

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
GUSTAVO GUIMARÃES REIS**

A APURAÇÃO DE HAVERES NO ÂMBITO DA SOCIEDADE SIMPLES

Nova Lima
2015

GUSTAVO GUIMARÃES REIS

A APURAÇÃO DE HAVERES NO ÂMBITO DA SOCIEDADE SIMPLES

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial.

Linha de pesquisa: As Sociedades Empresárias e Suas Atividades.

Projeto Estruturante: Tipos Societários.

Orientador: Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto.

Nova Lima
2015

REIS, Gustavo Guimarães

R375 a A apuração de haveres no âmbito da sociedade simples. Gustavo Guimarães Reis – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2015.

105 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 96-102

1. Sociedade simples. 2. Sociedade empresária. 3. Apuração de haveres. I. Albergaria Neto, Jason Soares de. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título.

CDU 347.72 (043)



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*A Apuração de Haveres no Âmbito da Sociedade Simples*”, de autoria do mestrando **GUSTAVO GUIMARÃES REIS**, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, ___ de _____ de 2015

Alameda da Serra, no 61 – Bairro vila da Serra – Nova Lima/MG – CEP: 34000-000 – Minas Gerais –
Brasil. Tel.: (31) 3289-1900

À minha afilhada, Maria Fernanda, para que um dia possa partilhar de nossas discussões, sabendo que, antes mesmo de nascer, já é responsável por minhas motivações.

AGRADECIMENTOS

A Deus e à Espiritualidade Superior, pelas inspirações e bênçãos diárias.

Aos meus pais e toda família, pela compreensão durante os vários momentos de ausência, pela motivação e carinho de sempre. Devo tudo a vocês.

Ao professor Doutor Jason Soares de Albergaria Neto, pela atenciosa orientação e contribuição para elaboração deste trabalho.

Aos amigos Hugo Leonardo Teixeira e Thales Poubel Catta Preta Leal, pela confiança em mim depositada, pelas inúmeras discussões jurídicas e pela experiência de vida e de Direito que me proporcionam todos os dias.

À Giovanna Zago Miotto, pela atenção, carinho e compreensão.

RESUMO

Resolvida a sociedade em relação a um sócio, em todas as hipóteses contempladas nos artigos 1.028 a 1.030 do Código Civil, proceder-se-á à liquidação de sua quota e à apuração de haveres, na forma em que dispuser o contrato social. Na ausência de disposição contratual, a forma de apuração e pagamento dos haveres seguirá o modo previsto pelo artigo 1.031 do CC. Neste trabalho, nos propusemos a analisar a dicotomia entre as sociedades simples e empresária e, tendo em vista as peculiaridades que justificam a manutenção dos dois gêneros, as hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio e o modo de apuração e pagamento dos haveres. Concluimos que, uma vez verificada uma das causas de resolução da sociedade, é inviável e desaconselhável realizar uma apuração de haveres de forma generalizada para as sociedades simples e empresárias, haja vista que, em virtude do caráter personalíssimo de que se reveste o exercício de atividade intelectual, importante valor patrimonial intangível, representado pelo fundo de comércio ou *goodwill*, não integra o cálculo dos haveres, na sociedade simples.

Palavras Chave: Sociedade Simples. Sociedade Empresária. Apuração de Haveres.

ABSTRACT

Resolved the corporation for a partner, in all cases referred in Articles 1028-1030 of the Civil Code, there shall be a settlement of this partner's share, and also the calculation of his assets, in the form that is provided by the social contract. However, in case of contractual prevision absence, the calculation form and payment of the assets will follow what is established by Article 1031 of the Civil Code. In this paper we set out to examine the dichotomy between simple partnerships and business companies, in view of the peculiarities that justify the maintenance of the two genres, the hypotheses of resolving the corporation for a partner and the calculation and payment of such assets. We conclude that, once verified a cause of society resolution, is unworkable, and unwise, to conduct a widespread verification of assets, across the board, for simple and business companies, in reason of the very personal character that coats the intellectual activity exercise, wich is an important intangible asset value, representing background trade or goodwill, and, therefore, is not part of the assets calculation, in simple societies.

Keywords: Simple Society. Businesswoman Society. Verification of Assets.

LISTA DE SIGLAS

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
AGE – Assembleia Geral Extraordinária
AGO – Assembleia Geral Ordinária
CC – Código Civil de 2002
CCo – Código Comercial de 1850
CJF – Conselho de Justiça Federal
CPC – Código de Processo Civil
CREA – Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura
CRM – Conselho Regional de Medicina
CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LRF – Lei de Recuperação Judicial e Falências
LSA – Lei das Sociedades Anônimas
NCPD – Novo Código de Processo Civil
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
S.A. – Sociedade Anônima
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – artigo
c/c – combinado com
nº. – número

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	PRECEDENTES HISTÓRICOS.....	16
3	O EMPRESÁRIO E A SOCIEDADE ENQUANTO GÊNERO.....	26
3.1	O empresário.....	26
3.2	A Sociedade Enquanto Gênero.....	30
3.2.1	<i>O Ato Constitutivo da Sociedade</i>	32
3.2.2	<i>O Contrato Plurilateral</i>	33
4	SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS.....	39
4.1	A organização como característica da Sociedade Empresária.....	40
4.2	A Sociedade Simples e a Definição do Elemento de Empresa.....	45
4.3	Manutenção da Dicotomia Existente entre Sociedades Simples e Empresária.....	49
5	DA RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO A UM SÓCIO.....	55
6	APURAÇÃO DE HAVERES.....	72
6.1	Previsão Contratual.....	73
6.2	Texto Legal.....	79
6.2.1	<i>Montante Efetivamente Realizado</i>	80
6.2.2	<i>Data Base da Apuração de Haveres</i>	81
6.2.3	<i>Situação Patrimonial</i>	85
7	CONCLUSÃO.....	93
	REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

A unificação do direito das obrigações, realizada com o advento do Código Civil de 2002, representou importante inovação no Direito Privado. Aliás, desde o século XIX, a unificação já encontrava expoentes no Brasil, sendo defendida por Teixeira de Freitas em 1859, no projeto de Código Civil elaborado a pedido do Império, sendo, depois, por esse recusado. O jurista Inglês de Souza, no início do século XX, chegou a conclusões análogas, quando apresentou o seu projeto do Novo Código Comercial, atropelado pelo Código Civil de 1916.

O subjetivismo que marcou o surgimento do Direito Comercial, durante a Idade Média, perdeu sua razão de ser. Em virtude da grande influência dos princípios iluministas, que inspiraram a Revolução Francesa no século XVIII, a sociedade despertou para os ideais democráticos, não se admitindo mais, em todo o mundo, que o Direito Comercial pudesse ser um direito de classe.

O Código Civil Francês, promulgado em 1804, consagrou uma teoria objetiva para aferição da competência do Direito Comercial, admitindo que estivessem sujeitos a sua aplicação todos aqueles que praticassem os chamados atos de comércio.

Com o avançar dos tempos, se consolidou o entendimento de que os atos objetivos de comércio não eram suficientes para definir a competência do Direito Comercial, pois deixavam de lado negócios jurídicos de grande importância, como o *leasing*, contratos envolvendo derivativos, operações realizadas por intermédio de fundos de valores mobiliários, bem como aquelas realizadas por empresas construtoras e incorporadoras de imóveis.

Ao abandonar a teoria dos atos de comércio, o Código Civil Italiano de 1942 trouxe, para o centro do Direito Comercial, a empresa, entendida como atividade voltada para a produção e circulação de bens e serviços, destacando a figura do empresário como o grande organizador dos fatores da produção. A visão jurídica italiana inspirou as legislações de diversos países e marcou o início de uma nova fase do Direito Comercial, focada no que se denominou teoria da empresa.

De outro lado, como registrado por Wald¹, no Brasil, a empresa, na sua concepção moderna, ainda não existia em 1850 e era pouco expressiva na fase de 1899/1916. No campo do Direito Privado, muito embora o Regulamento 737 e alguns diplomas esparsos fizessem referência à empresa, o primeiro regramento a reconhecê-la com certa sistematicidade foi a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943.

Coube ao Novo Código Civil, promulgado pela Lei nº 10.406/2002, dar tratamento sistemático definitivo à matéria. Inspirado no direito italiano e consagrando as disposições previstas na Constituição Federal de 1988, o Código Civil tratou a empresa como atividade organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

O Direito Comercial ingressou em uma nova fase, passando a ser visto e estudado como o direito das empresas e cujo foco delimitador da competência é a empresa, enquanto atividade econômica organizada profissionalmente e exercida tanto por pessoa física, como por determinados grupos, sob a forma de sociedade.

A despeito da unificação do direito das obrigações, medida que, como já mencionamos, veio em respeito à melhor técnica, a autonomia jurídica do Direito Comercial está expressa no Código Civil de 2002, que disciplinou, no Livro II da Parte Especial, artigos 966 a 1.195, grande parte do regramento relativo ao que se denominou Direito de Empresa, não se confundindo os institutos ali descritos com os contidos na primeira parte do Código, destinada à matéria civil.

A sociedade, na dicção do art. 981 do Código Civil, é, pois, um contrato de caráter plurilateral, como defendido por Ascarelli², uma vez que dela podem participar mais de duas partes, que se unem e contribuem com bens ou serviços para a exploração de determinada atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Do contrato de sociedade decorrem, para todas as partes, direitos e obrigações. Todas elas têm a obrigação de integralizar a sua participação, bem como o direito de participar dos resultados.

¹ WALD, Arnoldo. *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

² ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 266.

O Código Civil, no artigo 966, definiu o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

O legislador de 2002 preferiu, entretanto, não considerar empresária a atividade voltada para prestação de serviços de natureza intelectual, isto é, aqueles que possuem caráter científico, literário ou artístico, salvo se o exercício da profissão intelectual constituir elemento de empresa.

Assim, conforme expresso no artigo 982 do CC, será considerada empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário e, simples, as demais, incluídas aquelas organizadas para o exercício de atividade intelectual.

Nos dias atuais, encontramos doutrinadores que defendem não existir razão para não se considerarem empresárias as sociedades organizadas por profissionais liberais para o exercício de atividade intelectual.

Nesse sentido, Sztajn afirma que:

Tal como a regulação do comércio vinha referida à atividade de intermediação na circulação da riqueza imobiliária, a atividade econômica voltada para a produção e circulação de bens e serviços em mercados é organizada sob a forma de empresa. Crucial, por isso, não apenas considerar empresas as atividades anteriormente classificadas no quadro da mercancia, mas buscar adequar atividades agrícolas e intelectuais no quadro geral da empresa de forma a harmonizar, no que se refere à produção para mercados, todas as atividades econômicas. Enfatiza-se o exercício organizado de atividades intelectuais por conta da rápida transformação da economia que, no entender de muitos, se encaminha para uma era pós-industrial, isto é, quando o setor terciário (serviços) tende a suplantar a indústria, e naquela, a produção intelectual é mais perceptível.³

Sob uma ótica interdisciplinar do Direito e da Economia, Rachel Sztajn vê as atividades agrícolas e intelectuais e, de forma mais ampla, todo o setor de serviços, como grandes fatores de exploração econômica da era pós-industrial.

A exploração econômica das atividades rurais vem sendo realizada de forma cada vez mais complexa e organizada, como, por exemplo, nas grandes

³ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

operações envolvendo títulos do agronegócio, que movimentam bilhões de reais no mercado de valores mobiliários.

A agricultura de subsistência desaparece gradualmente e dá lugar a grandes arrendamentos de terras produtivas ou mesmo à produção rural em grande escala, explorada mediante investimentos de grande monta.

De outro lado, os profissionais intelectuais como médicos, dentistas, advogados e engenheiros têm se organizado em clínicas e escritórios de grande porte, oferecendo seus serviços para o mercado de modo permanente. Escritórios de advocacia americanos, por exemplo, apresentaram um crescimento maior que verdadeiras indústrias e já se organizam sob a forma de sociedades anônimas, cujas ações são, inclusive, negociadas na bolsa de valores.

Não é por menos que, ao descrever a revolução empresarial, em estudo dedicado à análise da empresa no terceiro milênio, Wald considera 'o saber' relevante fator da produção, afirmando "não mais se considerar o capital e o trabalho como sendo os únicos fatores de produção, mas de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe maior relevância, o saber (...)".⁴

De outro lado, há autores que defendem a tese de que a adoção da teoria da empresa não implica em alteração da dicotomia do direito privado, mantendo-se atual e necessária a diferenciação entre sociedades empresárias e simples. Esta é a orientação do professor Coelho, quando afirma que:

A teoria da empresa não acarreta a superação da bipartição do direito privado, que o legado jurídico de Napoleão tornou clássica nos países de tradição romana. Altera o critério de delimitação do objeto do Direito Comercial – que deixa de ser os *atos do comércio* e passa a ser a *empresarialidade* –, mas não suprime a dicotomia entre o regime jurídico civil e comercial. Assim, de acordo com o Código Civil, continuam excluídas da disciplina juscomercialista algumas atividades econômicas. São atividades civis, cujos exercentes não podem, por exemplo, requerer a recuperação judicial, nem falir.

São quatro hipóteses de atividades econômicas *civis*. A primeira diz respeito às exploradas por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. (...)

As demais atividades civis são as dos profissionais intelectuais, dos empresários rurais não registrados na Junta Comercial e a das Cooperativas.⁵

⁴ WALD, Arnoldo. *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 7.

⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

Sob esta ótica, o projeto do Novo Código Comercial, elaborado pelo professor Fábio Ulhôa Coelho e apresentado ao Congresso Nacional em 2011 (Projeto de Lei nº. 1572), em seu artigo 3º, não considera empresa a atividade de prestação de serviços própria de profissão liberal, assim entendida a regulamentada por lei para cujo exercício é exigida formação superior.

No mesmo sentido, Ferraz Júnior⁶ sustenta que as sociedades formadas por profissionais liberais para o exercício de atividade econômica não são empresárias, na medida em que a organização está ausente. Para o ilustre jurista, o elemento chave da prestação de serviço intelectual é o conjunto de competências de cada sócio, um saber que não pode ser considerado como fator da produção e que se sobrepõe à simples organização dos bens que compõem o ativo social.

Diante disso, o citado autor afirma que:

(...) nas sociedades prestadoras de serviços profissionais liberais temos um sistema social em que o papel organizador, se não está ausente, não é incorporado à atividade correspondente como elemento chave. Entende-se, por isso, que Waldemar Ferreira distinga entre freguesia e clientela, ao dizer que, propriamente, profissionais liberais não têm fregueses, mas clientes (Tratado de Direito Comercial. 7º v., § 1.554, São Paulo, 1962).⁷

A cisão de entendimento apresentada pela doutrina nos chama atenção para uma discussão de cunho empírico relevante, relacionada às consequências da manutenção da dicotomia do direito privado e à razão pela qual o legislador optou por diferenciar as sociedade simples das empresárias.

A dicotomia em questão parece não estar próxima do fim quando estudamos institutos como a falência e recuperação judicial, a cujos procedimentos e implicações legais somente se sujeitam os empresários.

A Lei nº 11.101/2005, que dispõe sobre a falência e recuperação judicial, estabelece, como princípios primordiais, a preservação da empresa e a recuperação da unidade produtiva, permitindo-se a continuidade do negócio com garantia de empregos e proteção do crédito.

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998.

A exclusão das sociedades simples e do profissional liberal do regime da Lei nº 11.101/2005 mostra-se lógica quando observamos o caráter *intuitu personae* que permeia a atividade intelectual.

A ruína do profissional intelectual põe fim ao exercício da atividade e impõe a morte da sociedade simples, haja vista não ser concebível que este profissional seja substituído no exercício de seu mister.

Outra questão relevante envolvendo a dicotomia entre as sociedades simples e empresárias está relacionada, ainda, com a apuração de haveres, em caso de resolução da sociedade em relação a um sócio.

Verificadas umas das causas de resolução da sociedade simples em relação a um sócio, nas hipóteses admitidas pelos artigos 1.028, 1.029, 1.030 e parágrafo único do Código Civil, desde que não haja previsão contratual em sentido contrário, o valor da sua quota será apurado com base na situação patrimonial da sociedade.

Assim, conforme dispõe o artigo 1.031 do CC, a apuração do valor patrimonial se dá mediante balanço especial realizado na data da retirada. A lei garante o recebimento do valor das quotas respectivas com base no patrimônio líquido da sociedade, nada dispondo, entretanto, se o cálculo deste montante deve levar em consideração, ou não, o valor do fundo de comércio.

Para parte da doutrina, o fundo de comércio se confunde com o próprio estabelecimento empresarial e representa o conjunto de bens tangíveis e intangíveis organizados por empresário ou sociedade empresária para o exercício de atividade econômica.

Outros doutrinadores, contudo, entendem que o fundo de comércio não é o próprio estabelecimento empresarial, mas, sim, o valor agregado ao estabelecimento empresarial decorrente do exercício da mesma atividade.

Significa dizer que, para essa corrente, o fundo de comércio é consequência do estabelecimento empresarial e decorre do sucesso na organização e utilização dos bens que o compõem.

Nesse esteio, o fundo de comércio, considerado algo acima da simples capacidade de organização dos fatores da produção, representa a capacidade de o empresário ou sociedade empresária gerar lucros. Assim, a expressão "fundo de comércio" também estaria associada ao *goodwill*, considerado este como a perspectiva de rentabilidade da sociedade.

É justamente no que se refere à possibilidade de o fundo de comércio compor o cálculo da situação patrimonial da sociedade simples e influir na apuração de haveres do sócio retirante que a distinção entre sociedades simples e empresárias ganha, novamente, relevância prática.

Alguns doutrinadores defendem que o fundo de comércio não constitui ativo reservado apenas às sociedades empresárias, podendo as sociedades simples, também, agregar elementos como aviamento e clientela. Portanto, a depender do porte e forma como as sociedades simples atuam no mercado, a apuração de haveres deve levar em consideração o *goodwill*.

Outros doutrinadores defendem que, nas sociedades simples, a apuração dos haveres do sócio retirante não deve levar em consideração o fundo de comércio, como ocorre nas sociedades empresárias. Tal fato se dá em razão do caráter intelectual da prestação de serviços, entendendo os estudiosos que o fundo de comércio das sociedades simples representa a *expertise* de seus prestadores de serviços, a respeitabilidade ou honorabilidade dos sócios, capacidades que pertencem a cada profissional e com eles devem seguir, não constituindo um ativo social.

A cisão de entendimento verificada na doutrina não encontrou exposição na jurisprudência. De forma incipiente, alguns Tribunais Estaduais se manifestaram sobre o tema, mas sempre tratando a apuração de haveres de forma genérica, sem adentrar às especificidades de cada gênero societário para determinar o cálculo do valor patrimonial das quotas sociais.

Diante disso, com o presente trabalho, procederemos à diferenciação entre os gêneros sociedades simples e empresária, estudando o momento de sua dissolução e as fases nela compreendidas para, ao final, poder verificar se, de fato, a apuração de haveres no âmbito da sociedade simples deve se diferenciar daquela realizada no âmbito das sociedades empresárias.

Por fim, a conclusão a que se pretende chegar é se o valor correspondente ao fundo de comércio, o *goodwill*, deve ou não compor a apuração de haveres no âmbito das sociedades simples e se tal fato constitui fundamento relevante para a manutenção da dicotomia entre os tipos societários simples e empresariais, presente no direito privado atual.

2 PRECEDENTES HISTÓRICOS

Desde os primórdios, os seres humanos se reuniam com o objetivo de suprir suas necessidades básicas de sobrevivência.

Da união de indivíduos, aguçada pelo instinto de sobrevivência, surgiram as cidades e o próprio Estado. O surgimento das cidades e do Estado está intimamente ligado ao comércio, conforme nos ensina Mamede:

(...) a produção de excedentes e a capacidade de armazená-los foi o vetor de superação dos limites da mera subsistência, viabilizando a formação de conglomerados organizados de pessoas – as cidades –, cuja estrutura evoluída é o Estado, inicialmente manifestado sob a forma de cidade-Estado.⁸

Durante o Império Romano, um dos maiores da história das civilizações e cuja legislação influenciou profundamente os países de tradição romano-germânica, nunca se sentiu a necessidade de uma legislação específica para o comércio. O Direito civil aplicado pelos pretores e jurisconsultos se desenvolvia e se amoldava às exigências do dia-a-dia.

No período medieval, surgiram, também, os registros das primeiras sociedades, constituídas pelos comerciantes como uma alternativa à repressão canônica da usura. Barbi Filho, citando o professor francês Alfred Jauffret, anota que:

(...) as sociedades serviram como instrumento que permitia escapar-se à proibição canônica do empréstimo a juros; em lugar de emprestar, o capitalista constituía uma sociedade com um comerciante que tinha necessidade de dinheiro e, encontrando-se associado tanto aos benefícios quanto às perdas, obtinha uma remuneração menos criticável para seu aporte de capital.⁹

O Comércio era desenvolvido, portanto, de forma individual pelos cidadãos romanos ou sob a forma de sociedades desenvolvidas em quase todos os casos no seio familiar e marcadas pelo controle e direção do *pater*

⁸ MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 3.

⁹ JAUFFRET, Alfred *apud* BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 49.

familias. Nesse período, contudo, não havia distinção entre sociedades civis e comerciais.

Durante os últimos séculos do Império, diante da depressão econômica que assolou o comércio, o Direito Civil veio ao auxílio dos devedores, com diversas providências legislativas que prejudicaram o interesse do crédito.

Na Idade Média, com o reflorescimento do comércio e intensificação das relações de troca, os comerciantes viram a necessidade de se unirem e se defenderem dos abusos dos poderosos, aplicando consuetudinariamente regras que tutelavam as relações comerciais e afastavam a proteção exacerbada ao devedor implementada pelo Direito Civil.

