

62908 a 62926 (no) r Ok

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico  
e financeiro

---

149/150

TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DE SÃO PAULO  
BIBLIOTECA

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLVII (Nova Série)  
janeiro-dezembro/2008

*Com os cumprimentos da  
Editora*

 **MALHEIROS  
EDITORES**

LOCALIZAÇÃO  
E. ....  
P. ....  
N. ....  
N.R.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLVII — ns. 149/150 — janeiro dezembro 2008

CLASSIFICAÇÃO  
RDM  
nova série  
N.º 149/150  
jan. dez  
(2008)

## FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)  
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

COMITÊ DE REDAÇÃO: CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN, EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI, PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO e UNIE CAMINHA

DIRETOR EXECUTIVO: HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA  
SECRETÁRIO ADJUNTO: TARCISIO TEIXEIRA

### REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel. (11) 3078-7205  
Fax: (11) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:  
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE  
LIVROS S.A.  
Rua Conselheiro Ramalho, 928  
CEP 01325-000  
São Paulo, SP - Brasil  
Tel. (11) 3289-0811  
Fax: (11) 3251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros  
Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato  
Composição: Scripta

# Atualidades

## **AFFECTIO SOCIETATIS: UM CONCEITO JURÍDICO SUPERADO NO MODERNO DIREITO SOCIETÁRIO PELO CONCEITO DE FIM SOCIAL**

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA  
MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

*1. Introdução. 2. Origem da expressão no direito romano. 3. "Affectio societatis" em direito comparado e no direito brasileiro. 4. Conceitos e críticas. 5. Rumo ao conceito de fim comum em sentido lato. 6. As críticas às tradicionais aplicações da "affectio societatis" no direito brasileiro e a sua substituição por um novo paradigma: 6.1 "Affectio societatis" e exclusão de sócio; 6.2 "Affectio societatis" e retirada de sócio; 6.3 "Affectio societatis" e sociedade anônima "de pessoas"; 6.4 "Affectio societatis" e caracterização da sociedade. 7. Conclusões: rumo ao conceito de fim comum e aos deveres de lealdade e colaboração.*

### **1. Introdução**

A evolução do pensamento jurídico – é esta uma simples constatação – pode distanciar, de maneira pontual (e, às vezes, até mesmo de forma radical), sistemas jurídicos fraternos, descendentes de uma mesma família, sendo que tal afastamento pode ter as mais variadas causas e, portanto, apenas a análise, de caso em caso, é capaz de denunciá-las. Vezes há que a mudança de filiação de sistema no trato de certo instituto jurídico explica-se pela influência mais intensa que certo país, por condicionantes de ordem política, cultural, geográfica ou econômica, experimenta momentaneamente de outra jurisdição de diversa filiação. Pode, ainda, tal fenômeno resultar de fatores exclusivamente internos do país, a impor a evolução da jurisprudência em certo sentido, distanciando o seu direito interno dos demais da mesma família, nos quais não se tenha imposto a força da mesma realidade

social. Ou, ainda, o distanciamento pode ser consequência do legítimo interesse do legislador interno em pautar-se por experiências vitoriosas ocorridas alhures, trilhando, assim, caminho já testado. No entanto, vezes também há em que o distanciamento pontual de construções de sistemas jurídicos pertencentes a uma mesma família deve ser, em grande parte, creditado à ausência de sadio e desejável exercício de crítica e reflexão em torno das regras legais vigentes; à reverência acrítica a determinadas construções antigas que, se por ocasião de sua formulação se revelavam adequadas e auspiciosas, com a evolução da ciência universal acabaram por se tornar ultrapassadas – sem que tal particularidade signifique que se deva, pura e simplesmente, abandonar ou ignorar o seu estudo, muito pelo contrário;<sup>1</sup> o que não se deve, apenas,

1. Pois "a memória dos fatos passados pode constituir-se em poderoso aliado do homem presen-

é deixar de analisá-las criticamente, recebendo-as como dogma ou verdade perfeita e acabada.

Em qualquer caso, ademais, a correta compreensão dos institutos de direito vigente não pode se esgotar na análise isolada de textos legais. Pressupõe mais; pressupõe a sua completa apreciação no contexto normativo em que se insere, a fim de que possa, então, e somente então, ser conhecido em sua inteireza. O estudo das questões de direito demanda, sempre, a interpretação sistemática, interpretação essa que, expandindo-se pelo plano espacial (ou territorial), compreende o direito comparado (o qual, nas palavras de René David, emérito comparatista, constituiria a interpretação sistemática levada às últimas conseqüências). Essa mesma análise sistemática, transposta para o plano temporal, abrangê o estudo da história do direito.

