livre Docência). São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987 ; SPADA, Paolo : *La Tipicità delle Società*. Padova : Cedam, 1974.

<sup>192</sup> Em *Tipicidade e Atipicidade das Sociedades Mercantis*, Revista Cearense Independente do Ministério Público, ano II, número 04, janeiro de 2000, páginas 133-151, defendemos posição assemelhada.

<sup>193</sup> Giuseppe Ferri, em *Società*, em *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli, 1972, página 72, reconhece a importância do padrão de responsabilidade dos sócios e administradores para a definição do tipo societário, contudo sustenta que os elementos distintivos do tipo são múltiplos : “... gli elementi caratteristici e distintivi dei singoli tipi sociali siano molteplici e non si radicano, come puo se continua ad affermare, nel regime di responsabilità dei soci. “

<sup>194</sup> Em sentido diverso, em análise da responsabilidade dos administradores na nova limitada, Luiza Rangel de Moraes, em Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, número 18, out/dez de 2002, 41-57, páginas 52 : *Quanto às sociedades limitadas, o regime de responsabilidade dos administradores será ditado pelo contrato social, aplicando-se, conforme o caso, na forma do artigo 1053, antes comentado, supletivamente, a disciplina das sociedades simples ou das sociedades anônimas.*

<sup>195</sup> Ao comparar as sociedades limitadas no regime do Decreto 3708\19 às sociedades limitadas, a professora da Faculdade de Direito da USP sustenta que *Falta-lhe (à limitada) a estrutura organizacional própria das anônimas, a imperatividade das regras voltadas para a tutela de terceiros, como a publicidade, normas para a apresentação de demonstrativos contábeis e outras que não se aplicam obrigatoriamente como seria desejável a uma sociedade de capitais.* Ob. Citada, página 102.

Fábio Konder Comparato suscita questionamentos que merecem reflexão :

*“Encarado o sistema econômico nacional em sua globalidade, aliás, seria absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado. Haverá ainda quem sustente, seriamente, que a produção e distribuição organizada de bens ou a prestação de serviços, seja assunto submetido à soberania individual ? A criação e o funcionamento das empresas, pelo fato de não apresentar, formalmente, um caráter político, hão de ser confinadas em globo nos estreitos limites do direito privado ? “* <sup>196</sup> <sup>197</sup>

Impõe-se a resposta negativa, ante os novos valores, acolhidos no Código Civil de 2002.

Incontestável é que o direito societário passa por profundas transformações, o que tem implicado na sua socialização. Tal fenômeno foi percebido por Ricardo Ferreira de Macedo :

---

<sup>196</sup> Em *A Reforma da Empresa*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XXII, número 50, abril/junho de 1983, 57-74, página 60.

<sup>197</sup> A mesma reflexão é exposta por Arnaldo Wald, ao predicar a democratização do capital das empresas, em análise focada na sociedade anônima, mas aplicável às demais sociedades, em *Evolução do Direito Societário*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XXXIX, número 120, 56-64, página 64 : Cabe incentivar a democratização do capital das empresas, como também uma certa democratização de sua gestão, que precisa de uma transparência maior. A transparência tem seu custo, mas é necessária, cabendo, todavia, algum controle na divulgação de atos e fatos. Há um sigilo profissional que é importante, mas a sociedade anônima tem que ser transparente e democrática, na sua participação e na sua gestão, com uma proteção adequada ao acionista minoritário. (...) É preciso que a sociedade dê segurança ao investidor, ao minoritário, ao executivo, ao empregado, e encontre uma fórmula na qual não se atenda apenas ao mercado, mas também às normas legais e éticas. O mercado é muito importante, pois não podemos revogar a lei da oferta e da procura, mas ao lado do mercado, há a regulação jurídica, que é também muito importante. É função do Estado elaborar uma regulamentação adequada para corrigir os abusos e as distorções do mercado e fiscalizar a sua aplicação. O mercado não pode ter um poder ilimitado, arbitrário, exercido de qualquer modo, o que não deixa de ser uma ditadura. Ou seja, estamos querendo um direito societário que corresponda à democracia política, à democracia na qual vivemos hoje. Se admitimos que a empresa é hoje o centro da sociedade moderna, ela tem que ter uma regulação flexível mas corrente no campo jurídico, no campo do direito societário.

*“O que importa, por fim, ressaltar, é que o direito empresarial, em sua tradicional concepção privatista, atingiu o limite de sua efetividade. A ampliação desta fronteira dependerá, pois, de um movimento de crescente publicização deste ramo do direito, através do aumento de sua permeabilidade a outros setores da ciência jurídica, notadamente o direito econômico. Planejamento econômico, implantação de políticas públicas, preservação de estruturas concorrenciais e balizamento do poder de controle empresarial são, hoje, fatores ligados por indissociável relação de interdependência lógico-econômica, devendo ser encarados, pelo legislador e pelo jurista, precisamente a partir dessa relação.”*<sup>198</sup>

Importa definir qual das normas do regime jurídico das sociedades limitadas, estabelecido no Código Civil de 2002, são cogentes, obrigatórias. Analisaremos as regras sobre proteção de sócios minoritários e dos regramentos que objetivam garantir terceiros que travam relações com a sociedade.

### 7.1 Proteção aos Sócios Minoritários

A nova regulação da sociedade limitada, como consequência da ampliação de sua utilidade econômica, estabelece estrutura organizacional que objetiva proteger os interesses dos sócios minoritários.

A proteção aos direitos dos minoritários é prevista de forma direta e indireta. A forma direta de proteção resguarda interesse

---

<sup>198</sup> Em *Limites de Efetividade do Direito Societário na Repressão ao Uso Disfuncional do Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XXXIX, número 120, 195-227, páginas 226/227.

linearmente vinculado ao sócio, objetivando resguardar a sua própria condição. Dá-se por meio da regulação do direito de recesso e da exclusão de sócios. A forma indireta de proteção se dá através de mecanismos de controle da gestão e da forma, momento e conteúdo das deliberações na sociedade, em que a proteção não resguarda pessoalmente o sócio, no sentido de que procura assegurar o bom funcionamento da sociedade e a democracia interna, somente por via transversa beneficiando-o.

Importante é destacar que alguns mecanismos de proteção, como a deliberação por assembléia, somente são aplicados às sociedades acima de 10 (dez) sócios, contudo, a maioria dos mesmos aplica-se a qualquer sociedade limitada, independentemente de sua estrutura, capital social ou número de sócios. <sup>199</sup> <sup>200</sup> <sup>201</sup> <sup>202</sup> <sup>203</sup>

---

<sup>199</sup> A idéia de proteção aos minoritários foi toda desenvolvida na ótica da atividade empresarial praticada através de sociedades anônimas, entretanto, nada impede a aplicação de institutos já consagrados no regime do anonimato à sociedade limitada de perfil capitalista, mesmo que seja necessário adaptá-los a padrões atuais.

<sup>200</sup> É fundamental para a compreensão da proteção aos minoritários a noção de poder-dever, muito bem exposta por Fábio Konder Comparato: *A tensão dialética entre poder e direito é, com efeito, inerente à vida social. A clássica distinção sociológica entre “comunidade” (Gemeinschaft) e sociedade (gesellschaft) não nos deve fazer olvidar que, em todas as manifestações grupais, existe um poder social, seja ele fundado em contrato, na tradição, na fé religiosa, nas necessidades biológicas ou na força bruta. Ora, se por um lado a dinâmica de todo poder tende ao seu fortalecimento ilimitado, por outro, ela não dispensa, nunca, uma outra ordenação social que, em si mesma, representa a negação do arbítrio e, por conseguinte, a limitação do poder. (página 05) (...) O titular do controle exerce a soberania societária. Não vai nisto nenhuma aberração. Ao contrário, a existência de um direito de controle representa um elemento indispensável na economia social, embora ele não venha sublinhado, como deveria, na estrutura do modelo legal. Não há sociedade sem poder, e sem organização do poder – ou seja, sem direito – como salientamos desde as páginas introdutórias. Mas a todo poder compreendem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. (página 297). Em *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.*

<sup>201</sup> Importante estudo doutrinário foi produzido por Berle, Adolf A. e Means, Gardiner C., intitulado *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*, tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo : Victor Civita Editor, 1984, em que defendiam a despersonalização da propriedade, a *coisificação* da empresa, o que implica em independência em relação ao seu possuidor e, conseqüente, permite a proteção de outros interesses.

<sup>202</sup> Válida ainda a lição de Macedo, Ricardo Ferreira de : *Limites de Efetividade do Direito Societário na Repressão ao uso Disfuncional do Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, número 120, 195-227, páginas 224, embora centrada em análise sobre a gestão e interesses envolvidos na companhia : *A noção de poder-dever é, portanto, essencialmente positiva. Não basta ao titular do pátrio poder agir no sentido de não lesar as pessoas sujeitas ao seu poder, devendo, sim, agir, ao exercer suas prerrogativas, no interesse dessas pessoas. Da mesma forma, não basta ao titular do direito de propriedade agir de forma a não lesar os interesses da coletividade, devendo, sim, agir em atendimento aos interesses desta coletividade. No plano da propriedade produtiva organizada sob a forma de sociedade anônima, os deveres atribuídos ao proprietário transferem-se (se não em virtude da própria natureza das coisas, ao menos em virtude do disposto no artigo 116, parágrafo único, da lei 6404\76) ao controlador da empresa e a seus braços operacionais, os administradores (artigo 154).*

<sup>203</sup> Ver sobre o tema, ainda, entre outros autores: Bulgarelli, Waldírio: *Regime Jurídico de Proteção às Minorias nas Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 ; Lima, Osmar Brina Corrêa : *O*

Os dispositivos pertinentes à proteção dos sócios estão em perfeita sintonia com a principiologia do Código Civil de 2002, como analisaremos.

### 7.1.1 Proteção Direta aos Sócios Minoritários

#### 7.1.1.1 Direito de Recesso

O direito de recesso nas sociedades limitadas, no regime anterior ao Código Civil de 2002, era previsto amplamente, na forma do que estabelecia o artigo 15, do Decreto 3708\19 :

*“art.15 – Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao se capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social. “*

Desta forma, em face de qualquer modificação do contrato social, cabível era o exercício do direito de recesso, cuja amplitude poderia ser reputada à dificuldade de alienação das parcelas do capital social, as cotas.

---

*Acionista Minoritário no Direito Brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1994; Guerreiro, José Alexandre Tavares: *Direito das Minorias na Sociedade Anônima.* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XXV, número 63, jul\set de 1996, 106-111.

De imediato, resta clara a diferenciação entre o direito de recesso previsto para o sócio da sociedade limitada e o definido para o acionista da sociedade anônima, na forma do previsto na lei 6404\76.

O artigo 137, da lei 6404\76, com a redação conferida pela lei 10303\2001, estabelece como hipóteses de direito de recesso apenas os incisos I a VI e IX, do artigo 136, quais sejam, criação de ações preferenciais ou aumento de classes de ações preferenciais existentes, sem guardar proporção com as demais classes de ações preferenciais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto ; alteração nas preferências, vantagens ou condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de classe mais favorecida ; redução do dividendo obrigatório ; fusão da companhia ou sua incorporação em outra, participação em grupo de sociedade ; mudança do objeto da companhia e cisão da companhia. Ao longo do dispositivo são detalhadas as condições e pressupostos para o exercício do direito de recesso.

As restrições ao exercício do direito de recesso nas sociedades anônimas são explicadas pelo fato de que é livre a cessibilidade de ações nas companhias, salvo as exceções previstas em lei. Assim, o sócio dissidente de deliberações pode alienar suas ações e afastar-se da sociedade.

204

Ao sócio da sociedade limitada era assegurado o recebimento dos valores referentes à sua participação no capital social, em conformidade com o último balanço aprovado, na forma do artigo 15, do Decreto 3708\19.

Ante a possibilidade de aplicação subsidiária das normas do anonimato às sociedades limitadas, como previa o artigo 18, do

---

<sup>204</sup> O artigo 36, da lei 6404\76 dispõe que a livre cessibilidade das ações pode sofrer restrições nas sociedades fechadas, desde que minuciosamente reguladas as restrições no estatuto social e que as mesmas não impeçam as negociações, não sujeitem o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração ou maioria dos acionistas, ocorrendo expressa aceitação dos titulares das ações.

Decreto 3708\19, era comum a previsão contratual de aplicação das normas sobre recesso, especialmente o artigo 45, da lei 6404\76.

Neste dispositivo é estabelecida a possibilidade de reembolso em montantes diferenciados do valor patrimonial, em geral valor mínimo a ser pago, baseados no valor econômico da empresa. Também se permite ao sócio dissidente o levantamento de balanço especial, caso a deliberação social tenha ocorrido mais de 60 (sessenta) dias após o último balanço.

Já no Novo Código Civil, o artigo 1072, parágrafo 5º, do Código Civil de 2002, dispõe que as deliberações adotadas em conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes. Em face da imposição de submissão das decisões aos sócios, resguarda-se a possibilidade de saída da sociedade ao sócio dissidente.

O direito de recesso no Código Civil de 2002 é previsto no artigo 1077, *verbis* :

*“art. 1077 - Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos 30 (trinta) dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no artigo 1031. “*

Confuso é o teor do dispositivo em exame. Ora, a fusão, incorporação da sociedade em outra, ou dela, implica sempre em modificação do contrato social, em que poderia ser resumida a admissão de exercício de direito de recesso.

Por outro lado, admitida a opção pelo direito de recesso em qualquer modificação do contrato social, teríamos mantida a regra do Decreto 3708\19, esculpida em outro regime, baseado em limitação do direito de alienar as cotas. No regime do Código Civil de 2002, tornou-se facilitada a livre cessão de cotas, como ocorre nas companhias, regra tradicionalmente vinculada à restrição do direito de recesso. Entretanto, ante a clara redação do dispositivo em exame, é de ser admitido o direito de recesso em qualquer hipótese de modificação do contrato social.

Importante é atentar para a regra do artigo 1031, que indica a forma de cálculo do valor a ser recebido pelo sócio dissidente. Dispõe o artigo que :

*“artigo 1031 - Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua cota, 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.”*

Assim, caso não haja regra específica no contrato social sobre o cálculo do valor a ser pago ao sócio dissidente, os montantes deverão ser calculados com base no valor patrimonial, à data da resolução da sociedade para o sócio dissidente, ou seja, na oportunidade de manifestação pelo sócio do desejo de exercer o direito de reembolso, comprovando aprovação da matéria de que foi discordante.

Dada a amplitude do direito de recesso na limitada, é conveniente que os sócios estipulem no contrato social regras mais detalhadas sobre a matéria.

Importante é, ainda, destacar o texto do artigo 1076, do Código Civil de 2002, que estipula a exigência de quorum qualificado para a aprovação de determinadas matérias. Somente serão aprovadas as deliberações sobre designação e destituição de administradores, o modo de remuneração, a

modificação do contrato social, a incorporação, fusão, dissolução, cessação do estado de liquidação e o pedido de concordata ante o acordo da maioria estipulada no artigo em referência. Os demais casos serão aprovados pela maioria dos votos dos presentes na oportunidade de deliberação.

#### 7.1.1.2 Exclusão de Sócios

##### 7.1.1.2.1 Exclusão de Sócio no Regime do Decreto 3708/19

No regime do Decreto 3708/19, não existia regulação específica sobre a hipótese de exclusão de sócios, instituto que foi construído pela prática negocial, tendo seus contornos sido definidos pelos Tribunais e pelos estudos doutrinários.<sup>205</sup>

O ponto de partida para a construção da teoria da exclusão de sócios foi a previsão ampla do direito de recesso, no artigo 15, do Decreto 3708/19, antes já analisado, cujo teor assegurava o exercício do direito de recesso amplamente aos minoritários.

Era assegurado o direito de os minoritários dissidentes retirarem-se da sociedade limitada, em caso de qualquer modificação do contrato social, regra que não estipulava exceções. Cabia o direito de recesso ante qualquer alteração do contrato social, o que permitiu a interpretação de que a modificação do quadro societário podia dar-se pela aprovação de sócios que representassem a maioria do capital social da sociedade, independentemente da vontade do excluído.

---

<sup>205</sup> V. entre outros : Martins, Fran: *Indicação para a Exclusão de Sócios e Poderes dos Gestores*. Rio de Janeiro : editora Forense, 1984; Nunes, A.J. Avelãs: *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*. São Paulo : editora Cultural Paulista, 2001; Requião, Rubens : *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*. Tese-Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Direito do Paraná, Curitiba, 1959; Caillaud, Bernard : *L'exclusion d'un Associé dans les Sociétés*. Paris : Sirey, 1966.

A doutrina e os tribunais entendiam que a regra do artigo 15 poderia ser excepcionada, em face de previsão expressa do contrato social. Assim, poderia ser estabelecida a impossibilidade de modificação do quadro societário, sem a aprovação unânime dos sócios, por exemplo, o que implicava em vedação implícita da possibilidade de exclusão.

Nada, porém, impedia a expressa vedação no contrato social da hipótese de exclusão de sócios ou a previsão de regras específicas para a sua realização.

Os tribunais divergiam sobre aspecto básico da exclusão de sócios : a necessidade de motivação da exclusão. A maioria da cortes do país entendiam que a exclusão deveria ser fundamentada, permitindo ao sócio excluído o direito de contestar as razões de seu afastamento da sociedade. A lição é de Sérgio Campinho :

*“Admite-se o despedimento compulsório do sócio pela maioria, como forma de assegurar a harmonia social, necessária para que a sociedade possa desenvolver a sua empresa. Verificada a desinteligência entre os sócios, comportando-se um deles de forma a prejudicar o desenvolvimento das atividades da sociedade, pode a maioria excluí-lo, pagando os seus respectivos haveres. A medida se justifica como forma de assegurar a sobrevivência da sociedade, que não pode sofrer danos em razão de conflitos entre os sócios.”<sup>206</sup>*

É que a exclusão é ato de extrema gravidade, significando afastar o sócio da condição de membro da sociedade, não podendo,

---

<sup>206</sup> V. Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000, página 119.

portanto, ser realizada em face do simples desejo dos que possuam a maioria do capital social.

A exclusão, devidamente motivada, podia dar-se por mero ato administrativo perante a Junta Comercial, bastando que sócios representantes da maioria do capital social apresentassem aditivo perante aquele órgão, solicitando a modificação do quadro societário, excluindo sócio minoritário. Na forma da lei 8934/94, em seu artigo 35, inciso VI, a Junta Comercial somente deixaria de arquivar o aditivo ao contrato social se constasse no mesmo cláusula restritiva, exigindo aprovação por maioria. Com o arquivamento do aditivo, devem os sócios majoritários providenciar a imediata disponibilização dos haveres do excluído.

Observe-se que tal conduta impunha ao sócio excluído o dever de tomar a iniciativa, ou seja, partir para a defesa de seus direitos, caso discordasse da motivação de sua exclusão ou do montante dos haveres que lhe tivessem sido disponibilizados.

#### 7.1.1.2.2 Exclusão de Sócios no Código Civil de 2002

##### a) Exclusão Administrativa

No novo Código Civil, a exclusão administrativa de sócios é prevista expressamente, designada *como resolução da sociedade em relação a sócios minoritários*, com previsão nos artigos 1085 e 1086.

Dispõe o artigo 1085 que :

*“artigo 1085 - Ressalvado o disposto no artigo 1030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste ato a exclusão por justa causa.*

*Parágrafo único – A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.”*

O artigo em exame regula a exclusão administrativa de sócios, estabelecendo hipótese de exclusão por justa causa, tendo por pressuposto a expressa previsão da possibilidade de exclusão no contrato social. Além da regra específica constante do contrato social, são requisitos da aplicação do disposto neste artigo a prática de ato de inegável gravidade, que põe em risco a continuidade da empresa, e a possibilidade do exercício do direito de defesa por parte do minoritário que se pretende excluir, em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para comparecer e exerce o direito de defesa. Efetuado o devido registro da modificação do quadro societário perante a Junta Comercial, proceder-se-á na forma dos artigos 1031 e 1032, como prevê o artigo 1086 do novo Código Civil.

Desta forma, o valor da 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, calculada com base em balanço especial, cujo pagamento será feito em dinheiro, no prazo de noventa dias a partir da liquidação, a não ser que haja estipulação contratual diversa ou acordo. O capital sofrerá a respectiva dedução, salvo se os sócios suprirem o valor da quota (artigo 1031).

