

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana

ATIPICIDADE DE SOCIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Porto Alegre

2014

GIACOMO LUIZ MARIA OLIVEIRA GREZZANA

ATIPICIDADE DE SOCIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

Porto Alegre

2014

GIACOMO LUIZ MARIA OLIVEIRA GREZZANA

ATIPICIDADE DE SOCIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein
Zanini

Aprovado em 12 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Carlos Klein Zanini
Orientador

Professor Doutor Luís Renato Ferreira da Silva

Professor Doutor Luiz Carlos Buchain

RESUMO

A prática jurídica diária mostra o surgimento de sociedades ditas atípicas. Atípicas porque se encaixam no conceito de determinado tipo societário, mas cuja estrutura não corresponde à idealizada pelo legislador. Assim, por exemplo, as sociedades anônimas *intuitu personae* e as sociedades simples empresárias. Problemas maiores surgem quando se trata de determinar até que ponto as partes dispõem de liberdade para modelar o contrato de sociedade, sem que isso viole a disciplina típica de determinado tipo societário (forma societária). Uma segunda leva de problemas surge quando o operador do Direito tem de determinar a disciplina jurídica aplicável ao caso concreto, considerando que a disciplina prevista para o tipo societário abstratamente previsto na legislação não se coaduna perfeitamente com o caso concreto, porque pensado para uma situação típica e aplicado a uma situação atípica. O presente trabalho pretende desenvolver a problemática posta pela atipicidade das sociedades em vista da liberdade contratual no direito societário e em vista da aplicação do direito à espécie. Para isso será preciso primeiro trabalhar as ideias de conceito e de tipo na teoria geral do direito, para depois enxergar sua aplicação na atividade legislativa, na qualificação das sociedades como típica ou atípica e, por fim, seus desdobramentos na perspectiva da liberdade contratual dentro direito societário e da aplicação do direito.

ABSTRACT

The daily legal praxis shows the appearance of companies called atypical. They are so called because they fit the legal concept of certain corporate type, though its structure does not correspond to the one idealized by the legislator. As example, *intuitu personae* corporations and entrepreneurial ordinary partnerships. Big issues arise when it comes to determine the boundaries of parties' freedom to adapt the articles of association without violation of the typical legal discipline applicable to such corporate type (corporate form). A second issue arises when the legal practitioner has to determine the legal discipline applicable to the case at bar, taking into consideration that such legal discipline applicable to such corporate type does not fit perfectly the concrete case, for being fashioned to a typical situation, but applied to an atypical one. This paper intends to develop such problems originated within the domains of atypical companies, in the light of freedom of contract in corporate law and law enforcement. For such purposes it will be first necessary to expose the ideas of concept and type in the general legal doctrine, so it is possible to devise its application in the legislative activity, in the qualification of companies as typical or atypical and, lastly, the unfolding of consequences for the freedom of contract in corporate law and law enforcement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PARTE I – Pensamento Conceitual e Pensamento Tipológico em Direito Societário	
1.1 Distinção entre Conceito e Tipo	10
1.1.1 Características do conceito e do tipo	10
1.1.2 Categorização dos tipos.....	19
1.1.3 O tipo na atividade legislativa e o problema da atipicidade	26
1.2 Tipos e atipicidade em direito societário	30
1.2.1 Classificação das sociedades segundo o tipo.....	30
1.2.2 Atipicidade de Sociedades e o <i>numerus clausus</i> das Formas Societárias	39
PARTE II – A atipicidade como um problema de liberdade contratual e aplicação do direito em direito societário	
2.1 Atipicidade como problema de liberdade contratual.....	46
2.1.1 O conteúdo da liberdade contratual no direito societário	46
2.1.2 Os limites da liberdade contratual.....	50
2.1.3 O tipo como limite à liberdade contratual	54
2.2 Atipicidade como Problema de Aplicação do Direito.....	61
2.2.1 A opção pela aplicação formal ou pela livre criação do Direito	62
2.2.2 A abertura do sistema brasileiro	66
APONTAMENTOS CONCLUSIVOS	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

INTRODUÇÃO

Doutrina e jurisprudência nacional tem se deparado com o surgimento cada vez mais frequente de sociedades com estruturas atípicas. Exemplo mais comum são as sociedades anônimas familiares, cuja estrutura real é de sociedade de pessoas, mas adotam forma destinada a sociedades de capitais. Outra aparição comum dessa situação está nas sociedades simples de estrutura empresária.

A jurisprudência tem ficado perplexa com o tratamento a ser dado a tais casos, mormente quando se trata de determinar a disciplina jurídica aplicável. A perplexidade se deve a que, aplicar a uma sociedade anônima de pessoas a disciplina jurídica de sociedade de capitais não oferece às partes envolvidas no caso uma solução materialmente justa. O mesmo vale para sociedades simples empresárias e quaisquer outras estruturas atípicas.

O grupo de casos mais frequente se dá quando os sócios de sociedade anônima familiar entram em graves desentendimentos que põem em risco o funcionamento da atividade social. Diante disso, ingressam com ação requerendo a dissolução parcial da sociedade, alegando quebra da *affectio societatis*. Por longo tempo a jurisprudência se mostrou recalcitrante quanto à admissibilidade de tal pedido. A jurisprudência, porém, reviu seu posicionamento e tem aceito hodiernamente esse pedido¹.

A justificativa reside em que, nas sociedades de pessoas, o desentendimento entre os sócios pode pôr em risco as atividades da sociedade e impedi-la de preencher o seu fim. Com isso, estaria configurada causa de dissolução da sociedade anônima, nos termos do art. 206, inciso II, alínea b, da Lei 6.404/76. Como o acionista teria direito a pedir a dissolução total da companhia nesse caso, a jurisprudência admite que peça apenas a dissolução parcial, em homenagem ao princípio da preservação da empresa².

¹ Para uma descrição completa da evolução jurisprudencial, veja-se VIEIRA, Máira de Melo. *Dissolução Parcial de Sociedade Anônima: Construção e Consolidação no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

² VIEIRA, *op. cit.* Cap. 4.

Esta linha evolutiva mostra certo zelo de nossos tribunais com a justiça do caso concreto, para o que têm optado por considerar a atipicidade da sociedade como elemento corretivo das soluções legais.

O problema descrito, porém, toca, em verdade, a uma questão bastante mais profunda, a qual se tem passado ao largo tanto em doutrina quanto jurisprudência. É o problema da atipicidade das sociedades. A atipicidade surge porque a sociedade preenche nesses casos a forma de sociedade de capital, mas na prática não é sociedade de capital, ou preenche a forma de sociedade simples, mas é sociedade empresária – por isso a regulamentação legal muitas vezes é incompatível.

O presente trabalho pretende, então, trazer à tona a questão teórica de base que suscita o problema descrito de atipicidade. O que subjaz a essa problemática é o descasamento entre o conceito e o tipo que lhe serve de parâmetro. Como já dito, a sociedade por ações é disciplinada tendo em vista acolher estruturas capitalistas, mas na prática acaba acolhendo também estruturas personalistas. O mesmo valendo para as demais formas societárias.

Posta assim a questão como um problema de tipos e conceitos, surge uma dificuldade terminológica, porque a teoria dos tipos fala de tipos e tipicidade como juízo de qualificação de toda uma moldura concreta, v. g. tipo de pessoas/capital, tipo empresária/não-empresária, tipo interna/externa. Quando a legislação brasileira fala em tipos societários, não está usando a nomenclatura tal como desenvolvida pela teoria geral do direito, mas sim de um conceito de sociedade, p. ex. sociedade simples, limitada, anônima, etc.

Assim a palavra tipo comporta certa polissemia dentro do escopo de estudo. Esta polissemia ficará mais evidente ao longo dos Capítulos 1.1.1 e 1.1.3. A fim de obviar o inconveniente de confusões terminológicas será utilizada a expressão "forma societária" para se referir a o que a legislação chama "tipos societários". Já a palavra "tipo" terá o significado a ela atribuído nos capítulos 1.1.1 e 1.1.2, como oposto à palavra "conceito".

Posta assim a base deste trabalho na teoria dos conceitos e dos tipos, procurar-se-á aplicar o desenvolvimento de tal teoria no exterior (principalmente nos países de língua alemã), com aplicação específica ao direito societário.

A doutrina costuma apontar três desdobramentos da aplicação da teoria dos tipos ao direito societário. A teoria dos tipos se desdobra em (i) um problema de interpretação das normas, (ii) um problema de liberdade contratual e (iii) um problema de aplicação do Direito.

Desses, apenas os dois últimos constituem objeto do presente estudo, os quais serão tratados nos capítulos 2.1 e 2.2. Assim, não faz parte deste estudo a análise da tipicidade como problema de interpretação das normas de direito societário. A teoria da interpretação tem passado por significativas transformações que demandariam estudo demasiado extenso para que possa ser útil, o que não se compatibiliza com o limitado escopo de uma monografia de conclusão de curso.

O problema da dissolução parcial da sociedade anônima, tal como exposto acima, toca mais de perto ao problema da tipicidade como cânone hermenêutico (i. e., a atipicidade de uma sociedade anônima sendo tomada em consideração para averiguar se a sociedade do caso concreto está impossibilitada de preencher o seu fim) e por isso não será abordado novamente neste trabalho. O foco estará concentrado nas limitações à liberdade contratual que podem advir da (a)tipicidade de uma sociedade e na determinação da disciplina jurídica aplicável à sociedade do caso concreto em face de sua atipicidade.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em duas partes. Na primeira será desenvolvida a teoria dos tipos com aplicação dentro do direito societário. A primeira parte será subdividida em dois capítulos, o primeiro do qual se resume a explicar a teoria dos tipos e sua importância para a legislação, enquanto que no segundo expor-se-á a tipicidade das sociedades e como surgem na prática sociedades ditas atípicas.

Na segunda parte entraremos propriamente nos dois problemas sobre os quais este estudo pretende jogar alguma luz. No capítulo 2.1 será tratado o tema da liberdade contratual em direito societário em face da teoria dos tipos, e o capítulo 2.2 terá por objeto a problemática aplicação do direito a sociedades atípicas em face do direito brasileiro.

PARTE I

**PENSAMENTO CONCEITUAL E PENSAMENTO TIPOLÓGICO EM DIREITO
SOCIETÁRIO**

1.1 – Distinção entre Conceito e Tipo

Por tocar diretamente ao cerne do problema tratado neste trabalho, a ideia de tipo será objeto de estudo neste capítulo 1.1. Por ser desenvolvido em oposição à ideia de conceito, será necessário tratar também dos próprios conceitos neste capítulo. As ideias desenvolvidas aqui serão depois aplicadas no Parte II deste trabalho.

1.1.1 – Características do Conceito e do Tipo

A distinção entre conceito e tipo é de grande relevância para a Ciência do Direito. O método classificatório do conceito geral e abstrato influenciou fortemente a Teoria Geral e a Ciência do Direito – herança, ademais, da escola do Direito Natural e do idealismo alemão³.

A legislação utiliza-se dos conceitos e dos tipos para especificar fatos ou situações de fato às quais se refere e às quais visa imputar consequências jurídicas. Assim, ambos recaem sobre dados de fato, mas conceitos e tipos são diferenciados segundo quatro critérios estabelecidos em doutrina: abertura, gradação, inteireza e aproximação da realidade.

³ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editoras Forense, Gen e Billac Pinto, 2010, p. 175. No mesmo sentido, DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 51-51.

Há um quinto critério distintivo tradicionalmente apontado na literatura, que é o da descrição. Segundo este critério, o conceito se diferencia do tipo por apresentar enumeração exaustiva dos elementos que o compõem, enquanto que o tipo apenas pode ser descrito em face de seus elementos⁴. A diferenciação se baseia em que os conceitos têm por finalidade separar em duas classes os fatos que caem dentro do conceito e os que não caem dentro do conceito; já o tipo não se destina a diferenciar, mas sim a descrever o conteúdo típico⁵. Neste ponto, porém, a eleição do critério parece não se sustentar. Com efeito, o conceito define, classifica, mas não apenas isso. O conceito também descreve um conteúdo. Do mesmo modo, o tipo descreve um determinado conteúdo, mas não deixa por isso de estabelecer uma diferenciação frente a outros tipos⁶. Cremos que a tradicional distinção pelo critério da definição não é adequada.

Por vezes ainda, a doutrina aponta ainda um sexto traço distintivo, consistente no sentido do tipo, o qual pode ser definido como o nexo de conteúdo decorrente da análise do tipo em sua inteireza. Preferimos, porém, entender o sentido do tipo como característica imanente à sua inteireza, razão pela qual abtemo-nos de comentar essa característica em separado⁷.

a) Abertura: elasticidade do tipo – rigidez do conceito

Como primeiro traço distintivo entre tipos e conceitos, deve-se mencionar que o tipo se distingue por ser elástico, podendo até mesmo prescindir de algum ou alguns de seus elementos (também chamados índices do tipo) sem que isso implique necessariamente em não-preenchimento do tipo. Nessa perspectiva, BALEEIRO define o tipo como “sistema elástico de características, não limitadas, renunciáveis, vale dizer, características que podem até faltar em certos objetos, os quais, apesar disso, são dados como típicos”⁸. ÁVILA especifica essa característica do tipo como

⁴ Assim, por exemplo, DERZI, *op. cit.* p. 52-53 e 57.

⁵ OTT, , Walter. *Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts*. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972, §2, C, item III.

⁶ *Ibid.*

⁷ Nesse sentido, veja-se BALEEIRO, *op. cit.* p. 179.

⁸ *Ibid.* p. 178.

prescindibilidade de alguns elementos distintivos, sem que com isso o tipo deixe de se verificar⁹.

Já um conceito necessita da ocorrência de todos os seus elementos para que se considere preenchido¹⁰. Isso significa que um conceito ou é preenchido ou não é preenchido. Um conceito não pode estar “mais preenchido” ou “menos preenchido”¹¹. Se algum dos seus elementos lhe falta, então não se verifica no caso concreto a ocorrência de fato que possa ser subsumido ao conceito.

SZTAJN faz observa que há um elo entre a característica aberta do tipo e a característica de inteireza (conforme será analisado abaixo no item c). Por serem os limites do tipo necessariamente fluídos, “entende-se a necessidade de se tomar o contrato em sua totalidade e não apenas alguns elementos para fazer-se o confronto”.¹²

Essa rigidez do conceito (i.e., o conceito só existe quando todos os seus elementos estão presentes), em oposição à abertura (*prescindibilidade* de alguns elementos) do tipo leva-nos ao segundo traço distintivo entre os dois institutos: o da gradação.

b) Gradação: juízo de aproximação do tipo – juízo de sim ou não do conceito

O segundo traço distintivo é talvez o que permite maior diferenciação entre os dois institutos. Consequência natural da flexibilidade dos tipos é que seus elementos não permitem um juízo definido e acabado sobre o preenchimento do tipo. Ao contrário, pode-se apenas atestar pela maior ou menor aproximação de uma situação concreta ao tipo; o tipo permite assim apenas uma ordenação comparativa entre os

⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178. Veja-se também VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 41, para quem as características do tipo não são fixas e determinadas a ponto de precisarem se verificar sempre e em cada situação típica. No mesmo sentido, DERZI, *op. cit.* p. 57; COMIRAN, Giovana Cunha. *A Exegese do Art. 425 do Código Civil e o Método Tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos*. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.) *Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 600.

¹⁰ COMIRAN, *op. cit.* p. 600; DERZI, *op. cit.* p. 53.

¹¹ OTT, *op. cit.* §2, B, item I.a

¹² SZTAJN, Rachel. *Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro*. São Paulo: PKR Gráfica e Editora, 1987, p. 18-19.

casos, sem cortes rígidos de secção¹³. O tipo não permite dizer que está preenchido ou não, mas apenas que está mais ou menos preenchido. “A comparação tipológica se faz sempre no plano do mais ou menos, do tanto quanto. No plano dos conceitos porém não se admite o mais ou menos nem o tanto quanto, trata-se de este ou aquele, de sim ou não”.¹⁴

Os conceitos, ao contrário, pela rígida necessidade de verificação de todos seus elementos, apenas permitem dizer se foi preenchido ou não no caso concreto. O conceito apresenta, desta forma, apenas um juízo taxativo de inclusão ou de exclusão, de sim ou não: ou o conceito está preenchido, ou não está¹⁵. Costuma-se dizer que o conceito classifica, enquanto que o tipo pondera.

O tipo é assim passível de gradação. Conforme OTT, “eles [os tipos] se distinguem por serem gradáveis, por poderem se apresentar em maior ou menor medida em uma dada situação individual, em nosso caso, uma sociedade anônima concreta” (tradução livre)¹⁶.

A combinação dos elementos do tipo no caso concreto tem por vantagem viabilizar o estabelecimento de uma série comparativa entre diversas situações concretas. Neste sentido explica BALEEIRO que a gradação decorre da intensidade, da frequência e das combinações dos elementos do tipo, o que leva à possibilidade de se estabelecer uma linha comparativa entre os tipos, tal como aparecem. Já nos conceitos, há uma rígida separação entre as espécie que não permite a montagem de uma escala comparativa.¹⁷

A partir dessa escala comparativa que vai da ponta mais típica à ponta menos típica, pode ser formada uma *linha tipológica* (*typologische Reiheordnung* ou *Typenreihe*) em vista da aproximação do caso concreto ao tipo. A colocação de uma dada situação de fato concreta dentro da linha tipológica é determinada pelo grau de presença daquele elemento na situação concreta, podendo ser enquadrada mais a

¹³ DERZI, *op. cit.* p. 57-58. VASCONCELOS, *op. cit.* p. 44.

¹⁴ SZTAJN, *op. cit.* p. 18.

¹⁵ COMIRAN, *op. cit.* p. 600.

¹⁶ OTT, *op. cit.* p. 25. Em original alemão: “Sie zeichnen sich offenbar dadurch aus, dass sie abstufbar sind, dass sie einer individuellen Gegebenheit, in unserem Falle einer konkreten Aktiengesellschaft, in *mehr oder minder hohem Masse* zukommen können”.

¹⁷ BALEEIRO *op. cit.* p. 178. No mesmo sentido, ÁVILA, *op. cit.* p. 178.

uma ponta ou a outra¹⁸. O tipo classifica um objeto segundo o grau com que este objeto apresenta determinado elemento ou determinados elementos¹⁹.

LARENZ e CANARIS lembram ainda que a linha tipológica só é possibilitada pela flexibilidade própria dos tipos, pela sua fluidez. Confira-se:

“Uma expansão da construção sistemática em cima de tipos estruturais²⁰ ocorre através da construção de ‘linhas tipológicas’. Ela se baseia em que os tipos, justamente pela variabilidade de seus elementos, podem sobrepor-se uns aos outros, que elementos isolados podem se retirar, ou novos elementos podem entrar ou ganhar relevância, pelo que as transições entre os tipos são ‘fluídas’. Em uma ‘linha tipológica’, tipos que estão lado a lado, mas apesar disso distintos, são dispostos de modo que as semelhanças e as diferenças, e com isso também as manifestações de transição entre um tipo e outro, tornam-se nítidas enquanto tais”²¹.