No entanto, assim como o estudo do direito comparado e a transposição de soluções estrangeiras para o direito nacional devem necessariamente ser feitas *cum grano salis*<sup>2</sup> – eis que normalmente idealiza-

te. Assim, como já se disse que quem esquece dos erros do passado está condenado a repeti-los, é lícito dizer também que quem se olvida das descobertas do passado está condenado a retrocesso e à penosa repetição do caminho já palmilhado. Mostrando os erros cometidos no passado, a memória previne a sua repetição no presente; revelando as virtudes das soluções corretas, dispensa o trabalho de procurá-las novamente – possibilita ao homem moderno que só despenda suas energias no aperfeiçoamento e na adequação dos frutos do conhecimento acumulado” (José Ignacio Botelho de Mesquita, *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, vol. 1, São Paulo, Ed. RT, 2005, pp. 308-309).

2. A expressão latina, empregada no texto a sinalizar a necessidade de parcimônia ou cautela, é normalmente atribuída a Plínio, mas, aparentemente, não é bem assim: “costuma-se dizer que provém de um trecho de Plínio (*Naturalis historia*, 23, 77, 3), em que se tem *Addito salis grano*, ‘acrescento um grão de sal’, mas nessa passagem a expressão, ainda que hiperbólica, tem sentido concreto (trata-se de uma receita de remédio); por outro lado, em latim clássico realmente é difundida a expressão *Salis granum* (cf. ThL 6/2, 2196, 12-19), mas não parece existir *Cum grano salis* com o sentido atual”

das para ordens jurídicas diversas –, pela mesma razão, a utilização de soluções forjadas noutros tempos demanda igual ou maior cautela por parte do exegeta, porquanto a aplicação linear e acrítica, na atualidade, de lições e de institutos elaborados em tempos remotos, certamente conduzirá a equívocos ou, pelo menos, a construções pouco esclarecedoras.

Em relação ao tema objeto deste estudo (declaradamente) provocativo – que, longe de ter a pretensão de apresentar construções definitivas, pretende suscitar a controvérsia e convidar os estudiosos à reflexão –, o que se buscará demonstrar é que a aplicação acrítica e abusada da noção de  *affectio societatis*, ainda em voga no direito societário brasileiro, é, em larga medida, incompatível com a evolução da ciência jurídica universal (o que se ilustra pela lembrança da inapelável condenação da teoria da vontade do negócio jurídico, a partir de meados do séc. XIX, e pela elaboração da teoria do contrato plurilateral). Em boa parte, a insistência na alusão à  *affectio societatis* aparenta ser manifestação de certo imobilismo intelectual, que presta reverência a um conceito de origem romana (em que pese o iluminado comando da “Lei da Boa Razão”, de 18.8.1769, regra de direito reinol que, ainda hoje, conviria ser relida). Vejamos, pois.

## 2. Origem da expressão no direito romano

A origem da expressão  *affectio societatis* encontra-se no direito romano e, de modo mais específico, em famoso texto de Ulpiano (Dig., L. 17, Tit. II, 31).<sup>3</sup> Nesta

(Renzo Tosi, *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*, trad. Ivone Castilho Benedetti, São Paulo, Martins Fontes, 1996, n. 17.775, p. 802). O registro da origem desta expressão é feito apenas para ilustrar que as mudanças de significado ou de conceito de expressões latinas, como a que constitui objeto deste estudo, são assaz freqüentes.

3. D. 17, 2, 31: “Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim sufficit, rem

fonte, porém, a *affectio societatis* (*affectio-ne societatis*) não aparece como elemento próprio e exclusivo da sociedade, mas como um traço distintivo da sociedade em relação à comunhão ou condomínio. O que sucedeu, porém, segundo explica Fábio Konder Comparato, foi que “uma certa doutrina resolveu, posteriormente, tomá-lo por diferença específica do contrato de sociedade, perdendo-se em falsos caminhos que não deixaram de ser denunciados pelos autores contemporâneos: a *affectio societatis* confundir-se-ia com os demais elementos do contrato social, vale dizer, a contribuição dos sócios com esforços ou recursos para a consecução de determinado resultado, visando à partilha dos lucros ou perdas. Não se pode, porém, tomar a expressão, no contexto da sentença de Ulpiano, por mais do que ela aí significa. Se a *affectio societatis* é apresentada como elemento distintivo em relação ao estado de comunhão, nem por isso se pode daí inferir que ela só existiria, enquanto *affectio*, no contrato de sociedade. Ao contrário, as fontes empregam o mesmo vocábulo, tanto em matéria de matrimônio quanto de posse. Como explicou Arangio-Ruiz, a *afec-*