Já no que se refere ao 1032, que prevê que o excluído, bem como seus herdeiros, não se eximem da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a exclusão, nem das posteriores, também até dois anos, enquanto não se requerer a averbação, entendemos que a sua aplicação às sociedades limitadas deve ser compatibilizada com o perfil de responsabilidade típico de tais sociedades. É que tal aplicação pode significar ampliar o padrão de responsabilidade dos sócios na sociedade limitada, restrita ao montante do valor de suas cotas, sendo ainda responsáveis solidários pelo pagamento da cota do sócio que não pagou, na forma do artigo 1052, o que não é concebível.

#### b) Exclusão Judicial

Vale destacar que é possível a exclusão em padrões diferenciados do previsto no artigo 1085, nas hipóteses do artigo 1030 e 1004, versando esta última sobre a situação do sócio remisso, que foge âmbito de nosso trabalho.

A hipótese do artigo 1030 merece ser melhor detalhada, já que estabelece situação de exclusão de sócios por via judicial, em formato inovador, verbis :

*“artigo 1030 - Ressalvado o disposto no artigo 1004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou ainda por incapacidade superveniente.*

*Parágrafo único – Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do artigo 1026. “*

Cuida-se de situação de exclusão, por via judicial, em caso de iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente. Trata-se de disposição inovadora pelo fato de permitir a exclusão de qualquer sócio, inclusive do sócio majoritário, desde que comprovado o requisito de falta grave no cumprimento de suas obrigações, apurada judicialmente, e seja provocada pela vontade da maioria dos sócios.

Preserva-se o valor maior da manutenção da empresa, instituto fundamental do direito contemporâneo, cuja preservação é interessante não apenas para os sócios minoritários mas para os empregados, que não perderão seus empregos, para o Estado, que manterá receitas tributárias e para a comunidade, que interage com a entidade empresarial.

A doutrina, há algum tempo, admitia a exclusão do sócio majoritário, por via judicial, com a finalidade de preservar a empresa, especialmente Fábio Konder Comparato, no Brasil. Entretanto, a jurisprudência não admitia a tese em toda a sua extensão.<sup>207</sup>

---

<sup>207</sup> V. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.

No parágrafo único, do artigo 1030, prevê-se que ocorrerá a exclusão, de pleno direito, portanto sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário, do sócio declarado falido ou do que tiver a sua cota liquidada para pagamento de credor particular (artigo 1026, parágrafo único).

## 7.1.2. Proteção Indireta aos Sócios Minoritários

### 7.1.2.1. Das Deliberações

No regime do Decreto 3708/19, não havia expressa regulamentação da forma de deliberação nas sociedades limitadas.

Com base no artigo 15, do aludido Decreto, que dispõe, na verdade, sobre a possibilidade ampla de direito de recesso nas limitadas, construiu a doutrina a idéia de prevalência do princípio da deliberação majoritária.

Observe-se o conteúdo do artigo em destaque :

*“art. 15 - Assiste 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, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social. “*

A partir do reconhecimento do direito de recesso, em face de qualquer modificação do contrato social, a doutrina e os tribunais passaram a admitir a prevalência do princípio da deliberação majoritária. Assim, em regra, as decisões nas sociedades limitadas deviam ser tomadas por pessoas que representassem a maioria do capital social.

Recorde-se, contudo, que existia liberdade para os sócios estabelecerem, no contrato social, regras diferenciadas, afastando a aplicação do artigo 15 para situações específicas, como a modificação do contrato social no que se refere ao objeto social, por exemplo, em que se podia estabelecer a regra da aprovação por unanimidade.

A lei 8934, de 18 de novembro de 1994, prevê tal possibilidade ao reconhecer, no artigo 135, inciso VI, que não será arquivada a alteração contratual por deliberação majoritária do capital social, quando houver cláusula restritiva.

Outro ponto sobre as deliberações nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada que chamava a atenção dos autores, no regime anterior ao Código Civil de 2002, era o referente à forma e ao momento dos sócios manifestarem a sua vontade, principalmente nas limitadas de médio e grande porte.

Waldemar Ferreira externava a sua preocupação com a forma e oportunidade dos sócios deliberarem:

*“Quando assaz numerosos os sócios, estrutura-se a sociedade por quotas, em regra, com assembleia de cotistas e conselho fiscal, ad instar do que ocorre com a sociedade anônima, dando-se a uma e outra mais simples condições de funcionamento. Inexistindo um dos órgãos, por não explicitamente criados pelo contrato social, os sócios*

*desprovidos do cargo de gerência se inteiram da administração dos negócios sociais pelo balanço anual e pelos balancetes mensais, por estes quando o contrato determina que seja mensalmente levantado e comunicado, por cópia, a todos os sócios. Casos se deparam, todavia, em que há necessidade de entendimento entre os cotistas para a solução dos grandes problemas administrativos e requerem, em muitas hipóteses, a atividade dos sócios. Mostrando-se o capital insuficiente, ou por não integralizado, ou por necessitar a sociedade de novos e maiores recursos que propiciem o desenvolvimento dos negócios, há necessidade de reunião e deliberação de cotistas.*<sup>208</sup>

No regime do Decreto 3708/19 não existia regulação específica sobre a maneira e a oportunidade dos sócios deliberarem, sendo necessária previsão própria no contrato social para a maior segurança dos sócios.

A aplicação subsidiária das regras da lei das sociedades anônimas era possível, na forma do artigo 18, do Decreto 3708\19, o que autorizava o estabelecimento de assembléia de cotistas.

Na lei 6404/76, as principais regras referentes a assembléia de acionistas são previstas nos artigos 121 a 137. Na forma de tais disposições, a assembléia geral será convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto social, tendo poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto social da sociedade e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

São atos de competência privativa da assembléia, na forma do artigo 122, a reforma do estatuto social; eleição ou destituição dos administradores e fiscais da companhia, com exceção da eleição dos membros

---

<sup>208</sup> V. Tratado de Direito Comercial. São Paulo : Saraiva, 1960, página 453.

da diretoria executiva que devem ser eleitos pelo conselho de administração; tomada de contas dos administradores, anualmente, e deliberação sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; autorização da emissão de debêntures e partes beneficiárias; suspensão dos direitos dos acionistas; deliberação sobre a avaliação de bens que o acionista concorrer para a formação do capital social; deliberação sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia; dissolução e liquidação, eleição e destituição dos liquidantes e tomada de suas contas e, por fim, conceder autorização aos administradores para confessar falência e pleitear concordata.

Entre os diversos atos elencados no dispositivo legal em referência, a quase unanimidade deles poderia ser aplicada às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, aplicação que somente seria afastada em caso do perfil da sociedade excluir tal possibilidade.

a) Deliberações por Assembléia no Código Civil de 2002

Com o advento do novo Código Civil, em que a qualidade de sócio resta bem diferenciada da condição de administrador, toma maior significação a questão das deliberações dos sócios.

A lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, estabelece que algumas matérias, expressamente previstas no artigo 1071, dependem de deliberação dos sócios para aprovação, são elas:

*“a) aprovação de contas da administração ;*

*b) a designação dos administradores, quando feita em separado ;*

*c) a destituição dos administradores ;*

- d) *o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato ;*
- e) *a modificação do contrato social ;*
- f) *a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação ;*
- g) a nomeação e a destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas ;
- h) o pedido de concordata.“

209

No que se refere à concordata, em caso de urgência, os administradores podem requerê-la quando autorizados por titulares de mais da metade do capital social, independentemente de deliberação anterior em assembléia ou reunião de cotistas.

As deliberações podem ser tomadas em assembléia ou reunião de cotistas, conforme previsão do contrato social, sendo obrigatória a realização de assembléia nas sociedades limitadas com mais de 10 (dez) sócios. A realização de assembléia ou reunião pode ser dispensada quando os sócios decidirem por escrito sobre os temas em discussão.

A assembléia de sócios instala-se com a presença de sócios que representem, em primeira convocação, 3/4 (três quartos) do capital social, em segunda com qualquer número. O sócio pode ser representado por outro sócio ou por advogado na assembléia, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro juntamente com a ata. Aos sócios é vedado votar matéria que lhe diga respeito diretamente. Entre os presentes, serão escolhidos presidente e secretário da assembléia, sendo lavrada no livro próprio ata dos trabalhos e deliberações, assinada por quantos bastem para aprovar as deliberações, sem prejuízo de quantos queiram assinar.

---

<sup>209</sup> Novas matérias podem ser acrescidas pelo contrato social, na forma do caput do artigo 1071.

Cópia da ata da assembléia, autenticada pelos administradores ou pela mesa, será encaminhada ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, nos vinte dias posteriores à reunião, para arquivamento e averbação. Ao sócio que solicitar, será entregue cópia autenticada da ata.

#### b) Quorum de Aprovação de Matérias

As deliberações serão aprovadas pelos sócios que representem a maioria do capital social presente à assembléia ou reunião, caso não seja exigido outro *quorum* de aprovação no contrato social. Em caso de empate a decisão sufragada por maior número de sócios prevalecerá, na forma do artigo 1010, parágrafo segundo, do Código Civil, aplicável às limitadas com esteio no artigo 1053, parágrafo único.

As deliberações serão aprovadas por sócios que representem, no mínimo, 3/4 (três quartos) do capital social nos casos de modificação do contrato social, incorporação, fusão, cisão, dissolução da sociedade ou cessação do estado de liquidação, na forma do que prevê o artigo 1076, I.

Será requerida a aprovação de sócios que representem mais da metade do capital social da empresa nos casos de designação ou destituição dos administradores, fixação do modo de remuneração dos administradores, quando tal matéria não seja especificada no contrato e pedido de concordata, como indica o artigo 1076, II, do novo Código Civil.

Entendemos que a fixação dos quantitativos de votos necessários para aprovação dos temas expressos em lei é flagrante limitação ao conteúdo contratual, através de normas de natureza obrigatória, com a finalidade de proteger os sócios minoritários.

Possível é, entretanto, a ampliação dos quoruns no contrato social. Já que as normas são dispostas em defesa dos minoritários, em limitação ao poder absoluto dos indivíduos (sócios), nada impede a ampliação da defesa dos sócios economicamente menos influentes.

### c) Convocação da Assembléia

A assembléia ou reunião devem ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato social. Também podem ser convocadas pelo conselho fiscal, sempre que ocorrerem motivos graves e urgentes ou a diretoria retardar por mais de 30 (trinta) dias a sua convocação anual ou pelo sócio, quando os administradores retardarem a convocação por mais de 60 (sessenta) dias, nos casos previstos em lei ou no contrato social.

Cabe ainda a convocação realizada por titulares de mais de 1/5 do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas.

O anúncio da assembléia de sócios será publicado no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede da empresa, e em jornal de grande circulação, por três vezes, ao menos, devendo mediar entre a data da primeira inserção e da realização da assembléia o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores, como prevê o parágrafo terceiro do artigo 1152 do Código Civil novo.

Tais formalidades podem ser dispensadas quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

O artigo 1079 e o parágrafo sexto do artigo 1072 dispõem que aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, as regras referentes à assembléia de cotistas.

## 7.1.2.2 Controle da Administração

### a) Assembléia Geral de Cotistas

Em paralelo ao previsto no artigo 132, da lei 6404/76, que estabelece a obrigatoriedade da realização de assembléia geral ordinária anualmente, a fim de apreciar as matérias específicas, previstas no dispositivo em alusão, o artigo 1078 da lei 10.406/2002 dispõe sobre a realização de assembléia de cotistas ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com a finalidade de tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço de patrimônio e o de resultado econômico, designar administradores, quando for o caso, e tratar de qualquer outro assunto que conste da ordem do dia.

A lógica da previsão é aproximada à estabelecida no artigo 132 da lei do anonimato. Entretanto, a amplitude de matérias que podem ser abordadas na assembléia de cotistas prevista no artigo 1078, do Código Civil de 2002, não permite a compreensão de que sejam institutos inteiramente análogos.

Na verdade, pretendeu o legislador tornar obrigatória a realização de, pelo menos, uma assembléia de cotistas, em que fossem apreciadas as contas dos administradores e fosse deliberado sobre o balanço patrimonial e de resultado econômico, temas fundamentais para o bom acompanhamento e fiscalização da atividade empresarial desenvolvida.

Sobre balanço patrimonial, o artigo 1188 dispõe que:

*“artigo 1188 – O balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa e, atendidas*

*as peculiaridades desta, bem como as disposições das leis especiais, indicará distintamente o ativo e o passivo.*

*Parágrafo único – Lei especial disporá sobre as informações que acompanharão o balanço patrimonial, em caso de sociedades coligadas. “*

A expressão balanço patrimonial é explicada nas palavras de Ludícibus e Marion:

*“O termo balanço decorre do equilíbrio Ativo=Passivo + PL, ou da igualdade Aplicações=Origens. Parte da idéia de uma balança de dois pratos, onde sempre encontramos a igualdade. Só que, em vez de denominarmos balança (assim como balança comercial), denominamos no masculino: balanço. A expressão patrimonial origina-se do Patrimônio Global da empresa, ou seja, o conjunto de bens, direitos e obrigações. Daí origina-se a expressão : patrimônio líquido, que significa a parte residual do patrimônio, a riqueza líquida da empresa num processo de continuidade, a situação líquida. Compondo as duas expressões, teremos a expressão balanço patrimonial, o equilíbrio do patrimônio, a igualdade patrimonial. “<sup>210</sup>*

No artigo 1189, o Código Civil estabelece que o balanço de resultado econômico, ou demonstração da conta de lucros e perdas, acompanhará o balanço patrimonial e dele constarão crédito e débito, na forma da lei especial.

A demonstração de resultado do exercício é utilizada para demonstração de fluxos, visto que compara receitas com despesas do período, apurando um resultado que pode ser positivo (receitas superando despesas) ou negativo (despesas acima das receitas) ou nulo (igualdade entre

---

<sup>210</sup> V. Ludícibus, Sérgio de e Marion, José Carlos: *Contabilidade para não Contadores*. São Paulo: editora Atlas, 1994, página 30.

receitas e despesas). Refere-se a um período específico, indicando as causas do resultado indicado.

Os documentos referentes às contas devem ser postos à disposição dos sócios que não exerçam a administração trinta dias antes da data marcada para realização da assembleia.

Fugindo ao que prevê a legislação do anonimato sobre a assembleia geral ordinária, não há embargo da discussão de qualquer outro tema que conste da ordem do dia.

A aprovação do balanço de patrimônio e do resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, na assembleia de cotistas, exclui a responsabilidade dos membros da administração, e caso haja, dos membros do conselho fiscal. Esclareça-se que a exoneração de responsabilidade é referente às contas. Nada impede a responsabilização dos administradores pela prática de atos de gestão, nos moldes do artigo 1016.

Em dois anos extingue-se o direito de anular a aprovação de contas realizada pela assembleia de cotistas, na forma do que prevê o artigo 1078, parágrafo quarto. Na lei das sociedades anônimas (lei 6404\76), é estabelecido o mesmo prazo, na forma do que dispõe o artigo 286, *verbis*:

*“artigo 286 - A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 02 (dois) anos contados da deliberação.”*

b) Fiscalização da Sociedade

No que se refere à fiscalização da sociedade, inova o artigo 1066 do Código Civil de 2002, ao estabelecer que sem prejuízo dos poderes da assembleia, pode o contrato social instituir Conselho Fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no país, eleitos na assembleia anual prevista no artigo 1078, com mandatos de duração anual.

No regime do Decreto 3708\19, inexistia previsão específica de Conselho Fiscal nas limitadas. A fiscalização podia ser feita na forma do previsto no artigo 290 do Código Comercial de 1850, que dispunha: *“em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração e correspondência, e do estado da caixa da companhia ou sociedade, sempre que o requerer ; salvo tendo-se estabelecido no contrato ou outro qualquer título da instituição da companhia ou sociedade, as épocas em que o mesmo exame unicamente poderá ter lugar”*.

Entretanto, a forma de fiscalização individual da sociedade não era a única possível. Caso desejassem, poderiam os sócios estabelecer órgão com finalidade exclusiva de fiscalizar, conselho fiscal, nos moldes previstos na lei das sociedades anônimas, ante o teor do artigo 18 do Decreto 3708\19.

Exercida a faculdade de criação de Conselho Fiscal prevista no novo Código Civil, deve-se atentar que o órgão não poderá ser composto por um dos inelegíveis descritos no parágrafo primeiro do artigo 1011, assim como também dele não podem fazer parte os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores e o conjugue ou parente destes até o terceiro grau.

Assegurado é, aos sócios minoritários que representem pelo menos um quinto do capital social, o direito de eleger um membro do Conselho Fiscal e respectivo suplente.

O membro eleito deve assinar termo de posse no livro de atas e pareceres do conselho, o que não sendo feito nos trinta dias que se seguem à eleição a tornará sem efeito. A remuneração dos membros do Conselho Fiscal é fixada anualmente pela assembléia que os eleger, na forma do artigo 1068 do Código Civil.

Compete aos membros do Conselho Fiscal, além de outras atribuições previstas em lei ou no contrato social, individual ou conjuntamente, examinar os livros e papéis da sociedade e o estado do caixa e da carteira, pelo menos trimestralmente; lavrar no livro de atas e pareceres do Conselho Fiscal o resultado dos exames antes referidos; exarar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e operações sociais no exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico; denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem; convocar assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de 30 dias a sua convocação anual ou sempre que ocorrerem motivos graves e urgentes; praticar, durante o período de liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

Tais atribuições decorrem de lei, não podendo ser atribuídas a órgãos diversos, podendo o Conselho ser auxiliado por contabilista legalmente habilitado.

Dispõe a lei 10.406\2002 que a atuação do membro do Conselho Fiscal será feita individual ou conjuntamente. Tratando-se, entretanto, de órgão de estrutura colegiada e de acordo com as atribuições fixadas no artigo 1069 do novo Código Civil, em regra o Conselho Fiscal atuará coletivamente, sendo manifestada a posição do órgão como um todo.

Tal diferenciação pode ser importante na determinação da responsabilidade do membro do Conselho Fiscal, a quem a lei imputa o mesmo nível de responsabilidade previsto para os administradores (artigo 1016). Sendo possível a individualização, responderá o conselheiro que tiver praticado o ato. Caso seja emanado coletivamente, todos os conselheiros deverão ser responsabilizados, com exclusão dos que expressamente firmarem posição

divergente sobre a matéria, podendo o contrato social estabelecer expressamente as formas facultadas aos conselheiros para externar posição discordante do colegiado, como pode definir como parâmetro na área as regras da lei 6404\76.

## 7.2 Garantias aos que se Relacionam com a Sociedade Limitada

A nova regulação da sociedade limitada é extensa em relação a normas de proteção aos que, pelos mais variados motivos, travam relações com a sociedade. Rígidas normas são estabelecidas, permitindo a definição exata do regime jurídico da sociedade limitada, o que a torna transparente e evita prejuízos aos que com ela contratam. Como exemplo, destacamos as normas de flexibilização dos poderes de gestão, que pode ser profissionalizada, tendo como contrapartida a ampliação da responsabilidade dos gestores, bem como, as normas que regulam as teorias dos atos *ultra vires societatis* e da desconsideração da pessoa jurídica, passemos a estudá-las.

### 7.2.1 Administração na Sociedade Limitada

A definição exata das possíveis formas de administração da sociedade limitada importa em proteção a terceiros, que podem medir o risco de manter relações negociais com uma sociedade limitada.

Variadas são as teorias que explicam a natureza jurídica da administração na sociedade limitada. Para alguns configura-se uma relação de mandato, outros baseiam-se nas noções de *agency* e *trust*. Uma terceira linha de pensamento, prevalente, defende que os administradores são órgãos da sociedade, manifestantes da sua vontade.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> Na doutrina italiano, de há muito foi concebida a idéia do administrador como órgão da sociedade. A noção de administrador supera a idéia de mandato, o administrador é o próprio representante da sociedade, órgão da mesma. V. Fré, Giancarlo : *L'organo Amministrativo nelle Società Anonime*. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1938, páginas 19, baseado nas lições de Carnelutti, defende o autor : (...) *la figura giuridica di mandato da sola non esaurisce enon spiega l'intero contenuto delle funzione che l'amministratore deve compiere (...) Secondo il Carnelutti infatti, quando si tratta di interessi collettivi, in quanto adempie alla funzione di questo: per organo deve quindi intendersi l'individuo in quanto agisce per lo svolgimento di un interesse collettivo.*

Esclareça-se que a expressão *administração* é utilizada como poder de gestão, isto é, poder de representar a sociedade e manifestar a sua vontade, fazendo uso do nome empresarial, nos limites do contrato social, podendo responder pelos atos praticados perante a sociedade ou terceiros.