A união de comerciantes ganhou relevo em toda a Europa Ocidental. Foram formados diversos colégios, constituídos conforme o ramo de atuação no mercado. Mais tarde, esses colégios deram lugar a grandes organizações, como, por exemplo, à famosa Hansa ou Liga Hanseática, união de comerciantes constituída na Alemanha e que, segundo os historiadores, contava com mais de oitenta cidades mercantis.

Merecem destaque, ainda, as inúmeras cidades de mercadores surgidas na Itália, dentre elas, Gênova, Florença e Veneza, verdadeiros centros comerciais autônomos.

Nesse período, de intenso desenvolvimento do comércio, começou a ganhar relevo, também, a separação das sociedades civis das sociedades comerciais. Os comerciantes, com o intuito de se protegerem, encontraram na especialização do direito comercial uma garantia.

Para alguns estudiosos, remonta a essa época o surgimento das sociedades em nome coletivo, muito relacionadas ao exercício de uma atividade desenvolvida no seio familiar.

Com a constante evolução do mercado, podemos destacar o surgimento das sociedades anônimas, que permitiam o financiamento de certas atividades capitalistas por sócios investidores, participantes dos lucros e cuja responsabilidade era limitada ao montante de seus investimentos.

Os doutrinadores apontam a Companhia Holandesa das Índias Orientais, surgida em 1602, como a primeira sociedade anônima de que se tem notícia. Posteriormente, no período marcado pela Revolução Industrial, a

utilização deste tipo societário se intensificou, permitindo o surgimento de verdadeiros polos comerciais e industriais.

Inicialmente, as sociedades não dependiam de registro, que se tornou uma necessidade com o desenvolvimento das corporações de ofício e a imposição de filiação para submissão ao regime jurídico previsto nos estatutos.

Lado outro, ainda mais importante foi a obra que as corporações deixaram para a formação e início do Direito Mercantil. Os estatutos elaborados pelos comerciantes registraram diversas regras costumeiras aplicadas entre os inscritos.

Nesses estatutos, além dos costumes empresariais, como observa Vivante, “acham-se disciplinados minuciosamente alguns institutos vigentes, tais como os contratos de câmbio, de sociedade, a falência e a mediação”¹⁰.

Ao se inscreverem nas corporações, os comerciantes juravam observância a todos os seus costumes, aplicando-se o estatuto e as regras mercantis a todas as pessoas e sociedades que exerciam o comércio e as que com elas contratavam.

Assim se observa como, inicialmente, o Direito Comercial se desenvolveu separadamente do Direito Civil. Aplicado a uma classe distinta dos civis – os comerciantes – surgiu como ramo autônomo do direito privado e representou grande avanço para desenvolvimento do comércio.

Nesse momento, o Direito Comercial viveu um período denominado estritamente subjetivista, focado apenas na figura do comerciante, centro de suas atenções.

A fase subjetiva do Direito Comercial destacou-se, portanto, por representar a aplicação de um direito corporativo, para a classe profissional, que se valia dos usos e costumes comerciais para solução de controvérsias havidas entre comerciantes e desde que estes estivessem matriculados nas juntas ou câmaras do comércio.

Durante a Idade Moderna, com a florescência espontânea dos costumes e leis mercantis, o Direito Comercial viveu um período de intensa literatura jurídica.

¹⁰ VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. São Paulo: Minelli, 2007, p. 20.

Neste período, estudiosos italianos como Benvenuto Straccha (1578), Francesco Rocco (1676), Ansaldo degli Analdi (1719), Gregorio Fierli (1807), dentre outros, produziram importantes obras de Direito Comercial, com profundo conhecimento e retratação dos costumes mercantis, relacionadas, por exemplo, aos contratos de câmbio, de sociedades e ao direito marítimo.

A produção doutrinária foi acompanhada pela evolução legislativa. Coube à França, ainda organizada sob o regime monárquico, o mérito de instituir autorizadas leis sobre o Direito Comercial com as duas Ordenanças de Luiz XIV, uma sobre o direito terrestre (1673) e a outra sobre o comércio marítimo (1681).

Ao disciplinar o direito terrestre, a Ordenança de 1673 tratou sobre a sociedade coletiva, denominada sociedade geral (*société générale*), sobre a sociedade em comandita e a sociedade em conta de participação (naquele diploma, nomeada como sociedade anônima em razão do anonimato característico que proporcionava ao sócio oculto).

Com as Ordenanças começou a codificação do Direito Comercial. Mais tarde, ainda na França, durante a Revolução francesa que eclodiu imbuída por princípios iluministas e sentimentos democráticos de igualdade, foi promulgado o Código de Napoleão (1808).

O Código Napoleônico extinguiu o privilégio de classe, baseado exclusivamente na figura dos comerciantes, e fixou a competência do Direito Comercial com base na disciplina dos atos de comércio, adotando um caráter declaradamente objetivista.

Desta forma, o Código do Comércio passou a ser um regramento disciplinador dos atos de comércio, aplicável a todo e qualquer cidadão que os praticassem, independente de inscrição, matrícula ou classe. O Direito Comercial, nesse momento, adentrou à chamada fase objetiva.

O Código Francês deu enfoque relevante para o exercício coletivo da atividade comercial sob a forma de sociedade, trazendo regramento específico para as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, associações em conta de participação, sociedades anônimas e sociedade em comandita por ações.

A expansão do território francês importou, sob as armas o regramento jurídico, para diversos países da Europa. Também os Códigos italianos, dentre

eles, por sua importância, o Albertino de 1842 e o Italiano de 1865, foram escritos com fundamento no Código Francês.

A Itália também se destacou como centro de referência em estudos jurídicos. Em 1869, através da criação de Comissões especiais, formadas por membros das Câmaras de Comércio, dos Tribunais e Faculdades jurídicas, iniciou-se o estudo para elaboração de um novo Código, que abarcasse os anseios da comunidade mercantil desenvolvida.

A nova obra legislativa entrou em vigor em 1883 e representou intenso progresso em comparação com os Códigos precedentes. O Código Italiano previa a liberdade dos contratantes, a liberdade das formas e deu importante relevância à tutela do crédito e aos títulos cambiais.

No início do século XIX, a organização capitalista pautada nos atos de produção em massa deu destaque, também, à figura do empresário, considerado como o exercente da atividade econômica, organizada por ele para a produção e circulação de bens e serviços.

De outro lado, uma lei francesa promulgada em 23 de maio de 1863, suprimiu a autorização prévia para as sociedades anônimas cujo capital não passasse de vinte milhões de francos. Alguns doutrinadores atribuem a este ato o surgimento das sociedades de responsabilidade limitada.

A questão do surgimento das sociedades limitadas é, contudo, controversa. Outros estudiosos citam as leis inglesas de 1855 a 1862 como o seu primeiro registro jurídico. Outros afirmam, ainda, que as sociedades limitadas surgiram na Alemanha, por volta de 1892.

Embora de origem controversa, não se pode olvidar que o surgimento das sociedades limitadas contribuiu sobremaneira para o exercício conjunto da atividade empresarial, aliando as vantagens da limitação da responsabilidade dos sócios, que até então só existia nas sociedades anônimas, com a simplicidade da criação das sociedades contratuais.

Como o evoluir do tempo e das instituições, a sociedade comercial passou a ser vista, como observou Ripert¹¹, como a máquina jurídica que faz funcionar a empresa.

¹¹ RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme modern*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence. 1951, p. 110.

Também se consolidou o entendimento de que os atos objetivos de comércio não eram suficientes para definir a competência do Direito Comercial, pois deixavam de lado negócios jurídicos de grande importância, como o *leasing*, contratos envolvendo derivativos, operações realizadas por intermédio de fundos de valores mobiliários, bem como aquelas realizadas por empresas construtoras e incorporadoras de imóveis.

O foco do Direito Comercial passou do ato de comércio à atividade econômica, considerada como a capacidade de produção e circulação de bens e serviços, perfazendo a união das ideias de ato de comércio e da figura do comerciante.

Percebeu-se que, isolados, o ato de comércio e a figura do comerciante nada valiam, o centro das atenções do Direito Comercial passou à unidade produtiva, isto é, à empresa, considerada como atividade.

Mais uma vez, a legislação italiana marcou o avanço da literatura jurídica em matéria do Direito Comercial. Em 1942, foi promulgado um novo Código, que tratou o Direito Comercial como o direito da empresa, entendida como atividade organizada profissionalmente pelo empresário e voltada para a produção e circulação de bens e serviços.

Nessa nova fase, denominada por alguns doutrinadores como subjetiva moderna e em vigor até os dias atuais, a proteção do crédito e a tutela da circulação de bens passaram a ser vistos como elementos fundamentais à manutenção da empresa e solidez do mercado, orientação que foi seguida praticamente por todos os ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a evolução legislativa, embora com certo atraso cronológico, seguiu a tendência mundial e se filiou à teoria moderna do direito de empresa, consagrada pelo Código Civil de 2002.

No período da Colônia, o direito era aplicado com base nas Ordenações Filipinas, com forte influência do Direito Canônico e Romano.

A situação só começou a mudar com o avanço das tropas napoleônicas sobre Portugal e com o refúgio da Família Real para o Brasil. Com a vinda dos portugueses, uma onda de evoluções tomou a colônia com o intuito de se organizar a corte como sede de uma monarquia.

Em 1808, foi promulgada a famosa “Lei de Abertura dos Portos”, o que colocou o Brasil na rota do comércio. Outras leis e alvarás vieram na sequência, como a que criou a Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, estimulando as atividades produtivas. Ainda no mesmo ano, foi criado o Banco do Brasil, fomentando a circulação do crédito. Toda essa evolução na colônia incutiu nos brasileiros um sentimento de nacionalismo, união e soberania, aspirando a nação por um Direito próprio.

Assim, a Regência nomeou, em 1832, uma comissão de juristas com o encargo de elaborar um projeto do Código Comercial Brasileiro. Em 1834, o projeto foi enviado à Câmara e, em 25 de junho de 1850, foi sancionada a Lei nº. 556, que promulgou o Código Comercial Brasileiro.

O Código Comercial de 1850 acolheu a concepção objetivista baseada nos atos de comércio, se inspirando no Código Francês de 1808, Espanhol de 1829 e Português de 1833.

Embora tenha adotado a teoria objetivista, o Código Comercial não disciplinou ou definiu os atos de comércio, ausência que foi sanada no mesmo ano de sua promulgação, com o advento do Regulamento 737 que, em meio a questões processuais, definiu como atos de comércio a compra, venda ou troca de bens móveis ou semoventes com o objetivo de comercialização no mercado, por atacado ou varejo, as operações de câmbio, banco e corretagem, dentre outras atividades constantes de um rol exemplificativo, disposto em seu artigo 19.

Daquela data até os dias atuais, o Código Comercial sofreu uma série de modificações. A crise do sistema objetivo e a adoção da fase moderna focada no direito da empresa, seguida por grande parte dos países desenvolvidos, exigiu uma nova concepção de Direito Comercial no Brasil, mesmo sem qualquer positividade de um novo regime.

Nas palavras de Requião, o Código passou “a sofrer os temperamentos e as acomodações de seus embates com a vida nacional”¹². A matrícula, elemento objetivo que denotava a situação de comerciante, deixou de existir em 1855. Da mesma forma, os Tribunais do Comércio foram extintos

¹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 17.

em 1875 e sua competência judicante passou ao Poder Judiciário, quando se unificou o processo judicial.

Em 1882, as sociedades anônimas ganharam independência do Estado, podendo ser livremente constituídas e, posteriormente, ganharam lei específica. Em 1908, o Decreto nº 2.044 ajustou o direito cambiário à mais moderna legislação internacional. A legislação falimentar sofreu diversas modificações, aperfeiçoando-se, notadamente em virtude da grave crise do sistema bancário e industrial, ganhando também legislação específica.

De outro lado, como registrado por Wald¹³, no Brasil, a empresa, na sua concepção moderna, ainda não existia em 1850 e era pouco expressiva na fase de 1899/1916. No campo do Direito Privado, muito embora o Regulamento 737 e alguns diplomas esparsos fizessem referência à empresa, o primeiro regramento a reconhecê-la com certa sistematicidade foi a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943.

Com o intuito de acompanhar a onda de inovações e evoluções legislativas, em 2002, foi promulgado pela Lei nº. 10.406, o Novo Código Civil Brasileiro, que positivou a teoria moderna do direito de empresa, interessando para os fins de submissão às normas de Direito Comercial a figura da empresa (entendida como atividade), exercida profissionalmente e organizada pelo empresário ou por sociedade empresária para a produção ou circulação de bens ou serviços.

O Novo Código Civil revogou a primeira parte do Código Comercial de 1850, unificando o Direito das Obrigações. Permanecem em vigor apenas as disposições do Código Comercial relativas ao Direito Marítimo, bem como as leis especiais que disciplinam as sociedades anônimas (lei. 6.404/76) e a falência (Lei nº 11.101/2005, que revogou o antigo Decreto nº. 7.661/1945).

A autonomia jurídica do Direito Comercial está expressa no Código Civil de 2002, que reuniu grande parte da matéria afeta ao Direito Comercial e disciplinou, no Livro II da Parte Especial, artigos 966 a 1.195, o regramento relativo ao que se denominou Direito de Empresa.

A despeito de toda a sistematicidade dada ao Direito Comercial ao longo dos anos, não se pode olvidar que a sua essência está nas razões

¹³ WALD, Arnoldo. *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 27.

históricas de seu nascimento e que o Código Civil não operou a chamada unificação plena do direito privado.

O que sempre fez do Direito Comercial um ramo autônomo do Direito foi a especificidade das relações comerciais, travadas entre profissionais, com o intuito bilateral de lucro.

Nos dizeres de Mello Franco:

(...) a especificidade do direito empresarial, portanto, decorre do elemento técnico, consubstanciado na operação econômica que é o substrato dos contratos empresariais, aliada à intermediação, transformação e criação para o mercado – isso, usualmente, mediante produção em massa.¹⁴

Registre-se que, atualmente, a unificação do direito privado, embora tenha sido objeto de diversas discussões ao longo dos tempos, não parece mais ser consenso entre os estudiosos do Direito. Os comercialistas defendem a promulgação de um novo Código Comercial, reafirmando a dualidade entre o Direito Civil e o Direito Comercial.

Está em trâmite no Congresso Nacional, desde 2011, o Projeto de Lei nº. 1572, que contém o esboço do Novo Código Comercial, de autoria do professor Fábio Ulhôa Coelho.

O Novo Código Comercial apresenta, em sua primeira parte, uma série de artigos conceituais, com forte conteúdo principiológico, ressaltando a autonomia do Direito Empresarial e a necessidade de organização e exploração da empresa sob a ótica do mercado, pautada na livre iniciativa e na liberdade de competição.

Diante desse cenário de reafirmação do Direito Comercial, os precedentes históricos listados no presente capítulo chamam a atenção do leitor para o fato de que os negócios jurídicos celebrados pelos empresários e sociedades empresárias exigem uma solução que advenha, principalmente, de um direito célere, que acompanhe a constante evolução do mercado e os costumes empresariais, pouco importando se este direito vem positivado em um único Código.

¹⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito civil e empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 27-28.

Atualmente, a atividade econômica sujeita à tutela do Direito Empresarial, sobretudo aquela ligada a empreendimentos e negócios empresariais de vultosa expressão econômica é exercida em grupos, constituídos sob a forma de sociedade, dentre elas, destacam-se, as sociedades empresárias constituídas sob a forma de sociedades limitadas, pela facilidade de sua criação e manutenção, bem como pelo largo espaço que ocupam nos registros a cargo das Juntas Comerciais de todo Brasil.

Além disso, não podemos olvidar que estamos vivendo em uma época marcada pelo forte crescimento do setor terciário (de serviços). Ganha relevo a atuação dos profissionais liberais e a constituição das sociedades simples.

O Código Civil delimitou como empresárias as sociedades organizadas para o exercício de atividade típica de empresário, considerado aquele que exerce profissionalmente atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Simples, por sua vez, são as sociedades organizadas para o exercício de atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística.

A diferenciação entre as sociedades simples e empresárias, e a delimitação dos conceitos e institutos a elas relativos, como, por exemplo, o estabelecimento comercial, as formas de dissolução e o modo de apuração do valor patrimonial das quotas, têm grande relevância para o presente trabalho.

Analisando a dualidade entre as sociedades simples e empresárias, nos chama atenção a forma como a apuração dos haveres e a disposição e partilha do patrimônio social vem sendo tratada pela doutrina e pela jurisprudência.

Institutos como o fundo de comércio ou *goodwill* e o seu cômputo na apuração de haveres do sócio que se retira ou é excluído ganham contornos distintos, quando passam a ser analisados sob o enfoque de uma sociedade simples ou empresária.

Assim, nos próximos capítulos, estudaremos as sociedades simples e empresárias e seus elementos caracterizadores. Analisaremos, também, a necessidade de manutenção da dualidade existente entre os gêneros societários e a forma de apuração de haveres em cada um depois de verificadas uma das causas de resolução da sociedade em relação ao sócio.

Toda esta análise proposta, realizada sempre com uma visão pautada nos precedentes históricos listados no presente capítulo, nos trará importantes

conclusões sobre as diferenças práticas e econômicas existentes na apuração de haveres no âmbito das sociedades simples e empresárias.

3 O EMPRESÁRIO E A SOCIEDADE ENQUANTO GÊNERO

3.1 O empresário

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 966, considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.¹⁵

A inspiração do Código Civil foi a doutrina italiana. O *Codice Civile* italiano define o empresário em seu artigo 2.082, da seguinte forma: “È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio de beni o di servizi”.¹⁶

Porém, diferentemente do que fez o Código Italiano em seu art. 2.195, o Código Civil Brasileiro não enumerou os tipos de atividade caracterizadoras da situação de empresário. Assim, segundo as disposições do nosso Código, basta enquadrar-se na situação de empresário descrita no *caput* do artigo 966 e não ser excluído pela exceção do parágrafo único do mesmo artigo, que se estará sujeito à disciplina do direito de empresa.

Destaca-se, porém, que o simples exercício de atividade econômica não caracteriza a situação de empresário. Nos termos do art. 966 do CC, é preciso que a atividade seja exercida profissionalmente, isto é, com habitualidade, como um verdadeiro *mister*, ficando excluídos do conceito de empresário aqueles que exercem atividade econômica de modo eventual, amador, por puro diletantismo.

¹⁵ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

¹⁶ ITÁLIA. *Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acessado em 18 mai. 2015.

Logicamente que, destinado a fazer do exercício de uma atividade econômica a sua profissão, o empresário sempre almejará o lucro. Assim, nos dizeres de Ascarelli¹⁷, a finalidade lucrativa decorre do caráter profissional com que é exercida a atividade econômica.

Além do caráter profissional, a lei exige organização para a caracterização da situação de empresário. Portanto, o exercício profissional de uma atividade econômica sugere planejamento e estrutura, de modo que o empresário deve organizar os fatores da produção (terra, capital e trabalho) para o exercício de seu *mister* de forma permanente.

Destacando o papel da organização na caracterização do empresário, Borba conclui que:

(...) a condição básica para a caracterização do empresário repousa na organização. É a organização que distingue o empresário do profissional autônomo. O autônomo opera pessoalmente, ou, quando muito, com a colaboração de familiares ou de poucos auxiliares subalternos. O empresário apóia-se em uma organização, que poderá ser de pequena monta ou de grande expressão, mas que, em qualquer dos casos, compreenderá a articulação do trabalho alheio e de meios materiais.¹⁸

No mesmo sentido, Ascarelli, ao estudar a teoria da empresa no Código Civil italiano, afirmou que: “*precisamente para distinguir la actividad económica del empresario de la del trabajador autónomo, se debe recurrir necesariamente a requisito de la organización.*”¹⁹

Nesse esteio, conclui-se que a imputação da situação de empresário depende da presença do requisito profissionalidade, combinado com a organização da atividade econômica, atividade esta dirigida para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Não se pode deixar de notar, por outro lado, que o Código Civil, ao disciplinar o conceito de empresário, empregou a disciplina jurídica do Direito Empresarial com esboço na pessoa física.

¹⁷ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 189.

¹⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 15.

¹⁹ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 164.

Gonçalves Neto, em comentários ao artigo 966 do Código Civil, assevera que:

Do conjunto das disposições do Código Civil verifica-se, ainda, que o empresário definido no seu art. 966, é a pessoa natural que faz do exercício da atividade econômica sua profissão. Realmente, as previsões do Título I, do direito de empresa, dirigem-se ao empresário individual ou singular. Ao empresário coletivo, melhor dizendo, à sociedade empresária, estão reservadas as regras contidas no Título II (arts. 981 e ss.).²⁰

Realmente, a leitura dos artigos compreendidos no Título I do Código Civil, denominado “Do Direito de Empresa”, indica que o conceito de empresário e várias outras disposições ali constantes foram elaboradas a partir da figura da pessoa física.

Contudo, a nosso aviso, isso não significa que as disposições gerais em comento somente se apliquem ao empresário individual. O certo é que essa pessoa, denominada empresário pelo artigo 966 do CC em virtude do exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, pode ser tanto a pessoa física, como a jurídica.

Vejam, por exemplo, que no Título I estão disposições relativas ao registro e à capacidade para ser empresário, questões comuns tanto ao empresário individual, quanto à sociedade empresária.

