

O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA MANIFESTADO NO CÓDIGO CIVIL SOB UMA PERSPECTIVA SOCIETÁRIA

Andre Luis Saad De Oliveira ³⁰⁵

Introdução

O presente estudo tem por objetivo principal analisar as manifestações do princípio da preservação da empresa, após a adoção expressa pelo código civil promulgado em 2002 do direito de empresa. Inicialmente, abordando a teoria da empresa, procura fixar algumas noções e demonstrar a importância alcançada no cenário jurídico brasileiro. Em seguida, concentra-se na abordagem sobre a forma jurídica mais adequada ao exercício da atividade empresarial em uma concepção valorativa da empresa. Após essas considerações e admitindo ser a forma societária a que melhor se adapta aos propósitos deste estudo, concentra-se na análise das teorias que procuram explicar a natureza dos atos constitutivos das sociedades empresárias e, em especial, da sociedade limitada. Finalizando o estudo, faz-se uma apreciação crítica acerca do postulado preservacionista no código civil com o propósito de apreciar as modificações introduzidas em nosso sistema após a revogação do código comercial de contorno individualista.

Preservação da empresa como expressão de sua função social

O Direito é formado por um conjunto coerente de normas, representando uma unidade, um ordenamento guiado, acima de tudo, por princípios jurídicos.

282- Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Iguazu, Professor de Direito Empresarial do Curso de Graduação em Direito da Universidade Castelo Branco, Professor de Direito Empresarial do Curso de Graduação em Direito da Fundação Educacional Serra dos Órgãos, Advogado no Rio de Janeiro.

“O Direito não é mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si”³⁰⁶ – como nos ensina Miranda (1996) – “os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo)”³⁰⁷.

Na verdade, com uma visão “pós-positivista”, os princípios encontram-se entrelaçados ao ordenamento, não como fonte normativa subsidiária – como defendem os positivistas –, mas como direito com autoridade para fazer imperar uma obrigação legal.³⁰⁸

Ao considerar o Direito como um conjunto coerente de *normas*, não se instaura uma antinomia com relação aos princípios. Entende-se – em consonância com a maior parte da doutrina – que os princípios estão contidos nas normas jurídicas, pois elas possuem duas espécies, quais sejam, as regras e os princípios, ou, como alguns preferem, normas disposições e normas princípios, logo, não há que se falar em oposição entre normas e princípios. Já entre as espécies de normas, insere-se uma certa dificuldade de distinção, existindo, para tanto, diversos critérios. No entanto, primeiramente deve-se estabelecer uma noção de princípios jurídicos.

Diante de inúmeras definições, merece ser destacada a de CRISAFULLI³⁰⁹, que muito contribuiu para a normatividade dos princípios:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas

³⁰⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 223.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 224.

³⁰⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 228-42.

³⁰⁹ CRISAFULLI apud BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 230.

efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.

Nesse sentido, destaca-se a idéia presente no verbete de DE PLÁCIDO E SILVA³¹⁰, ao mencionar que os princípios, em seu sentido jurídico, significam normas elementares inscritas ou não nas leis, que não apenas servem de base para o Direito mas funcionam como preceitos fundamentais para a sua prática, bem como para proteger os direitos.

Podemos, então, abordar os critérios para a complexa distinção entre os princípios e as regras. J. J. CANOTILHO³¹¹ enumera tais critérios como sendo o grau de abstração, o grau de determinabilidade, o caráter de fundamentabilidade, a proximidade da idéia de direito e a natureza normogénica. Daí poderem-se distinguir as regras dos princípios por estes possuírem um grau de abstração muito maior; por necessitarem de intervenções capazes de concretizá-los; por serem fundamentais para o ordenamento jurídico, destacando sua superioridade hierárquica quanto às fontes; por serem vinculantes essencialmente voltados para a realização de justiça; e por justamente constituírem a base para as regras.

Os princípios são normas que podem assumir, principalmente, ora a função de indicar uma tendência para a elaboração de leis futuras, ora a de basear propriamente a lei, e ora a de servir como instrumento jurídico de interpretação e integração.

Embora haja quem entenda que não há diferença hierárquica entre as normas, defende-se que aliando diversos fatores, isto é, devido ao seu maior grau de abstração, sua capacidade de expansão e, portanto, sua fundamentabilidade, os princípios devem ter preferência de utilização para a

³¹⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. V. 3, 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 447.

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1995, p. 166-7.

função de interpretação, devendo, até mesmo, prevalecer, superar o legalismo escrito.

Em caso de conflito entre normas e, mais especificamente, entre regras e princípios, impõe-se a primazia desses últimos, os quais possuem maior valor, já que constituem o alicerce para as primeiras.

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas.³¹²

Quanto ao caso de conflito entre regras, têm-se como solução a questão da validade, portanto, havendo regras que tratem do mesmo objeto, uma será válida e a outra não; já em caso de colisão entre princípios, todos terão validade, tratando-se, então, de superação na dimensão de valor (um não anula o outro, mas sobrepõe-se), onde aquele que possuir maior peso prevalecerá.

