

Este material foi adaptado pelo laboratório de acessibilidade da universidade federal do rio grande do norte, em conformidade com a lei 9.610 de 19/02/1998, capítulo IV, artigo 46. Permitindo o uso apenas para fins educacionais de pessoas com deficiência visual. Não podendo ser reproduzido, modificado e utilizado com fins comerciais.

Revisado por: Sarah Cristina
Natal, agosto de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Constituição das sociedades contratuais. In_____. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 10, p. 152 a 160.

Página 152

CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES CONTRATUAIS

Página 153

1. NATUREZA DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE CONTRATUAL

A sociedade empresária nasce do encontro de vontades de seus sócios. Este encontro, de acordo com o tipo societário que se pretende criar, será concretizado em um contrato social ou estatuto, em que se definirão as normas disciplinadoras da vida societária.

As sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada são constituídas por contrato social. Isto terá repercussões no regime dissolutório aplicável a elas. As sociedades contratuais dissolvem-se de acordo com o que prevê, sobre a matéria, o Código Civil.

O contrato social é uma espécie bastante peculiar de contrato. As normas gerais de direito civil pertinentes aos contratos não podem, pura e simplesmente, ser aplicadas à disciplina do contrato social, em razão mesmo de suas particularidades. Das regras atinentes à formação, inexecução ou extinção dos contratos em geral, nem tudo se aproveita no desate de questões societárias.

De qualquer forma, os autores costumam apontar o contrato de sociedade como espécie do gênero “contrato plurilateral”, em que converge para um mesmo objetivo comum a vontade dos contratantes. No caso, os sócios celebram o contrato social com vistas à exploração em conjunto de determinada atividade comercial, unindo seus esforços e cabedais para a obtenção de lucros que repartirão. Como

parte de um contrato plurilateral, cada contratante assume obrigações perante os demais. Além disso, deste contrato surge um novo sujeito de direito, a sociedade, perante a qual os contratantes também são obrigados. A obrigação de o sócio integralizar a quota do capital social decorre do contrato social; o credor desta obrigação é a sociedade nascida do mesmo contrato.

2. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO SOCIAL

Para a validade do contrato social, o direito elegeu determinados requisitos.

Página 154

Sem a observância destes, a sociedade não se forma validamente, podendo ser decretada a sua anulação ou declarada a nulidade. A invalidação não se confunde com a dissolução da sociedade (em sentido largo, ou seja, compreendendo o processo de extinção e não apenas o ato que lhe dá origem), embora tanto uma como outra importem o desaparecimento, definitivo, dos efeitos do ato que constitui ou pretendeu constituir a sociedade.

A invalidação e a dissolução diferem em três aspectos: quanto aos sujeitos aos motivos e aos efeitos. Quanto aos sujeitos, a dissolução pode decorrer da vontade dos particulares (sócios ou seus sucessores) ou de decisão judicial, a passo que a invalidação decorre, sempre e apenas, de ato do Poder Judiciário.

Quanto aos motivos, a invalidação do ato constitutivo funda-se em uma desconformidade deste com o ordenamento jurídico em vigor, enquanto a dissolução se baseia em outros fatores, como a impontualidade no cumprimento de obrigação líquida (dissolução por falência), a inviabilidade do objeto social (CC, art. 1.034), a dissidência de sócio (CC, art. 1.077) etc. Finalmente, quanto aos efeitos, a dissolução opera irretroativamente e a invalidação, retroativamente. A irretroatividade da dissolução e a retroatividade da invalidação têm em vista, apenas, o principal efeito do ato constitutivo, qual seja, a existência da pessoa jurídica. Os atos jurídicos praticados pela sociedade empresária, não relacionados com a sua existência propriamente dita, não serão invalidados pela só invalidação do ato constitutivo. Por fim, a invalidação da sociedade importará exercício irregular da empresa, mesmo que o contrato social tenha sido registrado.

Para ser válido, o contrato social deve obedecer a duas ordens de requisitos. Em primeiro lugar, os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico; em

segundo, aqueles que o direito reservou especialmente para o ato constitutivo de sociedade empresária. Assim, têm-se:

a) *Requisitos genéricos* - a validade do contrato social depende da observância dos elementos que validam os atos jurídicos em geral: agente capaz, objeto possível e lícito, além da forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104). No que diz respeito ao primeiro deles, é importante ressaltar que a contratação de sociedade limitada por menor, devidamente representado ou assistido, é admitida desde que ele não tenha poderes de administração e o capital social esteja totalmente integralizado (CC, art. 974, § 3º); quanto ao objeto, a validade do contrato social depende da possibilidade e licitude da atividade econômica explorada, sendo inválida, por exemplo, uma sociedade formada para a prática de crime; e no tocante à forma, o contrato social deve ser escrito, por instrumento particular ou público, mas pode ser, de acordo com regras a seguir estudadas, excepcionalmente oral.