esse communem, nisi societas intercedat. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta quum non *affectio-ne societatis* incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri” (tradução livre: para que haja a *actio pro socio*, é preciso que haja sociedade; porque não basta que uma coisa seja comum, se não houve sociedade. Mas pode fazer-se em comum alguma coisa também fora da sociedade, como, por exemplo, quando concorremos em comunhão não por afeição de sociedade, como sucede com a coisa legada a duas pessoas, e também se uma coisa foi comprada por dois simultaneamente, ou se nos coube em comum uma herança, ou uma doação, ou se de dois compramos separadamente as suas partes, não para ser sócios). Há controvérsias, inclusive, sobre se as palavras “non *affectio-ne societatis*” seriam mesmo do texto de Ulpiano ou se constituiriam uma interpolação (cf.: Vincenzo Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, reimpr. da 1ª ed. de 1965, Nápoles, Jovene Editore, 2006, pp. 50-51 e 68-70).

*tio* é um *consensus*, mas não instantâneo e sim prolongado; um estado de ânimo continuativo, a perseverança no mesmo acórdão de vontades”.<sup>4</sup>

Frise-se, pois, que, na origem, a *affectio societatis* não surgiu como pretenso elemento constitutivo ou genético do contrato de sociedade, mas somente como traço (e, diríamos nós, como um dos possíveis traços) a diferenciar a sociedade da comunhão, em especial do *consortio inter fratres* – a mais antiga forma de comunhão accidental ou involuntária entre herdeiros (a comunhão universal de bens entre os *fili familias*, que se formava com a morte do *pater familias*).<sup>5</sup> Isso não significava, porém, que a *affectio*, o estado de ânimo continuativo, não pudesse existir noutros institutos, tal como efetivamente existia e ainda hoje existe. Tanto assim que, já no direito romano, ao tratar da posse e dos seus elementos (e, em especial, do elemento subjetivo do *animus*), aludia-se a *affectio tenendi*, como sendo a intenção de deter a coisa. Por outro lado, em matéria de casamento, também era feita referência à *affectio maritalis*, para evidenciar a particularidade de que o consentimento para a constituição do casamento não era apenas aquele inicial, mas o que também se projetava no tempo e determinava a sua permanência.<sup>6</sup>

4. Fábio Konder Comparato, “Restrições à circulação de ações em companhia fechada: *nova et vetera*”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 37-38.

5. Para Fábio Konder Comparato, a compreensão da *affectio societatis* como simples estado de ânimo continuativo não se presta sequer a distinguir a sociedade da comunhão: “a *affectio societatis* assim interpretada em nada diferencia, em nosso entender, a sociedade (pelo menos a regulada no Código Civil) da comunhão” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, n. 37, p. 117). Essa opinião foi mantida, explicitamente, na vigência do Código Civil de 2002 (*O Poder de Controle...*, cit., 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, em co-autoria com Calixto Salomão Filho, n. 37, p. 157).

6. Vincenzo Arangio-Ruiz, *La Società in Diritto Romano*, cit., pp. 66-68. O mesmo sucedia com

### 3. “*Affectio societatis*” em direito comparado e no direito brasileiro

A noção de *affectio societatis* e a sua previsão como elemento constitutivo e característico do contrato de sociedade são, praticamente, ignoradas nos sistemas jurídicos mais modernos. Desconsideradas as invocações meramente secundárias e sem qualquer conteúdo instrumental, o conceito de *affectio societatis* é desprezado pelas obras de direito societário mais conhecidas da Itália,<sup>7</sup> Espanha<sup>8</sup> ou Portugal.<sup>9</sup> É completamente abandonada na Alemanha<sup>10</sup> e na Suíça,<sup>11</sup> onde, evidentemente, as socie-

a *societas*, que não era personificada e, portanto, se operava *ad intra*, levando a que o desaparecimento da intenção de constituir e manter a sociedade, conduziu à sua extinção: “manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant” (Gai. III, 151; tradução livre: “mas dura a sociedade enquanto perseveraram os sócios no mesmo consentimento”); “tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat” (C. 4, 37, 2; tradução livre: “a sociedade dura enquanto persevera íntegro o consentimento das partes”).