Após essa breve análise sobre os princípios jurídicos, chega-se ao ponto de discussão, ao objeto deste artigo: o princípio da preservação da empresa.

Esse princípio não abrange todo o ordenamento jurídico, trata-se de princípio específico do Direito Empresarial. Surge para assegurar e impor a materialização da função social da empresa. Por conseguinte, o princípio da preservação da empresa é aquele que configura norma de direito objetivo não expressa em lei, com finalidade precípua de firmar a efetiva manutenção das empresas, figuras sociojurídicas responsáveis por exercer uma função social que emana imenso valor.

Diante da referida função social desempenhada pela empresa, torna-se lógica e inquestionável a necessidade de mantê-la funcionando, ou seja, é imperioso que haja um mecanismo jurídico eficaz para sua preservação. Conquanto haja situações em que se queira pôr fim à sociedade – muitas vezes por simples conflitos pessoais entre sócios, outras por, de fato, aparentar uma solução inevitável, a única solução legal –, encontrando respaldo legal para concretizar tal vontade, deve-se sempre buscar interpretações benéficas dos dispositivos legais, que possam proteger e garantir o cumprimento do interesse coletivo. Não obstante, é baseado no princípio preservacionista da empresa que surgem o preenchimento de lacunas nas leis e/ou interpretações e, conseqüentemente, soluções novas de modo a preservar a atividade econômica e, com isso, o bem público.

A preservação da empresa é instituto direcionado às empresas de qualquer porte, já que a valoração recai no desempenho da função social. Não é, porém, despiciendo, ressaltar que não é em toda e qualquer situação em que pode ser utilizado o referido princípio; havendo situações em que a empresa não tem condições de continuar em funcionamento, portanto, a melhor solução será sua extinção.

Encontra-se, de imediato, justificção para o princípio da preservação da empresa, em sede constitucional, como o princípio da função social da propriedade (art. 170, III c/c art. 5º, XXIII, ambos da CRFB/88); que formam os objetivos fundamentais de nosso Estado (art. 3º da CRFB/88); e os direitos sociais (art. 6º da CRFB/88).

Notadamente a função social da empresa se destaca, não só pela dicção do texto constitucional, mas também pela própria doutrina. Dessa forma, deve a empresa atender a uma função social assegurada pela ordem jurídica, observando WALDIRIO BULGARELLI³¹³:

³¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 140.

³¹³ BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 70.

No tocante ao modo de ver a posição da empresa no mundo fático, captou-se sua função, através do papel que exerce no ambiente socioeconômico, como agente da produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, numa economia de massa, tendo sido identificados, em conseqüência, os interesses que nela convergem, e do choque (rectius: conflito) entre eles, chegou-se à valoração dos que deveriam ser tutelados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, XXIII, estabelece, como um dos Direitos e Garantias Fundamentais, a função social da propriedade e, ao tratar Da Ordem Econômica, no art. 170, III, repete o mesmo princípio da função social da propriedade. Assim, a propriedade, que antes tinha caráter de direito absoluto, individualista, atribuía ao proprietário o poder de livre uso e disposição, transformou-se numa propriedade voltada para o interesse coletivo, desempenhando uma função social. Para COMPARATO (1983):

“Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. A consideração dos objetivos legais é, portanto, decisiva nessa matéria, como legitimação do poder. A ilicitude, aí, não advém apenas das irregularidades formais, mas também do desvio de finalidade, caracterizando autêntica disfunção.

[...] Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nestas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva.”³¹⁴

³¹⁴COMPARATO, Fábio Konder. A Reforma da Empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 22, abr./jun. 1983, p. 61.

Portanto, a bem dizer, a função social da empresa significa atuar para alcançar o bem social, isto é, aquilo que realmente interessa à sociedade; é um poder-dever de existir, de funcionar para benefício da coletividade e não *apenas* do proprietário; é ação humana; papel do empresário ou do controlador. Por oportuno, é de se ressaltar que ambos os interesses devem coexistir harmonicamente, mas havendo entre eles um conflito, deverá prevalecer o interesse coletivo, como não poderia deixar de ser, uma vez que a norma constitucional (a Lei Maior) impõe obrigações à propriedade, ou seja, seu uso está condicionado a um serviço para o bem comum. No próprio art. 170, *caput* e parágrafo único da CF/88 destaca-se a livre iniciativa, assegurando a todos a liberdade para exercerem qualquer atividade econômica, porém esta liberdade deve vir acompanhada do cumprimento da função social (artigo 1º, IV da Constituição da República) .