Sendo assim, neste particular, nos distanciamos do professor Gonçalves Neto e nos filiamos às lições de Coelho que, ao conceituar o empresário, assevera que:

Empresário é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou de serviços. Essa pessoa pode ser tanto a *física*, que emprega o seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a *jurídica*, nascida da união de esforços de seus integrantes. O direito positivo brasileiro, em diversas passagens, ainda organiza a disciplina normativa da atividade empresarial, a partir da figura da pessoa física. O Código Civil e a lei de falência são exemplos. O certo, no entanto, é que as atividades econômicas de alguma relevância – mesmo as de pequeno porte – são desenvolvidas em sua maioria por pessoas

²⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 1ª ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

jurídicas, por sociedades empresárias. O mais adequado, por evidente, seria o ajuste entre o texto legal e a realidade que se pretende regular, de modo que a disciplina geral da empresa (isto é, do exercício da atividade empresarial) fosse a relativa ao empresário pessoa jurídica, reservando-se algumas poucas disposições especiais ao empresário pessoa física.²¹

Por considerar a pessoa física o núcleo conceitual das normas gerais sobre o Direito Empresarial, as disposições do Código Civil têm provocado, em leitores desatentos, confusão em relação ao empresário pessoa jurídica, isto é, a sociedade empresária, com os seus sócios.

Popularmente, a pessoa jurídica é denominada empresa e os seus sócios são denominados empresários. Porém, tecnicamente, diante da análise do próprio conceito constante do artigo 966 do CC, empresa é a atividade e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresária, mas a própria sociedade.

Em relação aos termos “empresário” e “sociedade empresária” e a confusão que pode advir de uma análise interpretativa das disposições do artigo 966 do CC apenas com espeque na pessoa física, o professor Coelho arremata:

A empresa pode ser explorada por uma pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, o exercente da atividade econômica se chama empresário individual; no segundo, sociedade empresária. Como é a pessoa jurídica que explora a atividade empresarial, não é correto chamar de “empresário” o sócio da sociedade empresária.²²

Ao fazer referência ao termo empresa, o Código Civil o fez, em sua maioria, com base em seu perfil funcional, tal como definido por Asquini²³, significando atividade. O empresário, por sua vez, é o exercente da atividade, tanto faz se pessoa física ou jurídica. Consequentemente, a sociedade empresária, assim como empresário individual, serão os titulares da empresa.

²¹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 78.

²² COELHO, Fábio Ulhôa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

²³ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 35, n. 104. p. 109-26. out./dez. 1996.

O doutrinador traçou com base no próprio texto do Código Civil Italiano o que denominou os quatro perfis da empresa, a saber: (i) subjetivo – sujeito que exerce a atividade organizada, que é o empresário; (ii) objetivo – conjunto de bens que compõe a organização, que é o estabelecimento comercial; (iii) funcional – atividade organizada, que é a empresa e; (iv) corporativo – organização hierarquizada de pessoal dentro de uma empresa.

Esclarecida a situação jurídica do empresário, nos dedicaremos ao estudo do empresário pessoa jurídica, isto é, da sociedade empresária. A delimitação metodológica em tela se faz necessária em virtude da relevância do exercício coletivo da atividade econômica para o desenvolvimento de atividades de vulto e importância para o mercado, bem como em virtude de nosso objetivo, que é a análise da apuração de haveres, no âmbito das sociedades simples e empresárias.

3.2 A sociedade enquanto gênero

Nos dizeres de Borba, a sociedade é “uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade comercial e fim lucrativo”.²⁴

Continua o ilustre professor afirmando que:

No âmbito da teoria geral, a sociedade empresária e a sociedade simples não se distinguem. A teoria geral é uma só, tendo-se um conceito unificado. A identificação da sociedade como empresária ou simples não é uma questão conceitual; é uma questão de classificação da sociedade quanto à dinâmica (organizada ou não) da atividade desenvolvida.²⁵

Seguindo o critério metodológico exposto acima, no presente trabalho, as sociedades serão abordadas e classificadas enquanto gênero e espécie. O gênero corresponde à essência e natureza das sociedades, enquanto a espécie designará a responsabilidade dos seus sócios.

O gênero sociedade se subdividirá, assim, em sociedade simples e empresária, cada uma com seu regime jurídico próprio. As espécies ou tipos societários estão previstos nos artigos 997 a 1.096 do CC.

Cumprido esclarecer que os tipos societários, conforme dispõe o art. 983 do Código Civil, podem pertencer tanto ao gênero sociedade empresária como ao gênero sociedade simples. As exceções ficam a cargo das cooperativas,

²⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

²⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

que nunca serão empresárias, por exclusão constante do próprio artigo 983, da sociedade anônima, sempre empresária, por força do §1º do artigo 2º da Lei nº 6.404/1976 e da sociedade em comandita por ações, que se rege pelas normas relativas às sociedades anônimas, nos termos do art. 280 da Lei das Sociedades Anônimas (LSA).

Importante destacar, também, que a sociedade simples pode se organizar sob a forma genérica, isto é, sem adotar um dos tipos societários previstos em lei. Neste caso, será regida pelas normas gerais, previstas nos artigos 997 a 1.038 do Código Civil.

A sociedade empresária, de outro lado, tem que se adequar a um dos tipos previstos nos artigos 1.039 a 1.092 do CC, não sendo admitido, portanto, a constituição regular de sociedade empresária genérica.

Feitas tais considerações, analisando o conceito de sociedade transcrito no início deste tópico, percebemos que a definição utilizada pelo professor José Edwaldo Tavares Borba, de natureza analítica, congrega todos os elementos que caracterizam a sociedade.

A sociedade, conforme dispõe o artigo 44, II do CC, é pessoa jurídica, titular de direitos e capaz de contrair obrigações, diferenciando-se, pois, da figura de seus sócios. O patrimônio próprio, aliás, ressalta a autonomia da sociedade em relação aos sócios. Os bens integralizados para a formação do capital social não se confundem, em hipótese alguma, como o patrimônio dos sócios.

A atividade comercial destacada no conceito em estudo é marca distintiva da sociedade, tratada no Código Civil (art. 966) como atividade, voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços. O fim lucrativo, por sua vez, decorre do caráter profissional em que é exercida a atividade.

3.2.1 O ato constitutivo da sociedade

Dispõe o artigo 983 do CC que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”²⁶

Desta feita, a constituição da sociedade se dará através do contrato, que poderá ser celebrado por instrumento público ou particular e retratará a vontade de todos os sócios, disciplinando as condições básicas em que se regerá a sociedade, tais como nome, sede, capital social, objeto social, forma de administração, prazo de duração e forma de liquidação.

O ato constitutivo, por força do artigo 1.150 do CC, deverá ser arquivado, conforme o caso, no Registro Público de Empresas Mercantis ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Para que o requerimento de registro retroaja seus efeitos à data do ato de constituição, deverá ser feito no prazo máximo de 30 dias, contados da lavratura dos atos respectivos (§§1º e 2º do art. 1.151 do CC).

A inscrição no registro competente, segundo dispõe o artigo 45 do CC é que define o início da “existência legal das pessoas jurídicas”. No mesmo sentido, a lei civil, em seu artigo 985, dispõe que: “a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (artigos 45 e 1.150)”.²⁷

Nota-se que a inscrição, para que confira personalidade jurídica à sociedade, deve ocorrer no registro próprio. Assim, uma sociedade empresária que submete seus atos constitutivos a registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não adquirirá a personalidade jurídica.

A inobservância do registro e ou a irregularidade deste, além de implicar na ausência de personalidade jurídica da sociedade sujeita os seus sócios a responderem pessoalmente pelos atos praticados, incidindo, na espécie, as

²⁶ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

²⁷ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

regras relativas à sociedade em comum, previstas nos artigos 986 a 990 do CC.

Tratando-se de um negócio jurídico, o ato constitutivo deve obedecer ao disposto no art. 104 do CC, só podendo ser celebrado por agente capaz²⁸, conter objeto lícito, determinado ou determinável e preencher forma prescrita ou não defesa em lei.

Também orientam o contrato de sociedade os princípios da função social e boa-fé objetiva, previstos nos artigos 421 e 422 do CC, devendo a constituição estar em perfeita compatibilidade com a ordem jurídica, harmonizando-se, como forma de cumprimento à função social, com as boas práticas orientadoras do mercado e da atividade a ser desenvolvida.

Na maioria dos casos, os sócios serão em número de dois ou mais, caso em que o ato constitutivo ostenta a natureza contratual. Nas hipóteses especiais de sociedades constituídas com um único sócio, como, por exemplo, no caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), entendemos, como dispõe Borba, que “ter-se-á como ato constitutivo, uma declaração unilateral de vontade”²⁹ e não um contrato.

3.2.2 O contrato plurilateral

Muito se discutiu na doutrina sobre a natureza jurídica do contrato de sociedade, entendendo alguns que não se teria aí um contrato propriamente dito, mas, por exemplo, um ato coletivo (Kuntze), corporativo (Gierke) ou de instituição (Hauriou).

Segundo os filiados às teorias não-contratualistas, as vontades orientadas para o exercício coletivo da atividade econômica se somariam, sem, contudo, se contraporem. A vontade das partes, assim, representaria sempre interesses idênticos, formando uma unidade. O ato corporativo seria a soma

²⁸ A capacidade para o exercício da atividade empresarial deve ser interpretada à luz dos artigos 972 a 980 do CC, estendendo-se a todos aqueles que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos, mas, também, aos incapazes, devidamente representados ou assistidos, nos termos da lei.

²⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 29.

das vontades individuais e a sociedade existiria sem que houvessem interesses antagônicos entre os sócios.

Possivelmente, a dificuldade que esses estudiosos encontraram em classificar a sociedade enquanto contrato decorreu de uma visão desse instituto apenas como negócio jurídico fechado, com prestações correspectivas e antagônicas entre os seus titulares. São os chamados contratos bilaterais, como a compra e venda, a permuta ou o mandato, em que as partes encontram-se em situação opostas, divididas em dois polos, com obrigações e direitos distintos.

A natureza fechada dos contratos bilaterais autoriza, por exemplo, que uma parte não seja obrigada a cumprir sua prestação antes do adimplemento da prestação correspectiva, pela outra parte. Trata-se da teoria da exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 do CC. Tais disposições realmente não se aplicam ao contrato de sociedade.

No entanto, tal fato não impediu que a doutrina dominante e, também, o próprio Código Civil (art. 983), classificasse o ato constitutivo da sociedade como contrato. O contrato de sociedade deve ser visto, contudo, como um contrato aberto, associativo ou plurilateral.

As características do contrato plurilateral foram listadas por Ascarelli³⁰ em obra célebre denominada "*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*".

Dentre as inúmeras características enumeradas pelo renomado autor, podemos citar como mais relevantes: (i) a possibilidade de participação de mais de duas partes; (ii) o fato de todas as partes serem titulares de direitos e obrigações concomitantes; (iii) a finalidade comum; (iv) a função instrumental; (v) os efeitos dos vícios de consentimento no momento da adesão e; (vi) as relações internas e externas.

Reconhecer a natureza contratual da sociedade, o que podemos observar com certa homogeneidade na doutrina, legislação e jurisprudência, implica em reconhecer a aplicação ao contrato em questão dos princípios e regras gerais constantes do Código Civil.

³⁰ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 266.

Como dispõe Ascarelli ao longo de sua obra, é com base, por exemplo, na teoria geral dos contratos que se apresentarão as soluções para os problemas advindos dos vícios do consentimento, capacidade para a celebração e conclusão do contrato de sociedade. É, ainda, em virtude da proteção da confiança que, em regra, se exige o consentimento unânime das partes para a modificação do originalmente estabelecido no contrato social.

A aplicação da teoria geral aos contratos plurilaterais deve levar em conta algumas peculiaridades, que foram bem observadas por Ascarelli quando estudou o contrato de sociedade, no seu entender, o principal contrato plurilateral existente, apesar de não ser o único³¹.

Dentre as características principais está a possibilidade de participação de mais de duas partes. A palavra “partes”, neste caso, não está empregada com o significado de pessoas. É evidente que todo contrato pode ser celebrado por duas ou mais pessoas.

Nos contratos bilaterais, independente do número de pessoas, estas estarão sempre agrupadas em duas *partes* (v. g. compradores e vendedores, doadores e donatários, locadores e locatários). Já no contrato de sociedade, ao contrário, há verdadeira pluralidade de partes. Os vários sócios que se reúnem com o objetivo de constituírem a sociedade representam, cada um, uma parte, não havendo possibilidade de agrupá-los em dois grupos, em duas partes.

Discorrendo sobre a característica em comento, ao filiar-se à teoria do contrato plurilateral, Verçosa aduz que:

(...) existem outros contratos, designados como associativos, abertos ou plurilaterais, os quais, a partir de um número mínimo de duas, podem, em tese, apresentar um número ilimitado de partes. São chamados contratos associativos, porque se formam a partir de uma vontade específica da qual as partes são imbuídas em sua celebração, conhecida pela expressão *affectio societatis*, que as leva a uma colaboração destinada a um fim comum, mediante a conferência de bens (em dinheiro e/ou em espécie) e de esforços (serviços, de uma maneira geral). Este escopo comum é, justamente, a causa do contrato plurilateral.

(...)

³¹ Para Tullio Ascarelli há uma distinção que permite subdividir o gênero contratos, criando-se a subespécie dos chamados contratos plurilaterais. Nesta categoria é possível identificar outras subcategorias, dentre as quais a do contrato de sociedade é a de maior importância, mas não a única. Cita-se, como outro exemplo de contrato plurilateral, o ato de instituição das associações.

Recebem o nome de *contratos abertos* ou *plurilaterais* porque o aumento e a diminuição do número de partes dependem apenas da vontade destas, respeitado o mínimo de duas.³²

Note-se que, nos contratos plurilaterais, ao contrário do que acontece nos contratos bilaterais (em que as partes encontram-se em posição opostas e por isso divididas em apenas duas partes), as partes colocam-se uma ao lado das outras, na medida em que dirigem as suas prestações convergentemente para atingir um fim comum, que é a constituição da sociedade e a exploração econômica dos seus resultados.

Lado outro, isso não significa que os interesses das partes são sempre convergentes. Como bem definiu Ascarelli, no momento de constituição da sociedade, as inúmeras partes estão imbuídas por interesses antagônicos, como, por exemplo, no que se refere à avaliação dos bens integralizados para formação do capital social e à proporção de participação nos lucros.

Essa divergência de interesses das partes (que também possuem o interesse comum de constituição da sociedade) é que define, nos dizeres de Ascarelli, a natureza contratual do ato de instituição da sociedade. Pela nítida presença de interesses conflitantes entre os sócios é que não se pode concordar, também, com as teorias anti-contratualistas.

Outra característica do contrato plurilateral é que, sempre, todas as partes terão direitos e obrigações. Aos sócios, atribui-se o dever de integralização do capital social. À sociedade, o dever de distribuir os dividendos. Ambos têm o direito de receber a sua contraprestação, que, para os primeiros, são os dividendos e, para a última, os bens ou valores que integrarão o seu patrimônio.

Enquanto isso, nos contratos bilaterais, poderá haver uma situação em que apenas uma das partes possui direitos ou obrigações, como ocorre, por exemplo, na doação sem encargo. Nos contratos plurilaterais não existe esta opção. Essa conclusão é perfeitamente clara quando se observa a regra disposta no art. 1.008 do CC, que veda a constituição da chamada sociedade leonina, em que um dos sócios participa apenas dos lucros ou das perdas.

³² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. 2, p. 49.

Há que se ressaltar que os direitos e obrigações das partes, nos contratos plurilaterais, se considerados isoladamente, ao contrário do que ocorre nos demais contratos, não se apresentam em situação de equivalência.

De fato, na formação de uma sociedade, um sócio contribui com bens, avaliados na medida de sua proporção no capital social, outros com dinheiro, outros com serviços. São prestações distintas que, em muitos casos, não guardam equilíbrio entre si. Contudo, os direitos e obrigações das partes no contrato plurilateral serão considerados equivalentes quando observado o conjunto, isto é, os direitos e obrigações de cada parte para com todos os demais.

A pluralidade relativa ao contrato de sociedade leva, ainda, ao reconhecimento de outra importante característica, que é a finalidade comum. Os interesses individuais e contrastantes de cada sócio são convergidos para a exploração de um escopo comum, que é a sociedade.

Nos contratos bilaterais o fim ou escopo comum se confunde com a função econômica típica de cada um deles. Em uma compra e venda, por exemplo, o vendedor quer o preço e o comprador a coisa. O fim comum a ser alcançado é a transferência da propriedade, mediante o pagamento do preço.

Já nos contratos plurilaterais, o fim comum está relacionado ao exercício, nos dizeres de Ascarelli, daquela “atividade ulterior, a que o contrato plurilateral é destinado”³³, como ocorre, por exemplo, na constituição de uma sociedade para compra, venda e administração de imóveis.

O escopo comum, como característica dos contratos plurilaterais, é o fundamento da tese tradicional, que exige *affectio societatis* para a exploração conjunta da atividade econômica. Segundo Ascarelli:

Essa tese costuma ser criticada (cf. *Salvadori, Rivista di Diritto Civile, 1911*), observando que ela imagina quase que uma duplicação do consentimento das partes. Essa tese é, no entanto, exata, quando põe em evidência o objetivo comum e a necessidade de que o consentimento das partes vise à consecução desse objetivo comum.³⁴

³³ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 395.

³⁴ ASCARELLI, Túlio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 395.

A finalidade comum dos contratos plurilaterais coloca em evidência, ainda, outra de suas características: a função instrumental.

Justamente em virtude de almejam a realização continuada de um fim comum, o cumprimento das obrigações dos sócios (como a de integralização do capital social) não põe fim ao contrato de sociedade. O contrato perdura para a execução do objeto social, exercendo, pois, a sua função instrumental, ao contrário dos demais contratos, que se extinguem no momento em que as partes cumprem as suas obrigações.

Tendo em vista a sua função instrumental, as hipóteses de nulidade ou anulabilidade do contrato plurilateral se apresentam distintas dos contratos bilaterais.

Nos contratos bilaterais, os vícios de adesão de uma das partes (vícios do consentimento, simulação, fraude contra credores) implicam a nulidade de todo o ajuste. Um contrato de compra e venda em que, por exemplo, o comprador manifesta a sua vontade por erro, é integralmente anulável. Já nos contratos plurilaterais, haja vista a sua função instrumental, os vícios de adesão impõem a nulidade ou anulabilidade apenas da adesão de cada parte, permitindo a continuidade do contrato em relação às demais, desde que ainda seja possível a continuidade do objeto social.

Por último, como característica relevante do contrato plurilateral, podemos citar a ocorrência de relações externas e internas. Nos contratos bilaterais, também chamados contratos de escambo, as relações entre as partes ocorrem, exclusivamente, no âmbito interno. Significa que, uma vez cumprido o avençado, o contrato se extingue, considerando-se atingido o fim almejado pelas partes.

No contrato plurilateral, contudo, as relações internas, ajustadas entre os sócios e a sociedade, configuram um *iter* para a realização do objeto social, que se desenvolve nas relações externas, travadas com terceiros.

Assim, formalizada a adesão dos sócios e cumpridas as suas obrigações de integralização do capital social, o contrato não se extingue, permanecendo o fim comum de exploração do objeto social, que se desenvolve nas relações externas com terceiros, gerando para os sócios o direito à percepção dos lucros.

4 SOCIEDADES SIMPLES E EMPRESÁRIAS

Como estudado no capítulo anterior, no Código Civil brasileiro, o gênero sociedade, que representa o exercício coletivo de determinada atividade econômica, se subdivide em sociedade simples e sociedade empresária.

Nesse esteio, o artigo 982 do CC dispõe que será considerada empresária a sociedade que exerce atividade típica de empresário sujeito a registro e, simples, as demais.

Por sua vez, o artigo 966 do CC considera empresário aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Na fase objetiva, em virtude da adoção do sistema objetivo dos atos de comércio, somente se considerava empresário aquele que praticasse atos de mercancia, assim definidos em lei. Atualmente, a regra é o inverso: todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada, voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços é considerado empresário e está submetido ao direito de empresa, salvo se a lei o excluir.

Em seu parágrafo único, o artigo 966 do CC excepciona as atividades intelectuais, cujo objeto seja a prestação de serviços de natureza artística, científica ou literária. Estas atividades, ainda que exercidas com certo nível de organização e profissionalismo, com o concurso de colaboradores, não serão empresárias, salvo se o seu exercício constituir elemento de empresa.

Assim, embora seja consenso na doutrina a adoção pelo legislador de 2002 da chamada teoria subjetiva moderna, que define o conceito de empresário e a competência do Direito Empresarial em virtude do exercício da empresa, a nosso ver, o Código Civil adotou o que se pode denominar teoria objetiva às avessas, pois continua a se valer de um conceito legal para, definindo as atividades que considera simples, considerar empresário todos os demais exercentes de atividade econômica.

Questão relevante e que guarda certa discussão na doutrina, é a definição dos conceitos trazidos pelo artigo 966 do CC, tais como o de organização da atividade econômica e, ainda, do chamado elemento de empresa.

Conforme veremos a seguir, a delimitação dos conceitos em questão nos levará à distinção entre os gêneros sociedades simples e empresária, nos permitindo concluir, com base nas características de cada gênero e nos institutos que lhe são próprios, pela necessidade de manutenção da dicotomia constante do Código Civil.

4.1 A organização como característica da sociedade empresária

Como ensina o professor Borba:

O empresário e a sociedade empresária operam através da organização, posto que esta se sobrepõe ao labor pessoal dos sócios, que poderão atuar como dirigentes, mas que não serão, de forma predominante, os operadores diretos da atividade-fim exercida.³⁵

A empresa, enquanto atividade econômica organizada pelo empresário, demanda, naturalmente, um estabelecimento. Além do estabelecimento, a organização da atividade pressupõe a direção de bens materiais (capital) e pessoas (trabalho). Estes fatores, conjugados com o profissionalismo do empresário, é que fazem atuar a empresa.