O Decreto 3708/19 não definia os atos de gestão, que deveriam ser praticados pelos sócios-gerentes, somente dispondo, em seu artigo 13, que o uso da firma cabia aos mesmos.

A doutrina procura firmar o que pode ser considerado ato de administração ou de gestão, merecendo destaque a enumeração dos atos que o sócio gerente pode praticar elaborada por Teixeira de Freitas, analisada por vários autores, dentre os quais Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda :

*“a) os direitos da sociedade à cobrança das cotas ou sua integralização ; b) em caso de perdas sociais, constantes dos balanços anuais ou dos balanços intercalares, exigir dos sócios que tenham de responder por elas a prestação ou prestações respectivas ; c) cobrar as dívidas ativas da sociedade, dar quitação ou reformá-las ou inová-las ; d) pagar as dívidas passivas da sociedade ; e) prestar a cada sócio o que, de conformidade com o contrato social, tenham de receber para despesas próprias (ou outros fins); f) proceder à distribuição dos lucros sociais, a que, segundo o contrato social e o balanço, tenham direito os sócios ; g) assinar as concordatas dos devedores, assim como o que concerne à distribuição das massas concursais ; h) alienar ou fazer outros negócios jurídicos, que caibam na atividade social, desde que o bem não faça parte do capital social ; i) adquirir, a dinheiro, ou a crédito, bens móveis ou imóveis, que sejam necessários às operações da*

*sociedade, ou para seu uso ou consumo; j) dar em locação bens móveis ou imóveis desde que o prazo não exceda o da duração da sociedade, nem se choque com o contrato social ; k) tomar em locação bens móveis ou imóveis, por tempo que não exceda o da duração da sociedade, nem contra o que resulta do contrato social ; l) assinar, pela sociedade, contratos de trabalho que forem necessários à atividade social ; m) contratar empreitada, ou outros contratos de que a sociedade necessite ; n) propor ações e opor exceções, que cabem à sociedade e defender a sociedade nas ações contra ela propostas e exceções que contra ela forem opostas.*<sup>212</sup>

Apesar de elaborada há bastante tempo, a doutrina considera útil a enumeração de Teixeira de Freitas, apontando que várias das hipóteses descritas são atuais.

Na verdade, inúmeras outras condutas podem configurar ato de gestão, já que assim deve ser considerado qualquer ato de manifestação de vontade da sociedade, permitindo que a mesma desenvolva suas atividades.

Destaque-se que, na nova sociedade limitada, descrita no Código Civil de 2002, a administração pode ser conferida a pessoas não sócias.

#### 7.2.1.1 Delegação dos Poderes de Gestão

---

<sup>212</sup> V. Tratado de Direito Privado, editora Borsoi, 1965, volume XLIX, página 406.

No regime anterior ao Código Civil de 2002, as sociedades de pessoas eram submetidas ao princípio da auto-organicidade, ou seja, a administração das sociedades somente podia ser realizada através dos próprios sócios.<sup>213</sup>

Entretanto, nas sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o princípio da auto-organicidade era flexibilizado, já que, expressamente, era admitida a delegação dos poderes de gerência, na forma do artigo 13, *verbis* :

*“artigo 13 - O uso da firma cabe aos sócios gerentes ; se porém, for omissa o contrato, todos os sócios dela poderão usar. É lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. Tal delegação, contra disposição do contrato, dá ao sócio que a fizer pessoalmente a responsabilidade das obrigações contraídas pelo substituto, sem que possa reclamar da sociedade mais do que a sua parte das vantagens auferidas do negócio. “*

Observe-se que não se tratava de permissão para terceiro administrar a sociedade. O delegado não possuía poderes próprios de gestão. Os poderes sempre permaneciam com o delegante (sócio-gerente), que os poderia revogar, de acordo com a sua conveniência.<sup>214</sup>

Sobre delegação, era elucidativa a lição de Waldemar Ferreira : *“Deixou isso explícito o artigo 13, do Decreto 3708\19, dispondo que o*

---

<sup>213</sup> V. Raquel Sztajn, obra citada.

<sup>214</sup> A doutrina destaca a pouca utilização do instituto da delegação. Ver Abrão, Nelson: *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1997.

*uso da firma cabe aos sócios-gerentes ; se, porém, for omissa o contrato social, todos os sócios dela poderão usar. Numa e noutra hipótese, para usar da firma social, o que se propunha apô-la em papel ou documento da responsabilidade social há de ser sócio-gerente ; senão apenas sócio, destituído de gerência, quando o contrato social não haja expressamente disposto. Mas o texto não fica nesse enunciado. Acresceu-o do de ser “lícito aos gerentes delegar o uso da firma somente quando o contrato social não contiver cláusula que se oponha a essa delegação. Ora, esse dispositivo não retira da firma o seu caráter próprio, qual o de somente por sócio ser usada nos negócios sociais. Outorga-lhe, todavia, a faculdade de delegar seu uso a terceiro não sócio. Cabendo-lhe, assim, a delegação, que lhe é própria, e não da sociedade. Não estabeleceu a lei, todavia, a forma de delegação. Nem exigiu o arquivamento no registro do comércio do documento pelo qual se realize, a fim de se tornar de conhecimento público. Quer isso dizer que, toda vez que o delegado do sócio tiver de usar da firma pelo delegante, há de fazer a prova da delegação.”*<sup>215</sup>

O delegado, no exercício dos poderes de gerência, tinha a responsabilidade estabelecida nos mesmos moldes do sócio-gerente, ou seja, somente respondia quando atuasse com infração à lei ou ao contrato social. O delegante (sócio gerente) era responsável solidário pelos atos praticados pelo delegado. O Decreto 3708\19, entretanto, fazia distinção entre duas situações: ser ou não ser a delegação autorizada. Tratando-se de delegação não vedada no contrato social, respondia o delegante (sócio-gerente) solidariamente com o delegado, apenas nas hipóteses de infração à lei ou ao contrato social. Já na hipótese da delegação ter ocorrido, apesar de vedação do contrato social, respondia o sócio delegante pelos atos praticados pelo delegado, mesmo sendo atos regulares de gestão. Observe-se que não existe vinculação entre o delegado e a sociedade limitada. A relação daquele é estabelecida apenas com o delegante, ou seja, com o sócio-gerente que lhe transferiu os poderes.

#### 7.2.1.2 Administração no Código Civil de 2002

---

<sup>215</sup> V. Tratado de Direito Comercial, 3º volume. São Paulo: Saraiva, 1961, páginas 420/421.

No regime do Código Civil de 2002, estabeleceu o legislador para as sociedades limitadas o princípio da hetero-organicidade, ou seja, a possibilidade da administração social ser realizada por pessoas alheias ao quadro de sócios. É a regra que decorre do artigo 1061, *verbis* :

*“artigo 1061 - 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.”*

Caso o contrato social não proíba, atendido o *quorum* de aprovação determinado por lei, os sócios podem decidir pela administração por pessoas alheias ao quadro societário.

É necessário compreender que não se trata de delegação dos poderes de administração, tal como previsto no Decreto 3708/19, faculta-se, na verdade, que terceiros administrem a sociedade, com poderes próprios.

É nítida a diferenciação, à semelhança do que ocorre nas sociedades anônimas, entre a qualidade de sócio e de administrador. O administrador pode ou não ser sócio, exercendo poderes que lhe são próprios, em face de sua eleição para responder pela gestão da empresa, na forma do contrato social.

O administrador pode ser pessoa física ou jurídica, designada no contrato social ou em ato separado, na forma do que prevê o artigo 1060, do Código Civil de 2002. Na doutrina elaborada no sistema do Decreto 3708/19, a admissão de sócio pessoa jurídica, inclusive na qualidade de gerente, predominava.

No novo Código Civil há expressa vinculação da qualidade de sócios com responsabilidade ilimitada às pessoas físicas, tanto nas sociedades em nome coletivo como nas sociedades em comandita simples, cabendo aos mesmos a administração de tais sociedades, a teor dos artigos 1039 e 1045. Nas sociedades limitadas, que passaram a separar com clareza a condição de sócios e de administradores, inexistente regra assemelhada e, como o artigo 1060 faz referência ao termo *pessoa* genericamente, deve-se interpretar a lei sem restrições, nada impedindo que os administradores sejam pessoas físicas ou jurídicas : <sup>216</sup>

*“art. 1060 - A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado “*

Com o advento do novo Código Civil, que não tratou a matéria com a atenção devida, os autores divergem sobre a possibilidade de o administrador ser pessoa jurídica. <sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Artigo 1039- Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Artigo 1045 - Nas sociedades em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias : os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais : e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

<sup>217</sup> A favor da administração da nova limitada por pessoa jurídica, ver Teixeira, Egberto Lacerda de : *As Sociedades Limitadas e o Projeto do Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, ano XXXIV, número 99, julho\setembro 1995, 67-74, páginas 70 : *Fica aberta, na redação do Projeto, a possibilidade de se conferir a administração da limitada a pessoas jurídicas. No Decreto 3708\19 o ponto é omissis, mas a jurisprudência tranqüila e assentada tem permitido que a gerência seja ocupada por sócios pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, mediante delegação de poderes a pessoas físicas residentes no país, nos termos do artigo 13. A inovação do Projeto merece aprovação.* No mesmo sentido, Gonçalves Neto, Alfredo de Assis: *Lições de Direito Societário*. São Paulo, editora Juarez de Oliveira, 2002, página 85.

Também a favor Moraes, Luíza 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, ano 5, número 18, outubro\dezembro de 2002, 41-57, página 45: O legislador não foi claro ao estabelecer as pessoas habilitadas ao cargo de administrador, admitindo, no silêncio, a possibilidade de conferir-se a administração a pessoas jurídicas, o que encontrou apoio na doutrina e na jurisprudência, que admitem que a gerência possa ser exercida por pessoa jurídica, mediante delegação de poderes a pessoas físicas residentes no país.

Em sentido contrário : Campinho, Sérgio: *O direito de Empresa*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, página 229; Coelho, Fábio Ulhoa : *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo : editora Saraiva, 2003.

Nas sociedades anônimas, em que também é possível a escolha de administradores alheios ao quadro social, há expressa disposição legal impondo que os mesmos sejam pessoas físicas. <sup>218</sup>

É possível que o contrato social da sociedade limitada expressamente estabeleça a aplicação subsidiária das regras sobre sociedades anônimas, o que pode ensejar a exigência de que os administradores somente sejam pessoas naturais. Do contrário, entendemos que possível é que o administrador seja pessoa jurídica.

O artigo 1053, do Código Civil de 2002 dispõe sobre a aplicação das regras sobre sociedades simples às sociedades limitadas, sempre que constatada omissão. Em tese, passam a ser aplicáveis as normas constantes dos artigos 1010 a 1021 do Código Civil, com a finalidade exclusiva de suprir as omissões existentes nos artigos 1060 a 1065.

No artigo 1011 é estabelecido que o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo o homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. <sup>219</sup>

É negado pelo Código Civil, no parágrafo primeiro do artigo antes referido, o direito de assumir a condição de administrador, quando se tratar de pessoa natural, aos impedidos por lei especial, como os servidores públicos, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos ; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno,

<sup>218</sup> Lei 6404\76, 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.

<sup>219</sup> Artigo 1011 – O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Parágrafo 1º - Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos ; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato ; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

Parágrafo 2º - Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

concussão, peculato ; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

Na forma do artigo 35, da lei 8934, de 11 de novembro de 1994, não podem ser arquivados os documentos de constituição ou alteração de empresas mercantis de qualquer espécie ou modalidade em que figure como sócio ou administrador pessoa que esteja condenada pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade mercantil.

No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade. Quando não constitua o objeto social da sociedade, a oneração ou venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir, é o que dispõe o artigo 1015 do Código Civil de 2002.<sup>220</sup>

O administrador designado em ato separado investirá-se-á no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração. Caso o termo de posse não seja assinado até trinta dias após a designação, esta se tornará sem efeito, conforme prevê o artigo 1062 do novo Código Civil. Após a investidura, nos dez dias seguintes, deve o administrador requerer seja averbada sua nomeação no registro competente.<sup>221</sup>

O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição do titular, em qualquer tempo, ou pelo término do prazo de gestão. Caso o administrador seja sócio, a sua destituição somente poderá ser feita por voto de sócios que representem dois terços do capital social, a não ser que haja regra diversa no contrato social, na forma do artigo 1063 do Código Civil de 2002.

---

<sup>220</sup> Artigo 1015 - No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade ; não constituindo objeto social a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

<sup>221</sup> Artigo 1062 - O administrador designado em ato separado, investirá-se-á no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração.  
Parágrafo 1º - Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes à designação, esta se tornará sem efeito.

Deve a cessação da qualidade de administrador ser comunicada em dez dias ao registro competente.<sup>222</sup>

Ao término de cada exercício social, prevê o Código Civil de 2002 em seu artigo 1065, deve a sociedade limitada proceder à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.<sup>223</sup>

Trata-se de norma muito importante, pois permitirá aos sócios um maior acompanhamento da gestão social, já que no novo regime podem estar alheios à administração da sociedade.

#### 7.2.1.3 Teoria dos atos Ultra Vires Societatis

Os postulados da teoria dos atos *ultra vires societatis* estabelecem que a atuação dos administradores deve ser centrada no objeto social definido no contrato, sendo vedada a prática de operações diversas das previstas, as quais não responsabilizam a sociedade, sendo permitido ao terceiro de boa fé prejudicado o ressarcimento de seus prejuízos através dos bens pessoais do sócio ou administrador.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto, definindo com clareza o conteúdo e exato alcance da teoria, expõe que “*se a pessoa jurídica atua fora daquilo que constitui seu objeto, há de se concluir que não atuou. É a*

---

<sup>222</sup> Artigo 1063 - O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição, e qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.

Parágrafo 1º - Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.

Parágrafo 2º - A cessação do exercício do cargo de administrador no contrato deve ser averbada no registro competente, mediante requerimento apresentado nos dez dias seguintes ao da ocorrência.

Parágrafo 3º - A renúncia do administrador torna-se eficaz, em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante ; e em relação a terceiros, após a averbação e publicação.

<sup>223</sup> Artigo 1065 - Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.

*teoria ultra vires (do latim além das forças) - que se desenvolveu no direito inglês e que ressoou noutros sistemas jurídicos através do princípio da especialidade – segundo a qual a capacidade de obrigar-se da pessoa jurídica só existe enquanto ela atua em busca dos fins para as quais foi constituída. Como consequência – sustenta-se – a pessoa jurídica não deve responder por atos praticados fora do objeto a que se propõe realizar (como no caso da compra de um lote de animais por uma sociedade dedicada ao comércio de tecidos). É em torno dos atos praticados pelos administradores da pessoa jurídica fora de seu objeto, isto é, com abuso de poder, que gravita a teoria dos atos ultra vires. Esses atos não devem ser confundidos com os que se praticam com excesso de poder, contidos no âmbito das atividades da*

*pessoa jurídica, mas excedentes dos limites estabelecidos para pautar a atuação de seus administradores. Aí há limitação aos poderes dos administradores, mas não à capacidade de agir da pessoa jurídica”.*<sup>224</sup>

Para as sociedades de pessoas, o fundamento da não obrigação da sociedade honrar o ato *ultra vires* era, no regime anterior ao Código Civil de 2002, a previsão do artigo 316, do Código Comercial, regra constante da regulação da sociedade em nome coletivo mas estendida aos demais tipos de pessoas :

*“artigo 316 - Nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes, que, no instrumento do contrato for autorizado para usar dela, obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros e a estes para com a sociedade, ainda mesmo que seja em negócio particular seu ou de terceiro ; com exceção somente dos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas aos negócios designados no contrato.”*

---

<sup>224</sup> Em *Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil*. São Paulo : editora Juarez de Oliveira, 2002.

No que se referia às sociedades limitadas, era prevista no artigo 10, do Decreto 3708\19, a regra de que a sociedade era responsável pelos atos praticados pelo sócio-gerente, mesmo quando este atuasse com excesso de mandato ou violação do contrato social ou da lei, dele podendo se ressarcir.

A previsão era geral, sem hipótese de exceção ou de exclusão da responsabilidade da sociedade. Patente, assim, que em relação à limitada, afastada era a admissão da teoria dos atos *ultra vires*.

Era fundamental para a caracterização da obrigação da sociedade a atuação do terceiro com boa fé. A contratação com a sociedade,

através de sócio-gerente que não dispunha de poderes ou os extrapolava, deveria ter sido realizada com boa fé, ou seja, sem a existência de conluio entre o sócio-gerente e o terceiro contratante.

A boa fé do contratante devia ser caracterizada na situação concreta, restando demonstrada quando se apresentava o sócio-gerente habilitado a contratar. Ao homem comum não seria possível exigir duvidar da regularidade da atuação do administrador.

É interessante que a prática comercial tinha evoluído bastante a ponto dos tribunais terem passado a entender que a responsabilidade da sociedade não podia ser excluída até nas hipóteses em que, flagrantemente, a atuação do sócio-gerente contrariava o contrato social, baseados no argumento de que a forma de realização dos atos empresariais não permitia que os contratantes investigassem os atos constitutivos com a finalidade de se certificarem sobre os poderes dos respectivos sócios-gerentes.

A questão era sobretudo complexa quando a modificação dos poderes gerenciais no contrato social tinha sido operada há

pouco tempo antes da contratação, o que poderia causar grandes dificuldades práticas.

Observe-se a lição de José Waldecy Lucena :

*“De fato, defender a doutrina, que opõe a terceiros as cláusulas restritivas dos poderes do gerente, em razão da presunção absoluta de publicidade que emana dos atos registrários, é, sem meias palavras, proclamar-se contrária às tendências e ao espírito do direito comercial “* <sup>225</sup>

Passa a ter muita importância prática, em face da aplicação da teoria dos atos *ultra vires* à sociedade limitada, com o advento do Código Civil de 2002, a questão da prevalência do princípio da publicidade dos atos em contraste com a teoria da aparência.

Sobre o assunto, em posição contrária a de Waldecy Lucena, Mendonça Lopes, baseado na doutrina de Carvalhosa e Latorraca, em comentário à decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo número 296.529-SP (2000/0027216-7), embora analisando a matéria na perspectiva da sociedade anônima, defende a prevalência do princípio da publicidade: *“Prevalece o princípio da publicidade em todos os atos de administração extraordinária, quando se pressupõe que o terceiro contratante usará de todas as cautelas para verificar a representatividade dos diretores. Também não será a companhia responsável pelos atos praticados pelos diretores seus sem representação, quando os terceiros contratantes devessem ter conhecimento, em razão da profissionalidade de seus atos ou de sua organização. Assim, mesmo que se trate de atos de gestão ordinária, sendo a outra parte um profissional ou uma empresa dedicados à prática dos referidos negócios, não podem estes arguir boa fé para impor a eficácia do ato à companhia. Será, v.g, o caso da instituição financeira que desconta duplicata ou*

---

<sup>225</sup> V. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 4ª edição. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2001.

*quaisquer título de crédito de emissão da companhia, ou que distribui, no mercado de capitais, os valores mobiliários de sua emissão ; ou que mantenha com a companhia relações negociais contínuas e relevantes. A prevalência do princípio da publicidade, por óbvio, avulta nos atos de administração extraordinária, dentre os quais se incluem aqueles que somente podem se realizar mediante prévia autorização do Conselho de Administração, não podendo o terceiro que contratar com a companhia, em desrespeito aos atos registrados, alegar sua boa fé para querer vinculá-la, em razão dos atos praticados com excesso de poder por seus administradores. Orlando Gomes - forte na doutrina de Lyon, Caen e Renault, Thaler e Escura – assevera, com muita propriedade, que a limitação de poderes é oponível a terceiros que dela deveriam ter conhecimento, em razão da profissionalidade de seus atos. Tem-se, como princípio básico, que o registro, e a conseqüente publicidade dos atos societários, efetivado em conformidade com a lei, impede a criação de qualquer “aparência” em desconformidade a eles”.<sup>226</sup>*

Cabe ao aplicador do direito definir, em concreto, sobre a prevalência do princípio da publicidade ou da teoria da aparência.