7. Cf.: Giuseppe Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 8ª ed., Torino, Utet, 1992; Giuseppe Auletta e Nicolò Salanitro, *Diritto Commerciale*, 13ª ed., Milão, Giuffrè, 2001; Francesco Galgano, *Derecho Comercial*, vol. 2, trad. Jorge Guerrero, Colombia, Temis, 1999; e Gastone Cottino, *Diritto Commerciale*, vol. 1ª, t. 2ª, *Le Società*, 4ª ed., Padova, CEDAM, 1997.

8. Cf.: Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Bogotá, Temis, 1987; e Manuel Broseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1991.

9. Cf.: A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Coimbra, Lex (reprint), 1994; António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007; António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 50 (o qual, no entanto, se refere a *affectio societatis* enquanto metro do dever de lealdade); e José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, vol. IV, Lisboa, 1993.

10. V.: Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, München, C. H. Beck, 1980, § 1, I, 1 b, pp. 8-9, e Band II: *Recht der Personengesellschaften*, München, C. H. Beck, 2004, § 3 II 3, pp. 191 e ss.; e Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed., Köln, Carl Heymanns, 2002, § 20 IV, pp. 587-589.

11. V.: Heinrich Honsel, Nedim Peter Vogt e Rolf Watter, *Basler Kommentar zum Schweizeris-*

dades são conhecidas e, à evidência, não deixam de existir – fato que por si só revela que a *affectio societatis* não é e não pode ser elemento constitutivo ou característico do contrato de sociedade – e onde, pelo contrário, se adota o conceito mais preciso de “fim comum” (*Gemeinsamer Zweck*),<sup>12</sup> adiante mencionado. É tão-somente no direito francês que ainda se encontram maiores referências ao instituto, por força da jurisprudência, mas mesmo lá os autores salientam a sua ambigüidade,<sup>13</sup> propugnando por uma teoria objetiva.<sup>14</sup> Ademais, o conceito é lá empregado, com mais frequência, para distinguir a sociedade de outras figuras (tarefa essa para a qual a *affectio societatis* também não dá uma resposta definitiva, como o reconhecem os doutrinadores franceses), e não com a abrangência e amplitude de autêntica panacéia com que amiúde desponta em julgados de nossos tribunais.

Ainda assim, no direito brasileiro, a noção de *affectio societatis* continua a ecoar na doutrina, que ora lhe reconhece o atributo de elemento constitutivo do contrato de sociedade, distinto do consentimento

*chen Privatrecht – Obligationenrecht II (art. 530-1186 OR)*, 2ª ed., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2002.

12. “Gemeinsamer Zweck”, literalmente, fim comum, é conceito que compreende, para alguns, simultaneamente o objeto (ou escopo-meio) e o objetivo (ou escopo-fim) da organização societária. Para outros, entretanto, o objeto seria apenas meio para atingir o escopo-fim e não parte integrante dele (cf. Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., p. 155). Na visão dialética com que enfoca o direito societário, Wiedemann acena ainda com uma distinção entre fim social (*Verbandszweck*) e objetivo da empresa (*Unternehmensziel*) (*op. et loc. ult. cit.*). Karsten Schmidt entende que o fim comum torna-se o fim social supra-individual (*überindividuellen Verbandszweck*), elemento constitutivo das sociedades (*Gesellschaftsrecht*, cit., § 4 I 2 b, p. 60).

13. Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 18ª ed., Paris, Litec, 2005, n. 141, p. 64; e Yves Guyon, *Droit des affaires*, 12ª ed., Paris, Economica, 2003, n. 124, pp. 130 e ss.