Essa imposição à propriedade pode ser percebida até mesmo quando, sob caráter excepcional, é permitido ao Estado que explore, de maneira direta, atividade econômica, haja vista que o art. 173 da CRFB/88 condiciona tal exceção à necessidade desenvolvida pela segurança nacional ou, o que interessa, o relevante interesse coletivo. Aliás, no caso do Estado, é sempre imperativo que prevaleça o interesse social e, não apenas diante de conflito entre ele e o interesse privado de usufruir os lucros, como ocorre nas empresas privadas.

Ainda que haja regras em nossa legislação infraconstitucional, conflitantes com o princípio em estudo, este deve prevalecer por si só, mas, essencialmente, por fundamentar-se em conteúdo constitucional. A propósito, este é o entendimento de J.J. CANOTILHO “Os deveres infraconstitucionais não podem atentar desnecessária ou desproporcionadamente contra a esfera de liberdade e autodeterminação dos cidadãos, nem contra a ordem constitucional dos direitos fundamentais”³¹⁵.

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 147.

Em suma, o princípio da preservação da empresa tornou-se, dentro do mais moderno direito, um princípio fundamental do direito societário, dedicado à proteção, defesa do interesse social por meio da preservação da empresa.

Necessário esclarecer que sobre o mesmo não se encontra exatidão quanto à sua origem, pelo menos não há, até o momento, uma comprovação sobre a época exata em que surgira. Malgrado encontrarmos alguns poucos apontamentos que apenas mencionam tal princípio e, mesmo tendo em vista a asserção de FÁBIO ULHOA³¹⁶ que a considera como tendo sido, principalmente, por volta da década de 70, não há dados suficientes que confirmem essa afirmação.

É certo, no entanto, que após a Segunda Guerra Mundial (1945) muito se acentuou o interesse público na preservação das empresas.

De qualquer modo, o que podemos afirmar é que, sendo esse princípio de elevado valor para a sociedade, tinha realmente que ser posto em prática e, tendo em vista que se trata de princípio inovador ainda não previsto expressamente nas legislações, como não poderia deixar de ser, tem sua origem na jurisprudência. O princípio preservativo da empresa não possui existência própria por si só, necessita, todavia, da mediação do juiz, logo, cabe a ele dar vida e a conseqüente força indispensáveis para o seu cumprimento.

Contudo, não basta saber a importância, o caráter vinculante e a origem do princípio em voga, tem-se que investigar e, assim, tentar demonstrar na continuidade deste estudo como ocorre sua atual aplicação, tentando cristalizar algumas de suas manifestações.

³¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. V. 2. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000 , p. 444.

Forma Organizativa do Exercício da Atividade Empresarial

Após a conclusão de que a empresa, no contexto da legislação civilista, está relacionada ao modo de exercer a atividade econômica, aprisionada, portanto pela noção de objeto de direito, faz-se necessário investigar a estrutura jurídica capaz de justificar o exercício unipessoal da atividade. A questão pode ser elucidada nos seguintes termos: o fenômeno de preservação da empresa sugere a ruptura de alguns paradigmas sedimentados no direito societário, como a necessidade da pluralidade de sócios para sustentação da estrutura societária. A partir da redução do número de sócios a apenas um, a consequência direta deveria ser a dissolução da estrutura societária, pois, o elemento de sustentação foi rompido.

Essa redução a um único sócio não é mais suficiente para por fim imediato à existência do ente jurídico. Em consequência argumenta-se sobre a viabilidade de um ente coletivo; uma pessoa jurídica, sustentada por um contrato, cuja tradição jurídica romana, aponta a necessidade de duas partes, ao menos, ser a estrutura ideal para representar a manutenção da atividade empresarial e, arremata-se sobre por qual razão não seria plausível a adoção de uma forma não-societária.

Imprescindível esclarecer que o exercício da empresa sob a forma individual (não-societária) será explorada; a questão central está em atribuir ao exercente da atividade individual o mesmo tratamento dispensado às sociedades no que tange à limitação da responsabilidade.

Em outros termos, a unipessoalidade deve ser entendida como o fenômeno que identifica o exercício individual da atividade econômica, devendo-se investigar qual a melhor forma para este exercício, pois, se é incoerente admitir a sociedade unipessoal como ente constituído por apenas um sócio, gozando este de responsabilidade limitada, o mesmo se tem pelo exercício individual em que a responsabilidade neste caso é ilimitada.

Pretende-se aqui apreciar qual das formas será a mais consentânea com a preservação da empresa, embora tenha havido por parte do legislador de 2002 a opção pela forma societária mesmo que temporária. Para tanto, serão abordadas as principais teorias que possibilitam a compreensão do preconceito na aceitação da limitação de responsabilidade do exercente de atividade econômica individual.

Com o fito de não se desviar da pertinência temática, cabe esclarecer a importância desta questão: a tendência em articular as regras de direito empresarial, especialmente de direito societário e concursal com o fenômeno preservativo da empresa, tendo sido inclusive erigido a status jurídico de princípio, surge possivelmente após a Segunda Guerra Mundial na Alemanha com o intuito de incentivar e fortalecer a grande empresa dada a conjuntura econômica, necessitada de novas frentes de trabalho e de reconstrução.