Página 155

b) *Requisitos específicos* - além do atendimento aos requisitos dos atos jurídicos em geral, devem os contratos sociais atender os requisitos que lhes são característicos: todos os sócios devem contribuir para a formação do capital social, seja com bens, créditos ou dinheiro; e todos os sócios participarão dos resultados, positivos ou negativos, da sociedade. Esses requisitos decorrem do próprio conceito de contrato social (CC, art. 981).

Uma sociedade empresária que dispense um dos sócios da contribuição para a formação de seu capital social não é válida; assim como também não tem validade aquela que exclua um ou alguns dos sócios dos lucros (sociedade chamada “leonina”) ou das perdas sociais (CC, art. 1.008). É nula a sociedade em que se pactuar, por hipótese, que um dos sócios será indenizado pelos demais em caso de falência, porque isto equivaleria à exclusão daquele sócio das perdas sociais.

Acentue-se que a lei não veda a distribuição diferenciada dos lucros entre os sócios, nem a distribuição desproporcional à participação de cada um no capital social; a vedação, com efeito, recai sobre a exclusão de sócio da distribuição dos lucros.

Cabe fazer menção, ainda, à *affectio societatis* como pressuposto de existência da sociedade empresária pluripessoal. Esse pressuposto diz respeito à disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresária,

de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio comum. Esta disposição, este ânimo, é condição de fato da existência da sociedade pluripessoal, posto que, sem ela, não haverá a própria conjugação de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo.

O pressuposto de existência da sociedade empresária pluripessoal não se confunde com os seus requisitos de validade. A sua falta compromete a existência do ente social; a dos requisitos, a validade deste.

3. CLÁUSULAS CONTRATUAIS

O contrato social deverá prever as normas disciplinadoras da vida social. Qualquer assunto que diga respeito aos sócios e à sociedade pode ser objeto de acordo de vontades entre os membros da pessoa jurídica empresária. É claro que nem tudo poderá ser previsto e exaustivamente regrado, mas, desde que não contemple solução ilegal, repudiada pelo direito, o contrato social poderá dispor sobre qualquer tema de interesse para os sócios.

Algumas cláusulas contratuais são, no entanto, necessárias para a completa regularidade da sociedade empresária. A lei exige do contrato social que atenda a determinadas condições para o seu registro na Junta Comercial (LRE, art. 35, III).

Página 156

Um contrato social omissivo quanto à cláusula dessa natureza não pode ser registrado e, portanto, a sociedade empresária contratada será irregular, sofrendo as consequências dessa situação e se submetendo às normas “sociedade em comum”. Já há outro grupo de cláusulas contratuais que não são indispensáveis ao registro do contrato social. A sua inexistência não impede o registro da sociedade empresária. É claro que tais cláusulas, a despeito de sua facultatividade, vinculam os sócios - e em certas vezes os sucessores dos sócios - ao avençado.

Assim, fala-se em duas espécies de cláusulas: de um lado, as essenciais, condição de registro do contrato e conseqüente regularidade da sociedade empresária, e, de outro lado, as acidentais.

São cláusulas essenciais do contrato social exigidas pelo art. 997,1 a IV e VI, do CC:

a) *Qualificação dos sócios* - o contrato deverá conter o nome e a qualificação dos sócios, compreendendo esta última, para as pessoas naturais, a nacionalidade, o estado civil e a profissão; e, para as jurídicas, a nacionalidade e sede. Além

desses dados, os sócios são qualificados pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), conforme o caso.

b) Objeto social - a atividade explorada economicamente pela sociedade deverá ser declarada no contrato social de forma precisa e detalhada.

c) Nome empresarial - o contrato social deverá conter o nome empresarial sob o qual girará a sociedade.

d) Sede - deverá esclarecer o contrato social qual é o município da sede da sociedade, o local onde, ordinariamente, pode ser encontrado o seu representante legal.

e) Prazo de duração - a sociedade pode ser contratada por prazo determinado ou indeterminado, de acordo, exclusivamente, com a manifestação de vontade dos sócios.

f) Capital social e quotas dos sócios - o contrato social deverá especificar o capital social da sociedade, bem como o modo e prazo de sua integralização e as cotas pertencentes a cada um dos sócios.

g) Nomeação do administrador - cabe ao contrato social estabelecer a representação legal da sociedade, nomeando o seu administrador ou administradores. Certas sociedades contratuais (N/C e C/S) não podem ser representadas por pessoa estranha ao quadro de sócios; mas a limitada pode ser representada por não sócio, nomeado no contrato social ou em ato separado.