Ao explanar a possibilidade de gradação do tipo, OTT lembra que este se traduz sempre em uma relação entre dois pontos dados. Para que seja possível enquadrar um objeto em uma linha é preciso dar, em primeiro lugar, condições sob as quais dois objetos possuem determinada característica em mesmo grau; em segundo lugar, é preciso formular as condições para que um objeto seja marcado de forma mais forte que outro por determinado elemento. A colocação desses elementos em comparação um ao outro é justamente o que permite a criação de uma linha tipológica. Ao falar-se de tipos, se está falando necessariamente de uma comparação: o tipo é sempre uma relação entre dois pontos dados²².

Já os conceitos são formulados em classes. Ou seja, o conceito deve elencar todas as condições *necessárias* e *suficientes* para que se o considere preenchido,

¹⁸ OTT, *op. cit.* p. 31.

¹⁹ OTT, *op. cit.* p. 34. VASCONCELOS, *op. cit.* p. 28.

²⁰ Sobre tipos estruturais, veja-se adiante Capítulo 1.1.2, item g).

²¹ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. Berlim; Heidelberg; Nova York; Barcelona; Budapeste; Hong kong; Londres; Milão; Paris; Tokyo: Springer Verlag, 1995, p. 299. Em alemão original: “Eine Erweiterung der im Strukturtypus gelegenen Systembildung erfolgt durch die Bildung von ‚Typenreihen‘. Sie beruht darauf, dass die Typen eben wegen der Variabilität ihrer Elemente dadurch ineinander übergehen können, dass einzelne Elemente ganz zurücktreten oder in den Vordergrund rücken, wobei die Übergänge zwischen den Typen wiederum ‚fliessend‘ sind. In einer ‚Typenreihe‘ werden nahe beieinander liegende, aber doch zu unterscheidende Typen in der Weise aneinander gereiht, dass die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede und damit auch die Übergangserscheinungen als solche deutlich werden“.

²² OTT, *op. cit.* p. 30-34. Sobre a linha tipológica, ou série de tipos, veja-se também SZTAJN, *op. cit.* p. 79.

condições estas que prescindem de um elemento comparativo, porque bastam a si mesmas para implicar no preenchimento do conceito²³. O resultado da aplicação de um conceito ao caso concreto é a *classificação* do caso em dentro do conceito ou fora do conceito.

Por tudo quanto exposto, a gradação do tipo pode ser resumida como a impossibilidade de se atribuir uma estrutura rígida e fechada ao tipo, que será sempre fluído e flexível. Em vista de sua fluidez, o tipo deve ser classificado segundo um juízo de aproximação, vale dizer: “mais ou menos típico”, mas jamais “típico ou não-típico”. O tipo é, assim, sempre um juízo de comparação entre situações típicas e atípicas, ou mais típicas e menos típicas, que permitem colocar o objeto sobre uma linha tipológica, em cujos extremos se encontram de um lado a situação típicas e, de outro, a situação atípica.

Os conceitos, ao contrário, necessitam de um elenco de condições necessárias e suficientes para que se dê sua ocorrência e que se bastam em si mesmos. O conceito é rígido: ou ocorre ou não ocorre. É sim ou não.

c) Inteira: visão de todo do tipo – soma de elementos do conceito

Tanto o tipo quanto o conceito são compostos de elementos individualizados que, uma vez presentes, determinam o preenchimento do tipo ou conceito. A diferença, porém, está em que os elementos do tipo são vistos em seu todo como uma interação entre todos os seus elementos (*Gesamtbild*), ao passo que no conceito privilegia-se os elementos em sua forma isolada, abstrata²⁴.

VASCONCELOS explica que “entre o tipo e os casos que o constituem, existe sempre um julgamento recíproco de adequação em que o tipo é ajuizado perante o caso e o caso perante o tipo, não no sentido em que operam a indução e a dedução,

²³ DERZI, *op. cit.* p. 53; COMIRAN, *op. cit.* p. 600. Especialmente, veja-se OTT, *op. cit.* p. 27-30.

²⁴ OTT, *op. cit.* §2, C, item IV. Ott, porém, aduz que este critério diferenciador seria demasiadamente vago. As razões que seguem no texto parecem, porém, suficientes para sustentar a discordância da crítica deste autor. No mesmo sentido, DERZI, *op. cit.* p. 53.

mas num desenvolvimento de amos, um perante o outro”²⁵. A imagem total do tipo (*Gesamtbild*) é ganha a partir dessa interação entre seus elementos.

SZTAJN rejeita qualquer possibilidade de se estabelecer as diferenças tipológicas com base em apenas um elemento descritivo do tipo, o qual só pode ser determinado com base em várias características encontradas na média daquela espécie ou figura²⁶. No mesmo sentido, BALEIRO se manifesta sobre a necessidade de visão do conjunto do tipo como um todo. Para ele, a interdependência dos traços do tipo forma uma estrutura, um conjunto total de sentido²⁷.

Reforçando essa característica do tipo, KOLLER aponta que “deste modo, o tipo é mais que a soma de suas partes. Ele é um todo de sentido, o qual, apesar de ser constituído de partes, apenas a partir do seu todo pode ser compreendido” (tradução livre)²⁸. Para LARENZ e CANARIS, seria falso abrir mão da visão como um todo (*Gesamtbild*) do tipo para analisar-se os seus elementos isoladamente; assim, na classificação de um contrato em determinado tipo contratual, por exemplo, não teria tanta relevância o preenchimento de cada característica do tipo contratual quanto o encaixe no quadro geral, na visão do todo do tipo do contrato²⁹.

TEICHMANN, nas poucas linhas que dedicou à distinção entre conceito e tipo, também destacou a inteireza do tipo, definindo-a como “todo de sentido” (*Sinnganzes*). O tipo seria assim, “não uma forma bem delimitada, especialmente frequente, mas sim um ‘todo de sentido’, cujos elementos não podem ser listados. (...) O típico, específico não se pode medir na existência ou na falta de componentes individualmente considerados, mas apenas através de visão do todo” (tradução livre)³⁰.

²⁵ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 45.

²⁶ SZTAJN, *op. cit.* p. 24.

²⁷ BALEIRO, *op. cit.* p. 179.

²⁸ KOLLER, Arnold. *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967, p. 19. No original em alemão: “Derart ist der Typus mehr als die Summe seiner Teile. Er ist ein Sinn-Ganzes, das zwar aus Teilen zusammengefügt ist, aber nur vom Ganzen her verstanden werden kann”.

²⁹ LARENZ e CANARIS, *op. cit.* p. 297.

³⁰ TEICHMANN, Arndt. *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1970, p. 139. Em original alemão: “(...) ist nicht eine genau umgrenzte, besonders häufige Form gemeint, sondern ein ‚Sinnganzes‘, dessen Elemente man nicht aufzählen kann. (...) Das Typische, Spezifische kann man nicht anm Vorhandensein oder Fehlen einzelner Bestandteile messen, sondern nur durch Anschauung gewinnen”.

LARENZ e CANARIS, em contrapartida, indicam o esgotamento de um conceito na soma de vários elementos isolados e individualmente considerados:

“O pensamento abstratizante apreende um objeto da percepção lógica, por exemplo uma certa planta, um certo animal, um certo edifício, não na completude concreta de todas as suas partes e sua ligação, como um todo, mas apenas na medida em que suas qualidades ou características individuais que sobressaem fixam atributos gerais, separados de sua união com os outros e, nessa medida, isolados.” (tradução livre)³¹.

Em suma, pode-se colocar este terceiro critério distintivo da seguinte maneira: os conceitos trabalham com a soma de elementos considerados isoladamente, os quais, uma vez verificados, permitem dar-se o conceito por preenchido. Os tipos, por sua vez, apenas podem ser considerados como um todo; não basta que os vários elementos abarcados pelo tipo se verifiquem, mas é preciso que seja analisada a figura final formada pela existência de todos esses elementos e do grau em que se apresentam. Justamente pela natureza gradativa do tipo não basta que se verifique no caso concreto a ocorrência dos elementos que o integram, porque a síntese destes elementos não necessariamente resultará sempre na mesma apresentação do tipo. Quando se fala em tipo, é preciso analisar seus elementos como um todo para enxergar o grau que este alcançou no caso concreto.

d) Aproximação da realidade: a realidade do tipo – abstração do conceito

Como resultado das características já abordadas acima, tem-se que o tipo é instituto mais próximo da realidade que o conceito. Isso decorre da riqueza de características do tipo e do fato de abranger as características de uma dada situação de fato como um todo. COMIRAN justifica essa proximidade da realidade no fato de que o tipo é formado a partir da repetição ou frequência de comportamentos³² – o que, como ver-se-á no capítulo 1.1.3, é determinante na fase de elaboração da legislação.

³¹ LARENZ & CANARIS *op. cit.* p. 266. Neste ponto, são acompanhados por DERZI, *op. cit.* p.53.

³² COMIRAN, *op. cit.* p. 599-600.

BALEIRO ensina que essa aproximação da realidade permite que o tipo se coloque como estrutura intermédia entre a abstração do conceito e a individualidade de cada situação concreta³³.

De modo semelhante, SZTAJN explicita que essa característica decorre justamente da fluidez dos limites tipológicos. Para ela, “o tipo não leva à divisão rígida de figuras porque, dada a fluidez de fronteiras, dos limites tipológicos, as transições das características tipológicas se definem, em geral, pelas modulações, aproximando-se da realidade concreta os modelos legais”.³⁴ Também OTT destaca que a proximidade da vida real decorre da fluidez do tipo e de sua graduabilidade³⁵.

Já VASCONCELOS vai mais longe e enxerga uma relação bastante forte entre o tipo e a realidade, em que aqueles não apenas retratam esta, mas medeiam a compreensão da realidade. Entre o tipo e a realidade haveria uma interação em que um constitui o outro³⁶. Assim, pode-se dizer que o tipo é categoria mais rica³⁷ que o conceito, e justamente por isso mais próxima à realidade. Essa sua característica é decorrência das outras características antes abordadas, quais sejam: abertura, gradação e inteireza do tipo.

1.1.2 – Categorização dos Tipos

Os tipos podem ser dispostos em diversas categorias. Para se chegar à ideia de atipicidade é preciso primeiramente passar pelo papel desempenhado pelos tipos na atividade legislativa, para apenas depois entender como o descasamento entre o

³³ BALEIRO, *op. cit.* p. 179.

³⁴ SZTAJN, *op. cit.* p. 234.

³⁵ OTT, *op. cit.* p. 26. O autor cita que “apesar dessa limitação, os elementos do tipo se caracterizam – ao contrário dos elementos do conceito - evidentemente pela sua graduabilidade. O tipo não leva a rígidas classificações, mas permite considerar também transições fluídas. Com isso está associada sua conhecida ‘proximidade da vida’” (tradução livre). Em original alemão: “Von dieser Einschränkung abgesehen, zeichnen sich die Typusmerkmale – im Gegensatz zu den Begriffsmerkmalen – offenbar durch ihre Abstufbarkeit aus. Der Typus führt nicht zu starren Einteilungen, sondern gestattet es, auch fließende Übergänge zu berücksichtigen. Damit hängt seine vielgerühmte ‚Lebensnähe‘ zusammen”.

³⁶ VASCONCELOS, *op. Cit.* p. 46-47.

³⁷ DERZI, *op. cit.* p. 57 e 76; OTT, *op. cit.* p. 36.

caso concreto e o tipo normativo coloca as questões que serão tratadas na Parte II deste trabalho. Abaixo estão discriminadas as principais categorias tipológicas.

a) Tipos Reais

Todo tipo tem formulação baseada na experiência empírica. Nem todos, porém, se esgotam na simples observação de dados da realidade (como ver-se-á adiante com os tipos ideais e normativos). Os tipos ditos “reais” são, assim, aqueles “ganhos através de abstração generalizante das realidades econômicas, as quais eles ilustram” (tradução livre)³⁸.

Os tipos ideais se diferenciam dos conceitos porque estes representam mera potencialidade, e dos tipos reais porque se baseiam em fatos realmente ocorrentes ou ao menos ocorridos na realidade³⁹.

b) Tipos-Frequência

Por tipos de frequência (*Durchschnittstypus*), LARENZ e CANARIS querem dizer as reações típicas de uma pessoa em determinada situação. O tipo-frequência baseia-se assim em uma medida do número de vezes de uma ocorrência; significa que deve esperar-se algo, que é comum que ocorra algo em vista do curso normal dos fatos⁴⁰.

Como se vê, essa classe tipológica faz referência a uma situação que corriqueiramente se verifica, sendo justamente por isso chamado *tipo-frequência*: algo é típico porque costuma ocorrer⁴¹. Isso permite dizer que o tipo-frequência é também um tipo real⁴².

³⁸ ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1953, p. 241. Em original alemão: “durch generalisierende Abstraktion aus wirtschaftlichen Realitäten gewonnen, welche sie ‚abbilden“.

³⁹ ENGISCH, *op. cit.* p. 241.

⁴⁰ LARENZ e CANARIS. *op. cit.* p. 291.

⁴¹ Assim VASCONCELOS, *op. cit.* p. 55.

⁴² ENGISCH, *op. cit.* p. 240-242 faz interessante paralelo entre os tipos-frequência e os tipos reais, chegando mesmo a dizer os objetos em questão devem se verificar na realidade para dar-se o tipo-frequência.

Essa classificação parte primeiramente de uma simples observação da realidade que em um primeiro momento não comporta necessariamente um juízo de valor. O Direito, contudo, pode elevá-los à categoria de normas quando a eles remete, seja por meio de lei ou por meio de negócio jurídico⁴³. Tal ocorre, por exemplo, quando a lei remete aos usos do tráfego ou aos costumes comerciais – os quais nada mais são do que “formas comportamentais socialmente típicas”⁴⁴ em um determinado círculo social, vale dizer, práticas que são reiteradamente aplicadas e aceitas pelos membros de determinado grupo social.

STRACHE acentua que tais tipos não são regras conceitualmente formadas, mas em verdade critérios móveis apreendidos do comportamento reconhecido como típico e que necessitam ser concretizados novamente a cada caso em que devam ser aplicados⁴⁵. Os tipos-frequência também são utilizados em Direito como provas *prima facie*, dado ser o que ocorre normalmente segundo as regras da experiência⁴⁶.

c) Tipos-Retrato

Tipos-retrato (*Gestalttypus*) se referem às características de um determinado quadro geral (*Gesamtbild*) comumente imaginado quando se refere a tal quadro geral. Esta figura é usada quando se fala do típico alemão, do típico brasileiro, do típico churrasco gaúcho, etc. O tipo-retrato reúne o conjunto de elementos que vêm à mente do interlocutor quando se menciona o tipo.

LARENZ e CANARIS definem o tipo-retrato como “(...) uma quantidade maior ou menor de qualidades, de traços característicos, que caracterizam esta espécie de retrato em sua inteireza, sem que precisem existir todas elas necessariamente em cada caso” (tradução livre).⁴⁷

⁴³ LARENZ e CANARIS. *op. cit.* p. 291.

⁴⁴ *Ibid.* p. 291.

⁴⁵ STRACHE, *apud* LARENZ e CANARIS. *op. cit.* p. 291.

⁴⁶ ÁVILA, *op. cit.* p. 179.

⁴⁷ LARENZ e CANARIS. *op. cit.* p. 291. Em original alemão: “(...) eine mehr oder minder grosse Zahl von Eigenschaften, charakteristischen Zügen, die ein derartiges Gebilde in ihrer Gesamtheit charakterisieren, ohne deshalb in jedem Fall notwendig sämtlich vorliegen zu müssen”.

Essa categoria de tipos pode funcionar como um modelo a ser seguido, como um paradigma para a previsão de fatos, inclusive normativos. O Direito pode valer-se desta categoria na atividade legislativa.

d) Tipos Representativos

Um tipo é sempre uma imagem geral de uma situação de fato. A concepção do tipo permite assim apenas unificar em uma imagem geral (*Gesamtbild*) os elementos do tipo, sem dar conta das diferenças entre cada elemento. Quando, porém, a característica marcante de um tipo é posta em relevo para diferenciar um tipo de outro, tem-se o chamado tipo representativo⁴⁸.

Com isso, o tipo representativo realça determinadas características, relações ou proporções da situação que lhe serve de base e atribui-lhe um nome, descrevendo a situação sem, contudo, perder o elo unificador entre seus elementos constituintes.

VASCONCELOS preleciona que os tipos representativos apresentam a vantagem de poderem ser utilizados como “critério de comparação com outros casos semelhantes”⁴⁹. Essa sua vantagem se explica porque o tipo representativo consiste naqueles mais expressivos dentro de uma série graduável ou bipolar; as suas características mais marcantes mantêm importância mais significativa que permitem relacionar o tipo representativo com os demais⁵⁰.

A utilidade prática desta categoria está em permitir a atribuição de uma etiqueta a cada tipo que o individualiza, e com isso o enquadramento de um fato em determinada categoria tipológica – sem o que, pode-se dizer, teriam os tipos pouca ou nenhuma utilidade para a ciência do Direito.

e) Tipos Ideais

⁴⁸ *Ibid.* p. 291.

⁴⁹ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 57.

⁵⁰ *Ibid.* p. 57. No mesmo sentido, ENGISCH, *op. cit.* p. 243, fala dos tipos representativos como ilustração característica da complexidade das formas.

A nomenclatura “tipo ideal” não deve levar a confusões com a característica – própria aos tipos – de proximidade da realidade. O fato do tipo ser ideal não significa que seja abstrato ou que não guarde relação com a realidade. O tipo ideal está sempre ligado a dados empíricos. A diferença deste para com o tipo real está na sua forma de relação com a realidade⁵¹. Já ENGISCH diferencia os tipos ideais dos tipos reais com base na elevação pelo pensamento de alguns elementos para além da realidade. O tipo ideal não se encontra em sua pureza em lugar algum da realidade⁵².

Pode perceber-se uma certa influência weberiana na formulação de tipos ideais. Assim, são esses tipos observados e retirados da experiência empírica, mas passam por um processo de abstração que os torna em tipos ideais, não necessariamente verificáveis ou verificados na experiência empírica. LARENZ e CANARIS chegam a dizer que se trata muito mais de um produto do pensamento, pois se trata de uma representação mental modelo⁵³.

Com a definição desta categoria, aproximamo-nos dos tipos efetivamente utilizados na ciência do Direito (os tipos normativos). Exemplos de tipos ideais podem ser a “livre economia de mercado” ou a “economia totalmente dirigida” e servem para construir modelos típicos que auxiliam no entendimento das “formas mistas” (formas que não se encaixam perfeita e plenamente em nenhum tipo ideal, mas que parcialmente com ele se identificam) por meio de comparação com os tipos lógicos ideais.⁵⁴

KOLLER também ressalta a desnecessidade de verificação do tipo ideal na realidade empírica. Para ele, “isso demonstra que o tipo ideal independe de já ter existido alguma vez uma situação que tenha de fato concretizado plenamente o conjunto de elementos [do tipo ideal]” (tradução livre).⁵⁵

⁵¹ ENGISCH, *op. cit.* p. 254.