Importantes para a compreensão dos efeitos de atos praticados de forma indevida pelo sócio-gerente, no regime anterior ao Código Civil de 2002, eram os artigos 11 e 14 do Decreto 3708\19, que dispunham :

*“artigo 11 - Cabe ação de perdas e danos sem prejuízo de responsabilidade criminal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou que dela abusar.*

*artigo 14 - As sociedades por quotas de responsabilidade limitada responderão pelos compromissos assumidos pelos gerentes, ainda que sem o uso da firma social, se forem tais compromissos contraídos em seu nome ou proveito, no limite dos poderes de gerência. “*

---

<sup>226</sup> Mendonça Lopes, Paulo Guilherme de. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, número 120, out\dez 2000, Comentário da Jurisprudência, 183-194, páginas 192/193.

No artigo 11, não havia referência expressa a responsabilização da sociedade, entretanto, a possibilidade de ressarcimento da entidade coletiva sobre o sócio que praticava ato de gestão indevidamente demonstrava que os terceiros podiam responsabilizá-la.

No artigo 14, era responsabilizada a sociedade por atos gerenciais de sócios, sem o uso do nome comercial. Em exceção ao previsto nos artigos 10 e 11, somente poderia ser responsabilizada a sociedade quando os atos fossem praticados nos exatos limites dos poderes de gerência, se praticados em nome e proveito da sociedade.

No novo regime a matéria é expressamente regulada. O artigo 1015, do Código Civil de 2002, estabelece que o excesso na prática de atos por parte do administrador pode ser oposto a terceiros, exonerando a sociedade de qualquer responsabilidade, desde que a limitação de poderes esteja escrita e averbada no registro próprio das sociedades, provando-se que os terceiros tinham conhecimento dos poderes e conseqüentemente dos excessos e quando tratar-se, de forma evidente, de operação estranha aos negócios da sociedade.<sup>227</sup>

Assim, a teoria dos atos *ultra vires societatis* é expressamente albergada no parágrafo único, do artigo 1015. Deve a sociedade ser responsabilizada apenas quando os atos praticados com excesso forem mascarados sob o manto da aparência de regularidade, o que somente poderá ser apurado em concreto. Do contrário, trata-se de ato *ultra vires* e não será a empresa responsabilizada. Ao contratante resta acionar o gestor que praticou o ato irregular.

---

<sup>227</sup> Artigo 1015 – No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade ; não constituindo objeto social, a oneração de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único - O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses :

I - se a limitação de poderes estiver escrita ou averbada no registro próprio da sociedade ;

II – provando-se que era conhecida do terceiro ;

III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

É estabelecida forma de proteção da sociedade contra os abusos do poder de administração, o que demandará maior atenção dos terceiros na prática de atos negociais com sociedades personalizadas.

#### 7.2.1.4 Administrador Empregado

Nada impede que empregado da sociedade limitada seja eleito como administrador pelos sócios da sociedade.

Os requisitos para a configuração de relação empregatícia são definidos no artigo 3º, da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, sendo exigida a subordinação, não eventualidade e pagamento de salários.

O empregado pode ser eleito administrador, entretanto, em tal hipótese seu contrato de trabalho deverá ser suspenso enquanto durar a sua gestão, o seu mandato. O empregado transforma-se em empregador, ou seja, passa a corporificar a sociedade, a ter poder de indicar a vontade da pessoa jurídica constituída para o exercício da atividade negocial. Perante o INSS deve ser alterada a forma de pagamento das contribuições para a seguridade social, deixa o empregado de recolher a contribuição incidente sobre o seu salário, prevista no artigo 20 da lei 8212\91, com alíquota de 8, 9 ou 11 por cento, e passa a pagar a contribuição definida no artigo 21 da mesma lei, com alíquotas de 10 ou 20 por cento, de acordo com o respectivo salário de contribuição.

#### 7.2.2 Responsabilidade dos Sócios e Administradores de Sociedade Limitada

A definição dos padrões de responsabilidade dos sócios e administradores de sociedades limitadas é norma de ordem pública, de

caráter cogente portanto, em razão da importância para os que contratam com a mesma, assim como para os próprios sócios.

#### 7.2.2.1 Responsabilidade da Sociedade

Inicialmente, convém distinguir a responsabilidade da sociedade da responsabilidade de seus sócios e administradores.

Qualquer das sociedades personalizadas, em razão do reconhecimento legal de personalidade jurídica, é responsável pelas obrigações que tenha assumido, respondendo com seu patrimônio. Essa regra é aplicada à sociedade limitada.

Ora, sendo a sociedade pessoa distinta de seus sócios, é o seu conjunto de bens que responderá pelas obrigações que assumiu. Aos sócios é imposta a obrigação de contribuir para a formação do capital social da sociedade, da qual somente o sócio de indústria da sociedade de capital e indústria é dispensado.

Cumprida tal obrigação, integralizado o capital social, os sócios estarão quites para com a sociedade, somente sendo chamados a responder, quando a mesma não tiver condições de honrar os compromissos assumidos, de acordo com a previsão específica de cada uma das sociedades.

Na sociedade limitada, no regime do Código Civil de 2002, uma vez integralizado o capital social, como veremos a seguir, os sócios não respondem pelas obrigações sociais, podendo o administrador ser responsabilizado, quando praticar ato contrário ao contrato social ou à lei e quando, apesar de não praticar ato irregular, em face de ato culposo acarretar dano a terceiro ou à própria sociedade.

Desta forma, não pode ser confundida a responsabilidade da sociedade limitada com a sociedade atribuída aos seus sócios ou administradores.

#### 7.2.2.2 Responsabilidade do Sócio Cotista

O artigo 2º , do Decreto 3708/19, em sua parte final, estabelecia o padrão de responsabilidade dos sócios da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, dispondo que os sócios cotistas respondiam pela totalidade do capital social :

*“artigo 2º. - O título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos artigos 300 a 302 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social. “*

A interpretação sobre o que significava *total do capital social* suscitou polêmica no passado, mas, a jurisprudência e a doutrina estabeleceram o real alcance da responsabilidade dos sócios. Entendia-se que os sócios respondiam pela integralização do capital social, o que ocorrendo os exonerava, na qualidade de sócios cotistas, da obrigação de honrar os compromissos sociais. Exemplifiquemos : composta determinada sociedade por quatro sócios (A, B, C e D), a obrigação pelos mesmos inicialmente assumida era a de pagar o valor das cotas subscritas. Sendo o capital de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo os sócios subscrito os montantes respectivos de 40%, 20%, 35% e 5% do capital social, esta era a obrigação a que se comprometiam. Uma vez tendo todos os sócios pagos os valores a que tinham se comprometido, nenhuma outra obrigação podia ser-lhes imposta. Contudo, caso algum dos

sócios não tivesse honrado o valor de suas cotas, os demais sócios seriam solidariamente responsáveis pelo pagamento.<sup>228</sup>

Fran Martins manifestava posição doutrinária divergente, por ele mesmo explicada :

*“Infelizmente, em face dos termos taxativos do artigo 2º, do Decreto 3708/19, somos de opinião que, enquanto não for modificada a lei brasileira, a responsabilidade dos sócios, no Brasil, é sempre pelo total do capital social e, assim, mesmo integralizado o capital da sociedade, se, posteriormente, esse for desfalcado, os sócios poderão ser compelidos, solidariamente a completá-lo. O artigo 2º, do Decreto 3708/19, ao declarar que “ a responsabilidade dos sócios é pelo total do capital social “, traçou norma geral, dando aos sócios responsabilidade subsidiária até o total do capital social, diversa, portanto, da responsabilidade imposta pelas leis que serviram de base para a nossa - a lei alemã (artigos 19 a 24) e a portuguesa (artigos 15 e 16), em que o sócio responde não pelo total do capital social, mas pela efetivação desse capital, cada um sujeitando-se a, solidariamente, completá-lo, se por acaso um dos sócios deixar de pagar as suas cotas. “*

229

---

<sup>228</sup> Ver Arnoldi, Paulo Roberto Colombo: *Sociedades Comerciais*. São Paulo: editora de Direito, 1997; Bulgarelli, Waldírio: *Sociedades Comerciais, Empresa e Estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1999 e *Direito Comercial*. São Paulo: Atlas, 1993; Dória, Dylson: *Curso de Direito Comercial*, volumes I e II. São Paulo: Saraiva, 1995; Hentz, Luiz Antônio Soares: *Problemas das Sociedades Limitadas e Soluções da Jurisprudência*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002; Leães, Luiz Gastão P. de Barros: *Direito Comercial*. São Paulo: Bushatsky, 1972; Negrão, Ricardo: *Manual de Direito Comercial*. Campinas: Bookseller, 1999; Peixoto, Carlos Fulgêncio da Cunha: *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro, Forense, 1956.

<sup>229</sup> Ob. citada, folhas 206.

Na verdade, o aludido autor, profundo estudioso da matéria, compreendia que a posição da jurisprudência era a mais correta, a mais sintonizada com os tipos societários equivalentes existentes no direito estrangeiro. Entretanto, não abria mão de sua forma de pensar, calcada na interpretação literal do disposto na parte final do artigo 2º, do Decreto 3708\19, enquanto a lei brasileira não fosse modificada. <sup>230</sup>

A questão não suscita polêmica com o advento do Código Civil de 2002, posto que o artigo 1052, que regula a matéria, dispõe :

*“artigo 1052 - Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”*

Como se observa, o entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante é expressamente acolhido, restando superada qualquer dúvida sobre o tema.

Questão que merece análise é a regra sobre responsabilidade tributária estabelecida pelo artigo 13 da lei 8620\93, que dispõe :

*“artigo 13 - O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade tributária respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à seguridade social.*

---

<sup>230</sup> V. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro : editora Forense, 1999, página 206 e seguintes.

*Parágrafo único - Os acionistas controladores, os administradores e os gerentes respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa.“*

Trata-se, no caput, de regra sobre responsabilidade de sócios cotistas de sociedades limitadas. Nada impede que legislação especial possa estabelecer padrões diferenciados de responsabilidade para os sócios e administradores de sociedades comerciais, tal como estabelece o Código Tributário Nacional, nos artigos 134 e 135, em referência a créditos tributários. No artigo 134 é definida hipótese de responsabilidade dos sócios de sociedades de pessoas, hipótese que o STF decidira que não é aplicada às sociedades limitadas. No artigo 135 a responsabilidade é prevista para o sócio-gerente ou administrador, o que pressupõe atos de gestão.<sup>231 232</sup>

Ocorre que o nível de responsabilidade estabelecido no artigo 13, antes referido, é demasiado, superando inclusive o próprio CTN, já que imposto ante a mera qualidade de sócio cotista. Tal fato, entretanto, por si só, não significa nenhuma erronia. De forma restrita aos débitos perante a seguridade social, a lei 8620\93 responsabiliza os sócios cotistas, independentemente do exercício da administração da sociedade, apenas em face da condição de sócios. Os Tribunais pátrios têm reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 13, da Lei 8620\93. O estabelecimento de regra genérica sobre obrigação tributária pressupõe lei complementar, na forma do artigo 146, III, b, da Constituição Federal. Ora, não existe dúvida que definir quem deve cumprir obrigação tributária é estabelecer regra genérica sobre obrigação tributária. O argumento tem sido aceito nos Tribunais, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 13, da lei 8620\93.

---

<sup>231</sup> RE 91096-4 MG ( RT 513, JAN 1986 ), Relator Ministro Cunha Peixoto.

<sup>232</sup> O artigo 135 do CTN será analisado quando da apreciação da responsabilidade estabelecida para os que exerçam a administração da limitada.

### 7.2.2.3 Responsabilidade dos Sócios por Deliberações

Dispositivo que causava bastante dificuldade na definição de seu exato conteúdo, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, era o artigo 16, do Decreto 3708\19, que estabelecia, *verbis* :

*“artigo 16 - As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais.”*

A doutrina questionava o real alcance do dispositivo em exame, que procurava estabelecer responsabilidade aos sócios em face de suas deliberações. Observe-se a posição questionadora de Waldemar Ferreira :

*“Qual o alcance desse preceito, realmente de excessivo vigor ? melhor que houvesse fulminado de nulidade aqueles atos, para que como inexistentes se houvessem. Terá ele a virtude de converter a sociedade, para os sócios que daquela forma deliberaram, em sociedade coletiva, de molde de, à semelhança da em comandita simples, ser daquela natureza para os sócios solidários e desta para os comanditários ? “<sup>233</sup>*

---

<sup>233</sup> V. Tratado de Direito Comercial, antes citado, página 455.

Ora, tratava-se de regra que estabelecia aos sócios responsabilidade ilimitada, na hipótese da adoção de deliberações que contrariassem a lei ou ao contrato social. É preciso definir que cuidava-se de responsabilidade subsidiária, ou seja, os sócios respondiam quando a sociedade não pudesse arcar com os prejuízos através de seu próprio patrimônio. O motivo que permitia a responsabilização era a adoção de deliberações que ofendessem ao contrato social ou à lei. Observe-se que não eram atos de gestão, atribuição exclusiva dos sócios gerentes, que ensejavam a responsabilização, mas sim deliberações realizadas pelos sócios. Podemos indicar como exemplos de deliberações as manifestações sobre fusões, incorporações, cisões, ampliação do capital social ou liquidação da empresa. Quando tais decisões fossem tomadas sem considerar os ditames legais ou disposições do contrato social, em caso de prejuízo, poderiam ser responsabilizados os sócios que aprovassem as deliberações.

A jurisprudência afastou a tentativa de utilização do artigo 16, do Decreto 3708\19, como fundamento para justificar a responsabilização dos sócios pelo não pagamento de tributos. Muito correta a tese, em razão de que a responsabilização pelo não pagamento de tributos deve decorrer da condição de sócio administrador, já que importa em típico ato de gestão. Claro é o texto do artigo 16, antes referido, responsabilizados são os sócios que deliberaram irregularmente, o que não pode ser confundido com ato de gestão da sociedade.

Por fim, a doutrina esclarecia que os sócios que discordassem das deliberações adotadas deveriam manifestar sua contrariedade com clareza, a fim de evitar suas responsabilizações indevidamente.

No regime estabelecido pelo Código Civil de 2002, dispõe o artigo 1079, de forma assemelhada ao artigo 16 do Decreto 3708\19, que *as deliberações infringentes do contrato social ou da lei, tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.*

Penso que os limites de aplicação estabelecidos, doutrinária e jurisprudencialmente, para o artigo 16, do Decreto 3708\19 são aplicáveis ao artigo 1079. A responsabilização pressupõe não a prática de ato de gestão, mas deliberações aprovadas irregularmente.

A grande vantagem do regime do novo Código Civil é que existem regras específicas sobre deliberações, expressas detalhadamente, como vimos anteriormente, o que dificulta a ocorrência de eventual confusão entre a prática de ato de gestão e deliberação dos sócios. A nítida separação entre a condição de sócio e administrador na nova sociedade limitada também colabora para afastar dificuldades práticas de aplicação da regra do artigo 1079.

#### 7.2.2.4 Responsabilidade dos Administradores

No regime anterior, a qualidade de sócio gerente devia ser indicada no contrato social. Na omissão do contrato, todos os sócios eram considerados gerentes, na forma do artigo 13, parte inicial, do Decreto 3708/19.

A responsabilidade dos sócios gerentes era definida no artigo 10, do Decreto 3708\19, que dispunha, *verbis* :

“artigo 10 - Os sócios-gerentes ou os que derem nome à firma, não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com está e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato social ou da lei.“

Quando praticavam atos regulares de gestão, os sócios-gerentes não assumiam qualquer responsabilidade em face das obrigações sociais, como nos ensinava Waldemar Ferreira: *“A responsabilidade pelos atos dos sócios gerentes, praticados em nome da sociedade e em conformidade com os poderes que lhes forem atribuídos pelo contrato social, é da sociedade.”*<sup>234</sup>

Desta forma, mesmo que o patrimônio social fosse insuficiente para honrar os compromissos assumidos pela sociedade, os sócios gerentes não podiam ser responsabilizados linearmente, fazendo-se necessária a demonstração de que os mesmos haviam atuado com infração à lei ou ao contrato social.

A responsabilidade dos sócios gerentes, assim como a dos sócios cotistas, era subsidiária, isto significava que, em primeiro lugar, era a própria sociedade, com seu patrimônio, que devia arcar com os compromissos sociais. Caso o patrimônio social não bastasse para respaldar obrigações perante terceiros, configurada a infração à lei ou ao contrato social, os sócios gerentes passavam a responder. Sendo mais de um, os sócios gerentes respondiam, solidariamente, entre si.

Dispunha o artigo 10, do Decreto 3708\19 que os sócios-gerentes respondiam perante a sociedade e perante terceiros. Isto significava que, quando a sociedade tivesse patrimônio suficiente e fosse obrigada a honrar compromissos decorrentes de atos de gestão praticados com irregularidade, poderia obter ressarcimento dos valores gastos junto aos sócios gerentes.

No Código Civil de 2002, nos artigos 1052 a 1087, que disciplinam a sociedade limitada, inexistiu disposição pertinente à responsabilidade dos administradores. Na verdade, apenas o artigo 1070, que dispõe sobre atribuições do Conselho Fiscal e responsabilidade de seus membros, versa sobre a matéria :

---

<sup>234</sup> V. Tratado de Direito Comercial, 3º Volume. São Paulo : editora Saraiva, 1961, página 429.

*“artigo 1070 – As atribuições e os poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da sociedade, e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (art.1016).“*

Na ausência de norma específica para definir a responsabilidade dos administradores no capítulo específico da sociedade limitada, em face do previsto no artigo 1053, do Código Civil, a responsabilidade de seus administradores é definida pelo artigo 1016, que dispõe :

*“artigo 1016 – Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.“*

Em face do texto legal foi produzida significativa ampliação da responsabilidade dos administradores nas sociedades limitadas. No regime anterior, em que a gestão era exclusiva dos próprios sócios, a responsabilidade era decorrente da prática de atos irregulares, isto é, atos contrários à lei ou ao contrato social. Somente quando atuassem irregularmente, os sócios gerentes podiam ser responsabilizados, embora subsidiariamente. No novo regime, o administrador, seja ou não sócio, responde mesmo ante o não cometimento de atos irregulares. Assim, em face de atos regulares de gestão pode ocorrer a responsabilização dos administradores, caso fique demonstrada a culpa no desempenho de suas funções. Imposta responsabilidade quando os administradores atuarem culposamente, inclusive quando praticarem atos regulares de gestão, não pode existir dúvida que na prática de atos contrários à lei ou ao contrato social também pode ser exigida a responsabilização dos mesmos. Respondem os administradores perante terceiros e perante a própria

sociedade, na forma do que já era previsto anteriormente, no regime do Decreto 3708\19

Existindo mais de um administrador a responsabilidade dos mesmos será solidária entre si. Perante a sociedade, a responsabilidade é subsidiária. Em regra é mantida a subsidiariedade, o que significa que em primeiro lugar responde a própria sociedade, somente em face da impossibilidade do pagamento das obrigações sociais por parte da empresa é que o administrador será responsabilizado com seu patrimônio pessoal, ilimitadamente.

Vale destacar, entretanto, como vimos anteriormente, que o Código Civil de 2002 admite expressamente a teoria do ato *ultra vires societatis*, no parágrafo único do artigo 1015. Assim, ao contrário do que ocorria no regime do Decreto 3708\19, a sociedade limitada pode deixar de honrar compromissos assumidos pelo administrador em desacordo com o contrato social.

O Código Civil de 2002 produz substancial aproximação entre a administração da sociedade limitada e da sociedade anônima, já que permite a administração por pessoas alheias ao quadro societário na limitada.

No que se refere às normas sobre responsabilidade dos gestores, a legislação do anonimato segue tendência universal de ampliação da responsabilidade do administrador. Observe-se a lição de Modesto Carvalhosa :

*“Pela gama de sanções de caráter civil, penal e administrativo, verifica-se a absorção pelo direito pátrio da tendência universal ao agravamento da responsabilidade dos administradores. Essa tendência é atribuída por Halperin à crescente função social da companhia e à necessidade de proteção aos investidores. Ademais, o exercício da administração societária por profissionais*

*não vinculados ao capital, a importância do patrimônio da companhia em contraste com a diminuição relativa do patrimônio dos administradores, a ineficácia do controle interno da legitimidade dos atos praticados por eles em decorrência do predomínio dos órgãos de administração sobre a assembléia geral formam o quadro de exacerbação dos controles externos, pelo Estado, das atividades e dos atos praticados pelos administradores.”<sup>235</sup>*

Na lei das sociedades anônimas é prevista ampla responsabilidade para os administradores, nos termos do artigo 158, da lei 6404\76, que dispõe:

*“artigo 158 – O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão ; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder :*

*I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo ;*

*II – com violação da lei ou do estatuto.*

*Par. 1º - O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao*

---

<sup>235</sup> V. Comentários à lei de Sociedade Anônimas, volume 3, editora Saraiva, 1998, página 304.