A preservação da empresa pressupõe, resumidamente, uma série de normas jurídicas, procedimentos ou tendências jurisprudenciais voltadas para, consoante um critério razoável, salvaguardar os interesses daqueles que dedicaram-se de alguma forma àquela estrutura. Pressupõe algo já iniciado, porém, com risco de ser extinto; por isso compreensível debater regras destinadas à manutenção do aparelho jurídico, seja sociedade; pessoa jurídica, ou a própria atividade quando presidida por empresário individual, submetida ao risco de desaparecer, mesmo sendo altamente lesivo não só aos membros, mas principalmente àqueles que, embora na órbita, dedicaram-se ao ente doente. Neste termo compreensível, a unipessoalidade superveniente.

Nesta linha de raciocínio, por que interessaria debater a unipessoalidade originária? O que estaria sendo preservado se a empresa inexistisse? A constituição da República dispensou tratamento favorecido às pequenas empresas e definiu como objetivo central a valorização do trabalho e a livre iniciativa, abrindo espaço para compreender que a empresa ganhou novos contornos e que não pode estar restrita ao seu “tamanho”; pequenas empresas

contribuem para o desenvolvimento regional e até local de muitas regiões brasileiras, contribuindo para elevação da taxa de empregabilidade, por conseguinte, da remuneração e, em tese, melhores condições de vida para os familiares dos remunerados. Alimentando o ciclo produtivo-econômico, disponibilizando capital no mercado para aquisição de outros bens e serviços necessários, igualmente elevando a arrecadação tributária, oferta de mercadorias, concorrência, para serem citados apenas alguns.

O princípio da preservação da empresa manifestado no Código Civil

Neste tópico, a premissa é a de que a dissolução é o instituto que mais tem sido influenciado pela postura preservacionista, até porque há uma íntima relação entre sociedade e empresa, embora sejam inconfundíveis. Em verdade, há algumas décadas a doutrina tem defendido a redução das hipóteses dissolutórias através de argumentos sólidos e, no mesmo sentido, os tribunais brasileiros, através de interpretações restritivas e criativas das hipóteses legais, incrementam o grupo dos que defendem a manutenção da empresa, pela aplicação da figura da dissolução parcial. Consiste, em síntese, em um procedimento que, em vez de deferir a dissolução da sociedade em face da vontade da minoria, mesmo que autorizada por lei, no qual se admite a dissolução, sem contrariar a norma, porém a dissolução opera-se em relação a apenas um e não a todos.

Nesse contexto, pretende-se sistematizar os fatos previstos no Código Civil que corroboram com a ideologia principiológica de preservação da empresa; principalmente após a adoção da teoria da empresa a sustentar e fundamentar o direito de empresa brasileiro, sem esquecer que mesmo antes da vigência do código civil foi possível encontrar mecanismos preservacionistas, no derogado código comercial e em legislação extravagante.

Em relação ao empresário individual, infortúnio atingindo a capacidade do empresário, após o início da atividade empresarial, sendo evento superveniente, passou a ser conhecido e estudado como incapacidade superveniente. O principal efeito da morte não gerava polêmica na doutrina; uníssona na admissão de que a consequência imediata seria a extinção da atividade empresarial.

A construção doutrinária passou a ser mais interessante quando apreciando os efeitos da incapacidade superveniente; em outros termos: constatado um fato ensejador da incapacidade de um comerciante e sendo ele interditado, a atividade poderia prosseguir através do curador? A doutrina dividiu-se, tendo o gênio CARVALHO DE MENDONÇA³¹⁷ construído a tese de que no caso de interdição por loucura o negócio podia continuar sob a gerência do curador desde que autorizado pelo juiz. Utilizava como argumento para esta posição o fato de o código comercial permitir a continuação na sociedade do sócio que se tornasse incapaz, não dissolvendo-se a mesma em razão do infortúnio. Diferente deveria ser a solução na hipótese de prodigalidade, ou nos demais casos de incapacidade relativa, pois, nestes casos de menor intensidade o curador estaria assistindo o curatelado e não o representando. No caso de enfermidade mental e nos demais ensejadores da incapacidade absoluta a representação consiste em verdadeira substituição do curatelado.

No contexto societário, o Código Civil, no art. 1028³¹⁸, estabelece que no caso de morte de sócio a quota será liquidada; esta é a regra. A liquidação consiste em uma operação pela qual atribui às quotas um valor capaz de retratar a real parcela do sócio no patrimônio da sociedade, superando o valor nominal, resultante da divisão do capital pelo número de quotas do sócio pré-morto. Dada as dificuldades na apuração deste valor que envolve um número considerável de

³¹⁷ MENDONÇA, J. X. Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos.v.1p.76.