⁵² ENGISCH, *op. cit.* p. 254. O autor cita que “O que diferencia o tipo ideal do tipo real é apenas o fato da elevação pelo pensamento de alguns elementos (...) para além da realidade. Vale porém: em sua pureza conceitual essa moldura do pensamento não se encontra em nenhum canto da realidade, é uma utopia, é uma construção” (tradução livre). Em original alemão: “Was den Idealtypus von Realtypus unterscheidet, ist nur dies, das ser ‘durch gedankliche Steigerung bestimmter Elemente der Wirklichkeit’ (...) über die Wirklichkeit hinausgeht. Dann gilt allerdings: ‚in seiner begrifflichen Reinheit ist dieses Gedankengebilde nirgends in der Wirklichkeit vorfindbar, es ist eine Utopie‘, es ist eine Konstruktion“.

⁵³ LARENZ e CANARIS. *op. cit.* p. 292.

⁵⁴ *Ibid.* p. 292.

⁵⁵ KOLLER, *op. cit.* p. 29. Em original alemão: “Das zeigt, dass dieser Idealtypus zwar unabhängig davon ist, ob es je ein Einzelding gegeben hat, welches diese Merkmalfülle tatsächlich realisierte“.

f) Tipos ideais normativos

Os tipos normativos partem de tipos ideais para a construção de um paradigma jurídico a ser aplicado a situações concretas. O tipo que antes era mera abstração ideal lógica ganha contornos de prescrição de um dever-ser. DERZI traz que a normatividade adquirida pelo tipo não vem necessariamente da frequência com que o tipo se verifica na realidade, “mas tão-só da realidade colhida no sentido querido pela norma”⁵⁶.

LARENZ e CANARIS explicam-nos da seguinte maneira:

“Quando se liga a tais ‘tipos ideais’ a opinião – a qual Max Weber de qualquer jeito não admitia – de que a um tal tipo ideal deve ser dada uma prevalência valorativa diante de outro e diante das diferentes formas mistas, então o tipo lógico ideal assume o caráter de um tipo ideal axiológico, de um [tipo] normativo” (tradução livre)⁵⁷.

Esse mesmo processo de formação de um tipo normativo a partir de um tipo lógico ideal, o qual vem a adquirir caráter axiológico, também é ressaltado por KOLLER. Este autor aduz que a característica do tipo ideal normativo está na valoração ética que do mesmo advém: o tipo ideal normativo não é um ser, mas um dever-ser, é um exemplo, um paradigma a ser seguido pelo indivíduo⁵⁸.

Como observa VASCONCELOS, os tipos normativos não são apenas quadros significativos de um ser, mas trazem em si também os critérios de ação ou omissão,

⁵⁶ DERZI, *op. cit.* p. 94.

⁵⁷ LARENZ e CANARIS. *op. cit.* p. 292. Em original alemão: “Wenn sich freilich mit solchen ‚Idealtypen‘ die Meinung verbindet – der Max Weber jedenfalls nicht war –, dass einem solchen Idealtypus ein Wertvorzug gegenüber dem anderen und gegenüber den verschiedenen Mischformen zukomme, dann nimmt der logische Idealtypus den Charakter eines axiologischen Idealtypus, eines normativen an”.

⁵⁸ KOLLER, *op. cit.* p. 29. Textualmente diz o autor: “Usualmente entendemos por tipos ideais o tipo devido no sentido de uma valoração ética. JELLINEK diz dele: ‘ele não é ser, mas um dever-ser’. Ele é um quadro-paradigma [Leitbild] a que o indivíduo deve aspirar e medida padrão segundo o qual é avaliado. Queremos, assim, chamá-lo tipo normativo para evitar confusões” (tradução livre). Em original alemão: „Allein gewöhnlich verstehen wir unter Idealtypen den gesollten Typus im Sinne einer ethischen Wertung. JELLINEK sagt von ihm: ‚er ist kein Seiendes, doner ein Seinsollendes‘. Er ist Leitbild, das der einzelne anzustreben hat, und Richtmass, nach dem er bewertet wird. Wiro wollen ihn daher zur Vermeidung von Missverständnissen lieber Normativtyp(us) nennen“.

de decisão, de valoração⁵⁹. Daí pode se ver a relevância que assumem tais tipos para a atividade de legislar.

g) Tipos Estruturais

Chegamos à categoria mais relevante para os propósitos deste trabalho. Os tipos jurídicos estruturais são formados a partir de tipos normativos. VASCONCELOS aduz que quando os tipos normativos “designam um na lei certos tipos de relações jurídicas, em especial tipos contratuais, designam-se tipos jurídicos estruturais”⁶⁰.

Em verdade, a legislação retira da realidade tipos de relações jurídicas estabelecidas e dá a elas uma formatação propriamente jurídica, não necessariamente mantendo todos os traços do tipo encontrado na realidade, sendo certo que por vezes o legislador pode alterar, excluir ou adicionar elementos ao tipo tirado da realidade⁶¹.

O que importa notar nos tipos estruturais é a relação de sentido estabelecido entre seus elementos. “Não se pode ignorar que entre esses elementos, que em sua totalidade distinguem o tipo, uma relação de sentido existe de modo que em certo grau um pressupõe ou exige o outro, mas no mínimo são compatíveis uns com os outros” (tradução livre)⁶².

O tipo estrutural pode ser exemplificado no contrato de sociedade. O contrato consiste na reunião de pessoas para o atingimento de um escopo comum. No caso das sociedades de pessoas, o modelo de administração predominantemente conduzida pelos próprios sócios, as restrições à circulação das quotas e a nomeação dos sócios no contrato social deixam entrever que se a lei pressupõe um círculo razoavelmente pequeno de pessoas que se conhecem pessoalmente e confiam

⁵⁹ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 58.

⁶⁰ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 58.

⁶¹ SZTAJN, *op. cit.* p.13; LARENZ e CANARIS, *op. cit.* p. 295

⁶² LARENZ e CANARIS, *op. cit.* p. 295. Em original alemão: “Es ist nicht zu verkennen, dass zwischen diesen Zügen, die in ihrer Gesamtheit den Typus ausmachen, eine sinnhafte Beziehung derart besteht, dass sie einander bis zu einem gewissen Grade bedingen oder fordern, mindestens aber miteinander verträglich sind“.

reciprocamente umas nas outras. Daí resultam deveres específicos de lealdade e cooperação, próprios às sociedades de pessoas e assim por diante.

O tipo estrutural ganha sua normatividade do horizonte de sentido que lhe é inerente, da união de seus diversos elementos em um quadro total. Isso se deve em grande parte ao fato de que o horizonte de sentido não é criado artificialmente pelo legislador, mas é retirado da prática cotidiana⁶³.

Os tipos estruturais são elementos hábeis para a compreensão e expressão de relações jurídicas, mas isso não significa que os partícipes estejam obrigados a obedecer estritamente aos tipos jurídicos estruturais. As partes podem afastar alguns de seus elementos ou modificar seu conteúdo. O importante é a visão do todo, a interdependência entre os elementos, a sua estrutura interna⁶⁴.

Com isto nos aproximamos dos problemas que serão tratados na Parte II. Na medida em que é possível modificar o conteúdo do tipo jurídico estrutural, pode ocorrer que determinada sociedade modifique a coerência de sentido interna do tipo estrutural a ponto de a normativa aplicável não ser mais materialmente compatível. Nos próximos capítulos e na Parte II será abordada a problemática do descasamento entre o tipo normativo e o tipo empiricamente verificado no caso concreto – o dito problema da atipicidade. Esse estudo, porém, será restrito ao direito societário.

1.1.3 – O tipo na atividade legislativa e o problema da atipicidade

Os tipos encontrados na realidade têm importância capital para o processo de legislar.

O legislador parte de uma situação concreta que encontra na realidade e à qual pretende dar regulação jurídica justa. Para tanto, parte de uma dada situação prática que se repete na vida real e depura-a de elementos considerados de pouca relevância, formando com isso um quadro geral da situação que pretende regular: com isso cria um tipo representativo da situação prática. Esse tipo se desprende dos casos

⁶³ *Ibid.* p. 296.

⁶⁴ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 59; SZTAJN, *op. cit.* p. 18.

individuais onde ele se apresenta e, ao fim, é a situação que o legislador visa regular. O tipo representativo assim formado serve, deste modo, de parâmetro (*Leitbild*) ao legislador na atividade legislativa – o tipo-parâmetro⁶⁵.

As consequências jurídicas de uma norma são, assim, originalmente e geneticamente orientadas a tipos-parâmetro.

Os elementos juridicamente relevantes dos casos individuais considerados para a formação do tipo nesse processo são os interesses dos indivíduos afetados pela situação em vista. Vale dizer que a tipificação é o processo pelo qual o legislador se afasta da disposição de interesses verificada em cada caso concreto e avança para uma disposição de interesses típica⁶⁶.

A essa primeira etapa da produção legislativa se segue uma segunda, de redação da norma. Segundo KOLLER, essa segunda fase é marcada pela construção de conceitos. A opção por conceitos tem a vantagem de permitir um maior controle do material objeto da regulamentação jurídica, além de permitir maior previsibilidade do direito e garantir segurança jurídica⁶⁷. BALEEIRO chega mesmo a dizer que a opção por tipos constitui garantia frágil de direitos constitucionais, sendo os conceitos mais adequados para esse propósito⁶⁸. E isso deriva da própria natureza dos conceitos, examinada acima no capítulo 1.1.1: o fato de serem rígidos, classificatórios, abstratos e constituídos de elementos individualizados meramente somados facilita a construção legislativa em cima de conceitos, de mais fácil investigação no caso concreto.

Não se pode negar que o caráter geral e abstrato de uma norma também justifica essa tendência à construção legislativa com base em conceitos. ÁVILA mesmo chega a dizer (limitando seu estudo ao direito tributário) que “essa ‘*tendência conceitual*’ decorreria da legalidade, da segurança jurídica, da uniformidade e

⁶⁵ KOLLER, *op. cit.* p. 81.

⁶⁶ KOLLER, *op. cit.* p. 82.

⁶⁷ KOLLER, *op. cit.* p. 82-83. Cabe lembrar que, conforme LARENZ & CANARIS, nem só de conceitos se vale a legislação. O legislador também lança mão de tipos-frequência e tipos de formatação na formação do arcabouço legislativo. Apenas quer-se dizer que há uma tendência ao uso de conceitos em grande medida, se não na maior parte dos diplomas legislativos. Sobre os tipos-frequência e os tipos de formatação, veja-se acima, capítulo 1.1.2.

⁶⁸ BALEEIRO, *op. cit.* p. 183-185.

praticabilidade”⁶⁹ da aplicação do Direito. Na medida em que a mesma consequência jurídica deva ser atribuída a todos os fatos iguais (igualdade formal perante a lei)⁷⁰, é evidente que a construção com tipos enfrentaria maiores dificuldades, eis que difícil estipular um “gatilho” que “dispare” a consequência prevista na norma – o conceito é taxativo: dispara ou não dispara; o tipo é fluído: é mais ou menos.

Mas é justamente a opção por conceitos que cria o problema dos casos atípicos, ou o *problema da atipicidade*.

Esse problema consiste em que a situação concreta pode preencher os requisitos de determinado conceito, mas pode não se aproximar do tipo tomado da realidade que serviu de base à elaboração de tal conceito pelo legislador. Dito de outro modo, os conceitos se distanciam do tipo que lhes serviu de parâmetro na fase de labor legislativo e que orientou o legislador na decisão que visava compor o equilíbrio entre os interesses das partes.

KOLLER ensina que, com esse distanciamento entre o tipo que justifica, aos olhos do legislador, a produção de determinadas consequências jurídicas e os dados verificados no caso concreto, perde-se também a linha lógica entre o próprio suporte fático e suas consequências jurídicas:

“A consequência jurídica (genética) dirigida ao tipo e a disposição típica de interesses fica atrelada a um suporte fático geral e abstrato, dissociado da disposição típica de interesses. A relação original entre tipo e consequência jurídica não é mais apurável da norma redigida. Desta forma, a regra jurídica geral implode de modo puramente formal a fronteira a ela inerente da vinculação à disposição típica de interesses” (tradução livre)⁷¹.

⁶⁹ ÁVILA, *op. cit.* p. 191.

⁷⁰ Estamos aqui falando da igualdade perante a lei na sua faceta de aplicação do Direito, não igualdade quanto à criação do Direito, que também é uma faceta da igualdade formal perante a Lei. Veja-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426. José Afonso da SILVA, prefere chamá-lo princípio da igualdade jurisdicional, pondo destaque em que (i) ao juiz é defeso fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei e (ii) ao legislador é proibido editar leis que tratem de forma desigual situações iguais (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 220). É ao sentido dado no item (i) que fazemos referência.

⁷¹ KOLLER, *op. cit.* p. 83. Em original alemão: “Die (genetisch) auf den Typus und die typische Interessenlage ausgerichtete Rechtsfolge wird mit einem generell-abstrakten, von der typischen Interessenlage losgelösten Tatbestand verknüpft. Der ursprüngliche Zusammenhang zwischen Typus und Rechtsfolge ist somit aus der redigierten Norm nicht mehr ersichtlich. Auf diese Weise sprengt die allgemeine Rechtsregel rein formal die ihr inhärente Grenze der Bindung an die typische Rechtslage”.

Eis a problemática da atipicidade. Na lógica do pensamento conceitual, é possível que uma dada situação de fato preencha todos os requisitos para que seja enquadrada dentro do conceito, mas o caso concreto pode não corresponder ao tipo que serviu de modelo ao legislador quando este retirou o tipo da mera realidade e a ele atribuiu caráter normativo, abstrato e geral, na forma de conceito. Essa problemática deriva da própria essência do método conceitual-classificatório. Pode-se, assim, dizer que “o método classificatório [conceitual] da atividade legislativa coloca à aplicação do direito o problema dos chamados casos atípicos”⁷².

A maior questão que se põe é que a subsunção da norma conceitual ao caso concreto pode acabar produzindo soluções jurídicas pouco satisfatórias, justamente porque pode ser aplicada a situações práticas dissociadas do tipo-parâmetro que serve de base à norma e justifica a produção dos efeitos jurídicos previstos.

Outra questão que a atipicidade coloca é a da liberdade contratual. Com efeito, na medida em que as partes podem dispor do conteúdo de suas convenções negociais, entra a dificuldade de saber-se até que ponto a liberdade de inserir cláusulas com conteúdo atípico, ou mesmo modificar ou excluir cláusulas com conteúdo típico, afasta a incidência do regramento previsto para o contrato. Ou seja, onde está o limite da tipicidade?

Neste passo, é preciso fazer uma distinção entre os significados de tipo e tipicidade para os fins deste trabalho.

Como já referido na Introdução, o vocabulário de língua portuguesa é dúbio neste tocante. Com efeito, a palavra tipo é utilizada no cotidiano jurídico não no sentido desenvolvido nos capítulos 1.1.1 e 1.1.2, em oposição à ideia de conceito, como um conjunto de elementos elástico, gradável, inteiro e próximo da realidade.

A palavra tipo é utilizada muito mais para indicar um conceito (por paradoxal que seja). Assim quando se fala de um tipo penal, por exemplo. Nesse caso, quer fazer-se referência a um conjunto de elementos que, uma vez verificado na realidade, chama para si a incidência de um conjunto normativo determinado. Em outras

⁷² KOLLER. *op. cit.* p. 84. Em original alemão: “die klassifizierende Methode der Gesetzgebung stellt der Rechtsanwendung das Problem der sog. atypischen Fälle“.

palavras, se está a tratar de um conceito, mas a prática cotidiana acabou por consagrar a terminologia tipo para significar, na verdade, um conceito de delito⁷³.

O mesmo ocorre no direito societário, quando se fala em tipo societário. Especificamente dentro do direito societário, o idioma alemão utiliza a palavra “*forma societária*” (*Gesellschaftsform*) para significar o que em português denominamos “*tipo societário*”. Com isso se evita o inconveniente de confundir o conceito de sociedade por ações, sociedade limitada, etc. com a tipicidade da sociedade, ou seja, a maior ou menor aproximação da sociedade do caso concreto ao modelo de sociedade utilizado como parâmetro legislativo para formar o “tipo societário” usado na lei. A doutrina nacional já buscou superar essa dificuldade terminológica através da menção a forma societária em vez de tipo societário.⁷⁴

Nessa esteira, será usado daqui em diante a expressão “forma societária” em vez de “tipo societário”, apenas para fins de evitar confusões terminológicas. O presente trabalho, inclusive pelo seu reduzido escopo, não pretende de forma alguma introduzir toda uma nova terminologia na literatura jurídica nacional.

Assim, neste trabalho “tipo” terá o significado desenvolvido nos itens 1.1.1 e 1.1.2; “forma societária” referir-se-á a tipos societários (sociedade limitada, simples, por ações, etc.); e “tipicidade” ou “atipicidade” deverá expressar a problemática delineada neste capítulo, de descasamento entre uma dada situação concreta subsumível a um conceito e o tipo que serve de base a tal conceito.

1.2 – Tipos e Atipicidade em Direito Societário

1.2.1 – Classificação das Sociedades Segundo o Tipo

⁷³ DERZI, *op. cit.* p. 64.

⁷⁴ RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de Sócio nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44; SZTAJN, *op. cit.* por diversas vezes faz menção a forma societária, como por exemplo à p. 81-82 e em toda a Parte Segunda de sua obra.

Conforme visto acima, o tipo abrange um sem-número de situações concretas, conforme estejam mais próximas ou mais distantes do tipo ideal, de modo a poder aplicá-las a uma linha tipológica.

As sociedades, concretamente consideradas, costumam ser classificadas segundo diferentes critérios. Pode-se, assim, classificá-las segundo sua personificação, segundo a responsabilidade dos sócios, segundo sua aparição como sociedade perante terceiros, segundo sua área de atuação ou mesmo segundo a importância da identidade dos sócios para a sociedade.

Dentre os cinco critérios acima mencionados, relevam aqui os três últimos, por basearem-se em tipos. Segundo sua aparição como sociedade perante terceiros, a sociedade pode ser avaliada como sociedade interna ou externa; segundo a área de atuação, a sociedade é avaliada como sociedade empresária ou não-empresária; já pelo critério da importância da individualidade dos sócios, as sociedades podem ser sociedades de pessoas ou de capitais. Os detalhes de cada uma dessas avaliações pelo tipo são analisados mais detidamente nos itens abaixo.

a) Sociedades Internas e Externas

Costuma dizer-se sociedade interna aquela cujo grupo de sócios não se apresenta como tal diante de terceiros; já a sociedade externa é, ao contrário, aquela em que os terceiros tratam com a sociedade enquanto tal e não com os sócios considerados individualmente⁷⁵.