*orgão da administração, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia geral.*

*Par. 2° - Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.*

*Par. 3° - Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o parágrafo 2° ficará restrita, ressalvado o disposto no parágrafo 4°, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.*

*Par. 4° - O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do parágrafo 3°, deixar de comunicar o fato à assembléia geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.*

*Par. 5° - Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.“*

Percebe-se claramente que a lei do anonimato é mais rigorosa que a legislação sobre sociedade limitada, atribuindo responsabilidade ao administrador inclusive em face de ato de outro administrador.

#### 7.2.2.5 Responsabilidade Tributária

Sobre responsabilidade tributária dos administradores de sociedades limitadas, fundamental é a regra do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, *verbis* :

*“artigo 135 – São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos :*

*I - as pessoas mencionadas no artigo anterior ;*

*II - os mandatários, prepostos e empregados ;*

*III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”*

A norma em referência englobava o sócio gerente do regime das limitadas, definido no Decreto 3708/19, bem como, permite o enquadramento do administrador da limitada, regulado pelo novo Código Civil. É fundamental, entretanto, a definição exata do padrão de responsabilidade estabelecido.

A polêmica decorre de que o Código Tributário Nacional, em grande imprecisão de linguagem, usa a expressão “...são pessoalmente responsáveis...” quando deveria indicar expressamente que a responsabilidade é ilimitada, ou seja, os sócios-gerentes ou administradores respondem com todo o seu patrimônio, e solidária, que implica na existência de solidariedade entre a sociedade e os sócios-gerentes ou administradores pelas

obrigações tributárias. Com clareza, seria afastada a regra geral da subsidiariedade.

Destaque-se que é exigido ato de gestão contrário à lei ou ao contrato social, para que possa o sócio gerente ou o administrador ser responsabilizado, outro aspecto que acarreta grande debate doutrinário e jurisprudencial. A configuração de ato contrário ao contrato social não desperta grandes discussões doutrinárias, cabendo simplesmente a análise do instrumento que contém as regras de funcionamento da sociedade a fim de demonstrar que o sócio-gerente ou o administrador tenha atuado sem poderes, contudo, sempre despertou grande discussão a caracterização de infração à lei para os fins do artigo 135, III. Para alguns autores e parcela da jurisprudência, resta demonstrada a infração à lei requerida no dispositivo em exame ante o mero não pagamento dos tributos. O raciocínio é de que, como a lei estabelece que o tributo deve ser pago em dia estabelecido, o seu não pagamento já autoriza a compreensão de que ocorreu a necessária infração, sendo possível a responsabilização do sócio-gerente ou do administrador. É a tese, evidentemente, preferida pelo Fisco, já que permite a extensão fácil da responsabilidade da sociedade aos sócios-gerentes ou administradores. Tal posição era muito prestigiada em diversos tribunais, como os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões. O STJ, órgão judiciário maior em questões que não envolvam aspectos constitucionais, como a matéria em discussão, tendia a acatar a tese de que o simples não pagamento de tributos configurava infração à lei, na forma do artigo 135, III. Ocorre que esta Corte tem sinalizado fortemente no sentido de modificação do seu entendimento, com reflexos nos demais Tribunais.<sup>236</sup>

O Professor Hugo de Brito Machado, é crítico da posição que entende que o mero não pagamento implica em infração à lei:

*“Não se pode admitir que o não pagamento do tributo configure a infração de lei capaz de ensejar tal*

---

<sup>236</sup> Entre outros, os seguintes acórdãos evidenciam a nova postura do STJ : RESP 174532\PR, Relator Ministro José Delgado, DJU de 20.08.99 ; RESP 12021\PR, Relator Ministra Nancy Andriighi, DJU de 11.03.02 ; AGA 329248\SC, relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 25.03.02).

*responsabilidade, porque isto levaria a suprimir-se a regra, fazendo prevalecer, em todos os casos, a exceção. O não cumprimento de uma obrigação qualquer, e não apenas de uma obrigação tributária, provocaria a responsabilidade do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado inadimplente. Mas tal conclusão é evidentemente insustentável. O que a lei estabelece como regra, isto é, a limitação da responsabilidade dos diretores ou administradores dessas pessoas jurídicas, não pode ser anulado por esse desmedido elastério dado à exceção “<sup>237</sup>*

Pensamos que a tese é muito abrangente, impondo responsabilidade linear aos que administram sociedade limitada. Em algumas hipóteses, mas não como regra geral, é possível entender que o não recolhimento de tributos configura infração à lei, como previsto no artigo 135, III, antes referido. Refiro-me à situação em que é imposta a obrigação de recolhimento do tributo ao responsável, sendo o ônus financeiro do recolhimento pertinente ao contribuinte, cabendo ao responsável o mero repasse ao ente tributante. É a situação do imposto de renda retido na fonte e das contribuições para a seguridade social sobre a folha de salários, por exemplo, em que é a sociedade limitada responsável pelo recolhimento e repasse do tributo ao Fisco, cujo ônus cabe aos seus empregados. Ante o não repasse, verdadeira apropriação indevida de recursos do Fisco, penso que deva o administrador da sociedade responder pelo pagamento. Sobre o tema, manifestamos nossa opinião anteriormente, em obra específica acerca da matéria:

*“Uma terceira posição tem-se fortalecido no Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que a responsabilidade dos*

---

<sup>237</sup> V. *Curso de Direito Tributário*, 18ª. edição. São Paulo: editora Malheiros, página 126.

*sócios-gerentes, nos moldes do artigo 135, III, do CTN, estaria configurada ante o não repasse aos cofres públicos de tributos cujo ônus é transferido para terceira pessoa como, por exemplo, para o consumidor, na hipótese do ICMS.*

*Penso que reside nesta linha de raciocínio o equilíbrio exato entre as posições em debate, em que não se atribui ao administrador a responsabilidade pelo pagamento do tributo em face do mero não pagamento, a não ser nas hipóteses em que tenha ocorrido verdadeira apropriação indébita.”<sup>238</sup>*

É pacífico na doutrina o entendimento de que se configura a responsabilidade dos sócios ou administradores prevista no artigo 135, III, quando deixe a sociedade de atender a exigência prevista no artigo 338, do Código Comercial, *verbis* :

“artigo 338 - O distrato da sociedade, ou seja voluntário ou judicial, deve ser inserto no Registro do Comércio, e, publicado nos periódicos do domicílio social, ou no mais próximo que houver, e na falta deste por anúncios fixados nos lugares públicos; pena de subsistir a responsabilidade de todos os sócios a respeito de quaisquer obrigações que algum deles possa contrair com terceiro em nome da sociedade. “

A extinção da sociedade sem o atendimento do procedimento próprio exigido por lei, pode implicar em responsabilidade do administrador, na forma do artigo 135, III, do CTN. É muito freqüente que quando

---

<sup>238</sup> V. *Responsabilidade Tributária de Sócios no Mercosul*. Belo Horizonte: editora Mandamentos, 2001, página 151.

a sociedade não alcance os seus objetivos, quando os resultados não sejam os imaginados pelos sócios, que os mesmo decidam extinguir a atividade negocial desenvolvida, sem qualquer formalismo, simplesmente fecham o estabelecimento, pagando as dívidas dos credores mais próximos.

Outra situação que permite a responsabilização dos administradores da sociedade é a modificação da sede da empresa, em regra seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos fiscais, exigência da legislação do imposto de renda, na forma do que prevê o artigo 131, do Regulamento do Imposto de Renda.

#### 7.2.2.6. Responsabilidade por Obrigações Trabalhistas

A previsão de responsabilização dos administradores de sociedades limitadas no novo Código Civil, no artigo 1016, é genérica, abrangendo qualquer espécie de obrigação, como as decorrentes de relações contratuais, tributárias ou trabalhistas. Nada impede, entretanto, que legislação específica defina outros padrões, específicos para determinados tipos de obrigação, como ocorre com a legislação tributária, antes analisada.

Na legislação trabalhista, não existe norma que defina responsabilidade de sócios ou administradores de sociedades empresárias em padrões diferenciados dos próprios tipos societários. Entretanto, a jurisprudência tem construído tese no sentido de ampliar a responsabilidade dos sócios gestores ou administradores, tornando-os responsáveis pelos débitos referentes a obrigações trabalhistas, quando não possa a sociedade honrá-las.<sup>239</sup>

---

<sup>239</sup> Observe-se a lição de Coelho, Fábio Ulhôa : A Sociedade Limitada no Novo Código Civil. São Paulo : editora Saraiva, 2003, páginas 09: *Aos créditos trabalhistas, deveria a lei também dispensar-lhes atenção especial. Como os empregados não tem, realisticamente falando, condições de negociar a incorporação aos seus salários de uma taxa de risco relacionada à limitação da responsabilidade dos sócios, o direito do trabalho deveria ser alterado para que os empreendedores majoritários respondessem pelas obrigações da sociedade oriundas de vínculo empregatício. A Justiça do Trabalho, mesmo sem previsão legal que a autorize, tem executado em bens do patrimônio dos sócios, indistintamente, as condenações decretadas à sociedade limitada.*

Ante a inexistência de regra específica, como explicar a posição dos tribunais? A legislação trabalhista é regida por princípios próprios, destacando-se o princípio de que o empregador deve arcar com todo o risco da atividade empresarial desenvolvida. Amador Paes nos indica a idéia central sobre a matéria:

*“A legislação brasileira, como não poderia deixar de ser, atribui ao empregador os riscos da atividade econômica, ex vi do disposto no artigo 2º. da Consolidação das Leis do Trabalho. Em nenhuma circunstância poderá o empregador transferir ao empregado os riscos que tal atividade lhe possa trazer.”<sup>240</sup>*

Sendo esta a lógica que norteia a aplicação da legislação trabalhista, os autores e a jurisprudência têm entendido que os sócios gestores ou administradores devem responder com patrimônio pessoal quando a sociedade não dispuser de bens para pagamento de dívidas trabalhistas.

A justificativa teórica para a transferência de responsabilidade tem sido, mais freqüentemente, a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, como expõe Gerson Marques :

*“A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (disregard doctrine) há mais de uma década vem sendo aplicada com relativo sucesso, no Processo do Trabalho, tanto que foi abraçada em 1990 pelo Código de Defesa do Consumidor (lei 8078\90, artigo 28, parágrafo 5º). Neste raciocínio, não possuindo bens dignos de penhora viável, pode o constrangimento recair sobre bens dos sócios, em especial quando estes ostentarem a condição de reais gestores da empresa. Com esta medida, evita-se que as empresas*

---

<sup>240</sup> V. Execução de Bens dos Sócios, 3ª. edição, editora Saraiva, páginas 133.

*resvalem na falência abruptamente, enquanto seus sócios se beneficiam com a quebra, ficando com seu patrimônio íntegro, num processo de enriquecimento imoral, em prejuízo dos credores. É por isso que, na seara trabalhista, a jurisprudência vai além dos caos de má fé, abuso de direito e fraude na gestão empresarial, para admitir a constrição de bens dos sócios da empresa.”<sup>241</sup>*

Apesar de, no direito nacional, a teoria da desconsideração somente ser albergada em caso de demonstrada utilização indevida da separação patrimonial entre a sociedade e os sócios, como veremos adiante, conforme entendimento dos tribunais e da doutrina, a matéria deve ser entendida diferentemente na seara do direito do trabalho.

Em razão do princípio da hipossuficiência do empregado, entende-se que o mero não pagamento de obrigações trabalhistas configura fraude, suficiente para responsabilizar os administradores da sociedade.

#### 7.2.2.7 Desconsideração da Pessoa Jurídica

A Constituição Federal consagra a liberdade de associação para fins lícitos, na forma do que prevê o artigo 5º., inciso XVII. A todos é assegurado o direito de se associar, atendidos os pressupostos fixados na legislação e a finalidade definida pelo ordenamento.

---

<sup>241</sup> *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª. edição, página 455.

Os diversos formatos de associação podem ou não ser personalizados. Como consequência da atribuição de personalidade jurídica a entes morais, os mesmos não se confundem com as pessoas naturais que deles fazem parte, possuindo nacionalidade, nome, domicílio e patrimônio próprios.<sup>242</sup>

A legislação assegura que as obrigações sociais sejam honradas, a princípio, pelo patrimônio da sociedade. Somente em caso de insuficiência, é que o patrimônio dos sócios pode ser utilizado, de acordo com as regras específicas do tipo societário eleito.

Ocorre que, nem sempre, a constituição ou utilização da estrutura de pessoa jurídica é realizada com bons propósitos. Apesar de atendidos os pressupostos formais, freqüente é a utilização da pessoa jurídica, com a finalidade de obtenção de fraude pelos sócios. Em tal contexto, foi elaborada a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, *disregard doctrine*, baseada na teoria do abuso de poder.<sup>243</sup>

Desde a sua elaboração, moldada na prática negocial pelos tribunais, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica goza de grande prestígio, que cada vez mais se acentua, embora não raro seja argüida de forma despropositada, tanto perante os tribunais como na doutrina.<sup>244</sup>

Deve ser recordado que a desconsideração da pessoa jurídica sempre deve ser suscitada perante o Poder Judiciário, quando a lei não autorize a responsabilização dos sócios ou administradores, em caso de fraude.

---

<sup>242</sup> É o que decorre expressamente dos artigos 18 e 20 do Código de Beviláqua e do artigo 45 do Código de 2002.

<sup>243</sup> Wilson de Souza Campos Batalha defende que *a disregard doctrine é apenas uma formulação moderna do velho brocardo – fraus omnia corrumpit. É preciso afastar as cortinas conceituais quando se trata de apanhar a realidade que se oculta sob as máscaras do formalismo. V. Desconsideração da Pessoa Jurídica na Execução Trabalhista – Responsabilidade dos Sócios em Execução Trabalhista contra Sociedade*, Revista LTR, volume 58, número 11, novembro de 1994, páginas 1295\1299.

<sup>244</sup> Existe divergência sobre a utilização pioneira da teoria. Os autores normalmente citam o célebre caso *Salomon vs Salomon Co.*, em corte de justiça inglesa, como o leading case sobre a matéria. Mas, Susy Elizabeth Cavalcante Koury defende que precedentes norte-americanos antecedem ao caso inglês (caso *Bank of United States vs. Deveaux*, em 1809). V. *A desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresa*, Forense, 1995, páginas 64.

Em algumas hipóteses, a própria lei permite a responsabilização dos sócios ou administradores, sendo desnecessário fazer uso da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. É o caso, por exemplo, do artigo 10, do Decreto 3708\19, que estabelecia norma sobre a responsabilidade do sócio-gerente em caso de infração à lei ou ao contrato social, dispensável era solicitar ao Poder Judiciário autorização para responsabilizar o sócio-gerente, a permissão já era indicada na lei, descabido era falar em desconsideração da pessoa jurídica. Outro exemplo é o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional, ante infração à lei ou ao contrato social, responde o administrador de sociedades empresariais pelo pagamento de obrigações tributárias, independente de qualquer manifestação do Poder Judiciário.

Por outro lado, a utilização da teoria não é cabível na hipótese de mero inadimplemento. É que o pressuposto de aplicação da teoria em exame, que deve ser sempre suscitada perante o Poder Judiciário, é a ocorrência de abuso do poder de criar ou utilizar de pessoa jurídica, por parte dos sócios, ou seja, deve ser aplicada a teoria, quando os sócios se utilizam da separação patrimonial para fraudar, lesando credores da sociedade e enriquecendo indevidamente.<sup>245</sup>

No Brasil, em face do uso desvirtuado da teoria, a desconsideração da pessoa jurídica é utilizada com dois distintos significados, como nos explicita Fábio Ulhoa Coelho:

*“Há duas formulações para a teoria da desconsideração : a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples*

---

<sup>245</sup> Xavier, José Tadeu Neves: *A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil*. Revista de Direito Privado, número 10, abril\junho de 2002, 69-85.

*prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.”* <sup>246</sup>

A arguição da teoria da desconsideração na sua formulação menor não tem sido aceita pela maioria da jurisprudência. Na verdade, a sua admissão implica o completo afastamento das regras de organização dos tipos societários, ante o mero inadimplemento.

Construção pretoriana, a teoria da desconsideração é aplicada no Brasil desde meados do século XX. A sua primeira previsão legislativa, entretanto, somente ocorreu em 1990, no Código do Consumidor. Posteriormente, estabeleceram a possibilidade de aplicação da teoria as leis 8884/94 e 9605/98.

O Código do Consumidor, lei 8078\90, dispõe em seu artigo 28 que:

*“artigo 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

*(...)*

*parágrafo 5º. - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. “*

---

<sup>246</sup> V. *Curso de Direito Comercial*, volume II. São Paulo : Saraiva, 1999, página 35.

A redação constante do Código do Consumidor, mais especificamente a do parágrafo 5º, acima referenciado, pode ensejar o raciocínio de que a desconsideração possa ocorrer em qualquer hipótese de não pagamento, teoria menor da desconsideração na linguagem de Fábio Coelho. Ocorre, entretanto, que tal interpretação deve ser afastada, uma vez que contraria a tradição de aplicação da *disregard doctrine* no Brasil e, na verdade, afronta aos próprios princípios que norteiam e motivaram a criação da teoria. Ademais, com a amplitude que passaria a ter o instituto da desconsideração, inteiramente desnecessário seria o *caput* do mesmo dispositivo, que é baseado na ocorrência de abuso ao direito de criar pessoa jurídica.

A interpretação mais escorreita é a que entende que o parágrafo 5º, do artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, tem aplicação mais restrita. Fábio Coelho, por sua vez, entende que a aplicação do dispositivo em questão deve ser realizada apenas nas sanções de caráter não pecuniário impostas aos fornecedores:

*“Dessa maneira, deve-se entender o dispositivo e questão (CDC, artigo 28, parágrafo 5º) como pertinente apenas às sanções impostas ao empresário por descumprimento de norma protetivas dos consumidores de caráter não pecuniário. Por exemplo, a proibição de fabricação de produto e a suspensão temporária de atividade ou fornecimento (CDC, art.56, V,VI e VII). Se determinado empresário é apenado com essas sanções, e, para furtar-se ao seu cumprimento, constitui sociedade empresária para agir por meio dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente como forma de evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize. “*

247

Também existe previsão sobre a teoria da desconsideração da pessoa jurídica na lei ambiental (lei 9605/98), que dispõe :

*“artigo 4º - Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. “*

Com redação concisa, a interpretação do dispositivo em destaque pode ensejar os mesmos problemas antes referidos, que devem ser evitados.

Já a lei 8884/94, lei antitruste, define no artigo 18 que:

*“artigo 18 - A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.“*

A redação da lei antitruste é assemelhada a prevista no Código de Defesa do Consumidor, artigo 28, caput, antes referido, contudo com exclusão de qualquer referência aos termos do parágrafo 5º, do mesmo dispositivo. Dúvidas não existem de que a teoria somente pode ser aplicada em sua formulação mais ampla, ou seja, quando da ocorrência de fraude.

O Código Civil de 2002 faz expressa referência a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, dispondo:

*“artigo 50 - Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe coube 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. “*

É flagrante a opção do legislador pela aplicação da teoria apenas nas hipóteses do abuso do direito de constituir pessoa jurídica, afastando a possibilidade de sua aplicação nas situações de mero inadimplemento. Destaque-se que a nova lei permite a extensão dos efeitos de algumas obrigações ao patrimônio dos sócios ou administradores, em consonância com a moderna diferenciação entre as funções de sócio e de administrador, assimilada pela sociedade limitada prevista no novo Código Civil.

Convém ressaltar que a teoria da desconsideração foi elaborada visando a corrigir os abusos praticados quando da criação de pessoa jurídica, evitando prejuízos aos credores, sendo esta a sua finalidade exclusiva. Em tal contexto, a sua aplicação não importa a extinção da pessoa jurídica. São os credores ressarcidos com os bens dos sócios ou administradores, sem que seja decretada a extinção da sociedade.

