

O ART. 974 DO CÓDIGO CIVIL E A NOVEL LEI Nº 12.399/2011 -  
PREVISÃO RETARDATÁRIA E IMPRECISA  
— MAIS UMA DO LEGISLADOR...

CLÁUDIO CALO SOUSA \*

No dia 1º de abril de 2011, foi publicado mais um ato normativo legislativo que teve por escopo acrescentar ao artigo 974 do Código Civil mais um parágrafo, no caso o 3º.

O legislador procurou, com o referido acréscimo, tratar da possibilidade de um incapaz se tornar sócio de sociedade, ou seja, deter participação societária.

É certo e sabido que a doutrina e jurisprudência brasileiras, de *forma predominante*, já entendiam que o incapaz, inclusive o menor, poderia ser sócio de sociedade, desde que se tratasse de sociedade que viesse a conferir responsabilidade subsidiária e limitada ao sócio-incapaz, preenchidas cumulativamente algumas condições que procuravam protegê-lo, que serão listadas mais adiante.

Este entendimento permissivo era a orientação dominante doutrinária e pretoriana, inclusive durante a vigência da primeira parte do Código Comercial (Lei nº 556/1850) — hoje revogada pelo Código Civil — que tinha vedação expressa no artigo 308 do Código Comercial, porém entendiam que não seria aplicável às sociedades limitadas e anônimas, mas tão somente às sociedade contratuais reguladas no próprio Código Comercial.

Com o advento do atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e com a revogação do artigo 308 do Código Comercial, o que já era dominante restou fortalecido, ou seja, o incapaz pode ser sócio de sociedade, mas, apesar de o legislador

---

\* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, titular da 4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª central de Inquéritos; Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra-Portugal; Professor de Direito Empresarial do Curso Jurídico Master Juris; Professor de Direito Empresarial-MBA- FGV; Professor de Direito Empresarial da Pós-graduação da PUC-RJ; Professor de Direito Empresarial da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro-AMPERJ; Professor de Direito Empresarial do Centro de Estudos Jurídicos de Salvador- CEJUS-Bahia.

não ter especificado o tipo societário, não pode de qualquer tipo societário, como por exemplo, sociedade em nome coletivo (art. 1039 a 1045 do CC), em que todos os sócios detêm responsabilidade subsidiária, solidária e ilimitada, pois, neste caso, ao invés de proteger o incapaz, acabaria o mesmo ficando desprotegido, contrariando a propósito do legislador e do ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda após a revogação do artigo 308 do Código Comercial, era possível questionar a participação de incapaz em sociedade, uma vez que, ao se constituir uma sociedade limitada, por exemplo, o contrato social não deixa de ser ato jurídico "lato sensu", exigindo, por via de consequência, o preenchimento dos requisitos genéricos de validade, dentre eles, a capacidade do agente, segundo artigo 104, inciso I, do Código Civil. Porém, ainda assim, prevalecia o entendimento permissivo, de forma condicionada.

Com a Lei 12.399/2011 a polêmica "caiu por terra", pois as orientações doutrinária e pretoriana predominantes acabaram sendo acolhidas pela lei infraconstitucional expressamente, no caso o artigo 974, § 3º do Código Civil.

Porém, com a devida vênia, a novel lei atrapalha mais do que propriamente ajuda, pois contém inúmeras falhas, o que faz com que o intérprete desavisado e sem orientação precisa sobre Direito Empresarial tenha que ter mais cautela ao proceder à interpretação, não sendo aconselhável a interpretação literal, mas sim a sistemática-teleológica, do contrário, chegar-se-á à conclusões equivocadas, senão vejamos :

A uma, porque não andou bem o legislador ao inserir o § 3º justamente no artigo 974 do CC, havendo flagrante erro topográfico, haja vista que a atividade empresarial pode ser exercida, explorada por empresário individual (pessoa natural) ou por sociedade empresária (pessoa jurídica), sendo certo que o empresário individual (pessoa natural) é tratado entre os artigos 966 ao 980 do CC, enquanto que a sociedade é tratada a partir do artigo 981 do CC.

Na esteira deste raciocínio, verifica-se que o artigo 974 do CC diz respeito especificamente à pessoa natural, ou seja, ao empresário individual que possuía plena capacidade e exercia a atividade empresarial (empresa sob sentido técnico-funcional), mas que, por alguma circunstância, tornou-se incapaz em caráter absoluto ou relativo. Neste caso, a questão é saber se a atividade empresarial (empresa-sentido técnico) pode continuar a ser explorada ou não. Daí incide o referido artigo 974 do CC.