³¹⁸ Artigo 1028 do Código Civil Brasileiro, caput: “No caso de morte de sócio,liquidar-se-á sua quota, salvo:”

variantes, o balanço de determinação é o instrumento contábil que consegue estabelecer a atribuição financeira às quotas.

Mesmo tendo sido apontada a resolução da sociedade em relação ao sócio pré-morto, não é possível afirmar que trata-se da única saída possível prevista em lei, embora este seja o regime legal que vige na omissão do contrato social acerca da matéria, pois, a exemplo da estrutura do art. 335, nº 4 do código comercial, o referido dispositivo civilista viabiliza que outro seja o destino dado as quotas e à própria sociedade. Tendo-se por semelhante a estrutura dos dispositivos do derogado Código Comercial e do Código Civil resta apreciar o grau de influência que sofrem em relação ao princípio preservativo da empresa; haja vista que se à época do Código Comercial apenas inspirava e corrigia a aplicação da norma, no Código Civil passa a ser parte do texto de lei.

O art. 1028 do Código Civil permite que se identifique como natureza da norma a feição dispositiva³¹⁹. Importante esta apreciação preliminar, tornando-se possível afirmar que terão os sócios nesta matéria a chance de discipliná-la inspirados no resultado do interesse coletivo; medida salutar tendente a evitar dissensões incontornáveis.

Pela dicção do texto supra verifica-se a amplitude do poder decisório dos sócios, podendo firmar outra saída diversa da liquidação das quotas do pré-morto; contudo, o texto legal deixa perceber que a solução diversa, tendente a afastar a incidência da regra resolutiva, deverá constar em cláusula contratual, ou derivar de acordo posterior entre os sócios sobreviventes. Isso significa que omissis o contrato social acerca dos efeitos da morte de qualquer sócio, poderão os sobreviventes suprir a lacuna mesmo após o falecimento. O princípio preservacionista inspira este texto, não só por que elege a dissolução parcial como regra, mas porque admite que os sobreviventes decidam sobre os novos rumos da sociedade.

³¹⁹ CAVALCANTI, Arthur José Faveret. A estrutura lógica do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p.10-11. Assim nos ensina o autor acerca da estrutura das normas jurídicas "... há disposições que, ao invés de

No que tange à possibilidade de disporem livremente no contrato, cuja fundamentação está no art.1028.I, têm os sócios o direito de firmarem em cláusula contratual as seguintes previsões, em caráter exemplificativo e amparadas na práxis empresarial: (i) aquisição das quotas por consócios, (ii) substituição do sócio falecido por sucessores, (iii) autorização para ingresso de cônjuge do sócio pré-morto, pois não há restrição na dicção legal e, até (iv) a dissolução total como expressão de um direito que assiste aos sócios, ainda que indesejável. Isso porque não pode-se dar ao princípio preservacionista a dimensão de superar uma unanimidade incontestável.

Admite-se que se houver a manifestação de herdeiros do sócio pré-morto em continuar a atividade, mesmo diante da cláusula determinante da dissolução, a continuidade se impõe, pois resta caracterizada a repulsa dos herdeiros à submissão à regra clausulada.

Desde já, a lembrança da função social da empresa já seria argumento relevante para argumentar favoravelmente; entretanto, se porventura focar-se nos efeitos percebidos, em relação aos sócios, diante da adoção do preceito dissolutório previsto na cláusula e, igualmente, ao considerar válida a vontade dos herdeiros, ver-se-á que para os sócios não importará uma ou outra solução, como tenta-se demonstrar a seguir: admitindo-se levar até o fim o comando dissolutório a sociedade será liquidada e através da operação contábil da apuração de haveres, deduzidas as contas do passivo, o valor residual, se houver, será repartido entre os sócios sobreviventes e o espólio do falecido na proporção descrita no contrato, ou, sendo omissa, seguindo a proporção de participação no capital social; em seguida a perda de personalidade. Considerando-se a segunda solução após a apuração dos haveres, a quantia seria dividida da mesma forma, contudo, em relação ao pagamento dos haveres seria possível que os sócios recebessem o valor correspondentes às quotas, mediante redução do capital social.

obrigar ou proibir, permitem a prática dos atos a que se referem (...) disposições de natureza permissiva, só tem razão de ser na medida em que constituam exceções a disposições imperativas”.

Percebe-se nas duas hipóteses que os sócios remanescentes receberiam mesmo valor, sendo irrelevante o caminho adotado, porém, assumindo o controle da sociedade os herdeiros do sócio pré-morto, preservada estaria a atividade empresarial, tendo a sociedade sido resolvida em relação aos demais sócios. Esta solução deve ser priorizada, pois, a concepção preservacionista admite que haja continuidade mesmo contrariando a maioria, em razão de haver o interesse que supera o dos sócios. Sob o prisma processual vê-se que a mesma solução poderia ser admitida, pois, ainda que houvesse ajuizamento de ação por parte dos sócios não conseguiriam demonstrar uma das condições da ação: o interesse de agir. Ensina J.E.CARREIRA ALVIM³²⁰ o significado processual desta condição da ação:

Por *interesse de agir*, entende-se a necessidade da tutela jurisdicional para evitar ameaça ou lesão do direito; ou a necessidade de invocar a prestação jurisdicional num caso concreto.