Tem sido freqüente, atualmente, a utilização de pessoas como sócias fictícias de sociedades comerciais. Tais sócios são

conhecidos como “laranjas” e, embora constem dos contratos sociais como membros da sociedade, têm seus nomes simplesmente usados, com sua ciência ou não, sendo a administração efetiva da sociedade realizada pelos reais donos.

A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica em tais situações não pode ser realizada apenas para afastar a separação patrimonial entre a sociedade e os sócios constantes do contrato social, mas para alcançar os sócios reais, os sócios efetivos da sociedade.

A doutrina ainda aponta a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração inversa, que ocorre quando o sócio, pessoa física ou jurídica, desvia bens ou recursos de sua propriedade para a propriedade da empresa da qual faz parte. Configurada a fraude, nada impede que o magistrado desconsidere a separação patrimonial e permita o ressarcimento do credor com os bens irregularmente transferidos para a sociedade.

### 7.2.3 .Penhora de Cotas

As relações negociais que envolvam credores particulares de sócios de sociedades limitadas podem ser resolvidas com a solução extrema de penhora das cotas. Merece ser analisado o tema no regime do Código Civil de 2002, sobretudo pelo enfoque prático dado à matéria, evidencia da aplicação do princípio da operabilidade.

#### 7.2.3.1 Penhora de Quotas no Regime do Decreto 3708\19

No direito nacional muito se discutia sobre a possibilidade de penhora de cotas sociais em face de dívidas dos sócios, no regime do Decreto 3708\19.

Deve ser lembrado que o sócio que assumiu, individualmente, compromissos que não pôde honrar, responde com todos os seus bens, sem exceção, salvo as hipóteses de impenhorabilidade, como prevê o artigo 591, do Código de Processo Civil, como regra geral para os devedores:<sup>248</sup>

*“artigo 591 - O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei. “*

As cotas não estão previstas nas hipóteses de impenhorabilidade descritas nos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil. Ao contrário, nos artigos 655, do Código de Processo Civil e 11, da lei 6830\80, lei das execuções fiscais, consta ordem de bens que podem ser penhorados ou arrestados, sendo indicados direitos e ações, podendo ser enquadrados como direito de expressão econômica as cotas de sociedades limitadas.<sup>249</sup>

A doutrina de José Waldecy Lucena, baseada nos dispositivos antes referidos, é no sentido de que a cota social sempre se sujeitará à penhora :

*“Em compêndio, a nosso juízo, de resto já antes externado, a quota social sujeitar-se-á sempre à penhora, já que incluída, como direito de expressão econômica, no patrimônio do sócio devedor (Código de Processo Civil, artigo 591 e 655, X), bem esse não excepcionado de expropriação judicial, seja pelo Código de Processo Civil (artigos 649 e 650), seja por lei específica, mesmo porque a impenhorabilidade,*

---

<sup>248</sup> As hipóteses de impenhorabilidade estão previstas nos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil.

<sup>249</sup> Artigo 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro ; II - título da dívida pública, bem como título de crédito que tenha cotação em bolsa ; III - pedras e metais preciosos ; IV - imóveis ; V- navios e aeronaves ; VI - veículos ; VII - móveis ou semoventes e VIII - direitos e ações.

*como exceção ao princípio de que todo o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, há de ser expressa e de interpretação restrita.*“ <sup>250</sup>

Apesar da não expressa exclusão das cotas de sociedades limitadas do rol de bens dos sócios que podem sofrer constrição e futura venda, alguns autores têm manifestado posição contrária à penhora de cotas, baseados fundamentalmente nos argumentos de que o capital pertence à sociedade e que nas sociedades limitadas de caráter personalístico, quando vedada a livre cessão de parcelas do capital, inviável é a penhora de cotas.

É obrigação dos sócios em todas as sociedades, como já analisamos, a colaboração para a formação do capital social. Assim, é através dos sócios que o patrimônio social é formado. As cotas são expressões do capital social, cada cota corresponde ao que foi pelo sócio transferido para a sociedade. Ao final das atividades sociais, os sócios tem o direito de receber do acervo líquido o valor correspondente ao que transferiram para a sociedade.

O crédito que é inerente à qualidade de sócio é que pode ser transferido para pagamento dos credores de sócio, em face de seus débitos particulares. Nenhuma interferência é exercida sobre o capital social da sociedade. Que fique bem claro que o crédito somente será usufruído em caso da existência de acervo líquido, posto que alienado é o direito ao crédito referente ao acervo líquido.

No que se refere ao argumento de que a penhora de cotas pode levar à venda pública as participações sociais e, conseqüentemente, ser a empresa obrigada a aceitar novo membro contra a vontade dos sócios, descabida é a argumentação.

Como já observamos anteriormente, na sociedade limitada os sócios podem estabelecer com muita liberdade o conteúdo contratual,

---

<sup>250</sup> *Da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, editora Renovar, 4ª edição, 2000, páginas 316.

podendo a sociedade estabelecer a livre cessão de cotas ou, no extremo oposto, vedar a transferência de cotas sem a aprovação unânime dos sócios. Pode ser expressa ainda, o que também prevalecerá em caso de omissão do contrato, a regra de aprovação da alienação de parcela do capital social pelos sócios que representem a maioria do capital social. Haveria bastante dificuldade de aceitação de sócio que adquiriu cota através de venda pública, em face de dívidas do sócio proprietário. É que não existe qualquer liame entre os sócios e o novo membro da sociedade. Tal situação tem justificado a tese de que somente quando o contrato social permitir a livre cessão de cotas será possível a penhora das mesmas. Na verdade, tal posição é restritiva. A penhora de cotas sempre poderá ocorrer. Nas situações em que o *affectio societatis* for fundamental para a sociedade, com conseqüente vedação ou dificuldade de alienação de cotas, em que seria demais exigir dos sócios a aceitação de novo membro da sociedade não escolhido por eles, caberia ao adquirente solicitar a dissolução parcial da sociedade, tornando efetivo o seu direito de crédito, permitindo-se que a sociedade possa continuar a exercer as suas atividades, com o mesmo quadro societário.

A prevalência de tese que vede a penhora de cotas contraria a sistemática de execução forçada do Código de Processo Civil. Embora não seja absurdo jurídico a tese de que a sociedade constituída *intuito personae* ou com cláusula expressa proibindo a penhora importe em inalienabilidade das quotas, na forma do artigo 649, I, do Código de Processo Civil, entendemos que a regra contratual não pode ser oposta a direito do credor de sócio por dívidas particulares.

É como se, por via contratual, fosse estabelecida hipótese de restrição de responsabilidade do sócio, o que é vedado por lei. O perfil de responsabilidade em decorrência dos atos sociais não pode ser modificado, trata-se de regra que assegura terceiros, a sociedade e os próprios sócios. Da mesma forma, o sócio, fora das hipóteses legais, não pode excluir sua responsabilidade por obrigações pessoais de qualquer forma, inclusive, evitando que determinados bens sejam executados.

Sérgio Campinho resume seu pensamento sobre a matéria, abordando a possibilidade da sociedade remir as cotas levadas a execução:

*“Portanto, podemos resumidamente externar que: 1) a penhora de cotas por dívida particular do sócio é possível, posto que não há empecimento legal ; 2) havendo permissão à livre cessão das cotas no contrato social, nada impede que o arrematante ou adjudicante livremente ingresse na sociedade, usufruindo de todos os direitos decorrentes da condição de sócio ; 3) verificando-se no contrato restrição à livre cessão, faculta-se à sociedade : remir a execução, na condição de terceira interessada, subrogando-se nos direitos creditórios, relegando o acerto à decisão interna dos sócios, remir o bem, eis que a sociedade pode adquirir suas próprias cotas (artigo 8º , Decreto 3708\19), ou exercer a preferência na aquisição dessas cotas em hasta pública, em iguais condições com terceiros arrematantes, direito esse que também seria estendível aos demais sócios.”<sup>251 252</sup>*

### 7.3.3.2 Penhora de Quotas no Código Civil de 2002

Com o advento do Código Civil de 2002, a matéria passará a ser regulada pelo artigo 1026, aplicável às sociedades limitadas por força do previsto no artigo 1053, que estipula :

---

<sup>251</sup> *Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2000, página 90.

<sup>252</sup> V. Leal, Murilo Zanetti: *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

*“artigo 1026 - O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.*

*Parágrafo único – Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do artigo 1031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.”*

De forma clara, o Código Civil de 2002 admite o que já decorria do entendimento jurisprudencial: a sujeição do patrimônio do sócio, inclusive participação nos lucros, cotas ou ações e parcela do acervo líquido, por débitos particulares.

Tratando-se de sociedade em funcionamento, o credor solicitará a liquidação da cota do devedor, devendo o valor ser apurado na forma do artigo 1031, ou seja, salvo disposição contratual em contrário, baseado na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especial.

Observe-se que resta dispensada a venda pública. No processo de execução, apurada a participação do devedor em sociedade limitada, requer o credor particular a liquidação da cota para ressarcimento de seus créditos. Operada a liquidação, o sócio é excluído da sociedade de pleno direito (artigo 1030, parágrafo único).

#### 7.2.4 Aplicação Subsidiária da Normas das sociedades simples às sociedades Limitadas

Um dos temas mais polêmicos no novo regime jurídico definido para as sociedades limitadas, no Código Civil de 2002, pertine à

aplicação subsidiária das normas das sociedades simples. É que tradicionalmente às sociedades limitadas eram aplicadas, subsidiariamente, as regras das sociedades anônimas. O enfrentamento do problema é fundamental, sem o qual não é possível a terceiros definirem, com clareza, o perfil da sociedade com a qual venham a ter relações comerciais.

#### 7.2.4.1 Regime do Decreto 3708\19.

No regime do Decreto 3708/19, em face das expressas disposições do artigo 18, aplicavam-se às sociedades por quotas de responsabilidade limitada as regras das sociedades anônimas.

Muita discussão doutrinária foi produzida para definir os exatos termos do aludido artigo. Alguns autores defendiam que a lei das sociedades anônimas era subsidiária ao Decreto 3708\19, ou seja, nas omissões deste, seriam aplicadas as regras que definiam o regime do anonimato. Outra corrente doutrinária, ao contrário, expunha que a lei das sociedades anônimas deveria ser aplicada ante a omissão do contrato social, já que subsidiária da vontade dos sócios. Apenas nas omissões do contrato social é que a lei das sociedades anônimas deveria ser aplicada.

Na verdade, na atual lei de regência das sociedades anônimas, lei 6404\76, são previstas normas que obrigatoriamente devem ser aplicadas não apenas às sociedades por quotas de responsabilidade limitada mas a qualquer das demais formas societárias, pela previsão exclusiva no regramento do anonimato. Por outro lado, algumas regras da lei 6404\76 são de exclusiva aplicação às companhias, como as regras pertinentes a subscrição pública de ações, demonstrações financeiras, livros e publicações, que, em nenhuma hipótese, podem ser aplicadas as demais sociedades. Entre os extremos, aplicação obrigatória e vedação explícita, existem situações intermediárias.

No regime do Decreto 3708\19, era possível que os sócios decidissem, estipulando no contrato social, pela aplicação de alguma regra da lei 6404\76 às sociedades limitadas. Mesmo em caso de omissão do contrato social, ao ter que decidir uma causa, o magistrado poderia aplicar institutos da lei 6404\76 às sociedades limitadas. Importante era que houvesse compatibilidade entre o instituto da lei 6404\76 que se pretenda aplicar à sociedade limitada e o perfil da sociedade definido pelo contrato social.

#### 7.2.4.2. Aplicação Subsidiária no Código Civil de 2002

No regime do Código Civil de 2002, é prevista a regra de que a sociedade limitada rege-se pelas normas das sociedades simples, nas omissões do capítulo pertinente à sociedade limitada, conforme dispõe o artigo 1053. No parágrafo único do referido dispositivo, é disposto que o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

A sociedade limitada possui regulação bem mais ampla no novo Código Civil, nos artigos 1052 a 1087, do que no regime do Decreto 3708\19.

Por opção do legislador, como já alertamos anteriormente, nas omissões dos artigos antes referidos, deve-se aplicar as regras das sociedades simples, previstas nos artigos 997 a 1038. Por vezes, a própria regulação referente à sociedade limitada faz referência direta aos dispositivos que disciplinam a sociedade simples como, por exemplo, os artigos 1054, 1057, 1058, 1070, 1072, 1086 e 1087, que fazem remição expressa, respectivamente, aos artigos 1003, 1004, 1016, 1010, 1044, 1031 e 1032. Em tal hipótese, não há dúvida sobre a aplicação de tais dispositivos.

Ocorre, entretanto, que a previsão genérica do artigo 1053 deve ser interpretada sempre como permissão para suprir omissões da

regulação específica das limitadas sem afrontar aspectos imutáveis das mesmas, como as regras sobre a responsabilidade dos sócios. Do contrário, estaríamos diante de autorização para criar sociedade limitada com regras diferenciados sobre responsabilidade dos sócios, sendo aos sócios facultado escolher o perfil de sociedade limitada que desejam.

Caso os sócios desejem, podem estabelecer no contrato social a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas das sociedades anônimas.

Observe-se que as previsões do artigo 1053, caput e parágrafo único, devem ser compatibilizadas. O que significa esta compatibilização? Entendemos que, caso desejem os sócios aplicar subsidiariamente a legislação do anonimato à sociedade limitada, mediante expressa regra contratual, não há inteira exclusão das normas das sociedades simples. É que a regulação da responsabilidade dos administradores das sociedade limitadas deve se dá pelo previsto no artigo 1016, do novo Código Civil, regra inicialmente prevista para as sociedades simples. Entender diferente significa admitir que as sociedade limitada e a sociedade anônima atribuam mesmo nível de responsabilidade aos seus administradores, o que não nos parece razoável. Assim, defendo que a forma de responsabilização dos administradores sempre será a prevista no artigo 1016, independentemente da vontade dos sócios.

No que se refere as demais regras, podem os sócios estabelecer no contrato social a aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas, quando restaram afastadas as normas da regulação típica das sociedades simples.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> A doutrina tem opinado de forma diferente. Ver Coelho, Fábio Ulhôa: *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo : editora Saraiva, 2003, páginas 21\22 : *Sintetiza-se, então, a questão da legislação aplicável às sociedades limitadas nos seguintes termos : em assunto disciplinado pelo capítulo do Código Civil específico desse tipo societário (Parte Especial, Livro II, Título II, Subtítulo II, Capítulo IV, artigos 1052 a 1087) vigora a disposição nele contida; na constituição e dissolução total, observa-se sempre o Código Civil; nos demais casos, se a matéria é passível de negociação entre os sócios, aplica-se supletivamente a disciplina do Código Civil respeitante à sociedade simples (artigos 997 a 1038), ou, se assim desejado pelos sócios de modo expresso, a Lei das Sociedades por Ações; não sendo a matéria suscetível de negociação, pode-se aplicar analogicamente a Lei das Sociedades por Ações na superação da lacuna.*

Os institutos previstos na lei de regência das sociedades anônimas podem ser previstos no contrato social ou pode ocorrer a previsão de regra genérica de aplicação supletiva das regras das sociedades anônimas.

É evidente que a previsão de aplicação subsidiária da legislação do anonimato deve ser compatível com o desenho societário estabelecido no contrato social.

Esclareça-se ainda que alguns dispositivos da lei das sociedades anônimas continuam a ser aplicados às sociedades limitadas, independentemente das disposições do contrato social, como é o caso das regras sobre cisão, não previstas no Código Civil de 2002, que nesse aspecto apenas regula os direitos dos credores.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, procuramos demonstrar que a nova regulação da sociedade limitada, disposta no Código Civil de 2002, é evidência do novo perfil que o direito privado assume no ordenamento nacional, em que a liberdade contratual é restringida, através da utilização de normas cogentes. Passamos a apontar as nossas principais conclusões:

1) O direito é fenômeno cultural, obra produzida pelo homem e, como tal, vinculada a aspectos históricos. Há necessária vinculação entre Sociedade, Estado e Direito, o que torna natural as modificações da dicotomia maior, direito público x direito privado, com o passar dos tempos. Como os valores e ideais que prevaleciam na antiguidade, na idade média ou na modernidade, não mais são os valores atuais, inconcebível é imaginar que o arcabouço jurídico permaneça inalterado.

2) Embora a classificação entre direito público e privado, em a qual é possível enquadrar qualquer relação jurídica, seja bastante questionada pelos autores, possui grande valor didático. A sua análise, principalmente da evolução de seus critérios de definição, permite a melhor compreensão do fenômeno jurídico.

Variados critérios podem ser utilizados para estabelecer o âmbito do direito público e do direito privado. Entendemos que, modernamente, compreende-se por direito privado o conjunto de normas e princípios que, predominantemente, regula a atividade dos particulares, enquanto que o direito público tem por foco prioritário o regramento de relações em que exista interesse social, ou seja, do Estado ou do conjunto de particulares.

3) O direito privado, em sua formulação clássica, moderna, a partir do século XVIII, no plano formal, caracterizava-se pela importância da codificação, com a conseqüente concentração da emanção das normas jurídicas de regulação da atividade dos particulares. O Código Civil têm a pretensão de esgotar a definição do âmbito do direito privado.

Nos aspectos substanciais, o direito privado clássico é impregnado de ideais liberais, tendo o indivíduo como núcleo central do universo jurídico. O Código é o instrumento jurídico da consolidação do poder da burguesia, forma de expressão de seus valores, fonte de consolidação dos direitos inatos e naturais dos indivíduos. A propriedade, expressão econômica dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, é absoluta, podendo o proprietário dela usar, gozar e dispor, como bem entender. O formalismo prevalece, as cláusulas gerais são afastadas em nome da segurança jurídica.

4) No direito nacional, o Código Civil de 1916 foi fortemente influenciado pelo *Code Civil* Francês e pelo *BGB* alemão, principais Códigos oitocentistas, disseminadores das idéias liberais. Além da influencia alienígena, o Código é reflexo da contraditória sociedade brasileira, sociedade capitalista colonial, dividida entre os interesses nem sempre compatíveis das burguesias mercantil e agrária que a dominava.

No que se refere ao plano das obrigações e contratos, o Código Civil de Beviláqua é baseado na liberdade individual, o que impõe o reconhecimento da autonomia privada como base de todo o sistema.

5) A autonomia privada, cuja idéia é possível extrair dos artigos 1º., inciso IV, 5º., incisos XVII a XX, e 170, incisos II, III e IV, da Constituição Federal, bem como, dos artigos 85, 86 e 170, do revogado Código Civil de 1916 e 421 a 425 do Código Civil de 2002, ao longo de nosso trabalho, foi conceituada como a liberdade, facultada aos indivíduos pelo ordenamento jurídico, de criar normas de conteúdo negocial, vinculantes para as partes, ou seja, optamos pela conceituação de autonomia privada como liberdade de contratar.

A liberdade de contratar divide-se em liberdade de decidir quando, com quem e como contratar. Preocupamo-nos, nos estreitos limites do nosso trabalho, em analisar aspectos pertinentes à definição do conteúdo contratual.

Os princípios mais importantes, entre os que decorrem do reconhecimento da liberdade de contratar, em seu formato tradicional, são o princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*); dos efeitos relativos do contrato; do consensualismo e da natureza dispositiva e supletiva das normas estatais do direito das obrigações.

6) Ao lado do Código Civil, são demarcadores do âmbito do direito privado, o Código Comercial de 1850 e a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, editada em 1945. De aplicação restrita, os dois Códigos não tem a importância do Código Civil na definição do espaço e feição do direito privado, contudo, a legislação trabalhista assume papel importante, já que configurou prenúncio do perfil que passaria a assumir o direito privado no futuro, com a imposição de normas que limitam a liberdade dos particulares.

7) O caldo de cultura, os valores e idéias, que influenciaram a elaboração do Código Civil de 1916 foram os mesmos que prevaleceram na elaboração do Decreto 3708\19, legislação de regência das sociedades limitadas no regime anterior ao Código Civil de 2002.