O estabelecimento não é o fator característico da sociedade empresária e da condição de empresário. Sozinho, ele não é capaz de eleger o exercente de determinada atividade à condição de empresário. Veja-se, por exemplo, que o autônomo pode estabelecer-se, sem que tal fato o eleve à condição de empresário.

É necessária a atuação do titular da empresa, organizando profissionalmente pessoas e ou coisas, dirigindo a consecução do objeto social, de modo a elevar-se à condição de empresário.

Nesse sentido, continua o professor Borba:

O que separa o empresário e a sociedade empresária, de um lado, do trabalhador autônomo e da sociedade simples, de

³⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 17.

outro lado, é exatamente o requisito da organização, conforme consignado no art. 966 do Código Civil. Todo empresário deve possuir uma organização, que, segundo Ascarelli, terá uma valoração mais funcional que quantitativa, cuja marca será: *“la cooperación de colaboradores o el recurso a bienes concurrentes com el trabajo personal (de tal forma que la organización podrá referirse a personas o a medios materiales)...”*

Se os próprios sócios, ou principalmente os sócios, operam diretamente o objeto social, exercendo eles mesmos a produção de bens, ou a sua circulação ou a prestação de serviços, o que se tem é uma sociedade simples.

A empresa existe quando as pessoas coordenadas ou os bens materiais utilizados, no concernente à produção ou à prestação de serviços operados pela sociedade, suplantam a atuação pessoal dos sócios.

A coordenação, a direção e a supervisão são pertinentes ao empresário ou à sociedade empresária; o exercício direto do objeto social, vale dizer, a produção ou a circulação de bens e a prestação de serviços são operados pela organização.³⁶

A valoração do requisito organização, tal como proposta no texto em destaque, revela que a atividade, embora exercida de forma profissional pelo empresário, não o é de forma direta. O exercício direto do objeto social, isto é, a produção ou a circulação de bens ou serviços para o mercado não ocorre de forma pessoal pelo empresário. O objeto social é operado, sem qualquer traço personalíssimo, pelos colaboradores e bens materiais, organizados e dirigidos pelo empresário.

Por sua vez, Raquel Sztajn³⁷ entende, com fundamento nos ensinamentos do jurista italiano Buonocore, que a organização, embora fundamental para a definição da situação de empresário, tem papel relativo.

Sustenta a ilustre professora que a organização pode estar presente, inclusive, apenas internamente, considerando empresário, por exemplo, aquele que organiza o próprio trabalho, prestando serviços ou produzindo bens para o mercado sem o concurso de colaboradores. Afirma Sztajn que:

(...) a organização não se limita à aquela externa, mas inclui a auto-organização, que compreende a coordenação dos fatores de produção realizada mesmo pelo pequeno empresário, abrangendo aquele que organiza o próprio trabalho, que exerce a atividade empresarial sem recorrer ao trabalho e recursos de terceiros.

Buonocore afirma que a dificuldade de enquadrar a empresa no sistema jurídico está no fato de que, entre os seus

³⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 17.

³⁷ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

elementos constitutivos, a organização dos fatores da produção é o que mais se acentua e, sobre ela, essa organização, o jurista não tem domínio exclusivo, pelo que, do ponto de vista técnico-jurídico, esse elemento – organização – tem valor relativo, dada a necessidade de recorrer a outros ramos do conhecimento para entendê-lo.³⁸

Sobre o papel da organização na distinção entre empresários e trabalhadores autônomos, a professora paulista aduz que tal requisito, por si só, não é capaz de caracterizar a condição de empresário, mas, por outro lado, admite que a organização é “fundamental para que se apure se há ou não elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do Código Civil)³⁹”.

Assim, novamente com fundamento em Buonocore, Sztajn assevera que:

Voltando a atenção para a organização e para as profissões intelectuais, o jurista italiano explica que o intelectual pode exercer atividade econômica destinada à produção de serviços para o mercado e que, em geral, supõe-se que, para considerá-lo empresário será necessária uma plataforma organizacional muito ampla. Não se questiona sobre serem econômicas as atividades desenvolvidas por tais pessoas, intelectuais, cientistas, artistas, nem mesmo se acredita que o exercício da atividade dispense alguma organização. Até mesmo atividades esportivas, notadamente quando envolvem equipes ou times, demandam organização e cooperação entre participantes da produção e, sobretudo, que são exercidas com finalidade lucrativa.

(...)

Parte da doutrina italiana, com fundamento no art. 2.238 do *codice civile*, 2º *comma*, considera empresário o exercente de atividade intelectual, científica, artística, que para exercê-la, tenha empregados, forme uma equipe de pessoas para auxiliá-lo na produção de bens ou serviços para mercados. A noção subjacente não é tanto a organização, mas a oferta do produto em mercado de forma estável, continuada ou periódica, de forma profissional.⁴⁰

A ilustre professora conclui, ao final, que:

Há que determinar o que torna certas atividades comerciais para fins de aplicação de normas especiais e o que é residual para efeito de aplicação das normas de direito comum, todas, entretanto, ligadas à noção de empresa. Nada obstante o avanço pretendido pelos projetistas, é certo que o Código Civil de 2002 está longe de apresentar resposta satisfatória para o

³⁸ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

³⁹ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

⁴⁰ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98.

problema e, até mesmo, de propor caminhos que indiquem alternativas aceitáveis. Será tarefa da doutrina tentar suprir a lacuna legal apontando caminhos que permitam compreender as transformações sociais e econômicas, encontrando áreas em que será preciso rever as regras codificadas para evitar que atividades se vejam sujeitas à disciplina que atende aos atos apenas.⁴¹

Em que pese o fundamento das lições ministradas pela professora Raquel Sztajn, nos filiamos à corrente doutrinária capitaneada pelo jurista Tavares Borba.

Ante a ausência de delimitação pelo Código Civil das atividades consideradas empresárias, bem como da indefinição relativa ao conceito de organização, preferimos enxergar este último elemento como indicativo da situação de empresário quando a atuação pessoal é colocada em segundo plano pelos fatores da produção.

A organização, enquanto elemento caracterizador da situação de empresário, não se exterioriza por ter um caráter mais ou menos elaborado. Não é o nível quantitativo da organização que caracteriza a sociedade empresária. Também não é a organização vista somente como a utilização de colaboradores que caracteriza a sociedade empresária.

O elemento organização, para caracterização da situação de empresário, deve indicar um nível de direcionamento dos fatores da produção que suplante a pessoa dos sócios.

A sociedade passa a ser empresária quando o sócio pode se fazer substituir por seus empregados. Na sociedade simples, ao contrário, os colaboradores não substituem o sócios no exercício de sua atividade, pois tal ato é incompatível com o caráter personalíssimo de que se reveste a atividade intelectual.

Assim, quando o professor Tavares Borba classifica a atividade desenvolvida pela sociedade simples como não organizada, a nosso ver, significa que, neste tipo de sociedade, ainda que haja o concurso de colaboradores, a atividade predominante, componente do objeto social, é exercida pessoalmente pelos sócios, sendo relevante, pois, o seu caráter *intuitu personae*.

⁴¹ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.

No mesmo sentido, foi a orientação produzida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, durante o 1º Seminário de Estudos Sobre o Novo Código Civil, realizado em 2002, de onde se extrai o seguinte enunciado:

2 – A exceção, descrita no parágrafo único do art. 966, se refere àqueles que exercem as atividades mencionadas e administram diretamente o produto da criação, de forma a gerar lucro.⁴²

O mesmo raciocínio se aplica quando não se considera empresário o autônomo, que exerce pessoalmente determinada atividade econômica, ainda que com certo nível de organização, haja vista o caráter pessoal com que é exercida a atividade econômica.

Assim, por exemplo, o despachante de imóveis ou de veículos que administra a sua carteira de clientes com profissionalismo e organizadamente, estabelecendo-se em um escritório e, ainda que conte com serviços de assessoria, como uma secretária, não será considerado empresário.

Da mesma forma, uma sociedade constituída por despachantes, que resolvem administrar em conjunto uma carteira de clientes maior, ainda que de forma organizada e com o concurso de colaboradores, será uma sociedade simples enquanto o objeto preponderante for exercido, predominantemente, de forma pessoal pelos sócios.

A menos que a organização suplante a atividade pessoal dos sócios e esses passem a se fazer substituir por seus empregados, não haverá, no nosso entender, a caracterização da sociedade como empresária.

Portanto, organização não possui caráter relativo, mas seria o traço relevante na distinção entre os gêneros sociedade simples e empresária, pois implica na massificação e padronização da prestação dos serviços ou circulação de bens, fazendo desaparecer a personalidade, tornando empresário aquele que direciona os fatores da produção para tal desiderato.

Caberá, ainda, à pesquisa empírica do direito, importante função na identificação dos diferentes papéis e níveis da organização na caracterização da sociedade empresária.

⁴² MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *1º Seminário de Estudos Sobre o Novo Código Civil*. Enunciado publicado no *Jornal Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano CX, nº. 210, 5 de nov. 2002, p. 1.

4.2 A sociedade simples e a definição do elemento de empresa

Como já destacado anteriormente, o exercício de atividade intelectual, de caráter científico, literário ou artístico, não configura a situação de empresário.

Em comentários à disposição expressa no parágrafo único do artigo 966 do CC, Gonçalves Neto aduz que:

Não se enquadra no conceito de empresário, segundo o parágrafo único do art. 966, “quem exerce *profissão intelectual*, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores.

É importante esclarecer, desde já, que essa previsão, por excepcionar o *caput* do art. 966, supõe, evidentemente, o exercício de atividade dessa natureza sob forma organizada e em caráter profissional, pois se assim não o fosse, não precisava existir ressalva alguma. Ou seja, se não se verificarem os pressupostos da atividade organizada e da atuação profissional do intelectual, não há como enquadrá-lo no art. 966, o que torna incogitável, por isso e por óbvio, subsumi-lo ao respectivo parágrafo: por excluído já estar, a disposição excludente não o apanha.

(...)

Em primeira conclusão, portanto, não é empresário quem exerce atividade intelectual por qualquer meio, organizadamente ou não, sob forma empresarial ou não, em caráter profissional ou não, qualquer que seja o volume, intensidade ou quantidade de sua produção. Foi o que concluiu, aliás, a Comissão de Direito de Empresa na III Jornada promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “o exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa” (Enunciado n. 193, III *Jornada de direito civil*, p. 61).⁴³

Assim, em regra, todas as sociedades que se dedicam, de forma profissional e com certo nível de organização, à criação intelectual serão sociedades simples. Nesse gênero, estão incluídos os chamados profissionais liberais, como médicos, engenheiros, advogados, dentistas, cientistas, escritores, pintores, músicos e artistas em geral.

Há certo consenso na doutrina em afirmar que o gênero sociedade simples é uma herança cultural, mantida pelo legislador de 2002, em virtude de

⁴³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 1ª Ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

uma tradição, que considera qualitativamente distintas as atividades intelectuais das atividades econômicas em geral.

Curiosa se torna a questão quando observamos que a sociedade simples, embora não seja empresária, está regulada entre elas, no livro II da Parte Especial do Código Civil, denominado “Do Direito de Empresa”. Mais curioso se torna o fato, ainda, quando observamos que as normas disciplinadoras da sociedade simples são supletivas e têm aplicação subsidiária para os outros tipos societários.

Analisando a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002, a doutrina atribui à influência do *Codice Civile* italiano de 1942 o fato de a sociedade simples se encontrar regulamentada, em nossa legislação, no livro destinado ao Direito de Empresa.

O código italiano não possui uma parte geral como o Código Civil brasileiro. Lá, portanto, todas as sociedades, incluindo a *società semplice*, encontram-se reguladas no livro quinto, denominado *Del Lavoro*.

O artigo 966 do CC apresenta um conceito de empresário idêntico ao constante no artigo 2.082 do *Codice Civile* italiano. Entretanto, o art. 2.082 do código italiano não faz qualquer ressalva ao exercício de atividade intelectual, como consta no parágrafo único do art. 996 do nosso Código Civil.

Dentro do livro quinto, o *Codice Civile* italiano preferiu regular a questão no Capítulo II (“Das Profissões Intelectuais”) do Título III (“Do Trabalho Autônomo”) por meio do artigo 2.238⁴⁴, que assim dispõe:

Artigo. 2.238 (...)

Se o exercício da profissão constituir elemento de uma atividade organizada em forma de empresa, aplicar-se-ão também as disposições do Título II (artigo 2.082 e seguintes)^{45 46}.

⁴⁴ Texto original: “Art. 2238. Rinvio

Se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa, si applicano anche le disposizioni del Titolo II (2082 e seguenti)...” (ITÁLIA. *Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acessado em 18 mai. 2015)

⁴⁵ Destacamos, entretanto, a sociedade de advogados que, em virtude de disposição legal especial (art. 15 a 17 da Lei 8.906/94), sempre será considerada sociedades simples, proibido o registro de seus atos constitutivos nas Juntas Comerciais.

⁴⁶ CAMPOBASSO, G. F. *Diritto commerciale 1 – diritto dell'impresa*. 4 edizione. Torino: UTET, 2003, p. 43-44.

Nota-se que a redação do dispositivo legal em comento não menciona a expressão elemento de empresa, configurando-se mais clara do que a aquela constante no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil brasileiro. No sistema italiano, a sociedade simples se tornará empresária quando a sua atividade constituir “elemento de uma atividade organizada em forma de empresa”.⁴⁷

A legislação italiana, na qual se inspirou o Código Civil de 2002, se revela, portanto, importante norteadora na classificação do que se considera elemento de empresa.

Comentando as definições do código italiano a respeito do tema, Campobasso destaca que:

O desenvolvimento de atividade econômica (...) nem sempre determina a aquisição da qualidade de empresário. Existem, na realidade, atividades produtivas para as quais a empresarialidade é, em princípio, excluída pelo legislador. Esse é o caso das profissões intelectuais. Os profissionais liberais (advogados, engenheiros, etc.) não são considerados empresários. Esse fato decorre do art. 2238, parágrafo 1º, do Código Civil, que estabelece que as disposições relacionadas com a empresa se aplicam aos profissionais intelectuais, somente se o exercício da profissão constitui o elemento de uma atividade organizada em forma de empresa.⁴⁸

Sobre a relevância do elemento de empresa para a caracterização da situação de empresário, destacando o momento em que a sociedade simples se torna uma sociedade empresária. Campobasso continua sua explicação, com exemplos ilustrativos:

Os profissionais liberais – e isso vale também para os artistas e os inventores – se tornam empresários apenas quando a profissão intelectual for desenvolvida no âmbito de outra atividade que, como tal, é qualificada empresarial. É o caso do

⁴⁷ ITÁLIA. *Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acessado em 18 mai. 2015.

⁴⁸ Texto original: “*Lo svolgimento di attività rispondente ai requisiti fin qui esposti non sempre determina l’acquisto della qualità di imprenditore. Esistono infatti attività produttive per le quali la qualifica imprenditoriale è esclusa in via di principio dal legislatore. È questo il caso delle professioni intellettuali. I liberi professionisti (avvocati, ingegneri, notai, ecc.) non sono mai in quanto tali imprenditori. Tanto si desume dall’art. 2238, 1º comma, cod. civ., il quale stabilisce che le disposizioni in tema di impresa si applicano alle professioni intellettuali solo se l’‘esercizio della professione costituisce elemento di una attività organizzata in forma di impresa’*” (CAMPOBASSO, G. F. *Diritto commerciale 1 – diritto dell’impresa*. 4 edizione. Torino: UTET, 2003, p. 43-44).

médico que gerencia uma clínica privada em que trabalha; do professor dono de uma escola particular na qual ensina; do artista dono de um teatro no qual representa; do inventor que desfruta comercialmente da própria invenção; do cantor que organiza os próprios shows. Em todos esses casos, existem duas atividades distintas – intelectual e empresarial – e encontraremos, por isso, aplicação no mesmo objeto seja a disciplina específica da profissão intelectual (por exemplo, necessidade de inscrição em órgãos profissionais), seja a disciplina da empresa.

O profissional intelectual ou o artista que se limita a desenvolver a própria atividade, por outro lado, não se torna empresário. Também não se torna empresário nos hipóteses em que opera valendo-se de meios estritamente necessários para o desenvolvimento das próprias energias intelectuais e não supere a necessidade da auto-organização do próprio trabalho. Também não se torna empresário nas hipóteses em que se valha de um vasto número de colaboradores (pense-se nos casos de alguns estudos realizados por advogados) e de um complexo aparato de meios materiais (pense-se nos enormes investimentos de capital par a abertura de um consultório de odontologia ou a abertura de um moderno centro de análises clínicas), dando assim vida a uma complexa organização de capital ou trabalho.

O fato de o profissional intelectual não se tornar empresário nesses casos decorre da interpretação do artigo. 2.238. O segundo parágrafo especifica que o profissional intelectual que empregue substitutos ou auxiliares, se aplicam as disposições das seções II, III e IV do capítulo I do título II do Código Civil. Significa dizer, somente as normas que disciplinam o trabalho na empresa, mas não o resto da disciplina empresarial.⁴⁹

Verifica-se, portanto, que a sociedade simples, cujo objeto é a prestação de serviços de caráter intelectual, deixará de se caracterizar como tal quando a

⁴⁹ Texto original: *“I liberi professionisti – e lo stesso vale per gli artisti e gli inventori – diventano imprenditori solo se ed in quanto la professione intellettuale è esplicata nell’ambito di altra attività di per sé qualificabile come impresa. È il caso del medico che gestisce una clinica privata nella quale opera; del professore titolare di una scuola privata nella quale insegna; dell’artista titolare di un teatro nel quale recita; dell’inventore che sfrutta commercialmente il proprio ritrovato; del cantante che organizza i propri concerti. In tutti questi casi si è in presenza di due distinte attività – intellettuale e di impresa – e troveranno perciò applicazione nei confronti dello stesso soggetto sia la disciplina specifica dettata per la professione intellettuale (ad esempio, necessità di iscrizione in albi professionali), sia la disciplina dell’impresa.*

Il professionista intellettuale o l’artista che si limita a svolgere la propria attività, per contro, non diventa mai imprenditore. E, si badi, non lo diventa non solo nell’ipotesi in cui operi avvalendosi di mezzi strettamente necessari all’esplicazione delle proprie energie intellettuali e non superi quindi la soglia dell’autoorganizzazione del proprio lavoro. Non lo diventa altresì nell’ipotesi in cui si avvalga di una vasta schiera di collaboratori (e si pensi alle dimensioni raggiunte da certi studi di avvocato o di notaio) e di un complesso apparato di mezzi materiali (si pensi agli ingenti investimenti di capitali richiesti da un moderno studio dentistico o da un moderno centro di analisi cliniche), dando così vita ad un’organizzazione complessa di capitale e/o lavoro.

*Che il professionista intellettuale non diventi imprenditore in entrambi i casi lo si desume dallo stesso art. 2238. Il secondo comma specifica infatti che al professionista intellettuale che impieghi sostituti o ausiliari ‘si applicano le disposizioni delle sezioni II, III e IV del capo I del titolo II’ del codice civile. Vale a dire, solo le norme che disciplinano il lavoro nell’impresa, ma non la restante disciplina dell’impresa.” (CAMPOBASSO, G. F. *Diritto commerciale 1 – diritto dell’impresa*. 4 edizione. Torino: UTET, 2003, p. 43-44).*

atividade desenvolvida pelos sócios se tornar apenas um componente de outra atividade econômica.

A interpretação do parágrafo único do artigo 966 do CC com base na doutrina italiana nos permite concluir que o elemento de empresa caracteriza justamente o fato de a atividade intelectual, necessária à caracterização da sociedade simples, ceder lugar e se tornar mero componente de outra atividade, de natureza estritamente empresária.

Os inúmeros exemplos citados no texto acima, que se repetem, de uma maneira geral na doutrina italiana e, também, brasileira, ilustram perfeitamente as hipóteses em que a atividade intelectual sede espaço e se torna verdadeiro fator da produção (trabalho), desaparecendo, quando se observa a atividade fim desenvolvida, o traço pessoal marcante da prestação de serviços de natureza intelectual.

Nesse particular, a organização, novamente, tem papel fundamental para se verificar, na prática, a configuração do elemento de empresa, fazendo desaparecer o caráter pessoal característico da sociedade simples.

Quando a sociedade simples se tornar organizada de tal forma que o exercício da atividade intelectual seja apenas uma etapa para a consecução de outra atividade fim, que possa ser exercida por colaboradores, sem qualquer cunho personalíssimo, a sociedade deixará de ser simples e se tornará empresária.

No momento em que os fatores da produção deixarem de ostentar um caráter instrumental em respeito à atividade pessoal, característica da sociedade simples, estará configurado o elemento de empresa, tornando a sociedade empresária.

4.3 Manutenção da dicotomia existente entre sociedades simples e empresária.

Definidos os conceitos de organização e elemento de empresa, principais elementos caracterizadores e, ao mesmo tempo, distintivos do gênero sociedade simples e empresária, é necessário precisar as diferenças

práticas entre os dois gêneros, o que nos auxiliará na conclusão, ou não, pela necessidade de manutenção da dicotomia disciplinada pelo Código Civil.

A primeira diferença prática entre os gêneros sociedade simples e empresária está no registro.

Para as sociedades simples, o legislador impõe a inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, regulado pela Lei nº. 6.015/1973. As sociedades empresárias deverão se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, compostos pelas Juntas Comerciais (uma para cada Estado) e cuja supervisão fica a cargo do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), conforme dispõe a Lei nº. 8.934/1994.

Ainda, conforme dispõe o artigo 1.150 do Código Civil, nos casos em que a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária (limitada, nome coletivo, comandita simples), o Registro Civil das Pessoas Jurídicas deverá observar as normas fixadas para o registro da sociedade empresária adotada, inclusive as que constam da Lei nº. 8.934/1994.