Em razão da conceituação firmada sobre o interesse de agir, constata-se uma vinculação entre a busca pela tutela jurisdicional e o perigo de ter-se o possível direito lesionado ou ameaçado. Não há de negar que a resolução do contrato em relação aos sócios sobreviventes, seguida de liquidação, permite-os receber de forma idêntica aquilo que receberiam se fosse a sociedade dissolvida e liquidada totalmente. Nestes termos, pode-se aduzir pela inexistência de lesão ou sequer ameaça de direito relacionado ao *status socci*.

Vale registrar que há mais duas possíveis soluções legais apontadas como possíveis diante da morte de qualquer dos sócios, a saber: (i) a opção pela dissolução da sociedade, com fulcro no art.1028,II e (ii) possibilidade de um acordo direcionado à substituição do sócio falecido, embasado no art.1028,II. Ressalta-se a proximidade e, não identidade, do teor integral do art.1028 do

³²⁰ ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.140.

código civil, com as possibilidades implícitas deduzidas da segunda parte do art.335,4 do código comercial.

Sendo sociedade composta por dois sócios apenas, evidente que a morte de um, conduz à unipessoalidade temporária prevista no art. 1033 do código civil. Durante o lapso de 180 dias, omissa o contrato social, a solução seria a mesma apontada acima; acrescenta-se, contudo, que findo o prazo, a dissolução é medida irremediável, na dicção de lei. Por isto têm-se por falácia a defesa de ser o art. 1033, IV um exemplo de proposta preservacionista, pois, em face do avanço obtido pela aplicação analógica da Lei 6404/1976; a lei acionária às sociedades por quotas, houve um verdadeiro retrocesso.

Outra saída que está compreendida na autorização dada pelo código civil aos que desejarem em cláusula contratual manifestar a liberdade contratual, refere-se à aquisição das quotas do sócio pré-morto pelos consócios. Pode-se entendê-la como medida menos traumática para a sociedade; deferida em cláusula deve-se na mesma pormenorizar a ordem de preferência e os critérios a serem apurados internamente. Nesta hipótese os herdeiros não ingressam na sociedade; recebem os valores correspondentes as quotas do sócio pré-morto através de recursos oriundos do sócio detentor da preferência, contribuindo para a permanência da *affectio societatis*.

RUBENS REQUIÃO³²¹, com a ressalva de terem as considerações sido articuladas pelo atualizador, destaca:

O Código Civil não traz norma semelhante à do art. 8º do decreto nº 3708. Também não proíbe a aquisição, pela sociedade, de suas próprias cotas. O art.1057, regulando a cessão das quotas, não se refere ao tema de modo direto. Com algum esforço de argumentação, poderá ser entendido que a sociedade [...] poderá adquirir as suas próprias quotas, sem prejuízo do capital, com os fundos disponíveis, podendo haver oposição de sócios

³²¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo. v.1: Saraiva. 25ª ed. p.486

que detenham mais que um quarto do capital social. Será mantida, assim, a tradição inaugurada pelo Decreto 3708, cujo sistema, peculiar, não trouxe problemas de maior monta ao funcionamento da sociedade limitada. *grifos nossos*

SÉRGIO CAMPINHO³²² posiciona-se em sentido contrário, entendendo não ser possível a interpretação direcionada a admitir a manutenção do instituto após a promulgação do código civil. Defende sua posição nos seguintes termos:

Pela sistemática do Código, vedou-se à sociedade limitada adquirir suas próprias cotas. O silêncio da lei foi proposital, vindo corroborado pelos artigos 1.057 e 1.058. No primeiro tem-se que o sócio está autorizado a ceder sua quota a quem seja sócio ou a estranho ao corpo social; no segundo resulta que as cotas do sócio remisso podem ser tomadas para si pelos sócios ou transferidas a terceiros não sócios. Exclui-se, pois, a possibilidade de a sociedade adquirir as suas próprias quotas.

A transmissão das quotas aos herdeiros do falecido é possível de ser disciplinada em cláusula contratual, denominada “cláusula mortis” ou “cláusula de continuidade”. Incluída no corpo do contrato social no momento constitutivo ou posteriormente, através de alteração contratual, será suficiente para fundamentar o direito dos herdeiros em assumir a condição de sócio antes assumida pelo sócio falecido³²³, excluindo-se da orla deste *status socci* possível

³²² CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.166.

³²³ Cfr. ABRÃO, Nelson. **Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Saraiva, 1980 p.66. “Com a morte do sócio, e em havendo convenção contratual da continuação da sociedade com seus herdeiros nenhum problema existe, dando-se o ingresso automático desses na sociedade”.

função de administrador, haja visto, que a função tem cunho personalíssimo, corroborado pelo entendimento do art.1060³²⁴, parágrafo único do Código Civil.