14. Paul Le Cannu, *Droit des Sociétés*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2003, ns. 167-168, pp. 90-91.

exigido para a celebração de qualquer contrato;<sup>15</sup> ora a ela faz referência para diferenciar a sociedade de outros institutos; ora a ela se refere como elemento definidor da extensão dos deveres dos sócios e dado legitimador da transposição de soluções das sociedades de pessoas para as sociedades ditas de capitais. O quadro torna-se ainda mais nefasto quando se constata que a noção de *affectio societatis* é manejada pelos tribunais, sem qualquer sistematicidade e carregada de um incompreensível empirismo, para justificar soluções as mais díspares possíveis entre si, notadamente em matéria de dissolução parcial de sociedade *lato sensu* (retirada, exclusão e dissolução parcial em sentido estrito), com total alheamento de outros temas fundamentais envolvidos na questão, como os de juízo de proporcionalidade e de análise de imputação de responsabilidade pela quebra de eventuais deveres de sócio.

Nas linhas seguintes, procurar-se-á, primeiramente, demonstrar a imprecisão do conceito de *affectio societatis* para, na seqüência, apontar o verdadeiro elemento cardeal do moderno direito societário e, assim, contrastar a aplicação prática de ambos os institutos, tudo para tentar demonstrar a superioridade do segundo sobre o primeiro.

#### 4. Conceitos e críticas

O conceito de *affectio societatis* é equívoco. A ampliação da função a ela inicialmente reconhecida levou a que os di-

15. Sustentando que a *affectio societatis* seria um elemento específico ou constitutivo do contrato de sociedade: Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 1º vol., 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, n. 223, p. 277; Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, n. 11, p. 33; Ricardo Negrão, *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, vol. 1, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, n. 17.9.3, p. 293; Waldirio Bulgarelli, *Sociedades Comerciais: Empresa e Estabelecimento*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1991, n. 5.5, p. 95; dentre tantos outros.

versos conceitos construídos pela doutrina se tornassem bastante díspares, dependendo da função ou funções que o autor da definição lhe pretenda atribuir.

Na realidade, o problema com o conceito de *affectio societatis* inicia-se, justamente, quando se procura responder à indagação sobre o que a expressão significa. É que, traduzida literalmente, ela é oca e desprovida de alcance, pois o elemento voluntário existe em todo e qualquer contrato, sendo que, para o tradutor, a expressão latina conduz ao paradoxo de pretender caracterizá-la como sendo a intenção, o ânimo, a vontade de constituir sociedade. Contudo, como bem observou Joseph Hamel, semelhante tradução leva a um chocante e inegável círculo vicioso, pois “o contrato de sociedade não pode ter por critério uma *affectio societatis* que seja ‘a vontade de constituir uma sociedade’”.<sup>16</sup> Para desvencilhar-se deste paralogismo, alguns doutrinadores tentaram descobrir um elemento objetivo, com base no qual fosse possível diferenciar a sociedade dos demais contratos, mas as tentativas iniciais a esse respeito também malograram.

Por fim, prevaleceu na doutrina e nos tribunais franceses o entendimento de que a *affectio societatis* seria “o desejo, a vontade, a intenção de colaboração *voluntária e ativa, interessada e igualitária*”. De acordo com esta visão, os caracteres voluntário e ativo serviriam para diferenciar a sociedade: (i) da indivisão, situação involuntária e de sujeição; e (ii) de diversos contratos com cláusula de participação nos lucros (mútuo, comissão ou mandato, seguro e certas combinações de venda do estabelecimento empresarial). Além disso, o caráter igualitário se prestaria a afastar, da sociedade, o liame de subordinação, que é da essência do contrato de trabalho e serve justamente para recusar a qualidade de sócio ao simples empregado comissionado.

16. Joseph Hamel, “L’*affectio societatis*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1925, t. 24º, pp. 762-763.

A verdade, porém, é que esta concepção longe está de se revelar satisfatória. Assim, por exemplo, é claramente arbitrário qualificar de colaborador ativo um dentre os milhares de acionistas, que sequer comparecem às assembleias gerais e não têm nenhum conhecimento dos negócios da sociedade, ou mesmo o sócio comanditário – os quais, no entanto, ninguém deixa por isso de reconhecer que são sócios. De outro lado, o caráter igualitário também não existe sempre nas sociedades, nem por ocasião dos aportes iniciais, nem durante a vida societária: um sócio pode ingressar com bens e, outro, com serviços; um sócio pode controlar a sociedade e, o outro, ser apenas minoritário; um sócio pode ter direitos especiais de administração, diversos dos reconhecidos aos demais sócios, ou títulos sociais atributivos de preferências que não se estendem aos demais – e, também aqui, nenhuma destas dessemelhanças nas situações jurídicas dos vários sócios permite excluir a existência de sociedade.