Página 157

Trata-se de cláusulas indispensáveis à regularidade de qualquer sociedade empresária contratual.

Além das cláusulas essenciais, o contrato social deve atender a mais uma formalidade, para fins de obtenção do registro na Junta Comercial: o visto de um advogado, exigido para a validade de todos os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (EOAB, art. 1º, § 2º),

Como exemplo de cláusula contratual acidental, que visa a melhor disciplinar a vida da sociedade, mas cuja ausência não importa irregularidade desta, têm-se a cláusula arbitral (disciplina o modo de escolha de árbitro para decisão das pendências entre os sócios), a cláusula sobre o reembolso (fixa prazos e

procedimentos para pagamento ao sócio dissidente de alteração contratual) e a cláusula reguladora dos efeitos da morte de sócio, entre outras.

4. FORMA DO CONTRATO SOCIAL

O contrato social deve ser escrito, mas excepcionalmente o direito admite a forma oral. Cabe a prova da existência da sociedade entre certas pessoas (sócios “de fato”) por qualquer modo, inclusive testemunhas, cartas, perícia em contas bancárias (CC, art. 987). Nestes casos, provada a existência de negócios em comum, a sociedade terá sido oralmente contratada entre os sócios “de fato”. Claro está que uma sociedade contratada pela forma oral será, inevitavelmente, irregular, porque, faltando o instrumento escrito, o registro do ato constitutivo não é possível.

Atente-se que a prova da existência de sociedade contratada oralmente só pode beneficiar terceiros não sócios. Quer dizer, nas ações judiciais entre os sócios, ou destes contra terceiros, fundadas na existência da sociedade, a exibição de documento escrito é exigência legal (CC, art. 987).

O contrato social poderá ser celebrado, à escolha dos sócios, por instrumento particular (hipótese mais comum) ou por instrumento público lavrado por tabelião (mais rara). Depende, frise-se, exclusivamente da vontade dos sócios. Mesmo que faça parte da sociedade um sócio que não saiba ou não possa assinar, ou haja integralização do capital social com bens imóveis, o contrato social pode instrumentalizar-se pela forma privada. Assim, o instrumento público é dispensável se o sócio que não sabe ou não pode assinar outorgar, por instrumento público, procuração com poderes especiais a mandatário; este, então, firmará o contrato social feito em instrumento particular, em nome daquele sócio.

Página 158

Por sua vez, a dispensa do instrumento público depende de o contrato social descrever o imóvel como exigido para fins de registro imobiliário e conter, sempre que necessária, a outorga do cônjuge (LRE, art. 35, VII).

A forma das alterações contratuais não está vinculada à adotada pelo ato constitutivo (LRE, art. 53). Feito este por escritura pública, poderá ser alterado! por instrumento particular e vice-versa.

5. ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL

O ato constitutivo da sociedade empresária pode ser objeto de alteração, de acordo com a vontade dos sócios ou por decisão judicial. Se acaso as regras de convivência adotadas quando da constituição da sociedade não são mais satisfatórias, desde que se observem os requisitos de validade, os pressupostos de existência e as cláusulas essenciais, poderão os sócios livremente alterar as disposições contratuais.

A regra é a de que as deliberações sociais, exceto as que importam alteração contratual, são tomadas por maioria de votos. Salvo em hipóteses excepcionais, que se examinarão em seguida, a vontade majoritária dos sócios é eficaz para decidir os destinos da sociedade.

A maioria societária é definida não em função da quantidade de sócios, mas da participação de cada um deles no capital social. O voto de cada sócio tem o peso proporcional à respectiva cota no capital social. Um único sócio, então, pode representar a maioria societária, desde que a sua cota represente mais da metade do capital social. O número de sócios só importa em caso de desempate. Numa sociedade de três sócios, em que um deles é titular de metade do capital social, ocorrendo divergência entre este e os dois outros, caracteriza-se o empate. Prevalecerá, contudo, a vontade destes, por serem em maior número (dois contra um).

Em caso de não ser possível superar o empate pelo critério de quantidade de sócios, deverá observar-se o disposto no contrato social; se prevista cláusula de arbitragem, os sócios deverão socorrer-se da decisão do árbitro. Omissa o contrato social, caberá ao juiz decidir, no interesse da sociedade, fazendo prevalecer qualquer um dos votos proferidos pelos sócios. De se anotar que não pode o juiz impor uma terceira solução, não cogitada por nenhum dos sócios, como forma de superação do empate.