A diversidade de registros, como lembrado pelo professor Borba, remonta da época em que “existiam, para as sociedades, dois Códigos e dois estatutos jurídicos inteiramente díspares”.⁵⁰

Atualmente, com a convergência de regimes orientada pelo Código Civil de 2002, a diversidade de registros condiciona efeitos limitados, que se resumem ao maior ou menor nível de formalidade a que se submetem as sociedades simples e empresárias, como a obrigação de escrituração de livros e publicação de balanços anuais.

Assim, conclui com propriedade o professor Borba que a divisão de registro para as sociedades simples e empresárias “é de natureza técnica, e tem sentido funcional, de modo a tornar mais complexa a vida do empresário e mais simples a vida do não empresário.”⁵¹

Outra importante distinção prática entre os gêneros sociedade simples e empresária reside na matéria falimentar. Nos termos do art. 1º da Lei nº

⁵⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 24.

⁵¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 24.

11.101/2005⁵², os institutos da recuperação judicial, extrajudicial e da falência, somente se aplicam ao empresário e à sociedade empresária.

As sociedades simples, excluídas do regime da lei de recuperação judicial e falências, se sujeitam às normas sobre insolvência civil, cujo procedimento é disciplinado pelo Código de Processo Civil, nos artigos 748 e seguintes.

Há quem defenda que a distinção entre sociedades simples e empresária, mantida pelo legislador de 2002, não tem importância prática. Para estes autores, os regimes distintos para cada gênero societário possuem critério meramente formal, sendo herança de tradição. Sustentam que ambas as sociedades se destinam ao exercício profissional de atividade econômica e, sob este aspecto, não faz sentido a dicotomia adotada pelo Código Civil, que exclui do âmbito de incidência do Direito Empresarial atividades de grande importância, como as intelectuais.

Sobre o tema, o professor Leal, em dissertação de mestrado voltada para o estudo da caracterização da sociedade empresária, asseverou que:

A distinção dos regimes jurídicos societários possui ininteligível critério prático-científico, pois tanto a sociedade simples como a sociedade empresária se dedicam a uma atividade econômica e têm a finalidade comum de auferir lucro, embora possuam objetos e regimes distintos, por uma questão meramente formal.

Desse modo, a única explicação plausível para a existência da dicotomia da disciplina das sociedades é a existência de fatores históricos, diretamente ligados à origem da classe dos comerciantes.

(...)

A Teoria da Empresa, curiosamente, não elimina a dicotomia. Certo é que, ao superar o conceito de comerciante em prol de um mais amplo – o de empresário – agrupa de forma mais efetiva a atividade econômica em uma mesma esfera jurídica.

Entretanto, algumas atividades (intelectual, de natureza científica, literária ou artística) de relativa importância econômica ainda se encontram alijadas da disciplina do Direito Empresarial.⁵³

⁵² Lei. 11.101/2005. Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor (BRASIL. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2015. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 17 mai. 2015).

⁵³ LEAL, Thales Poubel Catta Preta. *A Caracterização da Sociedade Empresária*. 2004. 116f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 17-18.

Levando-se em consideração apenas os critérios formais, de diversidade de registros imposta pelo Código Civil, poderíamos concordar com a tese referida acima.

Entretanto, com o máximo respeito às opiniões em contrário, a unificação do gênero não se sustenta quando observada sob o aspecto prático relacionado à aplicação de determinados institutos, como a falência.

Como registrado pelo professor Frederico Simionato⁵⁴, a falência nasceu como instituto de direito comum, aplicando-se, durante o período da baixa Idade Média, a qualquer devedor, comerciante ou não. Após o desenvolvimento do comércio e do crédito, as legislações passaram a delimitar o instituto apenas aos comerciantes. Listando a evolução do tema nas diversas legislações, Simionato dispõe que:

(...) com o desenvolvimento do crédito e do comércio várias legislações entenderam limitar a falência somente aos comerciantes, principalmente na Itália, França e Portugal. Porém, outras nações não restringiram a falência somente aos comerciantes, sendo que a mesma era aplicada também ao devedor não-comerciante. Este sistema vigorava na Áustria, Dinamarca, Inglaterra e Noruega. No sistema franco-italiano estavam as Leis que conferiam à falência um caráter exclusivamente comercial, entre as quais estavam também: Grécia (Código de 1835 e Lei de 1878); Turquia; Holanda (Código de Comércio de 1838); Bélgica; Portugal (que deste 1597 limitara a falência somente aos comerciantes); Chile (Código de 1865, Lei de 1867 e 1879); Brasil (Código Comercial de 1850). Por sua vez, a Inglaterra figurava como o principal país que não diferenciava o alcance da falência, aplicando-a sobre qualquer devedor. Desde 1833, com a edição da Lei *Bankruptcy Act*, que na Inglaterra não há qualquer distinção.⁵⁵

Sobre a escolha e delimitação do instituto pelo legislador brasileiro, o ilustre professor continua, destacando, que:

Com a Lei 11.101/05, os capítulos da recuperação judicial da empresa em crise econômica e da falência clássica ficam direcionados única e exclusivamente ao devedor empresário. A Lei Falimentar andou bem mantendo a tradição clássica do direito falimentar e sua aplicação somente aos empresários,

⁵⁴ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42-43.

⁵⁵ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42-43.

deixando de lado pessoas físicas, mesmo que exerçam atividade econômica. Portanto, a nova Lei será aplicada somente às sociedades empresariais e ao empresário individual.⁵⁶

Verifica-se, portanto, que por opção legislativa, a falência e a recuperação judicial e extrajudicial somente se aplicam ao empresário e à sociedade empresária. Em nossa concepção, a opção em comento supera a simples tradição.

A orientação da lei de falências está voltada para a proteção do crédito e da unidade produtiva, permitindo-se, em muitos casos, o afastamento do empresário de suas atividades, em prol da recuperação da empresa.

Nesse sentido, listando os fundamentos do moderno direito falimentar, o professor Simionato, citando as lições de Fábio Konder Comparato, destaca a dissociação entre o que chamou de “a sorte da empresa e a do empresário”⁵⁷:

A dissociação entre a empresa e o empresário é o ponto fundamental do novo direito falimentar, porque é esta distinção que possibilitará o afastamento do dirigente da empresa sem, contudo, corresponder à cessação da atividade funcional da empresa. Assim, o conceito de empresa sobreleva o do empresário no que diz respeito às finalidades sociais e econômicas, sendo possível o seu afastamento imediato para a melhor aplicação do plano de reorganização. Com efeito, a referida dissociação possibilita que a empresa ainda viável economicamente seja administrada com maior eficiência, até porque o dirigente incompetente será privado de suas funções. O objetivo, diz Fábio Konder Comparato, desta distinção está em impedir que a péssima gestão do empresário cause a dissolução da empresa, separando-se assim a sanção pessoal punitiva do procedimento de execução coletivo e o completo afastamento da empresa do dirigente faltoso.⁵⁸

A organização da atividade pelo empresário, de modo a permitir-lhe, no exercício da atividade econômica, a substituição por seus empregados e demais fatores da produção, faz com que o instituto da falência e da recuperação judicial sejam completamente aplicáveis ao empresário e à sociedade empresária.

⁵⁶ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

⁵⁷ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43.

⁵⁸ SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32-33.

Por outro lado, o instituto da falência não se coaduna com as disposições e características da sociedade simples, sobretudo com o requisito da pessoalidade no exercício da atividade econômica.

Os traços personalíssimos daquele que exerce a atividade intelectual não podem se fazer substituir para superar eventual estado de crise da sociedade simples. Um médico, por exemplo, não pode ser afastado de seu *mister* e substituído por outro mais competente com o objetivo de se superar um estado de crise da sociedade simples por ele constituída.

Raquel Sztajn⁵⁹, analisando a questão sob a natureza econômica da atividade, defende a extinção da dicotomia entre os gêneros sociedade simples e empresária.

A ilustre professora adota uma posição intermediária, que se baseia na necessidade de superação da dicotomia existente no Código Civil de 2002, sem, contudo, aplicar as regras relativas à falência e recuperação de empresas às sociedades simples. Nos dizeres de Sztajn:

Por que a separação entre organizações empresárias e não empresárias, quando todas são destinadas ao exercício de atividades econômicas e partilha de resultados? Que benefício há em manter, e a repetição, conquanto enfadonha é necessária, a antiga distinção entre atividades comerciais e as civis? Mais simples seria excluir a aplicação de certas normas às empresas civis, como por exemplo, a falência, e unificar, acolhendo todas as atividades econômicas organizadas sob a égide da empresa. Com isso, a distinção entre sociedades (de fins econômicos) e associações (de finalidades não econômicas) ficaria mais nítida. Melhor do que impor à sociedade (pessoa jurídica) que vier a exercer a empresa a adoção de um dos tipos legais previstos no Código Civil.⁶⁰

Ora, *data maxima venia*, não podemos concordar com a sugestão apresentada pela ilustre professora. A importância da classificação dos gêneros sociedade simples e empresária é, justamente, ressaltar os institutos que lhe são próprios, permitindo que os gêneros possam ser distinguidos, na medida em que estes institutos são aplicáveis a um, mas não ao outro.

Não há como unificar os dois gêneros se não puderem ser aplicáveis, a ambos, todos os institutos previstos na legislação, tal como a falência. Não se

⁵⁹ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo: Atlas, 2010.

⁶⁰ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. São Paulo: Atlas, 2010, p. 124.

pode unificar o gênero sociedade e deixar de aplicar à sociedade simples o instituto da falência.

Neste esteio, entendemos que a dicotomia entre os gêneros sociedade simples e empresária existente no Código Civil de 2002 se justifica em virtude da distinção e aplicação dos institutos que lhe são próprios, não havendo justificativa para a unificação do gênero, apenas em função do exercício profissional de atividade econômica, voltada para o mercado.

5 RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO A UM SÓCIO

O antigo Código Comercial chamava de dissolução as causas ou hipóteses que, uma vez verificadas, marcariam o início da extinção da pessoa jurídica, regulando-as em seus artigos 335 e 336. Dissolvida a sociedade, por uma das hipóteses legais ou contratuais, proceder-se-ia à liquidação do passivo e à realização do ativo, culminando com a sua extinção.

Assim, a doutrina convencionou chamar dissolução, ou dissolução *lato sensu*, o processo composto por uma série de atos coordenados pelos quais deve passar a pessoa jurídica em vias de se extinguir. Compreende, pois, as causas legais ou contratuais de dissolução, a fase e o procedimento de liquidação e a extinção.

Por sua vez, denominou-se dissolução *stricto sensu* as etapas que compõe o processo de dissolução, individualmente analisadas, sejam elas as causas legais ou contratuais de dissolução, o estado ou o procedimento de liquidação ou, ainda, a extinção.

Abordando os significados em questão, em obra dedicada ao estudo das sociedades anônimas, Penteadó sintetiza com precisão:

(...) a palavra “dissolução” é também usualmente empregada em sentido lato, o que não merece reparos porque de geral aceitação, desde é claro, que não se perca de vista os significados técnicos precisados neste item. Nessa acepção, ampla, o termo é usado para designar as três etapas em que usualmente o fenômeno é decomposto, abrangendo: 1ª) as causas de dissolução; 2ª) o estado e o procedimento de liquidação; e 3ª) o seu encerramento, a saber, a extinção (art.

219, I). É pois, frequente encontrar-se na doutrina e em decisões jurisprudenciais menções a que a sociedade se encontra “em dissolução” (o que equivale, em termos estritos, a “em estado de liquidação”, ou, se já iniciado o procedimento respectivo, “em liquidação” – art. 212); ou, ainda, que a sociedade foi “dissolvida” (em sentido estrito: “extinta”).⁶¹

Assim, ainda sob a égide do Código Comercial de 1850, estudando a dissolução *stricto sensu*, especificamente as causas de dissolução, a doutrina e a jurisprudência construíram o conceito e a aplicação da chamada dissolução parcial, permitindo o rompimento do vínculo societário apenas em relação a um sócio, a bem da preservação da empresa, quando verificada uma das hipóteses legais ou contratuais de dissolução total da sociedade.

O Código Civil de 2002 admitiu expressamente a dissolução parcial da sociedade, preferindo se referir às causas de dissolução (dissolução *stricto sensu*) em seção denominada “Da Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio”, regulada pelos artigos 1.028 a 1.030, que compreende as seguintes hipóteses: (i) morte de sócio; (ii) exercício do direito de retirada; (iii) exclusão de sócio; (iv) falência de sócio e; (v) liquidação de quota a pedido de credor.⁶²

Conforme expresso no artigo 1.031 do CC, resolvida a sociedade em relação a um sócio o valor de sua quota será liquidado, com base na situação patrimonial da sociedade, apurada em balanço especialmente levantado.

O tema “apuração de haveres no âmbito da sociedade simples” será efetivamente enfrentado no capítulo seguinte, mas, para tanto, faz-se necessário identificar as hipóteses legais de resolução da sociedade em relação a um sócio.

A resolução da sociedade em relação a um sócio é perfeitamente natural quanto avaliamos o caráter plurilateral do contrato de sociedade, através do qual os interesses inicialmente divergentes dos sócios se convergem para um fim comum, que é a exploração conjunta de determinada atividade econômica. O contrato tem, pois, um caráter instrumental, que permite a continuidade da relação jurídica celebrada entre os sócios para a consecução do fim comum.

⁶¹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 18.

⁶² BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

Assim, verificada uma das causas legais ou contratuais de resolução da sociedade em relação um sócio, é plausível que as demais partes do contrato possam continuar a exercer a atividade fim almejada.

A primeira hipótese de resolução da sociedade em relação a um sócio, a morte, é regulamentada pelo art. 1.028 do CC, que assim dispõe:

Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:
I - se o contrato dispuser diferentemente;
II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;
III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.⁶³

Nota-se que o Código Civil estipulou uma regra geral, segundo a qual, na omissão do contrato ou na inexistência de acordo entre os sócios remanescentes e os herdeiros do sócio falecido, opera-se a liquidação das quotas deste último.

Isso porque, a sociedade simples, que exerce atividade intelectual por meio de seus próprios sócios, tem natureza personalista, isto é, o seu vínculo societário baseia-se numa relação de confiança e admiração recíproca, o que torna os atributos individuais de cada sócio essenciais para a formação do vínculo societário.

Assim, a regra estabelecida pelo art. 1.028 do CC é acertada, uma vez que não se pode presumir que haverá relação de confiança e de admiração recíproca entre os sócios remanescentes e os herdeiros do sócio falecido.

Nesse sentido concluiu Gonçalves Neto, destacando que a regra geral estabelecida pelo art. 1.028 do CC se aplica, inclusive, quando a sociedade é formada apenas por dois sócios:

A regra do *caput* do art. 1028 tem seu fundamento no caráter *intuitu personae* da sociedade simples. Não há como impor aos sócios supérstites a aceitação de novo sócio que não seja de seu agrado. Afina-se, de qualquer modo, com o art. 999 do Código Civil, que só admite alteração no quadro social mediante o consentimento unânime dos sócios.

⁶³ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

Se a sociedade é formada por dois sócios, ainda assim não há dissolução, porquanto ela continuará com um único sócio, contanto que não ultrapasse os 180 dias do falecimento para ser restabelecida a pluralidade (art. 1.033, IV) ou que converta o seu registro para o de empresário individual ou de empresa individual de responsabilidade limitada (art. 1.033, parágrafo único).⁶⁴

Não se pode olvidar, contudo, que o contrato social pode prever a possibilidade de continuidade da sociedade com os herdeiros ou sucessores do sócio falecido. Havendo disposição nesse sentido, é de se considerar que a anuência dos sócios remanescentes foi colhida antecipadamente e, em princípio, estes não poderão se opor ao ingresso dos herdeiros ou sucessores no momento oportuno.

Entretanto, para que ocorra tal participação é indispensável a aceitação dos herdeiros ou sucessores do sócio falecido, haja vista que, em obediência ao princípio da autonomia privada, a intenção do sócio falecido não vincula os seus herdeiros ou sucessores, que poderão pleitear, tão somente, a liquidação da respectiva quota.

Analisando a questão, Estrella aduz que:

O herdeiro não é constrangido a associar-se com pessoas que não são de sua livre escolha, assumindo, ademais, responsabilidades, por vezes ilimitadas (como seria o caso de vir a suceder sócio solidário). Os supérstites têm assegurada a continuidade do empreendimento societário, liquidando unicamente a parte social do associado falecido.⁶⁵

Lado outro, vislumbrando as hipóteses em que a quota será liquidada, é comumente inserida no contrato social, com base no art. 1.028, I do CC, cláusula que confere à sociedade ou aos sócios supérstites a faculdade de adquiri-las.

Quanto aos requisitos necessários para referida aquisição, quando realizada pela própria sociedade, embora não haja disposição expressa no Código Civil, entendemos que deva ser realizada com recursos próprios, constantes do fundo de reserva, sem diminuição do capital social, aplicando-se

⁶⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 1ª Ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁶⁵ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85.

ao caso, analogicamente, o disposto no art. 30, §1º, *b* da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404/1976)⁶⁶.

Por se tratar a sociedade simples de sociedade cujo exercício da atividade econômica tem uma característica *intuitu personae*, o contrato social poderá prever, também, que em caso de morte de qualquer sócio, ou de determinado sócio (cuja contribuição seja essencial para o exercício da atividade preponderante), a sociedade se dissolverá, com a liquidação total de seu patrimônio e a conseqüente extinção.

Tal interpretação decorre da combinação do art. 1.028, I, com o art. 1.035, do Código Civil. O mesmo caminho poderá ser escolhido pelos sócios remanescentes, ainda que não haja previsão contratual, como permite o inciso II do art. 1.028 do CC.

No que diz respeito ao exercício do direito de retirada, pode-se dizer que este decorre da lei ou do ajuste contratual.

A regra esculpida no art. 1.029 do CC possui um caráter complementar, quando dispõe que: “além dos casos previstos em lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado (...); se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”.⁶⁷

Em se tratando de sociedade que vigore por prazo indeterminado, independente da existência de hipóteses legais ou contratuais, o sócio poderá se retirar, a qualquer tempo, bastando que notifique os demais sócios, com antecedência mínima de 60 dias.

O direito de retirada, nesse caso, configura-se como um direito potestativo do sócio, que não precisa declinar os motivos que orientaram a sua intenção de romper o vínculo societário. Entretanto, como bem lembrado pela doutrina, ao contrato de sociedade, como aos demais contratos, aplicam-se as

⁶⁶ Art. 30. A companhia não poderá negociar com as próprias ações.

§1º. Nessa proibição não se compreendem:

(...)

b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social ou por doação. (BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 17 mai. 2015).

⁶⁷ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

cláusulas gerais constantes do Código Civil, especialmente aquelas que consagram a boa-fé e a função social (arts. 421 e 422 do CC).

Assim, nos dizeres de Penteado:

A exegese meramente literal (*do art. 1.029 acrescentamos*) cede, entretanto, à interpretação sistemática, pois no contexto do Código é indispensável ter presente suas cláusulas gerais, dentre as quais se destacam as que exigem que o pedido do sócio seja qualificado pela probidade e boa-fé (art.421), ou atenda a função social do contrato social (art. 421, onde nos parece que a expressão “liberdade de contratar” deve ser lida, também, como “liberdade de distratar”, tal como se colhe, por exemplo, do § único do art. 473). Caso não sejam observadas as cláusulas gerais, os demais sócios poderão contestar o pedido, ignorando-o como mera declaração receptícia unilateral.⁶⁸

Exercido o direito de retirada na hipótese elencada acima, os demais sócios poderão optar, nos trinta dias subsequentes ao recebimento da notificação, pela dissolução da sociedade, tal como dispõe o parágrafo único do art. 1.029 do CC.

Na sociedade por prazo determinado, inexistindo hipótese legal autorizativa e omissa o contrato social, o sócio só poderá se retirar antes do término de duração, provando, em juízo, justa causa.

A doutrina entende como justa causa para o exercício do direito de retirada qualquer fato determinado pelo comportamento dos outros sócios que implique quebra da *affectio societatis*, como, por exemplo, a prática de atos ilícitos e quaisquer outros motivos que importem em grave desentendimento na condução dos negócios sociais. Nos dizeres de Verçosa:

A exigência de justa causa, neste caso, está ligada ao fato de que existe um prazo já previsto para o encerramento da sociedade, estabelecido desde a constituição desta, que deve ser obedecido pelos sócios, a fim de que o objeto social possa ser atingido integralmente. A saída desmotivada do sócio poderia prejudicar a equação econômica sobre a qual foi fundada a sociedade, que prevê, além dos recursos que foram trazidos por ele, a perda de sua contribuição pessoal.⁶⁹

⁶⁸ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32.

⁶⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. 2, p. 362.

Há, ainda, outra hipótese em que a sociedade se resolverá em relação a um sócio e que poderá ocorrer de forma extrajudicial. Trata-se do exercício do direito de recesso, garantido ao sócio dissidente de deliberação contratual que implique alteração do contrato social. Nos termos do art. 1.077 do CC, o sócio dissidente tem o direito de se retirar da sociedade limitada no prazo decadencial de 30 (trinta) dias.

Assim, em se tratando de sociedade limitada, o direito de recesso poderá ser exercitado pelo sócio descontente em qualquer hipótese de alteração do contrato social e permitirá a dissolução parcial do vínculo societário, de forma extrajudicial, ainda que a sociedade vigore por prazo determinado.

O Código Civil é omissivo a respeito do conceito de sócio dissidente, mas, neste caso, deve-se considerar sócio dissidente quem votou contrariamente à matéria aprovada ou quem se ausentou do conclave ou omitiu o seu voto. Tal conceito encontra-se positivado no art. 137, §2º, da Lei nº 6.404/1976⁷⁰, o qual se aplica analogicamente às sociedades limitadas.