Exemplo clássico de sociedade interna é a sociedade em conta de participação, regulada nos arts. 991 a 996 do Código Civil. Dentro desta forma societária, “as partes celebram um contrato interno”⁷⁶, mas seu regime jurídico, para efeitos externos, “é o correspondente àquele adotado pelo sócio ostensivo: o de empresário (individual) ou de sociedade empresária”.⁷⁷ Característica essencial desta

⁷⁵ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, cap. V, item 2.n.

⁷⁶ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial vol. 2*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 321.

⁷⁷ *Ibid.* p. 321.

forma societária é que apenas o sócio ostensivo assume obrigações em seu nome; uma vez transgredido esse preceito, desvirtua-se a sociedade (CC, art. 991, §único).⁷⁸

Na sociedade em conta de participação, apenas os sócios têm conhecimento da existência da sociedade, pois os terceiros não tratam com a sociedade, mas apenas com o sócio ostensivo. Daí ser a clássica hipótese de sociedade interna.

Mas essa característica pode ser relativizada na medida em que os demais sócios apareçam diante de terceiros e se apresentem, assim, como grupo social. Figure-se a situação em que um sócio participante preste garantia pessoal em todas as obrigações da sociedade em conta de participação. Nessa hipótese, a sociedade não deixará de ser uma conta de participação, mas certamente será em menor grau uma sociedade interna. Mesmo a publicidade do contrato de sociedade em conta de participação não desvirtua a natureza da sociedade, que continuará sendo uma conta de participação, mas nesse caso estará ainda mais próxima do tipo ideal de sociedade externa⁷⁹. Apesar dessa margem de liberdade, não se pode negar que o tipo-parâmetro que está à base da regulamentação da sociedade em conta de participação é o de sociedade interna. Foi nesse tipo que o legislador se baseou ao disciplinar essa forma societária.

A internalidade da sociedade não é, porém, exclusividade da conta de participação. Nada obsta a que outras formas societárias sejam tidas como sociedades internas. Uma sociedade em comum pode, a título de exemplo, não se apresentar a terceiros como tal, tendo cada sócio a incumbência de obrigar-se perante terceiros.

b) Sociedades Empresárias e Não-Empresárias

⁷⁸ LOPES, Mauro Brandão. *A Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 49. Observe-se que, no regime do Código Comercial revogado, quaisquer sócios podiam assumir obrigações em benefício da sociedade, mas quando tratavam com terceiros, deviam fazê-lo sempre em nome próprio.

⁷⁹ LOPES, *op. cit.* p. 49.

Com a revogação parcial do Código Comercial de 1850, caiu por terra a distinção entre sociedades civis e comerciais, substituída pela distinção entre sociedades empresárias e não-empresárias (ou simples)⁸⁰.

Pela disposição do art. 966, será empresário aquele exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Os profissionais liberais estão excepcionados pela regra do parágrafo único do mesmo artigo, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Desta disposição de lei podem ser extraídos vários elementos que, analisados em seu conjunto, formam o tipo ideal de empresa ou empresário. Assim, a empresa consiste (i) no exercício de uma atividade, ou seja, uma série de atos jurídicos individuais coordenados em vista de um fim⁸¹; (ii) na economicidade da atividade, que é uma atividade criadora de riqueza e bens ou serviços patrimonialmente avaliáveis⁸²; (iii) no profissionalismo da atividade, que implica na continuidade da atividade⁸³; (iv) na organização dos fatores de produção para que se desenvolva a atividade; e (v) na destinação à troca no mercado, afinal quem produz para consumo próprio empresário não é⁸⁴.

Nenhum desses elementos pode ser aferido de forma taxativa, mas comportam graduabilidade e apenas quando analisados em seu todo é que permitem ao intérprete identificar estar-se diante de uma atividade que em maior medida preenche os requisitos de uma atividade empresária ou não-empresária.

⁸⁰ Para uma crítica da evolução proporcionada pelo Código Civil de 2002, veja-se SZTAJN, *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. Na p. 134 a autora chega mesmo a dizer que a novel codificação apenas substituiu a etiqueta “comerciante” por “empresário”, sem substituir efetivamente por uma nova disciplina o antigo direito comercial. Em que pesem as críticas, pensamos que a codificação de 2002 logrou sim criar uma doutrina da atividade empresária, muito embora seja tarefa da doutrina desenvolver a ideia de empresa; veja-se REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. (coord. Miguel Reale e Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 167-169. A maior distinção no que toca à atividade empresarial em relação aos atos isolados também já foi desenvolvida por Tullio ASCARELLI em *O Empresário* (Tradução de Fabio Konder Comparato) in: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* v. 109, p. 184.

⁸¹ ASCARELLI, Tullio. *O Empresário*. (trad. Fabio Konder Comparato), in: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v.109, p. 183-184.

⁸² ASCARELLI, Tullio. *A Atividade do Empresário*. (trad. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França), in: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 132, p. 203.

⁸³ ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. (trad. Fabio Konder Comparato), in *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 104, p. 117.

⁸⁴ ASCARELLI, *A Atividade do Empresário*. *cit.* p. 205-206.

O que é certo é que o exercício de atividade intelectual e científica não constitui elemento de empresa, porque nesse caso “o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental”⁸⁵. Mas mesmo uma atividade intelectual pode se aproximar do tipo ideal empresária. À guisa de exemplo, pode tomar-se a atividade do médico. Quando praticada individualmente ou em uma clínica de médicos a atividade não costuma ser empresária, pois aí a organização dos fatores de produção tem caráter meramente acidental. Se a clínica médica cresce e torna-se um hospital, a organização dos fatores ganha relevância e aproxima o negócio do tipo de atividade empresária⁸⁶.

O tipo empresarial serviu de parâmetro à formulação da disciplina legal das sociedades em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e comandita por ações – basta ver o teor do art. 983 do Código Civil, o qual limita o exercício da atividade empresarial a uma dessas formas. Por outro lado, o tipo-parâmetro não-empresária pode ser visto nas sociedades simples, cooperativas, em comum e em conta de participação (vide o mesmo art. 983). Isso não significa que na prática não possa surgir uma sociedade limitada não-empresária ou sociedade simples empresária. Apenas quer-se dizer que a regulação legal dessas formas se baseia em um ou outro tipo, que são também tipos estruturais.

c) Sociedades de Pessoas e de Capitais

Esta é a distinção que mais tem chamado a atenção dos juristas pátrios e que mais suscita problemas e litígios na prática de nossas cortes e tribunais. Trata-se, em verdade, de distinção que teve surgimento com a criação das sociedades por ações – as quais, centradas na contribuição de capital do sócio, romperam com a concepção personalista da sociedade reinante até então⁸⁷.

⁸⁵ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 141.

⁸⁶ O exemplo é dado por Rachel Sztajn, citando Sylvio Marcondes. *Teoria Jurídica da Empresa*. cit. p. 85.

⁸⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 87-88.

Sociedades de pessoas são ditas aquelas em que a individualidade do sócio, ou seja, suas qualidades subjetivas, tem importância para o funcionamento da sociedade. Já nas sociedades de capital, o sócio não releva para a sociedade senão enquanto prestador de capital. Nas sociedades de estrutura capitalística, as características pessoais do sócio são irrelevantes, pois a sociedade ganha identidade pela sua estrutura de capital – não pelas características dos sócios⁸⁸⁸⁹.

Muito se tem discutido sobre a maneira de averiguar a existência do índice que faz a sociedade apresentar contornos mais personalistas ou mais capitalistas. RIBEIRO, por exemplo, critica a tradicional definição baseada nas contribuições pessoais do sócio para a sociedade, aduzindo que “mesmo nas sociedades classificadas como de pessoas, sócios contribuem apenas com dinheiro ou bens, como os comanditários nas sociedades em comandita simples e os ocultos nas sociedades em conta de participação. E nas sociedades anônimas os estatutos podem estabelecer obrigações pessoais dos sócios”⁹⁰.

Para RIBEIRO, “o traço distintivo da dicotomia sociedade de pessoas/sociedade de capitais deve centrar-se na livre transferência da participação social”⁹¹, entendimento seguido também por COELHO⁹². Já REQUIÃO defende que o índice identificador da personalidade ou da estrutura capitalística deve ser a pessoa dos sócios⁹³. Outros elementos desveladores do índice apontados pela doutrina são: garantia para os credores (com responsabilidade ilimitada de um ou mais sócios),

⁸⁸ Nesta mesma linha, Verçosa fala no peso das relações pessoais entre os sócios como índice definidor do caráter *intuitu personae* ou *pecuniae*. VERÇOSA, *op. cit.* p. 74.

⁸⁹ Assim explica MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 62-63, muito embora na opinião do autor esta classificação não escape à censura de ilógica, porque toda sociedade possui um capital social expresso em dinheiro. Não se pode concordar com tal asserção, porque a existência de capital social não afeta o grau de importância do sócio considerado individualmente para o funcionamento da sociedade. Em geral, relevante parcela da doutrina tem criticado a distinção entre sociedades de pessoas e de capitais, com base em que o critério não é seguro ou porque hoje em dia as categorias pessoas e capitais são fluidas, sempre havendo um elemento pessoal nas sociedades de capital e vice-versa. A nosso entender, grande parte dessas críticas pode ser derrubada por tratar-se de vinculação entre forma e tipo, por ignorar que se trata de problema de atipicidade. Nesse ponto, concordamos com a posição de VERÇOSA, adiante no texto, no sentido de que a ponderação deste tipo é sim útil. Para uma digressão sobre as críticas doutrinárias feitas à distinção entre sociedades de pessoas e de capitais, veja-se VIEIRA, *op. cit.* p. 29-33.

⁹⁰ RIBEIRO, *op. cit.* p. 41.

⁹¹ RIBEIRO, *op. cit.* p. 42.

⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 121.

⁹³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 415-416.

administração pessoal pelos sócios nas sociedades de pessoas e orgânica nas sociedades de capitais e a necessidade ou não de alteração do ato constitutivo da sociedade para transferência de participações societárias⁹⁴.

Todos esses critérios desveladores do tipo pessoas/capitais pecam por olvidar que sociedade de pessoas ou de capitais é um tipo e o tipo só pode ser aferido em sua inteireza⁹⁵. Não se pode confundir a importância pessoal do sócio para a sociedade com a forma de manifestação dessa importância. Se a pessoa do sócio releva para a sociedade, evidentemente haverá uma tendência a que o sócio participe da administração, a que o contrato precise ser alterado para que o sócio ceda sua participação e a que haja restrições à transferência das participações sociais. Mas essas são apenas manifestações externas de um fenômeno mais profundo, que é a importância ou o peso do sócio para o funcionamento da sociedade. De acordo com o número e o grau dessas manifestações é que se poderá verificar a ocorrência do tipo no caso concreto ou não. Todos os critérios elencados acima podem se prestar a revelar o tipo da sociedade, inclusive um deles isoladamente, mas isso não quer dizer que exista um único critério que possa cumprir essa função isoladamente. O próprio Renato Ventura RIBEIRO admite as limitações do índice de tipo por ele apontado (livre cessibilidade das participações) para tal finalidade⁹⁶.

Temos assim por definição que a sociedade estará tão mais próxima do tipo ideal sociedade de pessoas quanto maior for o peso das qualidades do sócio para o funcionamento da sociedade; e tão mais próxima do tipo ideal sociedade de capitais quanto menor for a relevância de suas qualidades pessoais e maior o de sua prestação de capital. Essa característica pode ser medida na restrição às transferências de participações sociais, na influência do sócio sobre a administração⁹⁷, na necessidade de alteração contratual para transferir participações, na proibição de concorrência à sociedade⁹⁸, dissolução em caso de morte⁹⁹, etc.

⁹⁴ Os critérios são arrolados por Renato Ventura Ribeiro, *op. cit.* p. 41-42.

⁹⁵ Nesse sentido, VASCONCELOS *op. cit.* p. 119: "Os índices de tipo são plurais. Não existe um traço distintivo único capaz de, por si só e sem o concurso de outros, individualizar, distinguir e servir de critério de comparação de todos os tipos contratuais".

⁹⁶ RIBEIRO, *op. cit.* p. 42-43.

⁹⁷ IMMENGA, Ulrich. *Die personalistische Kapitalgesellschaft*. Mannheim: Athenäum Verlag, 1970, pp. 75-93.

⁹⁸ RIBEIRO, *op. cit.* p. 47.

⁹⁹ RIBEIRO, *op. cit.* p. 47.

Assim, o legislador tomou por parâmetro o tipo sociedade de pessoas para elaborar a disciplina jurídica da sociedade em comum, simples e da sociedade em nome coletivo. Há formas societárias baseadas em estrutura capitalista, como a sociedade anônima. Formas baseadas em estrutura mista, como a comandita e a conta de participação, e mesmo de tipo híbrido, como a flexível sociedade limitada, que pode ser sociedade de pessoas ou de capital¹⁰⁰.

Outra questão é a classificação do *intuitu personae*. A doutrina costuma referir que o *intuitu personae* pode ser: absoluto ou relativo, positivo ou negativo, legal ou convencional, geral ou particular.

O *intuitu personae* dito absoluto é aquele em que a figura dos sócios originais é a tal ponto relevante que a morte, interdição ou saída de um sócio inviabiliza a atividade social, acarretando a dissolução da sociedade. Esta infungibilidade do sócio pode se dar por “vários fatores, como trabalho altamente qualificado, condição pessoal ímpar e crédito ou prestígio pessoal junto a terceiros, essencial ao exercício da atividade social”¹⁰¹. Será relativo o *intuitu personae* quando a figura do sócio for relevante para a sociedade, mas houver possibilidade de substituição.

Quando a relação pessoal entre os sócios exigir do sócio a prática de atos concretos positivos, tem-se o *intuitu personae* positivo. Se a qualidade pessoal do sócio lhe impuser apenas a abstenção da prática de certos atos, como não pertencer a grupo concorrente ou ingressar na sociedade com interesse conflitante, estar-se-á diante do *intuitu personae* negativo¹⁰².

O *intuitu personae* pode decorrer até mesmo da lei – caso em que será legal. Exemplo está na vedação ao exercício de certas atividades em razão da nacionalidade (art. 106 da Lei 6.815/80) ou na limitação da participação estrangeira no capital de serviços aéreos públicos (art. 181, II, da Lei 7.565/86). Se a relevância

¹⁰⁰ A classificação segue a de BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 36-37.

¹⁰¹ RIBEIRO, op. cit. p. 49. No mesmo sentido, Maíra de Melo Vieira, op. cit. p. 41-42.

¹⁰² VIEIRA cita certo posicionamento doutrinário no sentido de que o *intuitu personae* negativo na verdade apenas reforçaria o caráter capitalístico da sociedade, pois do sócio se exigiria apenas uma certa neutralidade, fazendo ressaltar a importância de sua contribuição de capital, op. cit. p. 38-39; RIBEIRO, op. cit. p. 51-52.

da pessoa do sócio for, por outro lado, estabelecida no contrato, ter-se-á o *intuitu personae* em sua forma convencional¹⁰³.

Por fim, as sociedades de pessoas podem ser classificadas ainda conforme o vínculo pessoal tenha caráter geral ou particular. Se a totalidade dos sócios é considerada relevante ao desempenho social o *intuitu personae* será geral; mas será particular quando a apenas alguns dos sócios tocar importância para o desenvolvimento das atividades sociais¹⁰⁴. VIEIRA ensina que no *intuitu personae* geral é considerado o sócio em geral, ou seja, todos os sócios têm a mesma importância para a sociedade; já no *intuitu personae* particular algum ou alguns dos sócios têm maior relevância na gestão das atividades sociais¹⁰⁵. Essa distinção põe em relevo que o *intuitu personae* não precisa se estender a todos os sócios, mas pode estar presente quando apenas alguns membros do quadro social tiverem relevância, exemplo visto no caso de sociedades por ações em que apenas alguns acionistas são afetados por restrições à circulação de ações ou são obrigados a prestações acessórias.

Uma última questão relativa às sociedades de pessoas ou de capitais merece ser abordada. Trata-se da discutida *affectio societatis* como elemento do contrato de sociedade.

A doutrina clássica, amparada na tradição herdada do direito romano¹⁰⁶, costuma dizer que o contrato de sociedade se baseia na relação pessoal entre os sócios, de modo que a *affectio societatis* seria elemento constitutivo do contrato de sociedade, a ele ínsito e genético, ainda que em graus diferentes conforme cada sociedade¹⁰⁷. Recentemente, porém, sobretudo com os escritos dos Profs. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes FRANÇA e Marcelo von ADAMEK¹⁰⁸, a doutrina tem propugnado por uma nova visão do contrato de sociedade em que as partes são unidas por um fim comum, e principalmente pela obrigação de fomentar o atingimento

¹⁰³ VIEIRA, *op. cit.* p. 42; RIBEIRO, *op. cit.* p. 52-53.

¹⁰⁴ RIBEIRO, *op. cit.* p. 53; VIEIRA *op. cit.* p. 39.

¹⁰⁵ VIEIRA, *op. cit.* p. 39.

¹⁰⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 149-150, p. 109-110.

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 111-112. No mesmo texto, os autores fazem um extenso arrolamento dos juristas que defenderam essa posição.

¹⁰⁸ *Ibid.* itens 4, 5 e 6.

do fim comum – e não por uma relação pessoal entre os sócios. Para esta recente doutrina, a *affectio* pode mesmo inexistir, pois não é elemento essencial ao contrato de sociedade.

Tal discussão, no entanto, não afeta o escopo deste trabalho. A sociedade será mais ou menos sociedade de pessoas conforme o grau com que se apresenta a *affectio societatis*. Se a *affectio* for forte, a sociedade estará próxima do tipo ideal sociedade de pessoas; se for fraca ou mesmo inexistir (caso se entenda que não é elemento necessário ao contrato de sociedade), a sociedade estará mais próxima do tipo ideal sociedade de capitais.

O que não se pode admitir é a pecha de distinção irrelevante ou ilógica¹⁰⁹, visto que, como diz VERÇOSA

“(...) é inegável que eles [os conceitos (tipos na verdade) sociedades de pessoas ou de capitais] têm enorme utilidade prática na verificação da medida da *affectio societatis* que liga os sócios ao se fazer a análise de sociedades em concreto (...) Diante de uma sociedade na qual a *affectio societatis* se apresenta com alto grau de intensidade e de outra em relação à qual ela se mostra em grau mínimo, o operador do Direito irá dar soluções diversas para os tópicos acima, seja na aplicação da lei ou, antes disto, na elaboração do contrato social segundo os interesses particulares dos sócios”¹¹⁰.

Especialmente esse último trecho do Prof. VERÇOSA introduz a problemática que será abordada na Parte II deste trabalho: em que medida a (a)tipicidade de uma sociedade pode influenciar a liberdade das partes no momento da elaboração dos instrumentos contratuais e na aplicação do direito à espécie pelo intérprete.