Deve-se acrescentar que a *cláusula mortis* põe-se acima de possíveis argumentos contrários à sua aplicabilidade tendo-se por referência adotar a sociedade limitada um perfil predominantemente personalista ou capitalista³²⁵, em razão da seguinte justificativa: se de cunho predominantemente personalista a manutenção das quotas na família do falecido reforça a índole *intuitu personae*³²⁶; se com perfil capitalista, o ingresso do herdeiro do sócio falecido impede o desfalque no capital social.

Vale registrar-se que a manifestação antecipada dos sócios através de cláusula contratual está em consonância com o previsto no art. 1002 do Código Civil que prevê a possibilidade de ser o sócio substituído em suas funções mediante a aprovação unânime dos demais. Neste sentido, não há como negar que a existência de cláusula contratual acompanhada da assinatura dos sócios no contrato social demonstra a aquiescência antecipada de todos, de tal forma que a mudança de idéia de qualquer dos sócios não deverá ter a força de neutralizar o comando contratual.

Havendo discordância de qualquer dos sócios, quanto ao ingresso do herdeiro, restará ao descontente, salvo justa causa, aliás ressalva que é medida de bom-senso, o direito de recesso, nos moldes do art. 1077 do Código Civil, resolvendo-se a sociedade em relação ao sócio que se despede.

Pelo exposto até aqui pode-se compreender que a possibilidade de inserção de cláusula de continuidade era absorvida pelo sistema anterior e, com

³²⁴ Artigo 1060 do Código Civil Brasileiro: “ A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

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

³²⁵ A dicotomia lembrada não está relegada ao passado, nos termos das sociedades por quotas. As sociedades limitadas do código civil também poderão adotar contornos mais personalistas ou capitalistas, conforme autorização expressa do art. 1053.

³²⁶ *Intuitu personae* [Lat.] **Em consideração à pessoa**. ANDRADE, Carlos Octávio L. Cabral: organizador. Dicionário Jurídico. Adcoas 2001 pp 217.

muito mais razão pelo atual. Cabe, então, apreciar a mesma matéria considerando-se a omissão do contrato social no que tange à cláusula de continuidade. A dissolução total da sociedade adotada pelo Código Comercial de 1850, mediante a inexistência de cláusula contratual, acarretando a necessidade de autorização prévia dos sócios para prosseguir, mereceu críticas face a inadaptação do texto de lei, a uma tendência preservacionista já difundida, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, evidenciada pela seguinte ementa:

Embora constituída por apenas dois sócios, e havendo divergência entre o sócio remanescente e os herdeiros do pré morto, não cabe a extinção da sociedade, mas apenas a sua dissolução parcial, com apuração dos haveres devidos ao espólio através de balanço especial ³²⁷.

Esta demonstração de que a preservação da empresa foi impondo-se aos poucos como fato social de inegável dimensão, a exigir do direito o acompanhamento no regramento da matéria pode ser conferido através do pronunciamento de WALDIRIO BULGARELLI³²⁸:

Assim é que a empresa foi se impondo, pouco a pouco, com fluxos e refluxos, sempre, porém com uma constância remarcável, à consciência de todos-juristas, sociólogos, economistas, religiosos, políticos, a ponto de constituir uma realidade tão gritante que o direito não pode resistir ao seu impacto.[...] como fenômeno social de maior realce, pressiona os institutos jurídicos, a maior parte, como é natural defasada em relação à realidade econômica e em particular com referência a empresa.

³²⁷ Resp. nº 138.428-RJ 18.12.98; Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, apud LUCENA, op. cit. p.785.

³²⁸ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial. São Paulo**. Ed. Atlas, 4ªed. 2000. pp.14;19.

Imprescindível para finalização deste tópico é a consideração das sociedades formadas por apenas dois sócios que serão conduzidas a uma impessoalidade temporária.

Os defensores da dissolução dessas sociedades argumentavam que a falta de pluralidade era o fato preponderante, pois o direito brasileiro não admitia a sociedade unipessoal.

OLIVEIRA E SILVA³²⁹ opinava no sentido de que :

[...] sendo a sociedade composta por dois cotistas havendo silêncio, ou não do contrato, sobre a sucessão de um deles, ficará automaticamente dissolvida como se terminasse o prazo de sua duração.³³⁰

Tal orientação não prevalecia, mesmo antes de viger o código civil, mediante aplicação do previsto no art.18 do decreto. Por este estava autorizado uso da lei acionária como fonte supletiva das sociedades por quotas, sendo o art. 206, I, d³³¹ aquele utilizado nas hipóteses de unipessoalidade superveniente, representativo máxime da manifestação da preservação da empresa no direito então vigente.