8) A sociedade contemporânea, afetada pela globalização e pelos avanços tecnológicos, caracterizada pela produção em massa e pela massificação dos meios de comunicação, pressupõe novos valores, os quais, necessariamente, refletem-se nas normas jurídicas, impondo novo perfil ao ordenamento jurídico, com os destaques das seguintes idéias:

- a) prioridade do solidarismo, da solidariedade social, ou seja, o indivíduo não é mais considerado

- isoladamente, mas engajado no meio social. O centro do universo jurídico deixa de ser o indivíduo, ele é apenas parte do todo, devendo o seu direito ser ponderado no contexto social;
- b) crescente pessoalização do direito civil, cujas normas objetivam a concretização da dignidade dos seres humanos;
  - c) importância dos princípios na definição do conteúdo das normas ;
  - d) prevalência da idéia de justiça em detrimento da segurança jurídica, com a maior utilização de cláusulas genéricas ;
  - e) relativização da dicotomia direito público x direito privado, como reflexo da superação da distinção Estado x Sociedade Civil;
  - f) incapacidade do Código Civil para regulação das normas jurídicas de direito privado isoladamente.

9) O Código Civil de 2002, concebido sob influência dos valores atuais, tem por diretrizes básicas os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. A enunciação dos princípios é realizada através de cláusulas genéricas, como boa fé, justiça social, função social, o que permite ao aplicador do direito concretizar os valores previstos em abstrato.

10) O princípio da socialidade impõe a prevalência da pessoa humana, sem os excessos do individualismo. Os valores coletivos preponderam sobre os individuais. A Constituição Federal, ao estabelecer a previsão da dignidade da pessoa humana, como um de seus fundamentos e da solidariedade social, como objetivo fundamental da república, respectivamente nos artigos 1º., inciso III, e 3º., inciso I, é fundamento do princípio.

No artigo 421, do Código Civil de 2002, é prevista, de forma expressa, a vinculação dos contratos à sua função social. Também são

demonstração do acolhimento da idéia de socialidade no novo Código Civil os artigos 157, 171, 187, 423 e 424.

Em face de tal princípio, o contrato deve ser encarado como forma de realização de operações econômicas, moldado pelo interesse dos particulares e da sociedade, interesses que se estendem à proteção ao indivíduo economicamente mais fraco e à manutenção da justiça social, à distribuição mais justa de riquezas e promoção do progresso econômico, concretizados pela atuação do aplicador do direito.

11) A eticidade como valor do novo Código Civil objetiva a valorização dos seres humanos, exigindo-se comportamentos éticos, transparentes, verdadeiros. O princípio da eticidade possui duas vertentes, o princípio da boa fé e o princípio da justiça social.

12) O princípio da boa fé, objetivamente considerado, impõe a observância de um padrão de conduta nas relações jurídicas, típico do homem médio, de acordo com as condições do caso concreto. Assim é que a sua previsão, no artigo 422, de forma genérica, impõe restrição à atuação dos particulares, que devem obediência a padrões médios de conduta, durante a fase pré-contratual, na execução do contrato e na fase pós-contratual, embora o artigo em evidência permita a compreensão restrita de que apenas na fase contratual seja exigida a atuação com boa fé.

13) A previsão do princípio da boa fé nos artigos 112 e 113, do Código Civil de 2002, torna-o elemento útil e condicionante da interpretação dos negócios jurídicos. Já as disposições do artigo 187, do Novo Código Civil, permite entendê-lo como explícito limite ao exercício de direitos subjetivos.

14) Pelo princípio da justiça contratual, entende-se que o pacto entre os contratantes não pode ser instrumento de aniquilamento de uma das partes, devendo ser mantida a equação e o justo equilíbrio entre as mesmas.

A previsão da justiça contratual é estabelecida em diversos dispositivos do Código Civil de 2002, como na aceitação da teoria da resolução contratual por onerosidade excessiva (artigo 478, 479 e 480), na previsão do instituto da lesão (artigo 157) e ainda nos artigos 317, 396 e 413.

15) O princípio da operabilidade, como diretriz geral do Código Civil de 2002, significa, em primeiro enfoque, que o Código indica os meios de concretização de seus valores. A admissão do instituto da lesão como meio de anulação dos contratos, bem como a admissão da onerosidade excessiva dos contratos, desvinculada da imprevisão, são demonstrações da possibilidade de concretização das previsões constantes do Código Civil de 2002.

Por outro lado, é evidência da operabilidade do Código Civil de 2002 a inserção de cláusulas gerais, que permitem a constante atualização de suas disposições pelos operadores do direito, revestindo-o de atualidade.

16) Os princípios em destaque, aplicáveis a todo o conjunto de normas existentes no Novo Código Civil, inclusive no que se refere ao contrato de sociedade, e especialmente à sociedade limitada, produzem substancial modificação do princípio basilar do direito contratual, a autonomia privada.

17) Sob novos parâmetros, a autonomia da vontade sofre grandes restrições. A liberdade de fixação do conteúdo contratual, historicamente limitada pelos bons costumes e por normas de ordem pública, é afastada ante a necessidade de equilibrar relação jurídica travada entre sujeitos de direito economicamente desequilibrados.

18) Em quantidade cada vez maior, no âmbito do direito privado, são instituídas normas de cunho cogente, obrigatório, característica marcante do direito privado contemporâneo.

Entendemos que tal fenômeno pode ser denominado de publicização do direito privado. O direito privado característico da sociedade atual passa a ter uma configuração aproximada do direito público, já que estabelece comportamentos obrigatórios aos particulares, mediante normas de natureza cogente.

A publicização do direito privado não se confunde com a *constitucionalização* do direito civil. Na sociedade contemporânea, as Constituições estabelecem normas e princípios que incidem de forma direta nos clássicos institutos de direito civil, moldando-os em novo formato, ao contrário do que ocorria nas Constituições Modernas, preocupadas em definir apenas a forma de organização do Estado. Ao mesmo tempo, em processo inverso, os institutos de direito civil, previstos no Código Civil de 2002 com detalhamento e clareza, influenciam a interpretação dos dispositivos constitucionais. É estabelecido processo recíproco de compreensão de princípios e normas, que permite ao operador do direito melhor apreender o significado dos institutos jurídicos

19) Por sua vez, o Direito Público também tem se transformado, não apenas indiretamente, em razão da modificação do Direito Privado, mas em consequência das novas funções e perfil que assume o Estado.

20) O formato organizacional de um instituto jurídico é vinculado à função econômica que assume. A função econômica da sociedade limitada se modificou no Brasil, tornando-se mais do que necessária a sua transformação quanto à forma, o que foi feito pelo Código Civil de 2002.

21) A lacônica regulação deste tipo societário no regime anterior ao Código Civil de 2002, que permitia aos particulares organizar sociedades limitadas com os mais variados padrões, respeitadas as suas características fundamentais, somada ao incipiente mercado de valores mobiliários no regime nacional, levaram a que a sociedade limitada passasse a ser utilizada para a realização de grandes negócios.

Foi importante para a ampliação da função econômica da sociedade limitada a sua natureza jurídica, híbrida, que permitiu aos particulares moldar diferentes formatos de sociedades limitadas. Nenhuma modificação sofreu a natureza jurídica da sociedade limitada no novo regime, podendo ser preponderantemente de pessoas ou de capital, o que compete aos sócios definir no contrato social. O ponto central na caracterização da natureza jurídica da sociedade limitada é a possibilidade dos sócios alienarem parcela do capital social sem consulta aos demais sócios. O artigo 1057, do Novo Código Civil, regula a matéria, deixando a cargo do contrato social definir a forma de alienação das parcelas do capital social. Na omissão do contrato, as vendas são livres entre os sócios, a estranhos podem ser realizadas as vendas quando não haja oposição de sócios que representem mais de um quarto do capital social.

22) Na regulação infraconstitucional da sociedade limitada no direito nacional, destacam-se as normas de proteção aos sócios minoritários, as normas que estabelecem garantias aos que se relacionam com a sociedade, as normas que definem a penhora de cotas e as que explicitam a regulação aplicável à sociedade limitada, subsidiariamente, como forma de expressão dos novos valores expressos no Código Civil de 2002.

23) A proteção aos direitos dos socios minoritários pode ser direta ou indireta. A proteção direta tem correlação linear com a condição de sócio. Opera-se pela regulação das hipóteses do direito de recesso e da exclusão do sócio. A proteção indireta, por sua vez, é a que se dá através de mecanismos de controle da gestão e do conteúdo, forma e momento das deliberações sociais, ou seja, a proteção não objetiva resguardar a sua própria condição de sócio, mas aspectos de organização da sociedade.

24) A proteção direta é manifestada através da regulação do direito de recesso e da exclusão de sócios. O direito de recesso não sofre grandes modificações, sendo previsto no artigo 1077, do Código Civil de 2002, que prevê tal possibilidade ante qualquer modificação do contrato social, incluindo as hipóteses de fusão e incorporação da sociedade ou dela por outra.

Mantém-se a amplitude do direito, na forma do que ocorria no regime do Decreto 3708\19.

Configura efetiva proteção direta aos sócios minoritários a regulação da possibilidade de exclusão de sócios, nos artigos 1085, 1086 (resolução da sociedade em relação a sócios minoritários) e 1030 (exclusão judicial de sócios). A previsão ampla, com a definição de requisitos e pressupostos a serem atendidos, permite os sócios minoritários maior tranqüilidade. A exigência de motivação induz a comportamentos éticos, em sintonia com a previsão genérica do Código. A intenção de socialização é expressa na possibilidade de exclusão do sócio majoritário, através da exclusão por via judicial, a fim de permitir a continuidade da empresa, valor maior a ser preservado pelo Código Civil de 2002.

25) O conteúdo, a forma e o momento das deliberações são expressamente regulados no Código Civil de 2002. O artigo 1071 dispõe sobre as matérias em que é necessária a aprovação dos sócios. A deliberação pode se dar em assembléia ou reunião de cotistas, sendo obrigatória a realização de assembléia nas sociedades com mais de 10 (dez) sócios. Até mesmo em tais sociedades, a realização de assembléia pode ser dispensada quando os sócios decidirem por escrito sobre os temas em discussão. Quando realizada a assembléia, cópia da ata deverá ser enviada à Junta Comercial. O momento de deliberar sobre os temas fica a cargo dos administradores, a quem compete convocar a assembléia ou reunião. A convocação pode se dar pelo Conselho Fiscal ou por titulares de mais de 1\5 (um quinto) do capital social, quando não atendido pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas. Pode o sócio exigir a convocação, quando a administração não o fizer nos casos previstos em lei ou no contrato social.

Questão fundamental para a proteção dos minoritários é a fixação de quoruns para aprovação de matérias. É que tais quoruns restringem o poder dos majoritários, não podendo ser reduzidos pelo contrato social. O artigo 1076 descreve o percentual do capital necessário para aprovação das matérias. A modificação do contrato social requer a aprovação de 3\4 (três

quartos) do capital social. A designação de administradores sócios, a destituição dos mesmos, o modo de sua remuneração, quando não definido no contrato social, assim como, o pedido de concordata, devem ser aprovados por sócios que representem mais da metade do capital social. Se os administradores forem não sócios, deve ser obedecido o previsto no artigo 1063, do Código Civil. Se nos demais casos, a aprovação se dará pela maioria dos votos dos presentes, caso não seja exigido outro quorum no contrato social.

Sobre o controle da gestão da sociedade, o Código Civil de 2002 estabelece a obrigatoriedade de realização de assembléia geral de cotistas, pelo menos uma vez no ano, nos quatro meses seguintes ao encerramento do exercício social, com a finalidade de tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço de patrimônio e de resultado econômico, designar administradores, quando for o caso, e tratar de qualquer outro assunto que conste da ordem do dia.

Quanto à fiscalização da sociedade, inova o Código Civil de 2002, admitindo o que já era previsto nos contratos sociais de algumas sociedades limitadas, ao estabelecer que, sem prejuízo dos poderes da assembléia, pode o contrato social instituir conselho fiscal. É assegurado aos sócios minoritários, que representem pelo menos  $\frac{1}{5}$  (um quinto) do capital social da sociedade, o direito de eleger um dos membros do órgão de fiscalização e respectivo suplente. Houve um acréscimo substancial da previsão de normas que permitam aos minoritários controlar o exercício da atividade gestora da sociedade.

26) No Código Civil de 2002, são impostas regras que objetivam ofertar proteção aos que mantêm relações com a sociedade limitada, dispondo sobre a administração da sociedade, responsabilidade dos sócios e administradores, penhora de quotas e aplicação subsidiária de normas.

27) A administração da sociedade pode ser profissionalizada, já que as condições de sócio e administrador estão dissociadas. Os sócios majoritários podem constituir sociedade limitada, transferir

a administração da empresa para terceiros, limitando suas responsabilidades. Trata-se de avanço em relação ao regime do Decreto 3708\19, em que, na hipótese de delegação dos poderes de gerência, mantêm-se os sócios-gerentes (delegantes) responsáveis ante os atos dos delegados.

28) Prevê o Código Civil de 2002, a possibilidade de aplicação da teoria dos atos *ultra vires societatis* à sociedade limitada, regulada em seu artigo 1015, por força do artigo 1053. Tal teoria permite a proteção da empresa, objetivando sua manutenção, coibindo os excessos dos administradores, entretanto, não pode ser utilizada como instrumento de fraude contra terceiros de boa fé, devendo ser ponderada à luz da teoria da aparência.

29) A responsabilidade dos sócios cotistas não sofre modificação com o advento do Código Civil de 2002. Contudo, grande modificação é operada na responsabilidade dos administradores, sócios ou não sócios. Os administradores respondem ante o cometimento de atos contrários à lei ou ao contrato social, bem como, em face da prática de atos culposos que causem prejuízo à sociedade ou a terceiros, na forma do artigo 1015, do Código Civil de 2002. Continuam aplicáveis as normas específicas sobre responsabilidade tributária, artigo 135, do Código Tributário Nacional, assim como também não sofre alteração o posicionamento jurisprudencial aplicado às relações trabalhistas.

A regra sobre responsabilidade de administradores não pode ser modificada pela vontade dos sócios, trata-se de ponto nuclear na organização estrutural da sociedade, que possibilita segurança jurídica a terceiros e aos próprios membros da sociedade.

30) A penhora de cotas da sociedade limitada não é regulada de forma expressa pelo novo Código. Entretanto, de forma inovadora, permite a novel legislação ao credor requer a liquidação da cota de sócios de sociedade limitada, de forma direta, à própria sociedade. Tal procedimento permitirá maior agilidade no ressarcimento de prejuízos acarretados por sócios de sociedade limitada.

31) A aplicação subsidiária das normas das sociedades simples à sociedade limitada, na forma do artigo 1053, do Código Civil de 2002, não é linear, pressupõe omissão do regramento específico e compatibilidade da norma supletiva com o perfil da sociedade em análise. Por vezes, a própria regulação das sociedades limitada faz referência direta aos dispositivos que disciplinam a sociedade simples, como, por exemplo, os artigos 1054, 1057, 1058, 1070, 1072, 1086 e 1087, que fazem remissão, respectivamente, aos artigos 1003, 1004, 1016, 1010, 1044, 1031 e 1032, afastando as dúvidas sobre a aplicação.

Podem os sócios estabelecer, no contrato social, a aplicação subsidiária das normas sobre sociedades anônimas, que somente seriam aplicáveis na omissão do regramento específico das limitadas, e afastadas as normas das sociedades simples, seja pela não exigência expressa da lei, seja pela incompatibilidade do perfil da sociedade com as regras das sociedades simples.

32) A análise dos principais aspectos das sociedades limitadas, no Código Civil de 2002, permite-nos concluir que foi intenção do legislador dotá-la de perfil orgânico, mais aproximado das sociedades de capital. Pensamos que continuam os sócios da sociedade limitada com a liberdade de moldá-la em aspectos substanciais de sua organização, como a possibilidade de livre alienação de cotas ou a administração por terceiros, contudo, com a finalidade de proteção de sócios minoritários, democratização e transparência da administração, são impostas normas de cunho cogente.

33) A regulação infraconstitucional da sociedade limitada é muito útil aos operadores econômicos, já que continua a permitir a sua utilização como instrumento de realização de pequenos e médios negócios, bem como, reconhece a sua utilização como meio de realização de grandes empreendimentos, o que vem ocorrendo na prática, muito em razão do pequeno desenvolvimento de nosso mercado de valores mobiliários.

34) Parece-nos que o Código Civil de 2002 sintoniza a função econômica da sociedade limitada com a sua forma, o que é indispensável para qualquer instituto jurídico.

35) A regulação da sociedade limitada é inteiramente adequada às diretrizes gerais do Código Civil de 2002, recepcionando, em vários de seus dispositivos, os princípios da socialização, da eticidade e da operabilidade. Tais princípios, quando não previstos de forma expressa, devem influenciar o intérprete na busca do significado do conteúdo das normas pertinentes às sociedades limitadas.

Por tais razões, entendemos que a regulação da sociedade limitada no Código Civil de 2002 é evidência da publicização do direito privado, ou seja, da tendência de regular relações de direito privado através de normas cogentes, obrigatórias.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson: *Sociedade por Quotas, de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ABREU, José : *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. São Paulo : editora Saraiva, 1995.

ALMEIDA, Amador Paes de: *Manual das Sociedades Comerciais*. São Paulo: Saraiva, 1970.

-----: *Execução de Bens de Sócios*. São Paulo : Editora Saraiva, 2000.

ALVAREZ-ALVAREZ, Maria Yolanda e MEJICA, Luz Maria Restrepo : *Los Principios Generales en la Contractación Privada*, em *Estudios de Derecho*, Universidade de Antioquia, Medellin, Colombia, maio de 1998, volume LVII, número 129, páginas 133-189.

AMARAL, Hermano Vilemor do: *Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: F. Briguet e Cia., 1938.

AMARAL NETO, Francisco: *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, volume 8, número 4, outubro a dezembro de 1996, páginas 635-651.

-----: “*Autonomia Privada*” - Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ - Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, páginas 76-88.

-----: *Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

-----: *Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica : Perspectiva estrutural e Funcional*. Revista de Direito Civil, 1998, número 46, páginas 7-26.

-----: “*O Direito Civil na Pós-Modernidade*”, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo: *Teoria Geral do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998.

-----: *Sociedades Comerciais*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

-----: *O Novo Código Civil de 10 de Janeiro de 2003 e o Livro II “Do Direito da Empresa “*. RT\Fasc.Civ, ano 91, volume 803, setembro de 2002, páginas 18-28.

-----e MICHELAN, Taís Cristina de Camargo: *Novos Enfoques da Função Social da Empresa numa Economia Globalizada*. Revista de Direito Privado, número 11, jul\set de 2002, páginas 244-250.

ASSIER-ANDRIEU, Louis: O Direito nas Sociedades Humanas. São Paulo: editora Martins Fontes, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de: (Consulta) *Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual*. RT\Fasc.Civil, ano 87, volume 750, abril de 1998, página 113 \120.

-----:”Princípio da Boa Fé nos Contratos”, em *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Série Cadernos do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, páginas 121-133.

-----: *Interpretação do Contrato pelo Exame da Vontade Contratual*. Revista Forense, volume 351, 275-283.

BATALHA, Wilson de Souza Campos: *Desconsideração da Pessoa Jurídica na Execução Trabalhista : Responsabilidade dos Sócios em Execução Trabalhista contra Sociedade*. Revista LRT, volume 58, nº 11, novembro de 1994, páginas 1295-1299.

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C.: *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Victor Civita editor, 1984.

BESSONE, Mario: *Instituzioni di Diritto Privato*. Torino : Giappichelli editore, 2001/2002.

BETTI, Emilio: *Novissimo Digesto (Autonomia Privata)*. Direção de Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: edizione Unione Tipografico.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato: *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

BOBBIO, Noberto: *Dalla Struttura alla Funzione*. Edizione di Comunità, 1977.

-----: *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.

BOITEUX, Fernando Netto: *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 125, jan\mar de 2002, páginas 48-57.

BORGES, João Eunápio: *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Volume 1.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos: “O Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no Código Civil de 2002”, em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: editora Saraiva, 2001, páginas 214-

BULGARELLI, Waldírio: *A Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: RT, 1985.

-----: *Direito Comercial*. 10ª ed.. São Paulo: Atlas, 1993.

-----: *Regime Jurídico de Proteção das Minorias nas S/A*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

-----: *Sociedades Comerciais, Empresa e Estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1999.

CAILLAUD, Bernard : *L'exclusion d'un Associé dans les Sociétés*. Paris : Sirey, 1966.

CALDEIRA, Jorge: *Mauá : Empresário do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAMPINHO, Sérgio: *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000.

----- : *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

CARVALHO SANTOS, João Manuel : *Código Civil Brasileiro Interpretado*, volume II, Parte Geral (artigos 43-113). Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1998.