1.2.2 – Atipicidade de Sociedades e o *numerus clausus* das Formas Societárias

¹⁰⁹ Como erroneamente apontou MENDONÇA, *op. cit.* p. 62.

¹¹⁰ VERÇOSA, *op. cit.* p. 78. Da mesma forma pensa VIEIRA, *op. cit.* p. 32-33.

Como surge uma sociedade dita atípica? Nos termos do exposto acima no item 1.1.3, sociedade atípica será aquela cujo tipo empiricamente verificado na realidade divirja do tipo tomado pelo legislador como parâmetro na fase de elaboração da disciplina aplicável à forma societária correspondente. Assim, na sociedade por ações certamente teve o legislador em mente a criação de uma forma societária voltada para estruturas capitalísticas, enquanto que a sociedade simples foi idealizada para ser uma sociedade de pessoas; as sociedades personificadas são voltadas à aparição externa como sociedade perante terceiros, enquanto que a conta de participação nitidamente se adapta melhor ao tipo interno.

Mas a prática demonstra que podem surgir sociedades por ações de pessoas, assim como sociedades simples (embora de rara ocorrência na prática) podem assumir a forma capitalista. Do mesmo modo, uma conta de participação pode ser uma sociedade externa. Mas como se alcança tal resultado?

Para entender-se esta problemática será necessária uma breve explanação sobre o sistema fechado das formas societárias e o papel da autonomia da vontade no direito das sociedades.

Quando elabora a disciplina jurídica de uma forma societária, o legislador tem em mente a disposição dos interesses em jogo que costumeiramente se apresenta em situações tais¹¹¹, além de uma série de necessidades das partes. O arcabouço normativo visa, assim, a atender essa situação típica e conforme as diferentes situações-tipo, o legislador compõe um diferente arcabouço normativo para cada uma delas.

Como a atividade de uma sociedade espraia seus efeitos sobre terceiros credores, investidores, dentre outras classes de sujeitos – inclusive os próprios sócios, os quais também são sujeitos dignos de proteção – as legislações optam por um sistema fechado de formas societárias. O legislador coloca, assim, à disposição dos sócios um rol taxativo de formas societárias, dentre as quais os sócios têm de optar por uma¹¹². Esse sistema facilita aos sujeitos envolvidos a compreensão das relações da sociedade com seus sócios e com terceiros e proporciona assim a segurança e

¹¹¹ Vide acima, item 1.1.3.

¹¹² SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4ª ed. ampl. e atual. Colônia, Berlim, Bonn, Munique: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 97.

previsibilidade ao tráfego. Esta a razão de ser do *numerus clausus* das formas societárias¹¹³.

Especialmente quanto às sociedades personificadas, Karsten SCHMIDT baseia a definição taxativa das formas societárias na justificativa, igualmente relevante, de que as sociedades personificadas se constituem em um novo sujeito de direito. Nas sociedades personificadas requisitos legais mínimos devem ser preenchidos, pois “não se deve oferecer ao tráfego jurídico um quadro fantasioso como sujeito de direito”¹¹⁴.

À crítica de que tal sistema fechado e taxativo poderia conduzir a um engessamento do sistema jurídico e prejudicaria a evolução do ordenamento, Karsten SCHMIDT responde que (i) as formas societárias comportam liberdade contratual interna, de modo que o *numerus clausus* comporta certa elasticidade para que a prática o adapte a suas necessidades, e (ii) o legislador pode construir novas formas societárias, de que é exemplo a sociedade limitada¹¹⁵, modificar as formas societárias ou mesmo extingui-las, como ocorreu com as sociedades exploradoras de jazidas minerais (*bergrechtliche Gewerkschaften*)¹¹⁶.

Visto que a legislação coloca um elenco fechado e taxativo de formas societárias à disposição dos sócios, resta ver como a autonomia privada influi sobre a tipologia das sociedades.

Ao relegar à vontade das partes o papel de escolha da forma societária que melhor atende seus interesses, revela-se um propósito estrutural mais profundo do legislador. O sistema das formas societárias é pensado para que a própria vontade

¹¹³ SZTAJN, *op. cit.* p. 9.

¹¹⁴ SCHMIDT, *op. cit.* p. 96. Em original alemão: “Er darf dem Rechtsverkehr kein Phantasiegebilde als Rechtssubjekt vorsetzen”.

¹¹⁵ A sociedade limitada, ao contrário da maioria das demais formas societárias, não foi retirada da *praxis*, mas sim uma criação da *mens legislatoris*. O mercado alemão de fins do século XIX sentia necessidade de uma forma intermédia entre a sociedade em nome coletivo (*offene Handelsgesellschaft*) e a pesada sociedade por ações. O legislador, então criou uma forma chamada sociedade com responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) em 1886, que após se espalhou por quase todas as legislações do planeta. Sobre a história da criação da sociedade limitada, veja-se KOLLER, *op. cit.* p. 75 e ss. e a bela monografia de SCHUBEL, Christian. *Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

¹¹⁶ SCHMIDT, *op. cit.* p. 97.

das partes escolha a forma considerada pelo legislador a mais adequada às necessidades do caso concreto.

Dito de outra maneira, na sistemática das formas societárias o legislador atribui à vontade do agente a função de escolher dentre as formas societárias disponíveis aquela cujo tipo-parâmetro (*gesetzliches Leitbild*) mais se assemelha à situação concreta. Com isso, teria o legislador providenciado para que a cada caso particular correspondesse uma regulamentação jurídica materialmente compatível. Ou, como diz KOLLER, “baseou-se o legislador liberal em que o próprio interesse dos partícipes cuide para que, a cada caso, a forma societária correta (em seu sentido) seja escolhida” (tradução livre)¹¹⁷.

Esse projeto, contudo, desconsidera a complexidade da realidade. Na prática societária cotidiana os interesses mais diversos podem levar a que uma sociedade empiricamente de pessoas opte por uma forma societária pensada para atender a necessidades de sociedades de capitais – aí surgem as sociedades por ações a estrutura personalista, como as sociedades familiares, por exemplo.

SZTAJN se manifesta no sentido de que esse descompasso entre os modelos postos à disposição pelo legislador e as necessidades do tráfego jurídico é que cria os contratos atípicos. Diante da falta de regulação pelo legislador, as partes passam à autorregulação, derrogando regras ou misturando tipos contratuais¹¹⁸.

Assim surgem à parte dos tipos legais os tipos sociais ou mesmo esquemas novos e particulares que não correspondem a nenhum tipo social ou legal e que se destinam a satisfazer exigências ou necessidades particulares das partes¹¹⁹. Por vezes a estrutura criada pelas partes constituirá forma inteiramente nova, o que é vedado pelo sistema fechado, de *numerus clausus* das formas societárias. Em outros casos, porém, a estrutura será encaixável dentro do conceito da forma societária, mas haverá certa movimentação dentro desse conceito que deslocará a tipicidade da sociedade para mais ou para menos.

¹¹⁷ KOLLER, *op. cit.* p. 95. Em original alemão: “Dabei baute der liberale Gesetzgeber darauf, dass das ureigene Interesse der Beteiligten selber dafür Sorge, dass jeweiligen die (in seinem Sinne) richtige Gesellschaftsform gewählt werde”.

¹¹⁸ SZTAJN, *op. cit.* p. 7.

¹¹⁹ FERRI, Giovanni B. *Causa e Tipo nella Teoria del Negozio Giuridico*. Mião: Giuffrè, 1966, p. 224.

VASCONCELOS explica que a análise de um tipo contratual se dá em dois momentos. No juízo primário prepondera a justiça e adequação material da decisão, enquanto que no juízo secundário prevalece a segurança e a certeza na aplicação da norma. O juízo primário corresponde ao raciocínio tipológico; o secundário, ao conceitual¹²⁰. Segundo VASCONCELOS, “a redução do juízo de tipicidade legal do contrato ao juízo secundário não obsta a que, na concretização do regime dos contratos legalmente típicos, designadamente na interpretação complementadora, se use o juízo primário. O juízo de qualificação legal, que é secundário, tem como consequência apenas a vigência directa da disciplina legal do tipo”¹²¹.

O juízo de tipicidade é a conjunção do juízo primário com o secundário. O juízo secundário acarreta a incidência directa da disciplina do modelo legal ao caso. O juízo primário, porém, é propriamente o que mais de perto toca ao objeto deste estudo, porque é ele que indica a maior ou menor correspondência do caso ao tipo¹²² – o chamado problema da atipicidade.

Diante dessa necessidade de moldar os modelos legais às suas necessidades particulares, as partes derogam normas dispositivas ou criam normas extravagantes aplicáveis apenas às suas relações. As cláusulas, por meio das quais tais transformações se operam, podem ser (i) aditivas, quando acrescentam novos elementos aos modelos legais, ou (ii) substitutivas, quando modificam elementos tipificadores (ou melhor dizendo, determinantes da forma) fixados em normas dispositivas¹²³.

Tais cláusulas (chamadas atípicas justamente por fugirem aos esquemas tradicionais) podem se movimentar dentro dos limites da elasticidade própria a cada forma societária¹²⁴, como bem observou Karsten Schmidt, citado acima, e com isso permitem variabilidade à rigidez das formas societárias. Nada há de reprovável em as partes usarem sua liberdade para adaptar os modelos legais a seus interesses, mas é através dessa adaptação que surgem as sociedades atípicas, sociedades em que o

¹²⁰ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 188.

¹²¹ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 189. Observe-se que o autor trata da tipicidade dos contratos bilaterais em geral, por isso usa o termo tipo em acepção diversa da que viemos usando ao longo deste trabalho. Tipo aqui pode ser entendido como o tipo estrutural do contrato, tal como regulado na lei, o que seria equivalente ao que viemos chamando de “forma” em direito societário.

¹²² VASCONCELOS, *op. cit.* p. 191.

¹²³ SZTAJN, *op. cit.* p. 231-232; VERÇOSA, *op. cit.* p. 82.

¹²⁴ Neste sentido, COMIRAN, *op. cit.* p. 608. Para a autora, uma vez extrapolado o limite do coeficiente elástico do tipo, ter-se-lo ia por desnaturado, e já estaríamos no campo do atípico.

tipo empiricamente formado através de tais cláusulas não corresponde ao tipo-parâmetro da legislação.

E é justamente aí que o *numerus clausus* das formas societárias se imbrica com a liberdade contratual e cria-se um problema. Enquanto que nos contratos bilaterais têm as partes ampla liberdade para criar formas atípicas¹²⁵, em direito societário as partes estão restritas a um estrito rol de formas societárias postas à disposição pelo legislador. A criação de uma nova forma societária não é possível. E as cláusulas atípicas põem o problema de saber quando e em que limites tal atipicidade não desnatura a própria forma societária. Donde surge a indagação que será desenvolvida no Capítulo 2.1 deste trabalho: pode a tipicidade servir de limite à liberdade das partes de formatar o conteúdo do contrato de sociedade?

No Capítulo 2.2 será discutido o problema da determinação do direito aplicável a uma sociedade que formalmente preenche o conceito da forma societária, mas em realidade se encontra distante do tipo-parâmetro em que se baseia aquela forma.

¹²⁵ OTT, *op. cit.* p. 87.

PARTE II

A ATIPICIDADE COMO UM PROBLEMA DE LIBERDADE CONTRATUAL E APLICAÇÃO DO DIREITO EM DIREITO SOCIETÁRIO

2.1 – Atipicidade como Problema de Liberdade Contratual

Com a inserção de cláusulas atípicas no contrato de sociedade cria-se o problema mencionado *retro* no item 1.2.2 de desnaturação da própria forma societária. Esse problema ganha em relevância, porque as formas societárias são *numerus clausus* e, caso a atipicidade de uma dada sociedade atinja níveis exorbitantes, pode-se desnaturar a própria função da forma societária, de proporcionar previsibilidade e segurança ao tráfego¹²⁶.

Por outro lado, é sabido que toda forma societária comporta certa elasticidade interna, com possibilidade de adaptar o conteúdo disposto na lei às necessidades particulares das partes. Os confins dessa elasticidade constituem o problema que mais de perto será abordado neste capítulo 2.1. Será preciso primeiramente adentrar qual o conteúdo efetivo da liberdade contratual em direito societário, para após analisar seus limites e de que maneira a tipicidade pode contribuir para especificar esses limites.

2.1.1 – O Conteúdo da Liberdade Contratual no Direito Societário

A liberdade contratual em direito societário é comumente seccionada em duas outras grandes liberdades: a liberdade de escolha da forma societária (*Formwahlfreiheit*) e a liberdade de formatação do conteúdo correspondente à forma societária escolhida (*Gestaltungsfreiheit*)¹²⁷. Naturalmente, estão aí compreendidas

¹²⁶ Assim defendeu na Alemanha, PAULICK, Heinz. *Die Eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1954, p. 35-37. Também SCHMIDT, *op. cit.* p. 97.

¹²⁷ Assim analisa KOLLER a liberdade contratual em direito societário no §8º de sua obra.

também a liberdade de escolha dos parceiros contratuais e a própria liberdade de decidir celebrar o contrato de sociedade – liberdades que, de resto, podem ser encontradas no direito obrigacional em geral. Em direito societário, contudo, a liberdade de determinação do conteúdo contratual (*Inhaltsfreiheit*) parece ser em geral mais restrita¹²⁸. Por essa razão, dedicar-se-á especialmente às liberdades que tocam diretamente ao conteúdo do contrato de sociedade – as liberdades de escolha da forma e formatação de seu conteúdo.

a) Liberdade de Escolha da Forma Societária

A liberdade de escolha pode ser sintetizada como a liberdade que as pessoas têm de, “entre o número fechado das formas societárias reguladas na Lei, escolher aquela que melhor serve aos seus objetivos” (tradução livre)¹²⁹, sem porém cunhar novas formas¹³⁰.

Com esse âmbito de liberdade, o legislador encontrou uma solução intermediária entre uma total liberdade de construção do formato contratual e a total restrição à liberdade das partes. Assim não podem ser criadas novas formas societárias, pois as diversas disposições de interesses abarcadas no direito societário necessitam relações jurídicas calculáveis – o que o ordenamento garante através de um elenco fechado de formas societárias. Por outro lado, a lei não prescreve qual forma deve ser utilizada pelas partes em cada caso concreto, o que tornaria os ganhos em previsibilidade do direito insuportáveis em vista das mutáveis necessidades das partes¹³¹.

Apenas excepcionalmente a Lei prescreve uma forma societária específica às partes¹³², como no caso de instituições financeiras, que devem adotar a forma de sociedades por ações (art. 25 da Lei 4.595/64), ou operadoras de seguros privados, que devem adotar a forma de sociedades por ações, mútuas ou cooperativas (art. 1º

¹²⁸ KOLLER, *op. cit.* p. 108.

¹²⁹ KOLLER, *op. cit.* p. 109. Em original alemão: “(...) aus der geschlossenen Zahl der im Gesetz geregelten Gesellschaftsformen jene auszuwählen, die ihren Zwecken am besten dient“.

¹³⁰ OTT, *op. cit.* p. 87.

¹³¹ KOLLER, *op. cit.* p. 109.

¹³² WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil. Vol. XIV.* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira) 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2010, p. 79

do Decreto-Lei 2.063/40). Como regra geral, o legislador não vincula a escolha de uma determinada forma societária a uma determinada atividade ou ao tipo concretamente verificado¹³³. A liberdade de escolha da forma é possível justamente porque “o legislador desiste de vincular estritamente as sociedades reguladas em lei ao seu tipo [tipo-parâmetro] ou mesmo de prevê-las cogentemente para as relações típicas” (tradução livre)¹³⁴.

No direito brasileiro, esta regra geral é atenuada pelo art. 983 do Código Civil, o qual coloca à disposição da sociedade empresária apenas a forma da sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e comandita por ações. Entretanto, mesmo aqui não há uma rígida vinculação da forma ao tipo, pois a Lei coloca uma gama de formas societárias à disposição das partes, excluindo, na verdade, apenas a forma da sociedade simples e a cooperativa, pelo que não se deve considerar quebrada a regra geral. Por outro lado, para as sociedades simples há uma estreita vinculação do tipo à forma, pois apenas sociedades não-empresárias podem adotar a forma de sociedade simples. Como demonstrar-se-á no capítulo 2.1.3, o art. 983, uma estreita vinculação da forma ao tipo não é praticável, justamente porque as partes têm liberdade para escolher a forma societária que melhor se lhe afigura e modelar o seu conteúdo. O art. 983 padece ainda da dificuldade de enxergar-se o limite a partir do qual a sociedade pode ser considerada empresária e ter sua liberdade de escolha da forma limitada (vide capítulo 2.1.3).

No tocante à escolha da forma societária, o ordenamento ocupa-se tão somente com o preenchimento de requisitos básicos para que se defina a forma societária (ou melhor, o conceito da forma societária) escolhida, como número mínimo de sócios, responsabilidade pelas dívidas sociais e características dos sócios. Através desses requisitos mínimos cuida a lei em certa medida da concordância da forma com o conteúdo, mas isso não elide a liberdade de escolha das partes, que continuam dispondo de um catálogo de formas societárias para alcançar da melhor forma seus objetivos¹³⁵.

¹³³ KOLLER, *op. cit.* p. 110.

¹³⁴ KOLLER, *op. cit.* p. 110. Em original alemão: “(...) dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, ie gesetzlich geregelten Gesellschaften eng an ihre Typen zu binden, oder sie gar für die typische Verhältnisse zwingend vorzuschreiben“.

¹³⁵ KOLLER, *op. cit.* p. 111-113.

b) Liberdade de Formatação do Conteúdo

Por liberdade de formatação do conteúdo entende-se o poder de que dispõem as partes “(...) para formatar o conteúdo dos tipos [formas] regulados em lei de modo diferente do conteúdo fixado em lei, desde que disposições cogentes não se oponham” (tradução livre)¹³⁶.

KOLLER explica que a liberdade de formatação vem da distinção entre *essentialia negotii* e *naturalia negotii*. Os elementos essenciais são aqueles que integram a própria estrutura do negócio e que não podem ser modificados sem que o seja também o próprio modelo contratual ou forma societária. Já os elementos naturais são aqueles que defluem do próprio tipo e podem ser considerados queridos, ausente disposição em contrário, mas permitem ser afastados pela vontade das partes. É com relação a esses últimos que se fala em liberdade de formatação¹³⁷.

A liberdade de formatação das partes consiste em poder afastar normas dispositivas, relacionadas aos *naturalia negotii*. Com isso, a extensão da liberdade de formatação decorre positivamente de normas dispositivas e negativamente de normas cogentes que não podem ser derogadas pelas partes¹³⁸.

Como visto anteriormente, as partes têm liberdade para usar uma determinada forma societária para atingir objetivos não necessariamente coincidentes com os do tipo-parâmetro da forma societária escolhida. Mas essa liberdade não teria concretude se as partes não pudessem adaptar as normas que regem a forma societária escolhida (pensadas para o tipo-parâmetro) ao tipo verificado no seu caso concreto.