Da mesma forma, valendo-se de uma interpretação analógica do §3º do art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas, é facultado à sociedade convocar assembleia geral ou especial para reconsiderar a deliberação, se entender que o pagamento do preço do reembolso das quotas do sócio dissidente porá em risco a estabilidade financeira da empresa.

No artigo 1.030, parágrafo único, do Código Civil estão contidas, por sua vez, as três últimas hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio, quais sejam, a exclusão em virtude do cometimento de falta grave ou

⁷⁰ Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

I – (...)

§2º O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto nos incisos IV ou V do caput deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular das ações tenha se absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à assembléia.

§3º Nos 10 (dez) dias subsequentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do caput deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembléia-geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembléia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa. (BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 17 mai. 2015).

incapacidade superveniente, em virtude de falência ou a pedido de credor. Nos termos do mencionado dispositivo legal:

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 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 parágrafo único do art. 1.026.⁷¹

Sobre o tema, Gonçalves Neto leciona:

Na verdade, para que o sócio seja excluído da sociedade é preciso sempre que haja uma justa causa. A não ser assim, os sócios minoritários passariam a ser nada mais que joguetes nas mãos dos majoritários, aos quais seria dado alijá-los da sociedade quando lhes conviesse, notadamente quando as grandes oportunidades de negócios estivessem por vir. Vigoraria aí a lei do capitalismo selvagem: por que dividir com mais sócios o que pode ser repartido entre um número menor deles?

O Código Civil de 2002 deu novo vigor à antiga regra nunca antes revogada, reafirmando a necessidade de haver uma causa justificada para a exclusão de qualquer sócio nas sociedades contratuais. Essa justa causa, tanto pode decorrer de (i) previsão legal, como a falência ou a incapacidade superveniente do sócio, quando resultar (ii) de cláusula contratual, como a perda da habilitação profissional, (ii) do inadimplemento da obrigação de prestar a contribuição para a formação do patrimônio social, ou, ainda (iii) de comportamento do sócio que caracterize falta grave no cumprimento de suas obrigações.⁷²

Como ressalva o próprio artigo 1.030, a exclusão do sócio remisso, considerado aquele que deixou de prestar a sua contribuição (em bens ou em serviços) para a formação do capital e consecução do objeto social, é feita extrajudicialmente. Nos termos do art. 1.004, parágrafo único, do mesmo

⁷¹ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

⁷² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 1ª Ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, item 218.

Diploma Legal, a exclusão se torna efetiva com a só deliberação social tomada pela maioria⁷³ dos demais sócios.

Destaca-se que, na exclusão do sócio remisso não há apuração de haveres. Este recebe, tão somente, o valor que tiver repassado à sociedade, após as deduções legais e contratuais.

Em sentido contrário, comentando o artigo 1.004 do CC, Gonçalves Neto sustenta que:

O sócio excluído não perde seus direitos patrimoniais, mas, exclusivamente, os de natureza pessoal. Um vez excluído torna-se credor de haveres da sociedade, os quais devem ser apurados segundo a previsão do art. 1.031 – vale dizer, o valor de sua participação na sociedade (o valor de sua quota) é apurado com base na situação patrimonial da sociedade à data da deliberação da exclusão, mediante balanço especialmente levantado para esse fim. Se houver bens com valores defasados na escrituração da sociedade, eles devem ser avaliados pelo preço de mercado para possibilitar a elaboração desse balanço, porque, de outro modo, não estaria sendo considerada a situação patrimonial da sociedade, mas meramente a contábil. O mesmo deve ser dito em relação aos bens que não figuram em balanço, mas que possuem grandeza econômica, como os chamados intangíveis (marca, insígnia e demais direitos de propriedade imaterial).⁷⁴

Neste particular, contudo, não podemos concordar com o ilustre professor. Ao sócio remisso, ao contrário dos demais casos de exclusão, cabe somente a restituição simples dos valores que repassou à sociedade.

A interpretação em comento se faz com fundamento na própria lei. Sobre a forma de restituição do valor das quotas dos sócio remisso, o art. 1.058 do CC dispõe expressamente que:

Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.⁷⁵

⁷³ Ao nos referirmos à maioria, queremos dizer a maioria do capital social, tal como disposto no art. 1.010 do CC. O Código Civil brasileiro adotou a regra em comento, somente podendo se falar o contrário, isto é, em maioria de presentes, quando a lei expressamente autorizar.

⁷⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa. 1ª Ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, item 135.

⁷⁵ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em:

Coelho, com fundamento no artigo já citado, distingue o critério de restituição das entradas realizadas pelo sócio remisso do procedimento de apuração de haveres realizado nos demais casos de exclusão:

O sócio expulso da sociedade tem, em geral, direito ao reembolso de sua participação societária, cujo valor se calcula tomando-se por base o patrimônio líquido da sociedade, e o percentual da contribuição para o capital social. Quando se cuida, porém, de expulsão de sócio remisso, a repercussão econômica da desvinculação da sociedade é diversa, e não se fala em reembolso, mas, sim, em restituição das entradas realizadas, com o desconto do crédito da sociedade, originado na mora na integralização de seu capital (juros de mora, prestações estabelecidas no contrato mais despesas) (CC, art. 1.058).⁷⁶

Assim, embora o art. 1.058 esteja inserido no capítulo destinado à sociedade limitada, aplica-se perfeitamente às sociedades simples, disciplinando a forma de pagamento dos haveres do sócio remisso de maneira a garantir a máxima justiça. E não é por menos. Se o sócio remisso não contribuiu para a consecução do objeto social, deixando de integralizar a sua parte, não poderá se beneficiar do adimplemento realizado pelos demais sócios.

Também, como extrajudiciais, se apresentam as hipóteses de exclusão do sócio falido e daquele que teve sua quota liquidada para pagamento de credores. A autorização está expressa no parágrafo único do art. 1.030 do CC.

Destaca-se que, embora a sociedade simples não esteja sujeita à falência, a exclusão a esse título, disciplinada no parágrafo único do art. 1.030 do CC, diz respeito ao sócio, que poderá exercer atividade empresária.

Ao contrário do que uma leitura afoita do dispositivo em comento possa fazer crer, a exclusão do sócio em virtude de falência está em perfeita harmonia com a natureza da sociedade simples.

Suponhamos que o sócio de determinada sociedade simples seja, também, empresário. Decretada a sua falência, o administrador judicial, em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

obediência ao disposto no art. 108 da Lei nº 11.101/2005⁷⁷, procederá à arrecadação dos bens do falido, dentre eles as quotas da sociedade simples de que faz parte.

Ora, dado o caráter personalíssimo da atividade desenvolvida pela sociedade simples, não é razoável supor que essa possa ser sócia da massa falida. Também não é razoável supor que a massa falida pretenderá ser sócia de uma sociedade cuja contribuição pessoal do falido era essencial para a consecução do objeto social.

O melhor caminho, portanto, será a exclusão do sócio falido, com a liquidação de sua quota, apuração de seus haveres e revestimento do montante apurado em favor da massa falida.

Por último, a sociedade promoverá a exclusão do sócio, cujo credor tenha requerido a liquidação de sua quota. A liquidação de quota a pedido de credor encontra previsão no parágrafo único do artigo 1.026 do CC, que assim dispõe:

Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.⁷⁸

Assim como no caso de falência, a exclusão em virtude de pedido de liquidação de quota formulado pelo credor ocorre de pleno direito. Significa que o ato de exclusão não é uma prerrogativa da sociedade, mas deve ocorrer tão

⁷⁷ Art. 108. Ato contínuo à assinatura do termo de compromisso, o administrador judicial efetuará a arrecadação dos bens e documentos e a avaliação dos bens, separadamente ou em bloco, no local em que se encontrem, requerendo ao juiz, para esses fins, as medidas necessárias. (BRASIL. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2015. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 17 mai. 2015).

⁷⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

logo se tome ciência da decretação da falência ou do pedido de liquidação formulado pelo credor.

Depreende-se do texto legal a necessidade de o credor ajuizar, contra o sócio devedor, ação de execução. O credor deve demonstrar, ainda, o esgotamento das vias ordinárias de recebimento do crédito, através da expropriação de outros bens do devedor.

Note-se que, ante a inexistência de outros bens do devedor, o texto legal não estipula qualquer benefício de ordem em relação à faculdade conferida ao credor, de requerer a penhora dos lucros a que competirem ao sócio devedor ou de requerer a liquidação de sua quota.

Entretanto, a doutrina tem interpretado o artigo em comento no sentido de que, somente quando verificada a inexistência de lucros a distribuir ao devedor, pode o credor requerer a liquidação de sua quota. Nesse sentido, Lucena aduz que:

(...) antes de se liquidar a quota do sócio devedor, primeiro se executam os lucros deste na sociedade, ou, se a sociedade houver sido dissolvida, executa-se então a parte que lhe tocar na respectiva liquidação. Assim, somente se inexistirem outros bens do sócio devedor, se não houver lucros ou se forem insuficientes para suportar a execução e, finalmente, se a sociedade não estiver dissolvida, somente então dar-se-á a penhora das quotas sociais, as quais serão objeto de liquidação, cujo valor será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após a conclusão da liquidação (art. 1.026 e p.u.).⁷⁹

A interpretação em comento está com consonância com o disposto no art. 620 do CPC⁸⁰, haja vista que a execução se faz no interesse do credor, mas pelo meio menos gravoso ao devedor. É evidente que a liquidação da quota cessa a possibilidade de o devedor se reerguer, através do exercício de sua profissão, superando com os benefícios do seu próprio trabalho o estado momentâneo de crise econômica.

Além disso, a penhora dos lucros a serem distribuídos, em detrimento da liquidação da quota, gera benefícios para a própria sociedade, que não será

⁷⁹ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 386.

⁸⁰ Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.).

descapitalizada ou terá o seu patrimônio diminuído em virtude de dívidas do sócio.

A exegese do art. 620 do CPC, combinada com o disposto no art. 1.026 do CC, deve orientar, também, o procedimento de penhora de quotas. Com fundamento nos artigos citados, não é possível admitir que, em caso de penhora de quotas, o credor ou terceiro possam ingressar na sociedade mediante procedimento de adjudicação ou alienação da quota; fato que ocasionaria inegavelmente a quebra da *affectio societatis*.

Sobre a importância do art. 1.026 do CC na relativização do procedimento de penhora de quotas disciplinado pelo CPC, o Col. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 1284988/RS, se manifestou no seguinte sentido:

PROCESSO E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. PENHORA, EM EXECUÇÃO DE ALIMENTOS, DA MEAÇÃO DO DEVEDOR, RELATIVA ÀS QUOTAS SOCIAIS DE SUA COMPANHEIRA EM SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. POSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA O DISPOSTO NO ARTIGO 655, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TODAVIA, É MEDIDA QUE, NOS MOLDES DO PREVISTO NO ARTIGO 1.026, COMBINADO COM O ARTIGO 1.053, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, SÓ PODE SER DEFERIDA EM ÚLTIMO CASO, SE NÃO HOUVER LUCRO A SER DISTRIBUÍDO AOS SÓCIOS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CONSERVAÇÃO DA EMPRESA E DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO.

1. Aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, portanto a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a penhora da meação do devedor para satisfação de débito exequendo, podendo, nos moldes do disposto no artigo 655, VI, do Código de Processo Civil, recair sobre as quotas sociais de sociedade limitada pertencentes a sua companheira, ainda que exista vedação no contrato social da sociedade empresária à livre alienação das cotas, sem que isso, contudo, implique a admissão como sócio daquele que arrematar ou adjudicar. Precedentes do STJ.

2. No entanto, não se pode ignorar que o advento do artigo 1.026 do Código Civil relativizou a penhorabilidade das quotas sociais, que só deve ser efetuada acaso superadas as demais possibilidades conferidas pelo dispositivo mencionado, consagrando o princípio da conservação da empresa ao restringir a adoção de solução que possa provocar a dissolução da sociedade empresária e maior onerosidade da execução, visto que a liquidação parcial da sociedade empresária, por débito estranho à empresa, implica sua descapitalização, afetando os interesses dos demais sócios, empregados, fornecedores e credores.

3. Com efeito, tendo em vista o disposto no artigo 1.026, combinado com o artigo 1.053, ambos do Código Civil, e os princípios da conservação da empresa e da menor onerosidade

da execução, cabia à exequente adotar as devidas cautelas impostas pela lei, requerendo a penhora dos lucros relativos às quotas sociais correspondentes à meação do devedor, conforme também a inteligência do artigo 1.027 do Código Civil; não podendo ser deferida, de imediato, a penhora das cotas sociais de sociedade empresária que se encontra em plena atividade, em prejuízo de terceiros, por dívida estranha à referida pessoa jurídica.⁸¹

Por esses motivos, havendo lucros a distribuir, estes deverão ser objeto de penhora pelo credor. Somente se os lucros não forem suficientes à satisfação do débito é que se poderá pleitear a liquidação da quota do devedor.

A exposição de motivos constantes da ementa do julgado antes transcrito, demonstra, também, a admissão da relativização do procedimento de penhora de quotas disciplinado pelo CPC, fazendo com que, em primeiro lugar, recaia a execução sobre os lucros a que o devedor tenha direito na sociedade e, em segundo lugar, pleiteie o credor a liquidação da quota do devedor, com a sua conseqüente exclusão, nos termos do art. 1.030, parágrafo único do CC, sem que tais atos impliquem ingresso do terceiro na sociedade.

Não é por outro motivo que o art. 685-A, §4º, do CPC⁸² confere à sociedade ou aos demais sócios o direito de preferência na aquisição das quotas penhoradas em caso de adjudicação, pelo credor, dos bens do devedor.

A interpretação em comento foi acolhida pelo Novo Código de Processo Civil, que disciplinou a penhora de quotas ou ações de sociedades personificadas em seu artigo 861, da seguinte forma:

Art. 861. Penhoradas as quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz assinará prazo razoável, não superior a 3 (três) meses, para que a sociedade:
I – apresente balanço especial, na forma da lei;
II – ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual;

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1284988/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 abr. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100627806&dt_publicacao=09/04/2015>. Acesso em 20 mai. 2015.

⁸² Art. 685-A É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

(...)

§4º No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios. (BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015).

III – não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.⁸³

Por fim, o *caput* do art. 1030 do CC traz a hipótese de exclusão judicial do sócio, ligada ao cometimento de falta grave no cumprimento de suas obrigações ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Como já mencionado no momento em que expusemos sobre a retirada, o legislador não expressou na lei o conceito de falta grave capaz de ensejar o ato de exclusão. Assim, no momento de sua verificação, caso a caso, o Juiz deverá se orientar pelas obrigações do sócios, disciplinadas no contrato social.

Prevendo as hipóteses em que o sócio poderia incidir em falta grave, ainda sob a égide da legislação anterior, destacava Ferreira:

Quando infrinja qualquer cláusula contratual. Quando se dedique a outro ramo de comércio ou indústria, desenvolvendo concorrência desleal à sociedade; ou lhe embarace o desenvolvimento. Quando use indevidamente da firma ou da denominação social, contraindo obrigações estranhas ao objeto e fins sociais ou aplicando o produto em seu benefício próprio. Quando se escuse de prestar à sociedade os serviços a que se obrigou. Quando, tratando-se de mulher casada, lhe revogue o marido a autorização para comerciar. Quando crie e fomenta divergências, que impossibilitem a permanência do dissidente na sociedade.⁸⁴

Superada, há muito e a bem dos direitos individuais a necessidade de autorização do cônjuge varão para que a mulher exerça atividade econômica, os demais exemplos vislumbrados pelo ilustre professor continuam atuais e podem ser incorporados como indicadores do cometimento de falta grave.

O sócio também poderá ser excluído judicialmente se vier a se tornar incapaz. A incapacidade pode ser tanto civil como contratual. Como causa de incapacidade civil, podemos citar a situação do sócio que se tornou toxicômano, deficiente mental ou pródigo, sofrendo o competente processo de interdição. A incapacidade contratual será, por exemplo, a perda de registro

⁸³ Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Publicada no Diário Oficial da União em 17/03/2015, entrará em vigor um ano após a sua data de publicação (BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mai. 2015).

⁸⁴ FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 1925, p. 161.

profissional ou o impedimento quanto ao exercício da atividade, determinada pelo órgão de classe de que o sócio faz parte (OAB, CRM, CREA, etc.).

Afora as hipóteses de exclusão citadas, o contrato social poderá prever outras, criadas de acordo com a conveniência dos sócios. A exclusão contratual, que deverá indicar a justa causa, somente poderá ocorrer quando contemplada no contrato social ou for implementada em virtude de alteração deste, firmada por todos os sócios.

Verificadas as hipóteses de exclusão por justa causa, esta deverá ser implementada por iniciativa e deliberação da maioria dos demais sócios, considerada a participação restante no capital social.

Sobre o tema, Verçosa dispõe que:

Se um sócio praticar falta grave no cumprimento de suas obrigações sociais ou se encontrar em situação de incapacidade superveniente, os demais sócios podem tomar a iniciativa de requerer em juízo a sua exclusão, após a medida ter sido aprovada pela maioria deles.⁸⁵

No mesmo sentido, Coelho ressalta a possibilidade, inclusive, de se realizar a exclusão do sócio majoritário, ocasião em que “deverão os demais sócios postulá-la perante o Poder Judiciário, cabendo-lhes o ônus da prova da causa de exclusão”.⁸⁶

Em sentido oposto, que vai de encontro até mesmo com a disposição constante do art. 1.030 do CC, o Novo Código de Processo Civil prevê em seu art. 600, inciso V, como legitimado para a propositura da ação de dissolução parcial, no caso de exclusão judicial de sócio, apenas a sociedade.

O NCPC não considerou a melhor técnica ao regular a questão e perdeu a oportunidade de deixar claro, em sintonia com o que dispõe o art. 1.030 do CC, a legitimidade ativa dos demais sócios para a propositura da ação de dissolução parcial, em caso de exclusão judicial de sócio.

Ademais, do ponto de vista do Direito Processual Civil, legitimados para ingressar em juízo e pedir o rompimento do contrato plurilateral são os demais

⁸⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. 2, p. 364.

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 173.

sócios, partes no contrato de sociedade, e não esta última, que nem, sequer, manifestou vontade em relação ao ingresso do sócio excluído.

Nesse sentido, analisando a legitimidade ativa e passiva para a ação de dissolução parcial de sociedade limitada, o professor Albergaria Neto dispõe que:

A ação de dissolução de sociedade constitui uma ação entre os sócios, uns contra os outros, com o objetivo justamente de desconstituir o contrato que deu origem à sociedade.

O sócio dissidente, ao propor a demanda, faz com que todos os demais sejam réus em litisconsórcio necessário. A sentença dissolutória implicará a modificação qualitativa no quadro societário e quantitativa no patrimônio social, e a decisão será uniforme para todos os sócios, pois a procedência da demanda atinge diretamente a situação jurídica dos sócios. O valor do capital integralizado é matéria para liquidação de sentença.

Assim, uma vez delimitado que o interesse jurídico da demanda é dissolução do vínculo contratual, somente os sócios é que possuem a *legitimatío ad causam*, eis que o pedido e o provimento dissolutório é que vai romper o vínculo contratual dos sócios entre si e produzir efeitos somente aos sócios. A ação de dissolução de sociedade tem por objetivo promover a modificação do contrato plurilateral de sociedade. Assim, a dissolução total busca o fim do contrato social-sociedade; e a dissolução parcial, a modificação do contrato social, com a saída do sócio dissidente. O pedido e o provimento dissolutório tem como objeto, portanto, o vínculo contratual da sociedade.

(...)

Pelo exposto, deduz-se que a ação de dissolução de sociedade objetiva a desconstituição do contrato plurilateral, em que se determina qual o interesse jurídico da referida demanda. O sócio detém o interesse jurídico e a *legitimidade ad causam* para ser parte na ação de dissolução de sociedade.⁸⁷

Nota-se, ainda, que o NCPC, ao colocar apenas a sociedade como legitimada para a propositura da ação de dissolução parcial, em caso de exclusão de sócio, parece pôr fim à possibilidade de exclusão do sócio majoritário, haja vista que a sociedade, enquanto controlada por este, não ingressará em juízo pleiteando a exclusão.

Assim, as disposições acerca da legitimidade ativa para a propositura da ação de dissolução parcial, se interpretadas literalmente com base na nova legislação instrumental, em caso de exclusão judicial de sócio, representarão

⁸⁷ ALBERGARIA NETO, Jason Soares de. *Partes na Ação de Dissolução de Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2001. 270f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 254-255.

verdadeiro retrocesso em relação à proteção dos direitos dos sócios minoritários.

Entendemos que a melhor postura, portanto, seria interpretar a regra do NCPC em consonância com o disposto no art. 1.031 do CC, de modo a permitir a propositura da ação de exclusão pelos demais sócios, haja vista que a legislação processual não tem o condão de excluir direito material, consagrado no Código Civil.

Assim, diante da divergência em comento, após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em caso de exclusão judicial de sócio, caberá à jurisprudência decidir os contornos da legitimidade para a propositura da ação de dissolução de sociedade.

Nas outras hipóteses de dissolução parcial, morte do sócio, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade e após concluída a partilha de bens do sócio falecido, bem como em caso de exercício do direito de recesso ou retirada, o NCPC, seguindo a lógica, consagrou a legitimidade ativa do espólio, dos sucessores, do sócio dissidente ou que se retirou.

Por fim, cumpre destacar que, em todos os casos de resolução da sociedade em relação a um sócio, deverá ser formalizada a competente alteração do contrato social e levada a arquivamento no registro competente, para que produza efeitos, em cada caso, perante o sócio e ou terceiros.