Não passou despercebido a vários autores, por isso mesmo, que o conceito de *affectio societatis* é insuficiente para definir a sociedade e, por efeito, distingui-la de outros contratos. Assim, por exemplo, Joseph Hamel, depois de assinalar as insuficiências do conceito de *affectio societatis*, pugnou pela análise da questão sob o prisma da causa do contrato de sociedade: “quel est le bût poursuivi par les associés? C’est là le point essentiel de la définition de ce contrat”.<sup>17</sup> Respondendo a isso, o emérito comercialista francês lembra que a vontade de união seria um dos fatores essenciais da *affectio societatis*, mas não é ela o único elemento nem é exclusivo da sociedade. Esta vontade de união encontrar-se-ia também noutros contratos. Por isso, à vontade de união, à vontade de associar-se, deveria ser acrescentado outro

elemento, que seria o de aceitação dos riscos. E conclui: “volonté d’union, volonté d’accepter délibérément certains risques, ce sont là, semble-t-il, les deux éléments dont la juxtaposition constitue l’*affectio societatis*”.<sup>18</sup> Por esta visão, portanto, a vontade de ligar-se a contrato de sociedade suporia dos agentes a intenção de (1) união e de (2) aceitação de áleas comuns. A união implicaria, ao mesmo tempo, uma organização coletiva e um paralelismo de interesses; ela não significaria, porém, necessariamente uma colaboração ativa e igualitária (de modo que, por isso, admitir-se-ia facilmente que o comanditário seja efetivamente sócio). Todavia, ela excluiria o liame de subordinação. Por outro lado, quando se menciona a aceitação de áleas comuns, tal álea não se daria no plano das relações entre os sócios, mas no que se refere à produção e à partilha de lucros.

Também esta visão, contudo, é igualmente merecedora de críticas, pois, os traços que ela coloca em realce são apenas aqueles que, com superioridade, a teoria do contrato plurilateral explicou<sup>19</sup> e, em

18. Joseph Hamel, *op. et loc. cit.* (tradução livre: “vontade de união, vontade de aceitar deliberadamente certos riscos, estes são, parece, os dois elementos cuja justaposição constitui a *affectio societatis*”).

19. E isso não passou despercebido ao gênio de Tullio Ascarelli. Com efeito, depois de salientar, com agudeza, que “nos contratos plurilaterais o escopo, em sua precisa configuração em cada caso concreto (por exemplo, constituição de uma sociedade para compra e venda de livros) é juridicamente relevante. Constitui o elemento ‘comum’ unificador das várias adesões e concorre para determinar o alcance dos direitos e deveres das partes” (“O contrato plurilateral”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 291), explicou o mestre italiano que essa atividade ulterior “é, no fundo, o sentido da tese tradicional, que exige a *affectio societatis*. Essa tese costuma ser criticada (cf. Salvadori, *Rivista di Diritto Civile*, 1911), observando que ela imagina quase que uma duplicação do consentimento das partes. Essa tese é, no entanto, exata quando põe em evidência o objetivo comum e a necessidade que o consentimento das partes vise à consecução desse objetivo comum” (*op. cit.*, nota 47, p. 291).

17. Joseph Hamel, “L’*affectio societatis*”, *cit.*, p. 775 (tradução livre: “Qual é o fim perseguido pelos sócios? É este o ponto essencial da definição deste contrato”).

certos pontos, a teoria do contrato associativo aprofundou.<sup>20</sup> Ainda aqui, o conceito de *affectio societatis* aparece como mero critério de distinção da sociedade de outros contratos, e, por ser meramente descritivo, não fornece nenhum instrumento útil para lidar com problemas que digam respeito à dissolução da sociedade ou do vínculo contratual que une o sócio à sociedade, ou os sócios entre si.

Não surpreende, por isso mesmo, que as tentativas de definição da *affectio societatis* pelos doutrinadores pátrios apresentem as mesmas deficiências verificadas na França. Assim, Waldirio Bulgarelli dizia que “*affectio societatis* (ou *animus contrahendi societates* ou *societatis contrahendae causa*) seria a intenção dos sócios de reunir esforços para a realização do fim comum”,<sup>21</sup> quando é certo que a intenção da parte, enquanto tal, é dado juridicamente irrelevante, em contraste com a vontade declarada (CC, art. 112); além disso, o consentimento é elemento exigido na conclusão de todo e qualquer contrato; e, por fim, o elemento, que verdadeiramente interessa na definição apresentada, é justamente o de fim comum, e não o de intenção da parte – donde se evidencia o claro desvio de perspectiva, ao qual adiante serão feitas maiores referências.