Desta forma, o disposto no artigo 974 do CC não guarda qualquer relação com sociedade ou sócio, mas sim com empresário individual, pessoa natural, que vem a se tornar incapaz ou falecer. Neste caso, o referido dispositivo, acabando com uma polêmica doutrinária anterior, acabou preceituando que a atividade empresarial (e não a sociedade) poderá prosseguir com prévia autorização judicial, se for caso, nomeando-se representante ou assistente,

sendo caso de incapacidade superveniente do empresário individual (pessoa natural).

Ora, o novel § 3º acrescentado trata também de incapacidade, mas não do empresário individual, mas sim de sócio de sociedade, conseqüentemente, deveria ter sido inserido em outro dispositivo legal relacionado às sociedades e não no artigo 974 do CC, talvez como parágrafo do artigo 981 do CC.

A duas, porque o referido § 3º não especificou o tipo societário em que o incapaz pode figurar como sócio, sendo certo e sabido que há vários tipos societários em que os sócios, todos ou alguns, possuem responsabilidade subsidiária e ilimitada, como por exemplo, respectivamente, em nome coletivo, em comandita simples e em comandita por ações.

Ora, não há dúvidas de que o incapaz não pode ser sócio de uma sociedade que lhe atribua responsabilidade ilimitada, pois, do contrário, estaria sendo desprotegido, quando a intenção do legislador é a proteção do incapaz.

No entanto, o § 3º em análise refere-se apenas à "sociedade" quando deveria ter especificado que o incapaz só pode ser sócio se o tipo societário lhe atribuir responsabilidade limitada pelas dívidas sociais.

A três, porque o § 3º *aparentemente* faz crer que se direciona à Junta Comercial, pois trata do registro público de empresas mercantis (antigo registro de comércio) cuja incumbência é da Junta Comercial, sendo certo que, de acordo com o artigo 1150 do CC, dependendo da espécie societária, se empresária ou simples em sentido amplo (ou não empresária), deve a sociedade ser registrada na Junta Comercial ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas-RCPJ.

Portanto, o artigo 974, § 3º, do CC faz crer que somente sociedade empresária pode ser integrada por sócio incapaz, haja vista que é tal espécie de sociedade que se deve registrar na Junta Comercial, esquecendo o legislador civilista do disposto no artigo 1.150 do CC. Não há razão alguma para se impedir que incapaz seja sócio de sociedade não empresária (ou simples em sentido amplo ou simples heterogênea) já que se admitiu que o mesmo possa integrar sociedade empresária, desde que sejam preenchidos os pressupostos enumerados cumulativamente pela lei. A título de exemplo, tem-se o tipo sociedade limitada que, por si só, não é empresário, pois, de acordo com o artigo 983 do CC, a sociedade empresária ou não empresária (simples em sentido amplo) pode adotar o tipo sociedade limitada.

Em sendo assim, a vontade do legislador infraconstitucional foi no sentido de se admitir que incapaz possa ser sócio de sociedade, quer seja empresária, quer seja não empresária (ou simples), desde que : haja representação ou assistência; o incapaz não seja administrador, bem como que o capital social esteja integralizado. Estas condições visam proteger o incapaz de eventuais responsabilidades patrimoniais.

Mister registrar, ainda, que alguns doutrinadores entendem, visando proteger ainda mais o incapaz, que o incapaz só pode se tornar sócio se obtiver a participação societária de forma gratuita e não onerosa, porém esta última condição não foi especificada pelo legislador, muito menos é a orientação predominante.

Em síntese, o legislador, após o transcurso de tantos anos, passou a admitir expressamente a participação de sócio incapaz em sociedade, porém mais uma vez não foi preciso, mas certo é que, na prática, a maioria das sociedades adota o tipo limitada ou anônima, o que significa que o incapaz terá responsabilidade limitada e subsidiária. No entanto, se a sociedade for da espécie empresária, a Junta Comercial terá que respeitar as condições cumulativas do referido § 3º, mas se a sociedade for não empresária ou simples em sentido amplo, tais condições deverão ser obedecidas também, porém pelo cartório do RCPJ, diante do disposto no artigo 1150 do CC.

Conclui-se, portanto, que o § 3º não pode ser interpretado como parte integrante do artigo 974 do CC, pois não tem absolutamente nada a ver com o “caput” e com os §§ 1º e 2º.

É a singela contribuição, sendo certo que o então candidato a deputado federal “Tiririca” estava errado quando de sua campanha política, pois “pior que está pode ficar”.

1º de abril de 2011 — “Dia da mentira”.