Em verdade, a liberdade de escolha da forma e a liberdade de formatação pressupõem uma à outra¹³⁹. Uma verdadeira escolha da forma só é possível porque

¹³⁶ PAULICK, *op. cit.* p. 33. Em original alemão: “(...) die Befugnis verstanden, den Inhalt gesetzlich normierter Typen, soweit nicht zwingende Vorschriften entgegenstehen, abweichend von dem im Gesetz festgelegten Inhalt zu gestalten“.

¹³⁷ KOLLER, *op. cit.* p. 114.

¹³⁸ KOLLER, *op. cit.* p. 115.

¹³⁹ KOLLER, *op. cit.* p. 117.

se permite a formatação do seu conteúdo e vice-versa. Ou seja, o significado efetivo de ambas as liberdades é dado na interrelação entre ambas.

2.1.2 – Os Limites da Liberdade Contratual

Visto em que consiste a liberdade contratual no âmbito do direito societário, cabe agora examinar mais de perto o problema dos seus limites. Nenhuma estipulação contratual pode ser feita senão dentro dos limites que a Lei determina, o que, em termos genéricos, está disposto no art. 122 do Código Civil¹⁴⁰ e no art. 421 do mesmo diploma¹⁴¹. Daí se colhe um quadro de limites impostos a todas as convenções entre particulares, concretizados no respeito à lei, à moral, aos bons costumes e à função social¹⁴².

Demonstrou-se acima que esses limites são, porém, mais estreitos em direito societário, pois os contratos erigidos nesse ramo do Direito espraiam seus efeitos para diversas classes de pessoas, para as quais o Direito providencia previsibilidade e segurança jurídica através do sistema das formas societárias. As formas societárias são edificadas em *numerus clausus* para oferecer aos terceiros credores, investidores, à comunidade e mesmo aos próprios sócios essa previsibilidade de suas relações e segurança jurídica.

Para além dos limites genéricos dos arts. 122 e 421 e do rol taxativo de formas societárias à disposição das partes, outros limites podem ser divisados em direito societário. São eles as normas legais cogentes, o abuso de direito e a tipicidade da forma societária. Por ser o tópico mais relevante neste tocante para os fins deste trabalho, reservaremos um capítulo à parte para a tipicidade da forma como limite à liberdade contratual.

¹⁴⁰ Art. 122: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

¹⁴¹ Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁴² SCHMIDT, *op. cit.* p. 110-111.

a) Normas Legais Cogentes

Está contido no próprio conceito de norma cogente que a sua observância é obrigatória e a ela não podem se furtar as partes por meio de arranjos contratuais. No direito societário não é diferente. Cabe, porém, especificar os grupos de normas cogentes para ter-se uma ideia mais precisa dos limites da liberdade contratual em matéria de sociedades.

Um primeiro grupo de normas cogentes pode ser identificado nas normas que definem o próprio conceito da forma societária e seus requisitos. Com Arnold KOLLER, pode-se dizer que as normas cogentes têm aqui o papel de fixar os requisitos mínimos de cada forma societária, os requisitos que cada sociedade deve cumprir para que possa pertencer a uma forma societária específica¹⁴³. Essas compõem a definição legal da forma societária e prescrevem elementos inafastáveis do suporte fático da norma.

Assim, por exemplo, na sociedade limitada os sócios respondem apenas pelo valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social¹⁴⁴; e nas sociedades em nome coletivo apenas pessoas físicas podem ser sócias¹⁴⁵. Sem cumprir tais requisitos a sociedade não será considerada pertencente ao tipo sociedade limitada ou ao tipo sociedade em nome coletivo. Se tiver cumprido com esses requisitos em sua constituição, mas depois vier a perder essas características, também deixará de pertencer àquela forma societária.

Esta limitação decorre, em verdade, (i) da definição taxativa das formas societárias (*numerus clausus*)¹⁴⁶ e (ii) de que os efeitos jurídicos atrelados a cada forma societária só se produzem quando preenchidas as condições de fato mínimas¹⁴⁷.

¹⁴³ KOLLER, *op. cit.* p. 128.

¹⁴⁴ Art. 1.052 do Código Civil.

¹⁴⁵ Art. 1.039 do Código Civil.

¹⁴⁶ Segundo Ott, essa fixação dos elementos mínimos decorrentes da forma (*Formenfixierung*) nada mais é que um outro aspecto do *numerus clausus* das formas societárias. Significa que uma vez escolhida determinada forma, as partes devem preservar os seus requisitos mínimos. Com isso delimita-se um âmbito de liberdade o qual as partes não podem transgredir. OTT, *op. cit.* p. 88.

¹⁴⁷ KOLLER, *op. cit.* p. 129.

Um segundo grupo de normas cogentes está atrelado à proteção do tráfego em geral, mormente credores, terceiros e a comunidade – mas também os próprios sócios. A razão de ser desse grupo de normas cogentes reside em que

“Como as sociedades afetam não apenas os seus membros e alguns sócios diante de outros – exemplificativamente os excluídos da administração social diante dos administradores – necessitam de proteção legal, não pôde o legislador relegar sua formatação jurídica simplesmente ao arbítrio das partes, mas teve de pôr em (justo) equilíbrio os interesses conflitantes em parte através de normas cogentes” (tradução livre)¹⁴⁸.

Assim, a título de exemplo, o legislador dispôs normas cogentes para a proteção de credores na formação do capital social das sociedades por ações (art. 5 ss. da Lei 6.404/76); para a proteção dos acionistas minoritários na exibição de livros da sociedade (art. 105 da Lei 6.404/76); e para a proteção da comunidade em geral (incluídos aí acionistas e credores) quando exige a elaboração e publicação das demonstrações financeiras de acordo com certos critérios obrigatórios (art. 175 ss. da Lei 6.404/76).

Em fecho, é possível dizer que certas normas assumem caráter obrigatório para garantir a manutenção da estrutura-base da forma societária, e com isso proporcionar clareza e previsibilidade ao tráfego negocial. Nenhuma forma societária está absolutamente vinculada ao seu tipo-parâmetro correspondente. As disposições legais cogentes limitam a liberdade contratual apenas na medida em que a forma está profundamente vinculada ao tipo¹⁴⁹.

b) Abuso de Direito

O uso de um modelo jurídico ou, no caso do presente trabalho, de uma forma societária, para fins não previstos pelo legislador nada tem de ilegítimo. Será porém

¹⁴⁸ KOLLER, *op. cit.* p.130-131. Em original alemão: “Da die Gesellschaften so über ihre Mitglieder hinausgreifen und gewissen Gesellschafter gegenüber ändern – beispielsweise die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen gegenüber den geschäftsführenden – gesetzlichen Schutzes bedürfen, konnte der Gesetzgeber ihre rechtliche Gestaltung nicht einfach dem Belieben der Beteiligten überlassen, sondern musste die widerstreitenden Interessen zum Teil durch zwingende Vorschriften zum (gerechten) Ausgleich bringen“.

¹⁴⁹ KOLLER, *op. cit.* p. 133.

abusivo o uso do modelo jurídico para propósito contrário ao permitido pelo ordenamento. O legislador não teve em mente provocar o engessamento, mas sim permitir o desenvolvimento do direito societário. Por isso deixou aos privados o livre desenvolvimento dos institutos societários, reservando para si a tarefa de limitar a liberdade contratual nos limites do *numerus clausus* das formas, das normas cogentes e de resto, no combate ao uso abusivo das formas¹⁵⁰. Não há abuso em todo uso alternativo da forma, mas sim quando forem preenchidos os requisitos do abuso de direito, entre nós positivado no art. 187 do Código Civil.

A categoria do abuso de direito, tal como positivada entre nós no art. 187 do Código Civil¹⁵¹, se baseia em três critérios materiais determinantes do abuso: os bons costumes, o fim econômico e social do direito e a boa-fé. De acordo com MARTINS-COSTA, ao primeiro critério corresponde um conteúdo fortemente sociológico, que remete ao sentido ético imperante no meio social; ao segundo critério concorrem elementos substanciais e finalísticos como constitutivos do próprio direito subjetivo¹⁵²; quanto ao terceiro, sobressai a função de baliza da licitude exercida pelo princípio da boa-fé, indicando as possibilidades técnicas de exercício ou coibição de exercício quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada¹⁵³.

De posse desses três critérios materiais, é possível investigar se, no caso concreto, a escolha da forma ou a modelagem do conteúdo do contrato de sociedade excedeu os limites do art. 187. Nesse sentido, é possível divisar no abuso de direito um limite à liberdade contratual, não só no direito societário, mas em todo o direito privado¹⁵⁴. Em direito societário, o abuso de direito impedirá o “exercício inadmissível de situações jurídicas societárias”¹⁵⁵.

¹⁵⁰ KOLLER, *op. cit.* p. 140.

¹⁵¹ Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito-Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 86-87.

¹⁵³ *Ibid.* p. 83

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA (*ibid.* p. 88) elenca uma série de exemplos de exercícios de direito coibidos pelo art. 187 nas mais diversas áreas do direito privado: contratos, personalidade, empresarial e até concorrencial.

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 88

Obviamente não constituirá abuso de direito todo uso de uma forma societária para uma situação materialmente com ela pouco compatível, afinal vigoram os princípios da liberdade de escolha e da liberdade de formatação. O abuso de direito é categoria que não dá limites genéricos concretos à liberdade contratual, mas que só pode ser averiguada sua ocorrência em cada caso concreto.

Deste modo, o abuso de direito pode se configurar, por exemplo, na escolha por sociedade empresária da forma de sociedade simples pura para obter vantagens fiscais, um uso abusivo da liberdade de escolha da forma (uma formatação que, de resto, sequer é admitida pela nossa legislação em face do art. 983 do Código Civil).

2.1.3 – O Tipo como Limite à Liberdade Contratual

A questão mais relevante para o propósito deste trabalho em matéria de limites à liberdade contratual é a da tipicidade da forma societária como limite. A doutrina tradicional costuma enxergar no tipo-parâmetro um limite à liberdade contratual. Ao lado da doutrina tradicional está a teoria da institucionalização Teichmann, que chega a resultados similares mas por outra via. Finalmente, será examinada a crítica à ideia de tipo como limite à liberdade contratual em matéria de sociedades.

a) A Doutrina da Legalidade dos Tipos

A discussão aflorou na Alemanha com as sociedades em comandita simples. Os sócios, desejosos de constituir uma sociedade em comandita, deparavam-se com o inconveniente de ter, ao menos um sócio, de responder ilimitadamente pelas obrigações sociais. Para contornar esse empecilho, os sócios comanditários constituíam uma sociedade limitada com capital mínimo, a qual adentrava o quadro social da comandita simples como sócia comanditada. Com isso criavam pela via indireta o efeito da limitação de responsabilidade para todos os sócios da comandita. Aproveitavam-se das vantagens (tais como vantagens fiscais e desnecessidade de

capital mínimo) oferecidas por esta forma societária sem ter de arcar com os correspectivos ônus¹⁵⁶.

Diante de situações tais, a doutrina tradicional passou a defender que o tipo tenha o status de fronteira da liberdade de formatação do conteúdo contratual em matéria de sociedades¹⁵⁷. A doutrina da legalidade dos tipos (*Typengesetzlichkeit*) assim eleva o tipo à categoria de “um limite imanente da autonomia privada com a consequência da emancipação de um conceito autônomo de abuso das cláusulas gerais reconhecidas” (tradução livre)¹⁵⁸.

A explanação dessa doutrina pode ser vista no pensamento de PAULICK. Para este autor, com a limitação da forma ao tipo-parâmetro o legislador atinge o fim político-jurídico de fundir forma e conteúdo, de modo que a forma se adeque às necessidades da matéria e torne-se a manifestação externa do conteúdo¹⁵⁹.

Decisivo para PAULICK é a competência dada ao legislador para, com os institutos jurídicos, conduzir as relações sociais e econômicas. Assim diz ele:

“Caso esta [a formatação do conteúdo] divirja do tipo normal criado pelo legislador [tipo-parâmetro] e de seus elementos essenciais, então não poderá ser julgada segundo os dispositivos previstos para o tipo normal. Se assim fosse, teriam as partes à mão a possibilidade de eliminar por completo os fins político-jurídicos que foram determinantes e condutores para a formatação típica legal. Caso se veja, com a doutrina dominante, mesmo nos índices do tipo, nenhum obstáculo à criação de formas divergentes, então a liberdade de formatação deve ao menos encontrar seus limites na medida em que seja defeso às partes invocar as disposições pensadas para o tipo normal na valoração jurídica do suporte fático por elas criado” (tradução livre)¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Uma breve descrição desta ocorrência pode ser vista em PAULICK, *op. cit.* pp. 61-63 e em KOLLER, *op. cit.* p. 137. Outra ocorrência discutida à época foi a sociedade unipessoal (*idem, ibidem*).

¹⁵⁷ OTT, *op. cit.* p. 85.

¹⁵⁸ Harm-Peter Westermann, *apud* OTT, *op. cit.* p. 85. Em original alemão: “zur immanenten Grenze der Privatautonomie mit der Folge der Emanzipation eines eigenständigen Missbrauchsbegriffs von den anerkannten Generalklauseln”.

¹⁵⁹ PAULICK, Heinz, *op. cit.* p. 25.

¹⁶⁰ PAULICK, *op. cit.* p. 40. Em original alemão: „Weicht diese [die Inhaltsgestaltung] von dem vom Gesetzgeber geschaffenen Normaltyp und seinen essentiellen Merkmalen ab, so kann sie nicht nach den für den Normaltyp geschaffenen Bestimmungen beurteilt werden. Andernfalls würden es die Beteiligten in der Hand haben, die rechtspolitischen Ziele, die für die gesetzestypische Ausgestaltung richtungsweisend und bestimmend waren, völlig auszuschalten. Sieht man mit der herrschenden Meinung sogar in den Merkmalen des Typs kein Hindernis zur Schaffung davon abweichender Formen, dann muss die Gestaltungsfreiheit wenigstens insoweit ihre Schranke finden, als es den Beteiligten

A preocupação maior da doutrina da legalidade dos tipos está, assim, em oferecer ao tráfego jurídico uma estrutura que preserve sua lógica interna e seja coerente com suas manifestações externas. As formatações particulares de cada sociedade não podem violar princípio societários de justiça e de ordem às custas da clareza do direito e da segurança jurídica¹⁶¹.

IMMENGA, sem necessariamente entrar em debate com esta doutrina, explica que “nesse sentido, as formas associativas possuem forte impositividade sobre a liberdade de formatação do conteúdo” (tradução livre)¹⁶². Já MÜLLER-ERZBACH defende a unidade da forma e conteúdo a partir de um princípio de correspondência entre poder e responsabilidade¹⁶³.

Para esta doutrina, não só as normas legais cogentes, mas também as dispositivas podem impor limitações à liberdade das partes na medida em que visem à salvaguarda da estrutura básica de correspondência da forma societária com o tipo-parâmetro. A tipicidade constitui, assim, um limite à liberdade contratual das partes.

b) A Teoria da Institucionalização

A teoria da instituição (ou institucionalização) como limite à liberdade contratual no âmbito das sociedades não se baseia propriamente na ideia de tipo ou tipicidade, mas chega a resultados muito semelhantes aos da doutrina da legalidade dos tipos por enxergar limites à liberdade contratual em estruturas não nítida ou expressamente delineadas em lei, mas obtíveis a partir do exame do ordenamento e do conjunto das relações sociais afetadas. Os resultados são tão similares a ponto de KOLLER¹⁶⁴ agrupar os defensores da teoria da institucionalização entre os que vislumbram na tipicidade um limite à liberdade das partes. IMMENGA chega a dizer que “a teoria da tipicidade das formas societárias como limite da liberdade de formatação estatutária

verwehrt sein muss, sich bei der rechtlichen Würdigung des von ihnen geschaffenen Tatbestandes auf die für den Normaltyp gedachten Vorschriften zu berufen. Insoweit hat die Gestaltungsfreiheit hinter die gesetzestypische Ausgestaltung zurückzutreten“

¹⁶¹ PAULICK, *op. cit.* p. 35.

¹⁶² IMMENGA, *op.cit.* p. 114. Em original alemão: “In diesem Sinne besäßen die jeweiligen Gemeinschaftsformen eine starke Eigenkraft gegenüber der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit“.

¹⁶³ MÜLLER-ERZBACH *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 135.

¹⁶⁴ KOLLER, *op.cit.* p. 135, ao incluir a teoria de LEHMAN entre as da tipicidade como limite à liberdade contratual.

defendida na dogmática do direito societário é uma expressão desta visão institucional do Direito” (tradução livre)¹⁶⁵.

Talvez o maior defensor desta teoria tenha sido Arndt TEICHMANN. Esse autor parte da ideia de instituição desenvolvida por Maurice Hauriou na França, o qual duvida que toda normatividade tenha por fonte apenas a vontade das partes, mas que entram também neste cálculo fontes sociais do Direito. Daí nasce a ideia de *Instituição* “como uma ideia ou obra ou empresa aparelhada para sua eficácia de poder e órgãos próprios. A isso se somam as demonstrações de comunhão entre os órgãos e os membros pertencentes ao grupo social, que concretizam esta ideia” (tradução livre)¹⁶⁶.

A partir disso, TEICHMANN advoga a tese de que a institucionalização das relações nas sociedades fixa um conjunto de regras que não está à disposição das partes, justamente porque não deriva da vontade, mas sim do processo de institucionalização reconhecido socialmente. Com isso a institucionalização limita a liberdade contratual. Nas palavras do próprio autor, “Institucionalização no sentido entendido aqui também significa fixação, afastamento da liberdade contratual através de estruturas pré-dadas e, como tais, a estruturas prevalentes. Aqui há uma transposição gradual de tipos contratuais completamente livres até a uma forte vinculação das partes” (tradução livre)¹⁶⁷.

TEICHMANN cita algumas manifestações desse processo de institucionalização, tais como: o surgimento do conselho de administração na sociedade por ações¹⁶⁸, os poderes individuais e inderrogáveis do acionista na

¹⁶⁵ IMMENGA, *op. cit.* 114. Em original alemão: “Die in der Gesellschaftsrecht dogmatik vertretene Lehre von der Typizität der Gesellschaftsformen als Grenze statutarischer Gestaltungsfreiheit ist Ausdruck dieser institutionellen Rechtsbetrachtung”.

¹⁶⁶ TEICHMANN, *op. cit.* p. 27. Em original alemão: “eine Institution sei eine Idee von einem Werk oder Unternehmen, das zu seiner Wirksamkeit mit Macht und eigenen Organen ausgestattet sei. Hinzu treten Gemeinsamkeitsbekundungen zwischen der Organen und der sozialen Gruppen angehörenden Mitgliedern, die die Idee durchsetzen wollen”.

¹⁶⁷ TEICHMANN, *op. cit.* p. 46. Em original alemão: “Institutionalisierung im hier verstandenen Sinn bedeutet also Verfestigung, Beseitigung der Vertragsfreiheit durch vorgegebene und als solche zu übernehmende Strukturen. Dabei besteht ein stufenloser Übergang von völlig freien Vertragstypen bis zu einer sehr starken Gebundenheit der Parteien”.