Quando as deliberações dos sócios importam alterações contratuais, exige-se, na sociedade em nome coletivo e em comandita simples, a unanimidade para mudança de cláusula essencial (CC, art. 999).

Página 159

Se um dos sócios dessas sociedades se manifestar contrariamente à alteração pretendida pelos demais, independentemente da participação societária dele, o contrato social permanece inalterado. Ainda nessas sociedades, a alteração do

contrato social em cláusula não essencial pode ser feita pelo voto de sócios que representam mais da metade do capital social.

Se a sociedade é limitada, a alteração contratual pode ser aprovada por sócios que representem três quartos do capital social (CC, arts. 1.071, V, e 1.076, I). Este *quorum* de deliberação é exigido, qualquer que seja a natureza da cláusula em mudança (essencial ou acidental). Os minoritários da limitada com até 25% do capital social devem se submeter à alteração aprovada pela maioria ou exercer o direito de retirada (sendo, neste último caso, reembolsados pelo valor patrimonial de suas quotas).

Anote-se que a lei, ao contrário do que seria o mais desejável, não guardou correspondência entre as hipóteses em que se exige a unanimidade da vontade dos sócios ou *quorum* qualificado de três quartos para eficácia da alteração contratual e as hipóteses em que o registro da alteração pode ser feito com a assinatura apenas do sócio ou sócios representantes da maioria social. Com efeito, são coisas distintas e discemíveis a deliberação da alteração contratual e o registro do respectivo instrumento. Assim, o direito, por vezes, dispensa a assinatura de todos os sócios no instrumento de alteração que só poderia ter sido deliberada pela unanimidade e, também, exige, às vezes, a assinatura de todos os sócios no instrumento de alteração contratual para cuja deliberação é suficiente a maioria qualificada. Uma exigência não interfere na outra.

Para que a alteração contratual seja registrada, independentemente do *quorum* exigido por lei para a sua deliberação, é necessária apenas a assinatura no instrumento respectivo de sócio ou sócios titulares da maioria do capital social. A assinatura de todos os sócios da sociedade contratual somente é exigível se o próprio contrato contiver cláusula restritiva de alteração por simples maioria (LRE, art. 35, VI).

Exemplificativamente, desejando um sócio de sociedade em nome coletivo alterar o seu objeto social, para fins de diversificação da atividade explorada, deverá convencer todos os demais sócios da necessidade ou oportunidade da alteração, posto tratar-se de tema que exige a unanimidade (CC, arts. 999 e 1.040). Mas o instrumento de alteração contratual, que muda o objeto da sociedade, poderá ser arquivado na Junta Comercial com a assinatura apenas do sócio ou sócios majoritários, se não houver cláusula proibitiva nesse sentido.

6. TRANSFORMAÇÃO DO REGISTRO

Quando um empresário individual considera que unir-se a outro investidor ou empreendedor poderia contribuir para o desenvolvimento de sua empresa, isto é, da atividade econômica que explora empresarialmente, ele terá duas alternativas.

Na primeira, ele constitui uma sociedade empresária com este outro investidor ou empreendedor, transferindo para a nova pessoa jurídica todos os bens afetos à atividade empresarial, bem como os direitos de crédito que titula perante terceiros, a título de integralização do capital social. Em seguida transfere à sociedade empresária constituída cada dívida (obrigação passiva) que tenha, em razão daquela empresa.

A segunda alternativa consiste em requerer à Junta Comercial a *transformação do registro de empresário individual em registro de sociedade empresária* (CC, art. 968, § 3º). Essa alternativa é mais simples e barata, porque todos os elementos do patrimônio afetado à atividade empresarial, incluindo obrigações passivas, são transmitidas à nova sociedade empresária.

A “transformação de registro” guarda semelhança, mas não se confunde com a “transformação” de um tipo societário em outro (*Cap. 15, item 16*). Na verdade, a “transformação de registro” de empresário individual em registro de sociedade empresária consiste simplesmente em outra modalidade de constituição de alguns tipos societários, assim como a “transformação de registro” de sociedade empresária em registro de empresário individual corresponde a uma modalidade específica de dissolução de alguns tipos societários.

Só as sociedades do tipo limitada em nome coletivo e em comandita podem ser constituídas e dissolvidas por meio de transformação de registro (IN-DNRC n. 112/2010, art. 3º).