CARVALHOSA, Modesto: *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, volume 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

-----: *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

-----: *Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito de Empresa*, volume 13 (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAMPAUD, Claude e DANET, Didier: *Sociétés en Général*. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. Julho\set de 2002, volume 3, páginas 482-492.

CHOUKROUN, Charles: *Lés droits des associés non gérants dans les sociétés a responsabilité limitée*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1957.

COELHO, Fábio Ulhoa : *Curso de Direito Comercial, volumes 2 e 3*. São Paulo : Saraiva, 1998.

-----: *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COMPARATO : Fábio Konder : *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.

-----: *A Reforma da Empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 50, abril\jun de 1983, páginas 57-74.

-----: *Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 63, jul\set de 1986, páginas 71-79.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes: *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

CORRÊA DA FONSECA, Priscila M. P: *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócios*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

COSTA, Philomeno J. da: *Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: RT, 1956.

COUTINHO, Adriana Rocha de Holanda : “A Importância dos Princípios Constitucionais na Concretização do Direito Privado”, em *Direito Civil Constitucional*, Coordenação de André Lotufo.

CRUZ, Aloysio Alvares: *Compêndio de Direito Comercial*. São Paulo: RT, 1994.

CUNHA, Abelmar Ribeiro da: *Tendência Socializadora do Direito Civil*. Fortaleza : Editora Instituto do Ceará, 1950.

DANTAS, San Thiago F.C.: *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*. Revista Forense, volume 139, janeiro\fevereiro 1952, páginas 05\13.

DE NOVA, Giorgio: *Il Contratto di Leasing*. Milano : Giuffrè editore, 1985.

DJEAN, Yves: *Le Contrôle de la Direction des Sociétés dans les pays du Marché Commun*. Paris: Sirey, 1965.

DON, O. D.: *Sociedade por Quotas e o Registro do Comércio*. Porto Alegre: Liv. Ed. Porto Alegre, 1976.

DÓRIA, Dylson : *Curso de Direito Comercial*, volumes I e II. São Paulo: Saraiva, 1995.

DORSMAN, Anne Guineret-brobell : *La GMBH & Co KG Allemande et la Commandite à Responsabilité Limitée, une illustration de la liberté contractuelle en droit des sociétés?* Paris : LGDJ, 1998.

DUGUIT, León: *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleon*. Buenos Aires: editorial Heliasta S.R.L

DU PAGE, Henri : *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo II.

ESCARRA, Jean : *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Libr. Du Recueil Sirey, 1947.

ESTRELA, Hernani : *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Ed. José Kongino, 1973.

FARIA, José Eduardo(Organizador): *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo: editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

FACHIN, Luiz Edson : *A Reforma No Direito Brasileiro: Novas Notas sobre um Velho Debate no Direito Civil*. RT\FAZ.CIV. ano 87, volume 757, novembro de 1998, página 64-69.

.....: *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo: *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

FERRARA JR., Francesco e Corsi, Francesco: *Gli Impreditore e le Società*. Milano: Giuffrè editore, 2001.

FERRARI, Aldo : *L'abuso del Diritto nelle Società*. Padova : Cedam, 1998.

FERREIRA, Waldemar: *Sociedade por Quotas*. São Paulo: Companhia Gráfico-editora Monteiro Lobato, 1919.

-----: *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Tipografia Siqueira, Sales Oliveira, Rocha e Cia., 1927.

-----: *Instituições de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1954. Volume 1.

-----: *Tratado de Sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1957. Volume 3.

-----: *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960. Volumes 1, 2 e 3.

FERRI, Giuseppe: *Manuale de Diritto Commerciale*. Turim : Unione Tipográfica, 1962.

FERRI, Luigi : *La Autonomia Privata*. Tradução de Luiz Sancho Mendizábal. Granada: Editora Comares, 2001.

FILÓCOMO, André: *Empresas e Sociedades Unipessoais no Direito Brasileiro*. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

FRANCO, Vera Helena de Mello: *Triste Fim das Sociedades Limitadas no Novo Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 123, jul\set de 2001, páginas 81-85.

FRÉ, Giancarlo : *L'organo Amministrativo nelle Società Anonime*. Roma : Soc. Editriche del Foro Italiano, 1938.

FRITSCH, Herbert Jorge: *Cisão nas Limitadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

FURTADO, Emanuel : *O Norteamento da Alteração do Contrato de Trabalho pelas Razões de Ordem Pública*. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Ceará, 1994.

GALGANO, Francesco: *Lex Mercatoria: Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1993.

----- : *Diritto ed Economia alle Soglie del Nuevo Millenio*. Rivista Contratto e Impresa, 16ª ano, jan\abril de 2000. Padova: Cedam, páginas 189-205..

-----: *Diritto Commerciale – L'imprenditore*. Bologna: Zanichelli, 2001/2002.

-----: *Diritto Commerciale – Le Società*. Bologna: Zanichelli, 2001/2002.

GARCIA, Ricardo Oliveira : *Código de Comercio Uruguayo Anotado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

GILSON, Ronald J.: *Globalizing Corporate Governance : convergence of form or function*. American Journal of Comparative Law, número 49, volume 2, 2001, páginas 329-357.

GIORGIANNI, Michele: *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*. RT\Fasc.Civ, ano 87, volume 747, janeiro 1998, páginas 35-55.

GOMES, Orlando: *Contratos*. Rio de Janeiro ; editora Forense, 1987.

GONÇALVES NETO, Alfredo: *Lições de Direito Societário*. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GORON, Lívio Goellner: *Anotações sobre a Boa Fé no Direito Comercial*. Revista de Direito Privado, número 13, jan\mar de 2003, 143-157.

GRAZIANI, A. & MINERVINI, G.: *Manuale di Diritto Commerciale*. Napoli: Morano Editore, 1974.

GRAU, Eros Roberto: *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, editora RT, 1992.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares: *Direito das Minorias nas Sociedades Anônimas*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 63, jul\set de 1986, páginas 106-111.

GURVICH, Georges: *L'idée du Droit Social*. Paris : Librairie du Recueil Sirey.

HABERMAS, Jürgen: *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1984.

HAMEL et LAGARDE: *Traité de Droit Commercial*. Paris: Libr. Dalloz, 1947.

HENTZ, Luiz Antônio Soares: *Problemas das Sociedades Limitadas e Soluções da Jurisprudência*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

-----: *Direito da Empresa no Código Civil de 2002*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes : *A Função Social do Contrato*. Revista de Direito Civil, volume 45, jul\set 1990, páginas 141-152.

HUREAU, G: *Législation des sociétés commerciales*. Paris: Dunot, 1957.

IRTI, Natalino: *Autonomia Privada e Forma do Estado*. Rivista di Diritto Civile, Cedam, jan/fev, 1994, páginas 15-23.

JUANES, Norma: *Los Actuales Perfiles de La Autonomia de la Voluntad en el Ambito de la Contratacion Privada*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, volume 6, número 1, 1988, páginas 285-311.

KÖTZ, Hein e FLESSNER, Axel: *European Contract Law, volume 01, formation, validity and content of contracts ; contract and third parties*. Tradução Tony Weir. Nova York: Oxford, 1997.

KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. São Paulo : Editora Martins Fontes, 1987.

KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante: *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresa*. São Paulo: Forense, 1995.

LABORDE, Aser Over: *Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Buenos Aires: Libreria y Editorial “El Ateneo”, 1950.

LAGARDE, Gaston: *Cours de Droit Commercial*. Paris: Les Cours de Droit, 1965.

LEÃES, Luiz Gastão P. de Barros: *Direito Comercial*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

LEAL, Murilo Zanetti: *A Transferência Involuntária de Quotas nas Sociedades Limitadas*. São Paul : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LESSA MATOS, Paulo Todescan : “Regulação Econômica e Democracia : contexto e perspectiva na compreensão das Agências de Regulação no Brasil”, em *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo : Fundação Perseo Abramo, 2003.

LIMA, Oscar Brina Corrêa: *O Acionista Minoritário no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Taisa Maria Mecena de: “Princípios Fundantes de Directo Civil Atual”, em *Direito Civil - Atualidades*. Belo Horizonte : editora Del Rey, 2003, páginas 241-259.

LIPPERT, Márcia Mallmann: *A Empresa no Código Civil de 2002 - elemento de unificação do Direito Privado*. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2003.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de: *Os Princípios do Directo Contratual*. Revista de Directo Privado, número 12, out\dez de 2002, páginas 135-155.

LOBO, Jorge: *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

----- *Empresa : Novo Instituto Jurídico*. RT 795, janeiro de 2002, páginas 81-93.

LÔBO, Paulo Luiz Netto: *Constitucionalização do Direito Civil*. www.jus.com.br, capturada a informação em 06 de setembro de 2003.

-----: *Condições Gerais do Contrato e Cláusula Abusiva*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

-----: *O Novo Código Civil discutido por Juristas Brasileiros*. Campinas : editora Bookseller, 2003.

----- : *Contrato e Mudança Social*. RT 722, dezembro de 1995, páginas 40-45.

LOPES, Miguel Maria de Serpa: *Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações: Contratos, volume IV*. Rio de Janeiro : Editora Freitas Bastos, 1993.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça: *Comentário de Jurisprudência*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 120, out\dez de 2000, páginas 183-194.

LORENZETTI, Ricardo Luis: *Análisis Crítico de la Autonomia Privado Contratual*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, número 14, páginas 5-9, abril/junho de 1995.

-----: *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

-----: “A Descodificação e a Possibilidade de Ressistemização do Direito Civil”, em *Directo Civil - Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LOURENÇO, José: *Limites à Liberdade de Contratar*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

LUCCA, Newton de: *Atividade Negocial - Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ*, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Número 20, páginas 68-75.

LUCENA, José Waldecy: *Das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

LUDÍCIBUS, Sérgio de e MARION, José Carlos: *Contabilidade para não Contadores* São Paulo: editora Atlas, 1994.

LUDWIG, Marcos de Campos : *Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia*, em *A Reconstrução do Direito Privado*, Coordenação de Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora RT, 2002, páginas 87-117.

MACEDO, Gastão A: *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

MACEDO, Ricardo Ferreira de: *Limites de Efetividade do Direito Societário na Repressão ao Uso Disfuncional do Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 120, outubro de 2000, páginas 195-227.

MACHADO, Hugo de Brito: *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAGNIER, Veronique: *Droit des Sociétés*. Paris : Dalloz, 2002.

MAJELO, Ugo: “Il Diritto Privato e L’ordenamento Giuridico”, em *Instituzione di Diritto Privato*. Torino: Giappichelli editore: 2001.

MARCONDES, Sylvio: *Ensaio sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada*. Tese-Livre Docência de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1940.

-----: *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo : Max Limonad, 1970.

MARGHIERI, Alberto: *Manuale del Diritto Commerciale Italiano*. Nápoles: Ed. Eugênio, 1884.

MARQUES, Cláudia Lima: *Cem Anos do Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916*. RT-741, Fasc. Civ, julho de 1997, 86º ano, páginas 11-37.

-----: *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo : editora RT, 2001.

MARQUES, Gerson: *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Edições, 3ª edição.

MARTINS, Fran: *Das Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro*. Fortaleza: Editora Instituto do Ceará, 1955

-----: *Das Sociedades de Responsabilidade Limitada no Direito Estrangeiro*. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1956.

-----: *Sociedades por Cotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 2 vv.

-----: “Indicação para a Exclusão de Sócios e Poderes dos Gestores”, em *Direito Societário*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1984.

-----: *Curso de Direito Comercial*. 3 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith: *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

----- e BRANCO, Gerson Luiz Carlos: *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo : Editora Saraiva, 2002.

----- e Rosas, Roberto: “*Direito Civil e Constituição. Relações do Projeto com a Constituição*”, em *Comentários sobre o Projeto de Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ*, Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, páginas 136-155.

-----: “Mercado e Solidariedade Social entre Cosmo e Taxis : a Boa Fé nas Relações de Consumo”, em *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 2002, paginas 611-661.

MATIAS, João Luis Nogueira : *Responsabilidade Tributária de Sócios e Administradores no Mercosul*. Belo Horizonte : Editora Mandamentos, 2001.

-----: *Tipicidade e Atipicidade nas Sociedades Mercantis*. Revista Cearense Independente do Ministério Público, ano II, número 4, janeiro de 2000, 133-151.

MENDONÇA, Carvalho de: *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. Vv. 1, 2 e 3.

MERLE, Philippe : *Droit Commercial – Sociétés Commerciales*. Paris : Dalloz, 2001.

MESSINEO, Francisco: *Manual de Derecho Civil y Commercial*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino : *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

MORAES, Luiz 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, ano 5, número 18, out/dez de 2002, páginas 41-57.

MORANDIÈRE, Julliot de la: *Droit Commercial*. Paris: Libr. Dalloz, 1965.

MULLER, YARA: *Das Sociedades Mercantis*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1957

MUSSIO, Antonio: *La Buona fede nei Contratti dei Consumatori*. Napoli: edizioni scientifiche Italiane, 2001.

NALIN, Paulo : *O Contrato em Movimento no Direito Pós-Moderno*. Revista Trimestral do Direito do Consumidor, volume 10, abril/junho 2002, páginas 275-282.

-----: *A Função Social do Contrato no Novo Código Civil Brasileiro*. Revista de Direito Privado, número 12, out\dez de 2002, páginas 50-60.

NAVARRINI, U. e FAGGELLA, G. , tradução de Valentina Loehnefinke: *Das Sociedades e Associações Comerciais*. Rio de Janeiro : José Konfino editor, 1950.

NEGRÃO, Ricardo: *Manual de Direito Comercial*. Campinas: Bookseller, 1999.

NORONHA, Fernando: *Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo : 1990.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite: *Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, A. J. Avelãs: *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*. São Paulo : Editora Cultural Paulista, 2001.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de: *Sociedade Limitada à Luz do Novo Código Civil*. Campinas: Editora LZN, 2003.

-----: *Direito Empresarial à Luz do Novo Código Civil*. Campinas : Editora LZN, 2003.

PAES, Tavares P. R: *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: RT, 1998. Volume 1.

PEIXINHO, Manoel Messias: *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro : Editora Lumeh Juris, 1999.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha: *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada, volume 02*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de Direito Civil, volume I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1988.

-----: *A Crise do Direito*. Coleção Philadelfo Azevedo. São Paulo : Max Limonad, 1955.

PEREIRA, Pedro Barbosa: *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: RT, 1975.

PINTO FURTADO, Jorge Henrique da Cruz : *Curso de Direito das Sociedades*. Coimbra : Almedina, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti: *Tratado de Direito Privado - Parte Especial*, tomo XXXVIII. Rio de Janeiro : editora Borsoi, 1972.

PRATA, Ana: *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Lisboa : Livraria Almedina, 1982.

PREDIGER, Carin: “A Noção de Sistema no Direito Privado e o Código Civil como Eixo Central”, em *A Reconstrução do Direito Privado*, coordenado por Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora LTR, 2002, páginas 145-173.

RANOUIL, Veronique: *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaire de France, 1980.

RÁO, Vicente: *O Direito e a vida dos Direitos*. São Paulo : editora Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel: *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo : Saraiva, 1999.

-----: “*As Diretrizes Fundamentais do Projeto do Código Civil*”, Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro - Série Cadernos do CEJ, Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, número 20, páginas 10 a 26.

-----: *Experiencia e Cultura*. Campinas: editora Bookseller, 2000.

REHME, Paul: *Historia Universal del Derecho Mercantil*. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1941.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1972. Volumes 1 e 2.

-----: *Curso de Direito Comercial*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Volume 1.

----- : *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*. Curitiba : Tese-Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

RICHARD, Efrain e MUIÑO, Orlando Manuel: *Derecho Societário*. Buenos Aires : Astrea, 1997.

RIPERT, Georges: *Traité Elementaire de Droit Commercial*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

ROCCO, Alfredo: *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1971.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio: “*Autonomia da Vontade, Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato e a Doutrina do Terceiro Cúmplice*”, em anais do V Congresso Internacional e VIII Iberoamericano de Direito Romano – Autonomia da Vontade e as Condições Gerais dos Contratos de Roma ao Direito Atual, coordenação de Agerson Tabosa, páginas 191-217.

ROMANO, Salvatore: *Autonomia Privata*. Milano: Giuffrè, 1957.

ROKUMUTO, Kahei: *Law and Culture in Transition*. American Journal of Comparative Law, 49, volume 4, páginas 545-560.

ROPPO, Enzo: *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988.

ROQUE, Sebastião José: *Moderno Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro : Editora Ícone, 2000.

.....: *Teoria Geral do Direito Comercial*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

SALANDRA, Vittorio: *Manuale di Diritto Commerciale*. Bolonha: Dott Cesare Ruffi Editore, 1949.

SALDANHA, Nelson: *Conceituações do Direito : Tendência Privatizante e Tendência Publicizante*, Revista de Direito Público, volume 81, 1987.

-----: *Historicismo e Culturismo*. Rio de Janeiro: editora Tempo Brasileiro, 1986.

-----: *A Historicidade do Direito e os Valores Jurídicos*, em Revista Brasileira de Filosofia, volume 34, janeiro\março de 1985, páginas 63-68.

-----: *O Jardim e a Praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e a história*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1986.

SALOMÃO FILHO, Calixto: *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos: *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais : Exame da Função Social do Contrato*. Revista de Direito Privado, número 10, abril\junho de 2002, páginas 9-37.

-----: *A Função Social do Contrato*. Revista de Direito Privado, número 13, jan\mar de 2003.

SERPA LOPEZ, Miguel Maria: *Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações : contratos, volume IV*. Rio de Janeiro : Editora Freitas Bastos, 1993.

SILVA, Clarissa Sampaio: “A Administração Pública no Contexto do Estado Pós-Social : Os Fenômenos da Privatização, da Regulação e os Novos Agentes Reguladores”, em *Direito Público em Destaque*, Revista da Procuradoria da União no Estado do Ceará, ano I, volume 01, 2003, 49-77.

SOMMA, Alessandro: *Il Diritto Privato Liberalista, Riflessioni sull tema dell'”autonomia Privata Stimolate da um recente contributo*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, ano XXXIV, número 101, maio/agosto de 2001, 589-637.

SOUZA, Inglês de: *Preleções de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1935.

SOUZA, Ruy de: *O Direito das Empresas – Atualização do Direito Comercial*. São Paulo: Livraria Bernardo Álvares, 1959.

SPADA, Paolo: *La Tipicità delle Società*. Padova: Cedam, 1974.

SZTAJN, Rachel: *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

-----: *Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro* (Tese-Livre docência). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda: *Das Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

----- : *Sociedades Limitadas e Anônimas no Direito Brasileiro (Estudo Comparativo)*. São Paulo : Saraiva, 1987.

----- : *A Sociedade Limitada e o Projeto do Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, número 99, jul\set de 1995, páginas 67-74.

TEPEDINO, Gustavo : *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2000.

.....: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro : editora Renovar, 1999.

THIENGO, Gilberto & FLÓRIDO, Luiz Augusto I.: *Lições de Direito Comercial – I*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

TOMAZETTE, Marlon: *As Sociedades Simples no Novo Código Civil*. RT\Fasc.Civ. ano 91, volume 800, junho 2002, páginas 36-56.

TOLEDO, Paulo Fernando Salles de: *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*.- São Paulo : Editora Atlas, 1997.

ULMER, Peter: *Principios Fundamentales Del Derecho Alemán de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Tradução de Jesús Alfaro Ageilda-Real. Madrid : Editora Civitas, 1998.

VALERI, Giuseppe: *Manuale di Diritto Commerciale*. Florença: Casa Editrice Dott. Carlo Cya, 1950.

VALVERDE, Trajano de Miranda: *Força Probante dos Livros Mercantis*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

VAN Houtte, Jean : *Sociétés Privées à Responsabilité Limitée*. Bruxelas : Larcier, 1989.

VILLAÇA, Álvaro : *Teoria Geral dos Contratos Atípicos*. São Paulo: editora Atlas, 2002.

VIVANTE, Cesare: *Trattado di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dott Francesco Vallardi, 1912.

WALD, Arnoldo: *Evolução do Direito Societário*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 120, out\dez de 2000, páginas 56-64.

WIEACKER, Franz: *El Principio General de la Buena Fé*. Trad. José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1977.

XAVIER, José Tadeu Neves: *A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código Civil de 2002*, Revista de Direito Privado, número 10, abril\junho de 2002, páginas 69-85.