6 APURAÇÃO DE HAVERES

Visto nos capítulos anteriores os requisitos configuradores da situação de empresário, as características que justificam a manutenção da dicotomia existente entre os gêneros sociedade empresária e sociedade simples, bem como as hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio, nos sentimos preparados para estudar a apuração de haveres, tema central da presente dissertação.

Decorrência de uma interpretação pautada no contrato plurilateral, a dissolução parcial é instituto consagrado na legislação atual, que visa a

harmonizar o interesse ou a necessidade de retirada de um ou mais sócios com a preservação da empresa.

Entretanto, no momento da apuração de haveres, emergem as consequências patrimoniais da resolução do contrato de sociedade, fazendo estremecer a harmonia almejada pelo instituto da dissolução parcial.

Isso porque, para aqueles que se retiram ou são excluídos, o valor patrimonial de sua quota deve ser o maior possível. Por sua vez, para os remanescentes, a saída dos que se retiram ou são excluídos deve ocorrer de modo a comprometer minimamente os recursos sociais.

O conflito em questão gera diversas discussões e polêmicas em torno do *quantum* destinado ao sócio no momento em que deixa a sociedade, tema que vem sendo discutido na doutrina e jurisprudência com enfoque nas sociedades limitadas e nas sociedades anônimas de capital fechado, mas que carece de esclarecimentos e melhores reflexões, em se tratando de sociedades simples.

Estudaremos, a seguir, os aspectos jurídicos decorrentes desse conflito de interesses, com enfoque na sociedade simples, procurando esclarecer com base na lei e na jurisprudência, a forma jurídica adequada de realizar a apuração de haveres orientada pelo artigo 1.031 do CC.

6.1 Previsão contratual

Resolvida a sociedade em relação a um sócio, o artigo. 1.031 do CC impõe a liquidação do valor de sua quota, o que ocorrerá, “salvo disposição contratual em contrário”⁸⁸, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

O contrato social, portanto, poderá prever e regular a forma de apuração e pagamento dos haveres, disciplinando a matéria com fundamento na

⁸⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

preservação da própria sociedade empresária e em atenção às suas peculiaridades.

Antes do advento do Código Civil de 2002, quando a dissolução parcial de sociedade era considerada construção doutrinária e jurisprudencial, em determinadas sociedades, os sócios passaram a inserir no contrato social hipóteses em que o vínculo societário poderia se resolver em relação a um sócio, disciplinando a forma de apuração e o modo de pagamento dos haveres, inclusive, de forma parcelada.

Entretanto, segundo aponta a doutrina, as disposições contratuais relativas à apuração de haveres não seriam aplicadas quando o rompimento do vínculo societário fosse objeto de ação judicial, especialmente em se tratando da dissolução parcial requerida com fundamento no art. 335, n. 5 do Código Comercial de 1850, que previa o direito de retirada nas sociedades que vigorassem por prazo indeterminado.

Ainda, segundo apontavam os Doutos, na omissão do contrato social, em caso de dissolução parcial determinada judicialmente com fundamento no art. 335, n. 5 do CCo, também não se aplicaria a regra prevista no art. 15 do Decreto nº 3.708/1919, que regulava a sociedade por quotas de responsabilidade limitada e impunha a observação, no cômputo dos haveres, do último balanço aprovado.

A solução para o caso de dissolução parcial do vínculo societário, decretada judicialmente com fundamento em construção jurisprudencial, seria uma ampla verificação contábil do ativo e pagamento dos haveres de uma só vez, em dinheiro. Nesse sentido, Barbi Filho, citando a síntese formulada pelo professor Roberto Papini, anotou que:

Roberto Papini sintetiza o entendimento hoje prevalecente anotando que 'a doutrina e a jurisprudência hodiernas preconizaram que a disposição contratual e a referência legal ao 'último balanço aprovado' (Decreto n. 3.708, art. 15), relativamente ao pagamento dos haveres sociais, somente se aplicam em caso de concordância das partes. Desavindas, o recurso à via judicial fará obrigatória a *apuração em toda sua plenitude, dos haveres do sócio dissidente, com a exata verificação, física e contábil, dos bens e direitos da sociedade, sem a restrição do art. 15, do Decreto 3.708*. Daí a conclusão de que, compaginados todos esses assertos, a cláusula contratual que disponha sobre a apuração e o pagamento dos haveres há de se conformar, quanto à apuração em juízo, à

regra emanada da Côrte Excelsa, qual a feitura do balanço de determinação e considerados os valores reais do ativo.⁸⁹

Em sentido contrário, analisando a questão sob a ótica do Código Comercial, Lucena⁹⁰ já defendia que o respeito à cláusula contratual de apuração de haveres deveria ocorrer, seja qual for o motivo da resolução da sociedade em relação a um sócio, e, também, seja qual for a sua forma de implementação, judicial ou extrajudicial. Nas palavras do ilustre professor:

(...) não se coaduna com a doutrina que predicamos a distinção segundo a qual o modo de pagamento dos haveres, previsto em cláusula estatutária para os casos que especifica, não se aplica à dissolução parcial de sociedade, na qual os haveres seriam sempre pagos em *prestação única* e não em parcelas, como acaso previsto no contrato social.⁹¹

Como se observa da leitura do artigo 1.031 do CC, a orientação de José Waldecy Lucena prevaleceu e a discussão acerca da aplicação ou não da cláusula contratual de apuração de haveres encontra-se superada. A regra é a prevalência das disposições contratuais relativas à apuração de haveres em qualquer caso de resolução da sociedade em relação a um sócio.

Essa também foi a interpretação da jurisprudência, que consagrou a prevalência da cláusula contratual de apuração de haveres, mesmo nos casos em que o rompimento do vínculo societário é pleiteado judicialmente. Cita-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. FORMA DE PAGAMENTO.

1. A apuração de haveres - levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade - se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito. Precedentes.⁹²

⁸⁹ BARBI FILH, Celso. Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 435-436.

⁹⁰ LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 777-778.

⁹¹ LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 777-778.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1239754/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 mai. 2012. Disponível em:

No mesmo sentido, o Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, abordando expressamente a dissolução parcial de sociedade, estipula, em seu artigo 604, II, que o juiz “definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social”.⁹³

O artigo 609 do mesmo Diploma Legal determina que, uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos “conforme determinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do §2º do art. 1.031 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.⁹⁴

Não obstante, apesar de pacífica a prevalência das disposições contratuais a respeito da forma de apuração e pagamento dos haveres, estas poderão ser afastadas, judicialmente, caso constatada lesão a direitos dos sócios decorrentes de disposições leoninas, praticadas com abuso de direito.

Nesse sentido, já decidiu o Col. Superior Tribunal de Justiça:

De fato, o direito civil não tolera o abuso do direito em dispositivo do contrato social - cláusula leonina - que venha a gerar o enriquecimento sem causa em detrimento de um dos sócios, seja por depor contra o preceito ideológico do justo equilíbrio, seja por refletir situação demasiadamente distante da apuração real dos bens da sociedade.⁹⁵

Estudando as hipóteses contratuais de apuração de haveres à luz das teorias dos vícios de consentimento, Estrella concluiu que o abuso de direito e o enriquecimento sem causa só se configuram inequivocamente quando: “houver cláusula contratual prefixando, antecipadamente, o pagamento dos haveres do sócio mediante quantia certa e inalterável, sem levar em conta o estado de prosperidade futura da empresa”.⁹⁶

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100451968&dt_publicacao=22/05/2012>. Acesso em 17 mar. 2015.

⁹³ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

⁹⁴ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1444790/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301904187&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em 17 mar. 2015.

⁹⁶ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145.

Contudo, o Douto professor advertiu que, no caso de se considerar contratualmente como indicativo da situação patrimonial da sociedade os dados do último balanço aprovado, a serem utilizados no momento de apuração dos haveres, “estes embora possam ser reputados inferiores, em função do verdadeiro estado da empresa, nem por isto configuram a hipótese de abuso de direito”⁹⁷.

No caso, também, não estaria configurada lesão, pois, não seria possível aferir com segurança que eventual “desproporção de contraprestações resultasse de ter uma das partes se aproveitado da necessidade, inexperiência ou leviandade da outra”⁹⁸. E, ainda, não se configuraria a hipótese de imprevisão ou enriquecimento sem causa, pois a forma de apuração que leva em conta os dados do último balanço aprovado não representa, em regra, “nenhuma alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato”⁹⁹.

Sendo assim, salvo hipóteses devidamente comprovadas de abuso de direito, prevalece a cláusula contratual de apuração de haveres. A liberdade para apuração dos haveres e estipulação de sua forma de pagamento criada pelo Código Civil deveria ser melhor e mais utilizada pelos contratantes, sobretudo nas sociedades simples, onde o desempenho das atividades sociais é realizada pelos sócios com serviços e nem todos contribuem com bens para a formação do capital.

Neste caso, o contrato deve disciplinar, além da forma de apuração de haveres, se os sócios que contribuíram apenas com serviços têm participação no acervo social, pois, na omissão, estes só terão participação nos lucros pendentes de distribuição e nos reaplicados pela sociedade.

Da mesma forma, o contrato social poderá incluir ou excluir do cômputo dos haveres determinados bens, tangíveis ou intangíveis, como, por exemplo, o imóvel em que se está instalada a sede social e o valor relativo fundo de comércio.

Lado outro, questão tormentosa a ser enfrentada pela doutrina diz respeito à validade da estipulação no contrato social acerca do critério de

⁹⁷ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145.

⁹⁸ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158.

⁹⁹ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

apuração de haveres em relação à terceiro que pede a liquidação da quota de sócio devedor (art. 1.026 do CC).

A Comissão do Direito de Empresa, na IV Jornada de Direito Civil, emitiu o enunciado nº. 386, entendendo que:

Na apuração dos haveres do sócio devedor, por consequência da liquidação de suas quotas na sociedade para pagamento ao seu credor (art. 1.026, parágrafo único), não devem ser consideradas eventuais disposições contratuais restritivas à determinação de seu valor.¹⁰⁰

O posicionamento em questão se fundamenta na proteção do terceiro, que não celebrou o contrato de sociedade, não manifestou vontade em relação à forma de cálculo e pagamento dos haveres estipuladas entre os sócios e, portanto, no recebimento de seu crédito, não está obrigado a anuir com parcelamento, exclusão de bens do cômputo dos haveres e outras disposições contratuais das quais não participou.

Com o máximo de respeito ao posicionamento contrário, a orientação em comento não deve ser seguida, pois não está em consonância com a melhor prática e doutrina.

Para todas as hipóteses de dissolução parcial, incluindo-se o caso de liquidação da quota a pedido do credor, vale a disposição contratual estipulada a respeito da forma de apuração e pagamento dos haveres, só se aplicando a forma de apuração através de balanço especialmente levantado, em caso de silêncio do contrato social.

Veja que o artigo 1.031 do CC não faz qualquer ressalva em relação à aplicação das cláusulas contratuais de apuração de haveres em relação a hipóteses de liquidação de quota a pedido do credor. Pelo contrário, o artigo estipula a regra geral de observância à disposição contratual de apuração de haveres para todas as hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio.

Segundo Gonçalves Neto, o critério de apuração de haveres, “valendo para todos os sócios, não pode variar consoante a causa da liquidação da

¹⁰⁰ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 386 da IV Jornada de Direito Civil. *Diário de Justiça*, 05 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej>>. Acesso em 18 mai. 2015.

quota, salvo se a cláusula do contrato social estabelecer algum critério distintivo.”¹⁰¹

Isso porque, mesmo considerando que o terceiro não faz parte do contrato de sociedade e, em tese, não estaria obrigado às disposições ajustadas a respeito da forma de apuração e pagamento dos haveres, o que se pede é a liquidação da quota do sócio. O terceiro tem direito a receber os haveres do sócio, logicamente, da forma que o sócio receberia e que foi acordada com os demais sócios.

Assim, se o ajuste a respeito da apuração de haveres vale para todos os sócios e, inclusive, orienta a sociedade, que se programa para o pagamento com base nos critérios previamente estipulados, não pode determinado sócio receber quantia superior à previamente estipulada, ainda que tal valor seja destinado ao pagamento de seus credores.

6.2 Texto legal

Omisso o contrato social a respeito da forma de apuração e pagamento dos haveres, aplicar-se-á a regra do artigo 1.031 do CC e seus parágrafos, que assim dispõem:

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

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

§2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.¹⁰²

¹⁰¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 1ª Ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, item 226.

¹⁰² BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

Apesar de disciplinar a forma e o prazo para pagamento dos haveres, a legislação vigente apresenta alguns conceitos abertos, como o de “situação patrimonial da sociedade”, que precisam ser definidos.

Além disso, deve-se precisar o momento adequado para pagamento dos haveres, tendo em mente, no momento da apuração, a exata noção de que somente se levará em conta, no que se refere à participação do sócio que deixa a sociedade, o “montante efetivamente realizado”.

6.2.1 Montante efetivamente realizado

Quando se estipulou que o valor da quota será considerado pelo “montante efetivamente realizado” o legislador quis dizer que o valor da participação do sócio deverá considerar o exato valor de sua contribuição.

Se não integralizou totalmente a sua participação no capital social, o cálculo de seus haveres levará em consideração apenas o que realizou. Importante lembrar que, no caso de exclusão do sócio remisso, não haverá apuração de haveres, mas, tão somente reembolso do valor que houver repassado à sociedade, após as deduções legais e contratuais (art. 1004 c/c art. 1.058 do CC).

O montante efetivamente realizado pode ser difícil de apurar quando, como ocorre frequentemente nas sociedades simples, o sócio tenha contribuído apenas com serviços para a formação do capital social.

Nestes casos, novamente o contrato social será decisivo para apurar corretamente os haveres. Se houver previsão de que o sócio de serviços participa do acervo social, o montante levará em conta essa participação. As partes poderão ajustar, ainda, que a participação do sócio de serviços no acervo social aumentará a cada ano de trabalho em favor da sociedade, hipótese em que o percentual proporcional ao tempo de trabalho deverá ser levado em conta.

Conforme se demonstrará mais adiante, entendemos que, na sociedade simples, em virtude da personalidade de que se reveste a prestação dos serviços destinados à consecução do objeto social, não há valor patrimonial

intangível representado pelo fundo de comércio a ser computado no cálculo dos haveres.

Sendo assim, na omissão do contrato social, o sócio de serviços participará apenas nos lucros pendentes de distribuição e nos reinvestidos na sociedade em percentual equivalente à sua participação, calculado na proporção da média do valor de suas quotas (art. 1.007 do CC).

Omisso o contrato social a respeito da forma de pagamento dos haveres, após apurados, serão pagos em dinheiro, no prazo de 90 dias, a partir da liquidação (art. 1.031, §2º, do CC).

6.2.2 Data base da apuração de haveres

O artigo 1.031 do CC fixa como data base para a apuração de haveres a data da resolução. Precisando ainda mais a disposição em comento, devemos concluir que a data da resolução deve ser harmonizada com o momento de afastamento do sócio da sociedade.

Isso porque, havendo a dissolução apenas parcial do vínculo societário, é imprescindível separar a contribuição pessoal do sócio que se retira das demais contribuições, realizadas após o afastamento deste último. Somente os ganhos e as perdas decorrentes das operações preexistentes devem ser computados na apuração de haveres.

O entendimento em destaque há muito vem sendo adotado pela doutrina e jurisprudência, como se verifica nas lições de Bulgarelli que, ainda sob a égide do Código Comercial de 1850, destacava:

(...) o valor apurado deve ser o da data da saída (...) e seria irrazoável pretender o contrário. Tanto é assim que a própria jurisprudência esteve atenta a esse ponto, chegando-se a comparar a data da saída àquela da morte do sócio (cf. RT 493/97 e 509/104).¹⁰³

A jurisprudência manteve o mesmo posicionamento, conforme se verifica da orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a

¹⁰³ BULGARELLI, Waldírio. *O novo direito empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 420.

qual: “A apuração dos haveres do sócio que se retira da sociedade não pode levar em consideração o sucesso ou o fracasso do empreendimento, por causas posteriores à sua retirada.”¹⁰⁴

Em outro julgado, mantendo o entendimento em questão, a Corte Superior destacou que: “a data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade (...)”¹⁰⁵.

A questão do momento de retirada, que deve ser contemporânea ao afastamento do sócio, parece simples quando analisada com fundamento nas hipóteses em que o rompimento do vínculo ocorre com a morte ou de maneira consensual. Entretanto, a situação pode complicar quando questão se torna litigiosa.

Nesses casos, convém apurar o que se considera o momento da retirada. Na indagação compartilhada de Barbi Filho¹⁰⁶, considera-se como o “da verificação da causa do desligamento; o da sentença que decretar a dissolução parcial; o do trânsito em julgado dessa decisão; o do arquivamento da alteração contratual; ou aquele em que forem pagos os haveres?”

Entendemos que, no caso de o afastamento do sócio ocorrer pela via judicial, deverá ser considerado como data base para a apuração dos haveres a data em que a sociedade tomar ciência inequívoca da causa motivadora do rompimento do vínculo societário.

Não havendo provas de notificação anterior da sociedade, a ciência desta última acerca da intenção de rompimento do vínculo societário ocorrerá no momento da citação para a ação de dissolução.

Nesse sentido, já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 995475/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702375706&dt_publicacao=25/03/2009>. Acesso em 17 mai. 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1371843/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202264431&dt_publicacao=26/03/2014>. Acesso em 17 mai. 2015.

¹⁰⁶ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 506.

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE C.C. APURAÇÃO DE HAVERES. Retirada do Apelado de sociedade empresária limitada. Quebra do affectio societatis incontroversa. Retirada da sociedade mediante simples denúncia do contrato aos demais sócios, por se tratar de sociedade por prazo indeterminado. Exegese do art. 1029 do Código Civil. Condenação dos corréus ao pagamento de haveres no valor de R\$ 61.486,55, conforme apurado em laudo pericial. Laudo pericial que não considerou o valor real dos bens da sociedade empresária. Laudo anulado. Afastamento da condenação. Necessidade de apuração de haveres mediante balanço patrimonial especialmente levantado. Exegese do art. 1.031 do Código Civil. Pagamento dos haveres à vista e em dinheiro, em até 90 dias do trânsito em julgado da sentença de liquidação. Data-base da apuração de haveres que corresponde à citação para ação. Correção monetária pela Tabela Prática deste E. Tribunal que deve incidir da data-base e juros de mora a partir da citação.¹⁰⁷

Instrumentalizando o que se entende por data da resolução disciplinada no art. 1.031 do CC, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105 de 2015) dispõe, em seu artigo 605, que:

Art. 605. A data da resolução da sociedade será:
 I – no caso de falecimento do sócio, a do óbito;
 II – na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante;
 III – no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente;
 IV – na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade e;
 V – na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado.¹⁰⁸

Verifica-se que o NCPC adotou, apenas em parte, a posição que se orienta pelo momento do afastamento para disciplinar o momento de apuração dos haveres.

É o que se pode verificar no caso dos incisos I, II, III e V antes transcritos, relacionados às hipóteses em que a resolução do vínculo societário ocorre, em regra, de maneira extrajudicial.

¹⁰⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 0013758-10.2007.8.26.0161. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo. *Diário de justiça*, São Paulo, 01 jul. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=A832C0838E79C27BB05B624AA28EB9E2>>. Acesso em 17 mai. 2015.

¹⁰⁸ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

Já no que se refere à retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado ou à exclusão judicial de sócio (inciso IV), o NCPC adotou critério distinto, que considera o momento de apuração de haveres como idêntico ao momento em que o vínculo societário é desfeito, isto é, com o trânsito em julgado da sentença.

Neste particular, a orientação do Código não andou bem. Segundo a melhor doutrina, a perda da condição de sócio não é fator fundamental para determinar a data base da apuração de haveres. Sobre o tema, Barbi Filho arremata:

O momento do afastamento não se confunde com o da perda da condição de sócio. (...) essa perda, na saída contenciosa, só ocorre com o trânsito em julgado da sentença que acolhe o respectivo pedido.

Contudo, mesmo sem perder a condição de sócio, o dissidente afasta-se da sociedade em determinado momento, que deve ser o marco contábil da apuração dos haveres.¹⁰⁹

É certo que, antes mesmo da extinção do vínculo societário, se o sócio se afasta da sociedade e não mais participa de suas atividades, deixando de contribuir para a realização de novos negócios, não faz jus ao acréscimo patrimonial daí decorrente, tampouco pode ser responsabilizado pelas perdas eventualmente existentes.

Assim, melhor teria se posicionado o legislador do Novo Código de Processo Civil se considerasse o marco para apuração de haveres, nas hipóteses judiciais de rompimento do vínculo societário em relação a um sócio, o momento que, nos dizeres de Estrella, corresponder ao “evento que motivou o afastamento”.¹¹⁰

¹⁰⁹ BARBI FILH, Celso. Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 506.

¹¹⁰ ESTRELLA, Hernani. Apuração dos haveres de sócio. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216.

6.2.3 Situação patrimonial

Precisados os conceitos relativos ao que se entende por “montante efetivamente realizado” e fixado o “momento da retirada”, resta-nos aclarar a extensão do conceito de “situação patrimonial da sociedade”, a ser apurada em “balanço especialmente levantado”, tal como disposto no art. 1.031 do CC.

Ao analisar o instituto da dissolução parcial sob a ótica das sociedades empresárias, a jurisprudência há muito tem evoluído, considerando que o cálculo da situação patrimonial da sociedade envolve amplo levantamento patrimonial, com a avaliação física e contábil de todos os valores do ativo, incluindo bens tangíveis e intangíveis, a preço de mercado.

Nesse sentido, é muito citado pela doutrina acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido no Recurso Extraordinário nº. 89.464/SP, relatado pelo Min. Décio Miranda¹¹¹, que orientou a matéria de apuração de haveres em decorrência da dissolução parcial de sociedades.