Orientação quase pacificada na doutrina e na jurisprudência, a continuidade da empresa face à unipessoalidade foi acatada pelo código civil embora com amplitude aquém do que praticado anteriormente, pois nos termos do art. 1033 a unipessoalidade é aceita pelo ordenamento jurídico por 180 dias;

³²⁹ OLIVEIRA E SILVA, apud. MARSHALL, Carla C.A **sociedade por quotas e a unipessoalidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2002 p.86.

³³⁰ No mesmo sentido posicionavam-se Egberto Lacerda Teixeira e J.X. Carvalho de Mendonça.

³³¹ Assim dispõe o art. 206 da Lei 6404/76:

Dissolve-se a Companhia:

I – De pleno direito:

[...]d) pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251;

não sendo reconstituída a pluripessoalidade neste período, a dissolução se impõe; não por vontade do sócio, única hipótese que deveria conduzir à dissolução, mas por determinação legal, diga-se uma determinação incoerente que desconsidera o desenvolvimento das teses construídas na doutrina e jurisprudência e nega a própria personalidade jurídica.

Conclusão

Face à realidade econômica, o fenômeno empresarial encontra-se no centro dos interesses, sejam particulares (dos sócios) ou públicos (de toda a coletividade). Entretanto, não se pode aceitar que o interesse individual se sobreponha ao coletivo, por isso dissocia-se da idéia de empresa a figura do empresário, tornando-a um ente personificado – ainda que diante de sua noção como atividade econômica organizada de grande, médio ou pequeno porte –, sendo considerada com muita freqüência pelos doutrinadores menos tradicionalistas como uma instituição – restrita, porém, às grandes empresas *constituídas* precipuamente com o intuito de alcançar o bem comum realizando sua função social.

O princípio da preservação da empresa nasce exatamente da necessidade de lutar-se pela preservação dessa peça fundamental de nossa economia hodierna. É princípio que se baseia em garantias constitucionais e que se tornou um verdadeiro princípio fundamental do Direito Empresarial a imperar sempre que necessário, sendo aplicado em prol da sobrevivência da sociedade por cotas, de responsabilidade limitada e da empresa por ela exercida. Não há que se discutir sobre sua prevalência ou não face a outras regras do Direito Empresarial tendentes a um objetivo contrário à manutenção da empresa.

Procurou-se destacar o estudo das hipóteses que, tradicionalmente, poderiam por em risco a continuidade da empresa. Mesmo enquanto em vigor o Código Comercial e sua concepção individualista, a doutrina articulava-se no

sentido de adaptá-lo às necessidades de um novo tempo. O império cedeu à república; o mundo atravessou duas grandes guerras mundiais; as relações comerciais se intensificaram entre os países; a inflação instaurou-se; o regime militar deixou a governança; a constituição da república foi promulgada no Brasil, enfim, várias foram as transformações a exigirem uma adaptação ao serem aplicadas as leis.

A doutrina comercialista teve a missão de atualizar as normas mercantis a todas estas transformações; constatando algumas deficiências; imperfeições que precisavam ser sanadas. Submetidas ao ambiente do Código Civil, com o propósito de apreciar o grau de receptividade ao princípio preservativo, percebe-se que o desejo da doutrina em admitir a dissolução parcial da sociedade foi atendido pelo novel diploma; as causas que antes podiam ocasionar a dissolução total são hodiernamente reconhecidas como causa primeira da dissolução parcial, asseverando a adoção do princípio da preservação da empresa, ao menos, em parte.

Não pode-se concluir que esteja afastada a dissolução integral do ente; isso não. Mantém-se como uma espada sobre os vínculos societários que poderão ser rompidos por causas alheias à vontade dos sócios, tal como a não reconstituição da pluralidade em cento e oitenta dias, negando por completo o postulado da personalidade jurídica.

De resto, pode-se afirmar que a orientação preservacionista foi integrada ao nosso sistema, mas concluir que em sua máxima amplitude, não.

Referências Bibliográficas:

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de Bens dos Sócios*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *A Noção Jurídica de Empresa*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, a. 36, n. 143, jul./set. 1999.

ASCARELLI, Túllio. *Problemas das sociedades anônimas*. 2 ed. São Paulo; Saraiva, 1969.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa* (tradução e notas de Fábio Konder Comparato). Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 35, n. 104, out./dez. 1996.

AZEREDO, Teóphilo (coord.). *Novos Estudos de Direito Comercial em Homenagem e Celso Barbi Filho*, Forense: Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *A Reforma da Empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nova série, a. 22, n. 50, abr./jun. 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Coimbra., 1995.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960, Vol 2.

ISFER, Edson. *Sociedades Unipessoais & Empresas Individuais: responsabilidade limitada*. Curitiba: Juruá, 1996.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos de Empresas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARSHALL, Carla C. *A Sociedade por Quotas e a Unipessoalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Fran. *Sociedades por Quotas no Direito Estrangeiro e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, Vol 1.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1945. Vol. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, Vol. 1.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.