¹⁶⁸ Segundo o autor, o conselho de administração foi criado para proteção dos acionistas (tanto que em alemão Aufsichtsrat significa conselho de supervisão), tendo por principal função a fiscalização da gestão. Com o tempo a essa função somou-se a de direção dos negócios, mas a estrutura interna do Conselho, exigida pela sua função inicial, até hoje subsiste. Ver TEICHMANN, *op. cit.* §10.1.b.

sociedade por ações¹⁶⁹ e as restrições à circulação de quotas na sociedade limitada¹⁷⁰.

Sua obra culmina na sistematização de grupos de motivos que conduzem à institucionalização e à limitação da liberdade contratual. Assim: (i) o interesse público, entendido não como qualquer afetação de terceiro, mas sim influência sobre toda a economia; (ii) a proteção aos sócios; (iii) a proteção a credores, com especial relevo para a responsabilidade dos sócios e a publicidade dos atos societários; e (iv) a função da sociedade, relacionada à comunidade e não à vontade das partes¹⁷¹.

IMMENGA explica que, para essa teoria, a liberdade contratual se submete a certos limites que decorrem de princípios de ordem e justiça que embasam os tipos [-parâmetro] legais das formas societárias¹⁷². Já LEHMANN afirma que mesmo os dispositivos legais derogáveis pela vontade das partes podem apresentar um certo conteúdo mínimo que não pode ser simplesmente afastado em vista da finalidade do instituto. Se assim se procedesse, criar-se-ia uma perturbação na ordem básica do instituto à custa da segurança do tráfego¹⁷³.

Assim, a teoria da institucionalização chega ao mesmo resultado da doutrina da legalidade dos tipos: a liberdade contratual em matéria de sociedades encontra seus limites não só nas disposições cogentes de lei, mas também na estrutura da forma societária mesma. A diferença reside em que a justificativa para tal conclusão não está no tipo-parâmetro que serve de espelho ao legislador, mas no processo de institucionalização das fontes normativas sociais, paralelas ao contrato e à vontade das partes.

¹⁶⁹ Segundo Teichmann, tais direitos existem apenas dentro da assembleia geral, pois servem à comunidade dos acionistas e não a interesses individuais. Vide TEICHMANN *op. cit.* §10.1.d

¹⁷⁰ Na sociedade limitada, a proteção aos sócios desempenha papel de menor relevância, pois os sócios têm maior ingerência sobre as disposições contratuais – ao contrário da sociedade por ações, pensada para arrecadar capital de acionistas teoricamente desinteressados na formatação de suas relações internas. Vide TEICHMANN, *op. cit.* §10.2.

¹⁷¹ TEICHMANN, *op. cit.* §11.

¹⁷² IMMENGA, *op. cit.* p. 114.

¹⁷³ LEHMAN, Heinrich *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 135. Em original alemão: „dass auch die nachgiebigen Vorschriften einer gesetzlichen Einrichtung nicht immer schlechthin ausgeschaltet oder umgeschaltet werden können, dass vielmehr der Zweck der Einrichtung massgebend zu berücksichtigen ist, dass abweichende Abmachungen keinesfalls wesentliche Gerechtigkeits- und Ordnungsgedanken der Einrichtung auf Kosten der Verkehrssicherheit in ihr Gegenteil verkehren dürfen“.

c) Crítica à Tipicidade como Limite à Liberdade Contratual

“Quando se deve decidir sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de uma formatação tomada por privados, isso só pode ser feito *racionalmente* pelo esquema de ordenação do ‘Sim-ou-Não’, não pelo ‘Mais-ou-Menos’. Pois uma sociedade concreta ou uma formatação particular (assim uma disposição estatutária) não podem ser racionalmente pensadas como ‘Mais-ou-Menos’ admissível. (...) Isso significa: a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade se julga sobre um procedimento lógico-classificatório, e não tipológico!” (tradução livre)¹⁷⁴.

A citação acima resume a crítica feita por um setor da doutrina à tradicional limitação da liberdade contratual na escolha ou formatação de sociedades com base na tipicidade. O tipo, como explanado no capítulo 1.1.1, é fluído, a transição para outros tipos constantes da linha tipológica se dá de forma gradual e não definitiva. É difícil apontar um marco que divide as sociedades em empresárias e não-empresárias, ou a partir do qual uma sociedade deixa de ser interna e passa a ser externa, ou deixa de ser *intuitu personae* e passa a ser *intuitu pecuniae*.

Não se pode determinar com precisão onde estão os limites da liberdade das partes com base na tipicidade da sociedade. De onde a crítica lançada também por KOLLER contra a doutrina da legalidade dos tipos¹⁷⁵. VASCONCELOS aponta que o método tipológico tem dificuldades para entregar um juízo binário acerca da tipicidade ou atipicidade de uma estrutura, com o que deve-se concordar¹⁷⁶. A tipicidade da sociedade não se presta ao trabalho de impor limites claros ao contrato. Para este fim, que, como observou OTT acima, necessita de um juízo definitivo – ou a formatação em questão é permitida ou não é –, serve muito mais o pensamento através de

¹⁷⁴ OTT, *op. cit.* p. 89. Em original alemão: “Wenn über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer von Privaten vorgenommenen Gestsaltung entschieden werden muss, kann dies *sinvollerweise* nur nach dem Zuordnungsschema des ‘Entweder-Oder’, nicht aber des ‘Mehr-oder-Minder’ erfolgen. Denn eine konkrete Gesellschaft bzw. eine einzelne Gestaltung (etwa in einer statutarischen Bestimmung) können vernünftigerweise nicht als ‘mehr oder weniger’ zulässig gedacht werden. (...) Das bedeutet: die Frage nach Zulässigkeit oder Unzulässigkeit beurteilt sich auf Grund eines *klassenlogischen* und nicht eines typologischen Verfahrens!”

¹⁷⁵ KOLLER, *op. cit.* pp. 140-141.

¹⁷⁶ VASCONCELOS, *op. cit.* p. 185.

conceitos¹⁷⁷. A indagação acerca da tipicidade em nada ajuda neste tocante, pois determinação dos limites toca apenas ao conceito classificatório¹⁷⁸.

Por outro lado, não se pode negar uma certa dose de razão à doutrina tradicional. A segurança e a previsibilidade do tráfego restariam prejudicadas se a estrutura-base da sociedade fosse alterada a ponto de se tornar irreconhecível, podendo dizer-se mesmo de se ter criado uma “nova forma societária”. Assim, por exemplo, a restrição à circulação de ações em uma sociedade anônima que submeta o acionista ao arbítrio dos demais acionistas ou dos órgãos de administração de modo a assemelhá-la à sociedade limitada (onde a alienação das quotas a terceiro pode ser objetada por titular de 25% do capital social), mesmo se *intuitu personae*, ofende a estrutura-base da sociedade anônima e pode ser considerada uma formatação inaceitável.

Consciente das limitações do método tipológico nesse tocante e da necessidade de garantir certa unidade entre a forma e o conteúdo¹⁷⁹ nos termos do propugnado pela doutrina tradicional, KOLLER¹⁸⁰ manifesta sua esperança de que através de laborioso trabalho doutrinário e jurisprudencial, com investigações particulares a cada forma societária, seja possível limitar a liberdade contratual em matéria de sociedades com base na tipicidade da forma. Reforça, porém, que uma menção genérica à tipicidade não pode cumprir essa missão.

Na legislação brasileira, o art. 983 do Código Civil procurou fazer uma vinculação absoluta entre forma e conteúdo ao declarar verdadeira vinculação da forma societária da sociedade simples ao tipo não-empresária (ou simples). Em que pese o louvável intento do legislador de 2002 de oferecer segurança ao tráfego por meio da ligação estreita entre forma e tipo, o mencionado dispositivo padece da crítica de que os limites do tipo são fluídos, não se podendo traçar uma fronteira precisa a partir da qual a sociedade simples deixa de ser não-empresária e estaria obrigada à transformação. Forçar uma correspondência entre o tipo e a forma significa também esquecer que é justamente a elasticidade de uma forma poder abrigar estruturas mais

¹⁷⁷ No mesmo sentido, VASCONCELOS explica que apenas no que concerne aos tipos contratuais legais é possível um juízo binário de tipicidade ou atipicidade. Vale lembrar que os “tipos legais” de contratos são, para os efeitos deste trabalho, as formas societárias.

¹⁷⁸ OTT, *op. cit.* p. 89.

¹⁷⁹ KOLLER, *op. cit.* p. 130.

¹⁸⁰ KOLLER, *op. cit.* p. 139.

ou menos típicas que garante às partes liberdade de modelagem do conteúdo contratual e de escolha da forma. Creemos ser criticável a opção do legislador de 2002 nesse aspecto.

WALD entende que a opção pela empresarialidade nesse caso não altera a natureza simples da sociedade, que permanece não-empresária, com o que se formam dois subtipos de sociedade simples: a sociedade simples pura e as sociedades simples empresárias, que mantêm sua natureza de sociedade simples¹⁸¹. Tal entendimento levaria a que se estabelecesse uma presunção legislativa absoluta de que a sociedade simples é sempre não-empresária, mas o legislador reservou o parágrafo único do art. 982 para estabelecer tais presunções quanto à sociedade cooperativa e à por ações. A posição de WALD denota, ao menos, certa falta de coerência do legislador. De qualquer forma, resta também a dificuldade para os sócios de saberem se a sociedade que estão constituindo configura o tipo sociedade empresária, com o que a amplitude de liberdade de escolha da forma societária fica restringida às formas dos art.s 1.039 a 1.092.

Em suma, deve ser levada em consideração a característica do método tipológico quando da análise dos limites que podem ser impostos à liberdade contratual em matéria de sociedades. Nesse ponto, parece razoável enxergar apenas nas disposições cogentes um claro limite¹⁸², sendo que a tipicidade necessitaria estudo específico para ser prudentemente utilizada como limite à liberdade contratual.

2.2 – Atipicidade como Problema de Aplicação do Direito

Outra indagação relevante posta pelo problema da atipicidade diz respeito à disciplina aplicável às sociedades ditas atípicas. Diante de uma sociedade que formalmente preenche o conceito da forma societária, mas cuja tipicidade não corresponde ao tipo-parâmetro que está à base da forma escolhida, tem-se o

¹⁸¹ WALD, *op. cit.* p. 79.

¹⁸² OTT chega mesmo a dizer que onde o legislador quis estipular limites, o fez explicitamente. Inclusive por isso, não seria possível ver na tipicidade um limite à liberdade das partes. OTT, *op. cit.* p. 93.

problema descrito por HUBER de ter de “resignar-se, quanto a certos aspectos, em estar submetido a um Direito que não lhe é totalmente adequado” (tradução livre)¹⁸³.

A disciplina aplicável a uma forma societária é pensada para uma determinada situação típica. A aplicação desta disciplina a outra situação – não-típica –, e para a qual não foi pensada, evidentemente traz ao operador do Direito o problema de encontrar uma solução compatível com a situação concreta. A falta de concordância (na perspectiva da justiça do caso concreto) entre a consequência jurídica e o suporte fático traz a indagação se a disciplina prevista para a forma societária deve ser formalmente aplicada ao caso atípico ou se deve-se criar uma norma específica para a sociedade atípica¹⁸⁴.

A doutrina se digladia, de um lado, pela aplicação formal da disciplina da forma societária escolhida, e, de outro lado, pela livre criação do Direito. No direito brasileiro, todavia, o legislador previu um sistema fluído que permite transições entre as disciplinas das formas societárias, com o que o problema é em grande medida relativizado.

2.2.1 – A opção pela aplicação formal ou pela livre criação do Direito

A discussão entre a aplicação da disciplina típica prevista em lei para uma forma societária (chamada *aplicação formal do Direito*) e a criação de norma específica adaptada às necessidades da atipicidade da sociedade do caso concreto (chamada *livre criação do Direito pelo juiz*) só pode gerar conclusões frutíferas quando bem colocada. Assim, antes de mais nada é preciso assentar que a discussão se centra na aplicação das normas dispositivas, porque as normas cogentes devem ser sempre aplicadas independentemente da tipicidade ou atipicidade da sociedade. Como bem observa Walter OTT¹⁸⁵, o carácter cogente da norma afasta que normas específicas sejam criadas para sociedades atípicas – pois nesse caso a norma não

¹⁸³ HUBER, Eugen *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 88. Em original alemão: “sich damit abfinden, in gewissen Richtungen einem Rechte unterworfen zu sein, das ihnen nicht völlig adäquat ist”.

¹⁸⁴ OTT, *op. cit.* p. 127; KOLLER, *op. cit.* p. 159.

¹⁸⁵ OTT, *op. cit.* p. 128.

seria mais cogente. A discussão entre as duas correntes se resume, portanto, na aplicação de normas dispositivas.

a) A Teoria da Aplicação Formal do Direito

Grande defensor desta corrente é Walter OTT. Para esse autor, “um primeiro grupo de Autores pretende basear-se mesmo no campo do Direito dispositivo na pertinência formal a uma forma societária, não assim à situação de fato real (em sua maioria, econômica)” (tradução livre)¹⁸⁶. Daí a pecha de aplicação “formal”, pois o intérprete não considera a real situação de fato, mas apenas a forma que ela preenche. Em verdade, seria mais correto falar em aplicação “direta” do Direito à espécie, sem considerar a atipicidade da sociedade. Para essa teoria, devem prevalecer sempre as regras editadas para a forma societária, e não uma norma materialmente mais compatível com a sociedade do caso concreto.

À guisa de exemplo, pode-se pensar em uma sociedade em conta de participação em que o sócio participante apareça perante terceiros como sócio ou garante. Para a teoria formalista, esse modelo, em que pese mais próximo do tipo de sociedade externa, não autoriza a aplicação das regras próprias à sociedade em comum (mais afeita ao tipo de sociedade externa).

As maiores razões apontadas pelos teóricos dessa corrente para a aplicação formal são a previsibilidade e segurança jurídicas, bem como a defesa contra o esvaziamento dos institutos jurídicos¹⁸⁷. Chega-se a dizer que os operadores do Direito, diante da incerteza quanto ao direito a ser aplicável, jogariam uma “loteria” quando da redação de um contrato ou parecer, se a normativa aplicável fosse a da livre criação do Direito¹⁸⁸.

Outra razão igualmente relevante reside no próprio sistema das formas societárias. Como a escolha da forma é livre e as partes têm poderes para formatar

¹⁸⁶ OTT, *op. cit.* p. 131. Em original alemão: “Eine erste Gruppe von Autoren will auch im Bereich des dispositiven Rechts auf die formale Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gesellschaftsart, nicht auf den wirklichen (meist wirtschaftlichen) Sachverhalt abstellen”.

¹⁸⁷ Assim CAFLISCH, *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 162.

¹⁸⁸ OTT, *op. cit.* p. 138.

as relações societárias conforme suas necessidades, estaria incluso e subentendido no próprio conceito da forma societária a possibilidade de formatações atípicas. O legislador teria previsto uma normativa aplicável a cada forma societária consciente de que ela poderia ser aplicada a casos atípicos – o que de resto estaria subentendido na própria liberdade das partes¹⁸⁹. Daí decorre o já propagado adágio de que aquele que pretende aproveitar os benefícios de um modelo jurídico, deve estar preparado para suportar também suas desvantagens¹⁹⁰.

Outras razões apontadas por esta corrente residem em: (i) princípio da separação de poderes, afinal não cabe ao juiz criar normas, mas apenas aplica-la; (ii) princípio da legalidade, no sentido de que o juiz está preso aos ditames da lei; (iii) praticabilidade da aplicação do Direito; (iv) tipicidade tem fronteiras fluídas, o que dificulta a determinação da norma materialmente compatível com o caso concreto, a ser aplicada por meio de analogia; e (v) dificuldade em determinar quais normas são dispositivas e quais cogentes¹⁹¹.

Os defensores desta corrente não ignoram que a aplicação formal leve a um engessamento do desenvolvimento jurídico e que possa levar a resultados indesejáveis, materialmente incompatíveis com a situação concreta. Aduzem, porém, que tais inconvenientes podem ser combatidos por meio do instituto do abuso de direito e da fraude à lei¹⁹².

b) Teoria da Livre Criação do Direito pelo Juiz

A teoria da livre criação do direito pelo juiz pode ser assim definida:

“A visão de um segundo grupo de autores se resume em que uma norma que não corresponde à atipicidade da disposição de interesses e que, assim, a ela apenas formalmente pode ser subsumida, em realidade não regula o suporte fático a ser julgado. O juiz deve, então, elaborar uma regra em ato de livre criação, a qual leve em conta a atipicidade do caso e, desse modo,

¹⁸⁹ KOLLER, *op. cit.* p. 169. Interessante que o autor usa essa argumentação para, ao fim, defender a teoria da livre criação do Direito, como ver-se-á adiante na letra b). No mesmo sentido CAFLISCH, *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 162.

¹⁹⁰ WEISS *apud* OTT, *op. cit.* p. 132.

¹⁹¹ OTT, *op. cit.* p. 134-141.

¹⁹² Assim OTT, *op. cit.* p. 141; KOLLER, *op. cit.* p. 171.

carregue uma solução mais compatível com a matéria do que a prevista em lei” (tradução livre)¹⁹³.

Apesar da impressão que o rótulo da teoria pode causar, de que o juiz teria ampla liberdade para criar normas novas, os teóricos dessa corrente defendem uma aplicação de normas previstas para outras formas societárias por meio da analogia¹⁹⁴.

A justificativa desta teoria se encontra na necessidade do ordenamento de oferecer uma solução compatível com o caso concreto e com a necessidade de permitir a evolução dos institutos jurídicos¹⁹⁵. Poderia ser adicionado um terceiro argumento, embasado na história do direito societário: as formas societárias foram em sua grande maioria criações da prática, que foram incorporadas à legislação apenas depois de séculos de evolução e reiterado uso no dia-a-dia da prática jurídica¹⁹⁶. Obstar a evolução dos institutos através de uma aplicação formal seria negar as próprias raízes do direito societário.

KOLLER defende uma posição curiosa. Apesar de defender com todas as letras uma aplicação formal do Direito à espécie – o que em sua opinião decorre da própria sistemática das formas societárias, em face das liberdades de escolha da forma e de formatação do conteúdo¹⁹⁷ –, recua ao fim para dizer que o método formalista não sofreria da crítica de engessamento dos institutos jurídicos, porque, quanto às normas dispositivas, seria permitido ao juiz recorrer à analogia para adaptar a disciplina aplicável ao caso concreto. Assim, a regra geral seria a aplicação formal, mas onde esse procedimento não possa entregar uma solução adequada, seria lícito ao juiz recorrer à analogia a normas de outras formas societárias¹⁹⁸.