Neste conhecido julgamento realizado pelo STF, o excelso pretório definiu que:

(...) admitida a dissolução parcial em atenção à conveniência de preservação do empreendimento, dar-se-á ela mediante forma de liquidação que aproxime da dissolução total. Neste caso, deve ser assegurada ao sócio retirante situação de igualdade na apuração de haveres, fazendo-se esta com a maior amplitude possível, com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo.¹¹²

Em outro julgamento realizado acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal reforçou o entendimento no sentido de que a apuração de haveres, em se tratando de dissolução parcial de sociedade, deve ser feita com fundamento em valores reais e não meramente contábeis. O Min. Décio Miranda, no

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 89.464/SP. Rel. Min. Cordeiro Guerra. Rel. para o acórdão Min. Décio Miranda. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 mai. 1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=183178>>. Acesso em 18 mai. 2015.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 89.464/SP. Rel. Min. Cordeiro Guerra. Rel. para o acórdão Min. Décio Miranda. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 mai. 1979. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=183178>>. Acesso em 18 mai. 2015.

juízo do Recurso Extraordinário nº. 91.044/RS, assentou que a apuração dos haveres do sócio se faz: “de forma ampla, com plena verificação, física e contábil, dos valores do ativo, e atualizando ditos haveres, em seu valor monetário até a data do pagamento”.¹¹³

A linha de entendimento em tela foi seguida pelos Tribunais Estaduais e, em se tratando de dissolução parcial de sociedade empresária, foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando passou a ser a última *ratio* em matéria infraconstitucional. Cita-se excerto do seguinte julgado:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE APURAÇÃO DE HAVERES. COISA JULGADA NÃO IDENTIFICADA. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. CRITÉRIO DE LEVANTAMENTO PATRIMONIAL. (...)

Afastado o sócio minoritário por desavenças com os demais, admite-se que a apuração dos haveres se faça pelo levantamento concreto do patrimônio empresarial, incluído o fundo de comércio, e não, exclusivamente, com base no último balanço patrimonial aprovado antes da ruptura social.¹¹⁴

Assim, chegou-se à conclusão de que a situação patrimonial da sociedade é aquela representada por ampla apuração física e contábil dos ativos sociais, nela incluídos os bens tangíveis e intangíveis, como o fundo de comércio ou *goodwill*. No mesmo sentido, foi a posição do Col. STJ, no julgamento do Recurso Especial nº. 564711/RS¹¹⁵, onde se consignou que “o fundo de comércio integra o montante dos haveres do sócio retirante.”

Trabalhando a apuração de haveres nas sociedades empresárias, Coelho dispõe que:

A apuração de haveres, em outras palavras, é a simulação da dissolução total da sociedade. Por meio do levantamento contábil, que reavalia, o valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social, e da consideração do passivo da sociedade, projeta-se quanto seria o acervo remanescente caso a sociedade limitada fosse, naquele momento, dissolvida.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 91.044/RS. Rel. Min. Décio Miranda. *Revista trimestral de jurisprudência*. Brasília, v. 91. jan. 1980. p. 361.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 130617/AM. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 nov. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700312585&dt_publicacao=14/11/2005>. Acesso em 18 mai. 2015.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 564711/RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 mar. 2006 p. 278. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301476344&dt_publicacao=20/03/2006>. Acesso em 18 mai. 2015.

Definido o patrimônio líquido da limitada, na data da dissolução parcial, o reembolso será a parcela deste, proporcional à quota do capital social do sócio desligado ou falecido.¹¹⁶

Para se fazer uma apuração de haveres no âmbito da sociedade empresária, que deve compreender, como visto, não só o valor contábil dos bens tangíveis e intangíveis que integram o ativo social, mas, também, o seu valor de mercado, a jurisprudência do STJ chegou ao entendimento de que o balanço de determinação é a melhor forma de se apurar a situação patrimonial, conforme decidido no julgamento do Recurso Especial nº. 1335619/SP:

DIREITO EMPRESARIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. SÓCIO DISSIDENTE. CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DE HAVERES. BALANÇO DE DETERMINAÇÃO. FLUXO DE CAIXA.

1. Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado.

2. Em caso de dissenso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa. (...)¹¹⁷

O balanço de determinação apresentará, no plano contábil, a representação proporcional das quotas do sócio que deixa a sociedade sobre o patrimônio desta última, levantado e atualizado os bens que compõe o acervo social, pelo seu valor de mercado, no momento do afastamento.

Nos dizeres de Estrella:

(...) o balanço de determinação é o levantado para finalidade específica de se determinar o valor da quota reembolsável ao sócio desligado. Seu objetivo especial distingue-o dos demais, pela busca da aferição mais real e individualizada possível dos valores de um ativo não-realizado, deles deduzindo-se um passivo não solucionado.¹¹⁸

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 469.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1335619/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha. Diário de Justiça, Brasília, 27 mar. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102662563&dt_publicacao=27/03/2015>. Acesso em 17 mai. 2015.

¹¹⁸ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27.

Assim, através do balanço de determinação serão levados em conta e apurados, na soma do ativo, o valor dos bens (tangíveis e intangíveis), direitos e créditos e deduzidos os débitos, tributos e valores decorrentes de possíveis condenações em demandas judiciais.

A avaliação e mensuração dos bens que compõe o ativo deverá ser realizada por perito especialista em avaliação de sociedades.

A importância do balanço de determinação na avaliação da sociedade foi reconhecida pela legislação instrumental atual, disciplinando o Novo Código de Processo civil que:

Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.¹¹⁹

Ao consagrar o balanço de determinação, fazendo menção expressa à forma de apuração da situação patrimonial que reflita, da forma mais ampla possível, a real situação econômica da sociedade, o NCPC retratou grande avanço, retirando a subjetividade imposta pelo artigo 1.031 do CC, que, por vezes, permitia uma apuração de haveres pautada em interpretação equivocada, com verdadeiro prejuízo àquele que deixa a sociedade ou mesmo à esta última.

Entretanto, como se destacou no início deste capítulo, ao que parece, a disposição legal foi considerada apenas sob a ótica da sociedade empresária, deixando de especificar detalhes técnicos quando considerada as peculiaridades da sociedade simples.

Questão delicada envolvendo as sociedades simples, diz respeito à inclusão no cômputo dos haveres do valor do fundo de comércio, bem

¹¹⁹ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

intangível que integra, segundo a interpretação do art. 606 do NCCP, o cômputo dos haveres.

O fundo de comércio decorre do sucesso na organização dos fatores da produção, gerando para a sociedade, um sobrevalor, que se revela no conjunto organizado pelo empresário.

A mais valia decorrente desta organização se revela no fortalecimento da marca da sociedade, em sua freguesia, enfim, no reconhecimento que ganha no mercado.

No mundo jurídico, é comum a utilização das expressões aviamento, fundo de comércio, fundo de empresa ou *goodwill* para designar o sobrevalor decorrente da organização promovida pelo empresário. Nos dizeres de Coelho:

O valor agregado ao estabelecimento é referido, no meio empresarial, pela locução inglesa *goodwill of a trade*, ou simplesmente *goodwill*. No meio jurídico, adota-se ora a expressão 'fundo de comércio' (derivada do francês *fonds de commerce*, e cuja tradução mais ajustada seria, na verdade, 'fundos de comércio'), ora 'aviamento' (do italiano aviamento), para designar o sobrevalor nascido da atividade organizacional do empresário. Prefiro falar em 'fundo de empresa', tendo em vista que o mesmo fato econômico e suas repercussões jurídicas se verificam na organização de estabelecimento de qualquer atividade empresarial.¹²⁰

Certo é que, o sobrevalor que representa o *goodwill* decorre de uma organização e, somente a partir do exercício da empresa sob essa forma organizada é que passa a existir, dissociando-se da figura do empresário.

Nesse sentido, Ferraz Júnior enxerga o fundo de comércio como uma organização, distinta da clientela, que acaba reunindo os elementos de uma universalidade de fato:

A universalidade de fato é constituída por força da vontade autônoma que conjuga bens e os destina a um fim. Conjugar e destinar são ações responsáveis por um novo bem. Este novo bem, imaterial, tem a ver com a formação de clientela, razão pela qual, na doutrina de origem francesa, houve quem o identificasse com ela (Planiol, no seu *Traité Élémentaire de Droit Civil*). Com mais precisão, outros (La Morandière: *Dioá Commercial*, 1965), a clientela está sujeita à concorrência, não podendo constituir um direito do comerciante. Seu direito é sobre os elementos que conjuga para conquistar, reunir uma

¹²⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 471.

clientela. É esta organização (ação) que constitui o fundo de comércio. Na mesma direção, o belga Van Ryn fala em elementos unidos para a exploração do estabelecimento.

(...)

No Brasil, à falta de uma estrutura legal expressa, a tendência é assumir o fundo de comércio como universalidade de fato, como instrumento do exercício da empresa, organizado pelo empresário (v., entre outros, J. Eunápio Borges, Curso de Direito Comercial Terrestre. v. I, 1ª ed., Rio de Janeiro, 1959). É da boa organização que resulta um grau de eficiência (aviamento) capaz de efetivar-se numa clientela. Essa organização é base para o fundo de comércio (*Fond du Commerce*) ou estabelecimento (*azienda*).¹²¹

Nas sociedades simples, por este motivo, não há *goodwill* ou fundo de comércio. A respeitabilidade e os elementos que compõe o sobrevalor gerado por determinada carteira de clientes decorre da atuação profissional, do conjunto de habilidades que compõe os atributos de cada sócio, que prestam serviços com caráter eminentemente pessoal, sem o requisito da organização, haja vista não ser possível se fazerem substituir por colaboradores no exercício de seu *mister*.

Diante desta situação peculiar, o Colendo STJ, analisando questão relativa à apuração de haveres no âmbito de uma sociedade simples composta por profissionais de engenharia, afastou do cálculo o valor intangível relativo ao fundo de comércio. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº. 958116/PR, o Min. Raul Araújo, relator para o acórdão, deixou consignado que:

Não é possível a apuração de haveres de sócio retirante com base no fundo de comércio na hipótese de sociedade formada por profissionais liberais que prestam serviços de engenharia, pois tal sociedade, denominada simples pelo Código Civil de 2002, não tem propriamente um fundo de comércio, já que não exerce atividade predominantemente econômica ou comercial, mas sim o que se pode denominar um acervo de cunho profissional técnico-científico.¹²²

¹²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998, p.138-159.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 958116/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Rel. para o acórdão Min. Raul Araújo. Diário de Justiça, Brasília, 06 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701250950&dt_publicacao=06/03/2013>. Acesso em 18 mai. 2015.

No acórdão em comento, seguiu-se a linha de entendimento adotada por Ferraz Júnior, que defende a inexistência de fundo de comércio em sociedades compostas por profissionais liberais. Nas palavras do ilustre professor:

(...) nas sociedades prestadoras de serviços profissionais liberais temos um sistema social em que o papel organizador, se não está ausente, não é incorporado à atividade correspondente como elemento chave. Entende-se, por isso, que Waldemar Ferreira distinga entre freguesia e clientela, ao dizer que, propriamente, profissionais liberais não têm fregueses mas clientes (Tratado de Direito Comercial. 7º v., § 1.554, São Paulo, 1962). Assim, o cliente é papel social que exige do prestador de serviço um papel institucionalizado que não se isola, mas agrega outros. O profissional liberal não se apresenta como órgão definido estruturalmente (gerência, diretoria), mas como pessoa física. Uma gerência neutraliza qualidades da pessoa. não se personaliza, pois isola outros papéis. Já o profissional não é uma competência não comunicante, mas um conjunto amplo que, conforme a profissão, emprega vários papéis. Um bom médico operador é também um indivíduo de mãos firmes, que tem limites de idade, que possui certas habilidades, comportamentos etc. Do mesmo modo, o engenheiro exige, na sua qualificação, a conjugação aberta de vários papéis sociais. Da atividade de um escritório de engenharia, a relação de confiança que permite a interação social (com clientes) não decorre de organização, mas, de um conjunto que qualifica a chamada competência profissional. Um escritório, nesse sentido, não tem um fundo de comércio, mas um centro de competência que resulta da atividade de cada profissional. Nesse sentido W. Ferreira diz que a clientela exprime patrocínio, proteção ao cliente e não freguesia enquanto conjunto de pessoas, que frequentam o estabelecimento e nele fazem, habitualmente, suas compras (cit. § 1.554).¹²³

Nesse esteio, nas sociedades simples, não existe *goodwill*, porque este decorre de uma organização, fator que não se coaduna com a natureza pessoal da prestação de serviços de caráter intelectual, mas, ao contrário, pressupõe uma generalização que neutraliza as qualidades da pessoa.

Como bem destacado por Ferraz Júnior¹²⁴, a clientela de um escritório profissional e a respeitabilidade que este possui no mercado dependem do conjunto de competências pessoais dos sócios que o integram e, por este

¹²³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998.

¹²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998, p. 138-159.

motivo, não constitui um ativo social, a ser incluído na apuração de haveres.

Para o ilustre doutrinador:

(...) ainda que se reconheça que na sociedade de profissionais, a participação de um grupo de profissionais liberais ponha a serviço do cliente serviços que um único profissional não possa oferecer, donde a possibilidade de uma clientela ser mantida mesmo com a retirada ou a substituição de um profissional, o fato é que a sociedade de profissionais liberais exerce uma atividade que é própria, ontológica e juridicamente, das pessoas físicas.¹²⁵

Assim, considerado o caráter personalíssimo de que reveste a prestação de serviços, não pode o sócio que se retira da sociedade simples pretender ser beneficiado pela honorabilidade dos que permanecem.

Conclui-se, portanto, que, em se tratando de apuração de haveres no âmbito de sociedades simples, diferentemente do que ocorre com as sociedades empresárias, não serão levados em conta, no momento de apuração realizada através de balanço de determinação, por serem inexistentes, os valores relativos ao fundo de comércio ou *goodwill*.

¹²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998, p. 138-159.

7 CONCLUSÃO

Aos estudarmos a sociedade simples ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar que, neste gênero societário, em virtude das peculiaridades relacionadas ao exercício de atividade intelectual, a resolução da sociedade em relação a um sócio e a consequente apuração de haveres possui efeitos patrimoniais próprios, sendo inconfundível com aquela realizada no âmbito das sociedades empresárias.

Ao sustentarmos tal proposição verificamos que a doutrina e jurisprudência têm discutido, há muitos anos, a dissolução parcial no âmbito das sociedades empresárias contratuais, sobretudo em relação à sociedade limitada, sedimentando-se o entendimento de que a apuração de haveres se faz da forma mais ampla possível, com real apuração do ativo, baseando-se em balanço de determinação, que pressupõe a avaliação contábil dos bens tangíveis e intangíveis da sociedade, a preço de mercado.

Contudo, no que se refere às sociedades simples, a jurisprudência e a doutrina, de modo incipiente, começaram a observar as peculiaridades decorrentes da pessoalidade de que se reveste a prestação de serviços de caráter intelectual; fato que gera profunda diferença na apuração de haveres, relacionada à exclusão do fundo de comércio do cálculo realizado através do balanço de determinação.

Entretanto, a concepção generalista da apuração de haveres foi mantida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105 de 2015), posição que, a nosso ver, reclama novas reflexões em virtude das características estruturais que orientam a resolução da sociedade simples em relação a um sócio.

Isso porque, conforme sedimentando durante a delimitação do tema proposto, a sociedade simples se difere do gênero sociedade empresária em virtude da ausência do elemento organização.

A organização, própria das sociedades empresárias, impõe a disposição dos fatores da produção de modo que a atividade possa a ser exercida sem a contribuição direta e pessoal dos sócios, que se fazem substituir por máquinas e empregados, sempre na busca constante do lucro.

O elemento organização, chave para a distinção entre os gêneros sociedade simples e empresária, também contribui para precisar a aplicação e harmonização, somente em relação às sociedades empresárias, de institutos como a falência, justificando a dicotomia entre os dois gêneros, mantida pelo Código Civil.

Já no que se refere às sociedades simples, o caráter personalíssimo de que se reveste a prestação de serviços de caráter intelectual impede a presença da organização.

Neste gênero societário, o exercício da atividade econômica não sujeita os sócios a abrirem mão de determinadas convicções pessoais, sendo certo que a separação dos gêneros sociedade simples e empresária se justifica, ainda, em virtude de um padrão ético, que repercute na valorização dos negócios sociais.

Lado outro, é justamente do sucesso do empresário na organização dos fatores da produção que emerge importante bem intangível, o fundo de comércio ou *goodwill*, considerado no cômputo dos haveres da sociedade empresária, mas ausente no cálculo dos haveres da sociedade simples.

Nas sociedades simples, o sobrevalor traduzido na respeitabilidade da sociedade e sua boa conceituação no mercado, fatores determinantes para a existência de uma clientela, advém da honorabilidade e competência técnica dos próprios sócios, que prestam um serviço personalíssimo.

Ao se retirar da sociedade simples, o sócio carrega consigo, pois dele não se separam, as suas competências técnico-profissionais, o cabedal que orientou a procura de seus serviços. Consequentemente, lhe seguirão os clientes que captou e com os quais estabeleceu uma relação de confiança.

Mas, ainda que a retirada do sócio não implique na saída de seus clientes, a clientela formada pelo escritório não constitui um ativo social, haja vista que ela decorre de características próprias das pessoas físicas que o integram.

Por isso, é correto afirmar que não existe fundo de comércio ou *goodwill* nas sociedades simples, sendo certo que o critério de apuração de haveres, nesse caso, não pode ser equiparado ao realizado no âmbito das sociedades empresárias.

Portanto, resolvida a sociedade simples em relação a um sócio, a liquidação da quota deverá observar as disposições contratuais eventualmente existentes relativas à forma de apuração e pagamento dos haveres.

Omisso o contrato social, a apuração e pagamento dos haveres observará regra disposta no art. 1.031 do CC, apurando-se o valor patrimonial real da sociedade através de balanço de determinação que levará em conta o valor dos ativos sociais, sem, contudo, a inclusão do valor intangível representado pelo fundo de comércio ou goodwill.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA NETO, Jason Soares de. *Partes na Ação de Dissolução de Sociedade Por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 2001. 270f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale*. Itália: Giuffrè, 1962.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1964.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, v. 35, n. 104. p. 109-26. out./dez. 1996.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BOITEAUX, Fernando Netto. *A função social da empresa e o Novo Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, São Paulo: Malheiros, v. 125, p. 48-57, 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Código Comercial (1850). Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1908. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908. Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as Operações Cambiais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL2044.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. *Diário Oficial da União*, 15 jan. 1919. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3708.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 1º mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. *Diário Oficial da União*, 31 jul. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2015. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 995475/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702375706&dt_publicacao=25/03/2009>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 130617/AM. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. *Diário de Justiça*, Brasília, 14 nov. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199700312585&dt_publicacao=14/11/2005>. Acesso em 18 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 564711/RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 mar. 2006 p. 278. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301476344&dt_publicacao=20/03/2006>. Acesso em 18 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 958116/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Rel. para o acórdão Min. Raul Araújo. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701250950&dt_publicacao=06/03/2013>. Acesso em 18 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1239754/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça*, Brasília, 22 mai. 2012. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100451968&dt_publicacao=22/05/2012>. Acesso em 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1284988/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 abr. 2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100627806&dt_publicacao=09/04/2015>. Acesso em 20 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1335619/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rel. para o acórdão Min. João Otávio de Noronha. *Diário de Justiça, Brasília*, 27 mar. 2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102662563&dt_publicacao=27/03/2015>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1371843/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 mar. 2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202264431&dt_publicacao=26/03/2014>. Acesso em 17 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1444790/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 set. 2014. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301904187&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 89.464/SP. Rel. Min. Cordeiro Guerra. Rel. para o acórdão Min. Décio Miranda. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 mai. 1979. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=183178>>. Acesso em 18 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 91.044/RS. Rel. Min. Décio Miranda. *Revista trimestral de jurisprudência*. Brasília, v. 91. jan. 1980. p. 361.

BULGARELLI, Waldírio. *O novo direito empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMPOBASSO, G. F. *Diritto commerciale 1 – diritto dell`impresa*. 4 edizione. Torino: UTET, 2003.

CÂNDIDO, Vicente. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1572, de 14 de junho de 2011*. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em 17 mai. 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. *A sociedade limitada no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 386 da IV Jornada de Direito Civil. *Diário de Justiça*, 05 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej>>. Acesso em 18 mai. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades: Das sociedades em especial*. Coimbra: Almedina, 2007, V. II.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Interesses e valores transcendentais na empresa moderna*. Atualidades Jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, n. 3, p. 245-260, 1993.

ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 111, jul., p.138-159, set. 1998.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 1925.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito civil e empresarial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GALGANO, F. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia: il nuovo diritto societario*. Padova: Cedam, 2003, v. XXIX.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 1ª Ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ITÁLIA. *Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acessado em 18 mai. 2015.

LEAL, Thales Poubel Catta Preta. *A Caracterização da Sociedade Empresária*. 2004. 116f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. *1º Seminário de Estudos Sobre o Novo Código Civil*. Enunciado publicado no Jornal Minas Gerais, Belo Horizonte, ano CX, nº. 210, 5 de nov. 2002, p. 1.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme modern*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence. 1951.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 0013758-10.2007.8.26.0161. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo. *Diário de justiça*, São Paulo, 01 jul. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=A832C0838E79C27BB05B624AA28EB9E2>>. Acesso em 17 mai. 2015.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, v. 2.

VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. São Paulo: Minelli, 2007.

WALD, Arnoldo. *A empresa no terceiro milênio: aspectos jurídicos*. FONSECA, Rodrigo Garcia da (Coord.). São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.