¹⁹³ OTT, *op. cit.* pp. 132-133. Em original alemão: “Die Ansicht einer zweiten Gruppe von Autoren läuft darauf hinaus, dass eine Norm den zu beurteilenden Sachverhalt, der ihr zufolge der Atypizität der Interessenlage gar nicht entspricht und ihr daher nur formal subsumiert werden kann, genau genommen gar nicht regelt. Der Richter sei daher befugt, in freier Rechtsfindung eine Regel aufzustellen, welche der Atypizität des Falles Rechnung trägt und dadurch eine sachgerechtere Lösung als die gesetzliche hervorbringt“.

¹⁹⁴ Assim KOLLER, *op. cit.* p. 171; SIEGWART *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 162; BÄR *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 163.

¹⁹⁵ Assim SIEGWART *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 162; BÄR *apud* KOLLER, *op. cit.* p. 163.

¹⁹⁶ Sobre a evolução das formas societárias e sua absorção na legislação, veja-se a digressão de SCHUBEL, *op. cit.* Também KOLLER, *op. cit.* §5.

¹⁹⁷ KOLLER, *op. cit.* p. 169.

¹⁹⁸ KOLLER, *op. cit.* p. 171.

No mesmo sentido, teóricos do direito contratual opinam pela adaptação da disciplina legal por uma disciplina mais compatível com o tipo. Assim, defendem que a regulação do caso seja modelada pelo juízo de tipicidade do caso concreto diante da norma¹⁹⁹. Em que pese o maior âmbito de liberdade de que dispõem as partes nos domínios dos contratos de escambo, entendemos possível a conclusão destes autores para o direito brasileiro, pela abertura que o caracteriza. DE NOVA, por exemplo, explica que “tratando-se de recondução a um tipo, e não de subsunção em um conceito, não se está de frente a uma alternativa em termos de pertinência ou não pertinência; é, em vez disso, possível uma pertinência maior ou menor ao tipo, com a consequência de uma aplicação maior ou menor da disciplina legal” (tradução livre)²⁰⁰.

Em resumo, tal teoria se define pela concessão de espaço ao juiz para, diante do caso atípico, encontrar, por analogia, norma mais compatível com o caso concreto do que a prevista na disciplina formal da forma societária correspondente.

2.2.2 – A abertura do sistema brasileiro

Como resolver a questão no direito pátrio? Em princípio uma aplicação formal da disciplina parece a mais viável, justamente por não sofrer dos problemas enumerados acima no item 2.2.1. Em especial, chamamos a atenção para o problema de que a tipicidade não consegue entregar soluções definitivas pela característica fluída do método tipológico. Não é possível determinar com clareza a partir de quando uma sociedade deixa de pertencer ao tipo-parâmetro de sua forma societária. E também não é possível chegar-se a uma consequência jurídica pronta e acabada tão somente com base na tipicidade. Tome-se como exemplo uma sociedade por ações de pessoas: quando é que uma sociedade por ações apresentará índices de tipo

¹⁹⁹ COMIRAN, *op. cit.* p. 608; VASCONCELOS, *op. cit.* 191.

²⁰⁰ DE NOVA, Giorgio. *Il Tipo Contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 143. Em original italiano: “trattandosi di riconduzione ad un tipo, e non di sussunzione in un concetto, non si è di fronte ad un’alternativa in termini di appartenenza o non appartenenza; è invece possibile un’appartenenza al tipo maggiore o minore, con la conseguenza di un’applicazione maggiore o minore della disciplina legale”.

suficientes para que possa ser aplicada por analogia a norma do art. 1.057 do Código Civil que restringe a cessão de quotas nas sociedades limitadas?

Por outro lado, não se pode negar certa dose de razão à teoria da livre criação do Direito pelo juiz, pois é certo que não cabe ao Direito apenas regular, mas regular de forma justa e compatível com as expectativas das partes.

A legislação brasileira parece oferecer uma solução que se situa entre os extremos de tais teorias. Dentro da normativa de cada forma societária há remissões às disciplinas de outras formas societárias, pelo que constitui-se em um sistema aberto – ou, para usar uma metáfora, um sistema de “vasos comunicantes” – no qual nenhuma forma societária tem regulamentação isolada, apartada das demais formas societárias.

Essa característica decorre das próprias diretrizes que guiaram a elaboração do Código Civil de 2002. A preferência por modelos abertos foi uma das diretrizes adotadas pelo Código de 2002. Em sua justificativa da regência supletiva das limitadas pelas sociedades simples ou pelas sociedades anônimas, Miguel REALE apontava que:

“Foi bem recebida a ideia de dar ampla disciplina normativa à sociedade limitada, a qual, com o advento da atual lei sobre as sociedades anônimas, além de sua destinação anterior, passou a atender empresas que, por sua natureza ou configuração econômica, não se ajustam ao tipo das sociedades por ações, inclusive pelos custos administrativos que estas implicam. Em princípio, deve ser preservado o enquadramento da sociedade limitada entre as sociedades de pessoas, mas tem sido observado com razão que deve ser ressalvado aos sócios quotistas o direito de prever, no contrato, a regência supletiva da entidade pelos preceitos da sociedade anônima, dando-se, também nesse ponto, preferência aos modelos abertos que constituem uma das diretrizes que nortearam a elaboração do Projeto de Código Civil” (grifos nossos)²⁰¹.

Diante de uma *codificação aberta* não se pode pensar que a disciplina de uma forma societária jamais seja aplicável a outra forma societária; que as formas societárias sejam incomunicáveis, isoladas. Imbuída desse espírito, a própria lei prevê

²⁰¹ REALE, *op. cit.* p. 215-216.

a transição entre as disciplinas de uma forma e outra – por exemplo, nos arts. 986; 996; 1.040; 1.046; 1.053; 1.089; 1.090; e 1.096 do Código Civil.

Deste modo, onde a normativa de determinada forma for insuficiente ou inapta a dar conta da atipicidade de uma sociedade, pode-se recorrer à normativa de outra forma societária. E isso mesmo sem necessidade de lançar mão da analogia, pois há indicação legal expressa em tal sentido.

Este caminho já foi trilhado pela doutrina e pela jurisprudência para defender a aplicabilidade das normas sobre exclusões de sócio nas sociedades anônimas. Cabe lembrar que a Lei 6.404/76 admite a exclusão de sócio apenas em dois casos bastante específicos (no caso de acionista remisso e resgate de ações), pelo que foi necessária certa construção para estender as causas de exclusão das sociedades de pessoas às sociedades anônimas²⁰².

Em especial essa construção pode ser observada no REsp 917.531/RS, julgado pelo STJ em 17.11.2011. No caso tratava-se de uma sociedade formada por vários membros do mesmo grupo familiar - a sociedade Continente Cine Organização S.A. A companhia era administrada Joseph Robert Valansi e seu filho Patrick Valansi, ambos acusados da prática de atos incompatíveis com o objeto social, além de pagar despesas pessoais com cheques da sociedade e alijar os demais acionistas das decisões sociais. Os demais acionistas ingressaram então com ação de dissolução parcial da sociedade, com pedido alternativo de exclusão dos acionistas e administradores Joseph Robert e Patrick do quadro acionário da companhia. O aresto discorre sobre o tradicional caráter capitalista da sociedade por ações, mas que, diante de circunstâncias que dão a ela conotação personalista, é possível não só a dissolução parcial por desarmonia entre os sócios, mas também a exclusão de sócios pela via do art. 1.089 do Código Civil. Ao fim, o acórdão determinou a exclusão dos sócios da companhia. Importante salientar que o STJ assentou a aplicabilidade do art. 1.089 ao caso com base no tipo personalista do Continente Cine Organização S.A., conforme se vê no voto do Min. Relator:

“Nessa esteira de intelecção, caracterizada a sociedade em tela como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução

²⁰² Assim RIBEIRO, *op. cit.* p. 215.

parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: 'A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código'."

O caminho aberto pelo STJ nesse precedente parece promissor. Para além de sua conformidade com o espírito aberto da codificação de 2002, o julgamento do STJ conseguiu dar conta do fenômeno da atipicidade da sociedade, dando ao caso concreto solução materialmente adequada – tudo dentro dos limites das prescrições legais.

Um segundo grupo de casos onde a disciplina jurídica aplicável foi determinada com base na (a)tipicidade da sociedade vem da legislação fiscal do ISSQN. O Decreto-Lei 406/68, em seu artigo 9º, §§ 1º e 3º, estipula método de cálculo de ISSQN baseado em tributação fixa ou de alíquota variável para profissionais individuais e sociedades de profissionais não incidente sobre a remuneração do próprio trabalho do profissional. No caso julgado pelo STJ no REsp 919.067/MG, julgado em 02.08.2011, tinha-se uma sociedade limitada composta de dezesseis médicos, cujo objeto social consistia na prestação de serviços médicos. Apesar da forma da sociedade limitada basear-se no tipo-parâmetro de sociedade empresária, reconheceu-se no caso que a sociedade limitada na prática era sociedade não-empresária (ou simples, na terminologia do acórdão) e foi deferida a ela o benefício da legislação fiscal. Veja-se o trecho do voto do Min. Relator no acórdão:

"A essas sociedades simples - inclusive se forem por quotas de responsabilidade limitada - aplica-se o regime da tributação diferenciada do ISS, previsto no artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68. Somente não se aplica tal regime à pessoa jurídica em que o exercício de profissão intelectual constitua "elemento da empresa", na forma antes enunciada (vale dizer, a sociedade empresária profissional). Mas, em se tratando de sociedade simples (que não realiza "empresa"), a base de cálculo diferenciada do ISS é aplicável, entendimento que se compatibiliza com o consagrado pela Primeira Seção".

O caso mais comum, porém, é o contrário: de sociedades que formalmente levam a crer serem sociedades não-empresárias, mas que na realidade se enquadram

no tipo empresária. Nesses casos, o STJ tem negado o benefício da legislação fiscal²⁰³. Também nessas hipóteses o STJ vem se movimentando por entre as sobreposições da atipicidade das sociedades para encontrar a melhor disciplina jurídica aplicável ao caso.

Em síntese, o posicionamento da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça deixam entrever uma saída cônica com a estrutura do ordenamento jurídico pátrio, que se constitui em sistema aberto, no dizer do coordenador da Comissão Elaboradora do Projeto do Código Civil de 2002. Nem o extremo da aplicação formal, nem o outro extremo, da livre criação do Direito pelo juiz, parecem ser os mais adequados ao direito brasileiro. Em nosso sistema, pode o juiz conhecer da atipicidade da sociedade para movimentar-se por entre os fluídos limites da disciplina jurídica cabível a cada forma societária e encontrar a mais consentânea às necessidades do caso concreto – tal como tem feito o STJ na exclusão de sócio das sociedades anônimas e no cálculo do ISSQN para sociedades não-empresárias.

Em que pese a dificuldade posta pelo método tipológico nesse aspecto, ao menos onde o caso concreto tende nitidamente para um dos extremos da linha tipológica, tal postura é de ser adotada.

²⁰³ Assim os REsp 1.028.086/RO, j. 20.10.2011; REsp 1.184.606/MT, j. 22.06.2010; EREsp 866.286/ES, j. 29.09.2010; AgRg nos EREsp 941.870/RS, j. 11.11.2009.

APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A teoria dos tipos não tem sido bem explorada pela doutrina societária nacional. Nos países de língua alemã, porém, o método tipológico tem sido utilizado com resultados frutíferos para o desenvolvimento do direito societário. De posse dos subsídios aportados pela doutrina tem sido discutida a admissibilidade de estruturas societárias inovadoras, além da confluência da aplicação de normas editadas para formas societárias diversas.

Os tipos se diferenciam dos conceitos por serem abertos, graduáveis, analisados apenas em sua inteireza e próximos à realidade. De posse do método tipológico não se consegue estipular uma classificação rígida do objeto analisado, mas tão somente é possível graduá-lo por meio de comparação dentro de uma linha tipológica que vai da situação mais típica à situação menos típica. Os limites entre um tipo e outro são, assim, fluídos. Os conceitos, porém, são rígidos e taxativos. O objeto de análise ou entrará no conceito ou não entrará. Conceitos trabalham com o modelo “Sim-ou-Não”, enquanto que os tipos são “Mais-ou-Menos”.

Os tipos são apreendidos na realidade pelo legislador e são utilizados na atividade legislativa. Relevam aqui os tipos normativos e os tipos estruturais, por apresentarem em si uma apreciação de valor que lhes atribui a possibilidade de ditar condutas, decisões de comportamento ou mesmo incentivar certas atitudes dos particulares.

Os tipos são assim utilizados como parâmetro para e durante a atividade legislativa. O legislador, porém, tende a elaborar conceitos em cima dos tipos-parâmetro, seja pela maior previsibilidade, segurança jurídica ou igualdade formal perante a lei que os conceitos proporcionam.

Ocorre que as partes têm liberdade para formatar o conteúdo de seus negócios conforme melhor lhes aprouver. Quando fazem uso dessa liberdade, podem criar estruturas incompatíveis com o tipo-parâmetro escondido por trás dos conceitos legais e surge o problema da atipicidade.

No direito dos contratos de escambo tais estruturas atípicas não põem problemas tão grandes quanto no direito societário, pois lá os tipos contratuais são *numerus apertus*. Transposta a questão para o direito societário, tem-se o problema de que as formas societárias são *numerus clausus* e a formação de estrutura tão atípica que possa quebrar a vinculação da forma com o tipo-parâmetro põe em risco a segurança e a previsibilidade necessárias ao tráfego.

Surge aí o problema da limitação da liberdade contratual com base na tipicidade (como propugna a doutrina da legalidade dos tipos) ou com base na institucionalização. Para estas teorias a vinculação da forma a uma estrutura de base idealizada pelo legislador ou construída socialmente é tal que não pode ser alterada pelas partes. Com isso, visam garantir ao tráfego estabilidade.

Tais doutrinas devem, todavia, ser vistas com reserva. O tipo é fluído, e a tipicidade não se deixa averiguar com precisão. É difícil determinar quando a sociedade do caso concreto terá violado a estrutura-base do tipo e em que grau ela é atípica.

Ademais, não se pode olvidar que a liberdade de escolha da forma societária e de formatação do conteúdo contratual consistem justamente em possibilitar que a forma societária abarque estruturas atípicas. O estudo que tiver por objeto identificar em cada forma societária a estrutura-base que não permita alterações deve considerar também que a forma societária é pensada para abranger, ao menos em certo grau, tipos não necessariamente conformes ao tipo-parâmetro.

Por outro lado, a atipicidade das sociedades coloca ao operador do Direito a dificuldade de determinar qual a norma aplicável ao caso concreto. Isto porque diante de casos atípicos, a disciplina pensada para os casos típicos pode entregar uma solução jurídica não compatível materialmente com a estrutura do caso concreto.

Para determinado setor da doutrina, deve-se privilegiar em casos tais uma aplicação direta e formal das normas estatuídas para a forma societária, em benefício da estabilidade e segurança do tráfego jurídico. Para outro setor doutrinário, a disciplina aplicável deve ser temperada pela atipicidade do caso concreto, com maior margem de liberdade a que o juiz recorra à analogia às normas de outras formas societárias para encontrar a solução mais justa.

Entendemos que no direito brasileiro a questão não deve ser posta nesses termos. A própria legislação foi pensada para ser um sistema aberto, com transições fluídas entre a disciplina de uma forma societária e outra. Assim, o operador tem boa margem de discricionariedade para encontrar a solução mais justa, através da movimentação entre as disciplinas das várias formas societárias.

Essa postura já vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, mormente nos casos de exclusão de sócio na sociedade anônima em cima da personalidade (ou não) da sociedade, e no caso definição do regime de tributação de ISSQN, em cima empresarialidade ou não da sociedade.

Este reduzido estudo pretende ter prestado contribuição útil, ainda que sucinta, sobre o problema da atipicidade de sociedades no direito brasileiro. Em face da ainda incipiente exploração do tema na doutrina nacional, baseou-se o trabalho sobretudo em doutrina estrangeira, italiana, portuguesa e principalmente de língua alemã.

Com estas considerações, esperamos que a doutrina subsequente e o dia-a-dia dos operadores possa contar com maiores subsídios teóricos para a solução dos problemas já tão recorrentes de sociedades com estruturas atípicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCARELLI, Tullio. *A Atividade do Empresário*. (trad. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França), in: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 132, p. 203-215.

_____. *O Empresário*. (trad. Fabio Konder Comparato), in: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v.109, p. 183-189.

_____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. (trad. Fabio Konder Comparato), in Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 104, p. 109-126.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editoras Forense, Gen e Billac Pinto, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 917.531/RS*. Recorrente: Richard David Valansi e Outro. Recorrida: Patrick Maurice Maxime Valansi e outros. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 17 de novembro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 919.067/MG*. Recorrente: Município de Uberaba. Recorrida: Urgências Pediátricas de Uberaba S/C. Relator: Min. Teoria Albino Zavascki. Brasília, 02 de agosto de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.028.086/RO*. Recorrente: Adriano Miranda de Sousa - Microempresa. Recorrida: Município de Porto Velho. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 20 de outubro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.184.606/MT*. Recorrente: Município de Cuiabá. Recorrida: Inemat Instituto Nefrológico de Mato Grosso S/C Ltda. Relator: Mina. Eliana Calmon. Brasília, 22 de junho de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 866.286/es*. Recorrente: Price Waterhouse Coopers Auditores Independentes. Recorrida: Município de Vitória. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 29 de setembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 941.870/RS*. Recorrente: Instituto de Patologia Ltda. Recorrida: Município de Porto Alegre. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 11 de novembro de 2009.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMIRAN, Giovana Cunha. *A Exegese do Art. 425 do Código Civil e o Método Tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos*. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.) *Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

DE NOVA, Giorgio. *Il Tipo Contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1953.

FERRI, Giovanni B. *Causa e Tipo nella Teoria del Negozio Giuridico*. Mião: Giuffrè, 1966.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 149-150, p. 108-130.

IMMENGA, Ulrich. *Die personalistische Kapitalgesellschaft*. Mannheim: Athenäum Verlag, 1970.

KOLLER, Arnold. *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftrecht*. Friburgo: Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed. Berlin; Heidelberg; Nova York; Barcelona; Budapeste; Hong kong; Londres; Milão; Paris; Tokyo: Springer Verlag, 1995.

LOPES, Mauro Brandão. *A Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito-Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

PAULICK, Heinz. *Die Eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1954.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. (coord. Miguel Reale e Judith Martins-Costa). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de Sócio nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4ª ed. ampl. e atual. Colônia, Berlim, Bonn, Munique: Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

SCHUBEL, Christian. *Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SZTAJN, Rachel. *Atipicidade de Sociedades no Direito Brasileiro*. São Paulo: PKR Gráfica e Editora, 1987.

_____. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OTT, , Walter. *Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts*. Berna: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1972.

TEICHMANN, Arndt. *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*. Munique: C H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1970.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial vol. 2*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEIRA, Maíra de Melo. *Dissolução Parcial de Sociedade Anônima: Construção e Consolidação no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil. Vol. XIV*. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira) 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2010.