As críticas que podem se fazer ao conceito de *affectio societatis* são várias.

*A primeira crítica é a de que se trata de conceito equivoco, cuja obscuridade é ainda robustecida pelo emprego da mítica expressão latina.*<sup>22</sup> É que, como visto, alguns autores empregam o conceito de *affectio societatis* para designar e qualificar o consenso exigido dos sócios na celebração do contrato de sociedade. Outros invocam-no para, com isso, apontar ele-

mento constitutivo e essencial do contrato de sociedade e de sua continuidade. Por fim, outros a ele se referem para tratar dos deveres dos sócios. E isso, não obstante, na fonte romana, a sua invocação tenha se dado tão-somente para diferenciar a sociedade da comunhão, sem com isso querer afirmar que o consenso em questão não existiria noutros tipos de contrato.

*A segunda crítica é a de que a affectio societatis não é especial modalidade de consentimento, distinta da exigida para a celebração de qualquer contrato.* Embora alguns autores tenham sustentado que a intenção de formar e participar de sociedade supostamente não se confundiria com o consentimento exigido para a conclusão dos contratos em geral,<sup>23</sup> a verdade é que essa posição padece do equívoco de confundir o consentimento, de um lado, com o objeto ou causa do contrato de sociedade, ao qual se dirige a declaração de vontade, de outro. Até mesmo na França, onde a idéia de *affectio societatis* se alastrou em direito societário, estudiosos como Georges Ripert e René Roblot registraram que, “*a la vérité, il n’y a pas là un caractère particulier du consentement. Tout se ramène à dire, comme le disait d’ailleurs le droit roman impérial, qu’il faut l’animus contrahendae societatis. On pourrait en dire autant pour tous les contrats: le consentement doit être donné en connaissance de la nature du contrat conclu.*”<sup>24</sup> Entender o

23. Waldirio Bulgarelli, p. ex., afirmou categoricamente que “essa intenção de formar e participar da sociedade não se confunde com o simples consenso dos contratos em geral, que são em muitos casos supridos até mesmo pelo silêncio. A *affectio societatis*, além de se constituir numa declaração de vontade formal e expressa, revela uma intensidade maior, um *plus*, em relação à dos demais contratos. É que ela pressupõe não apenas a vontade de ingressar na sociedade, mas também de participar, na comunhão do escopo comum” (*Sociedades...*, cit., n. 5.8, pp. 96-97). No mesmo sentido: Rubens Requião, *Curso...*, cit., vol. 1, n. 223, p. 277; e Ricardo Negrão, *Manual...*, cit., vol. 1, n. 17.9.3, p. 293.

24. Georges Ripert e René Roblot, *Traité de Droit Commercial*, t. I, 14ª ed., Paris, LGDJ, 1991, n.

20. Cf.: Paolo Ferro-Luzzi, *I Contratti Associativi*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2001.

21. Waldirio Bulgarelli, *Sociedades...*, cit., n. 5.5, p. 95.

22. Cf.: Maurice Cozian, Alain Viandier e Florence Deboissy, *Droit...*, cit., n. 141, p. 64.

tema de outra forma, levaria ao paradoxo de admitir que existem tantas especiais modalidades de consentimento quanto sejam os negócios jurídicos em geral, típicos ou atípicos...

A terceira crítica, que consiste em *desdobramento da exposta no parágrafo anterior, é a de que a affectio societatis não constitui elemento constitutivo do contrato de sociedade*. Sobretudo entre os doutrinadores brasileiros, ainda está em voga a idéia de que, ao lado do requisito geral do consenso, a *affectio societatis* apareceria ainda como elemento específico (e constitutivo) da sociedade. Contudo, tal como acabou de se pôr em evidência, ela não se traduz num elemento essencial autônomo, ou espécie de consentimento, diversa da exigida para a celebração de qualquer negócio jurídico, nem tampouco possui alguma conotação excepcional, que não se faça presente noutros tipos de contrato de duração e colaboração. É certo que o contrato de sociedade é contrato plurilateral (algo que, de resto, hoje se extrai do conceito de sociedade dado pelo art. 981 c.c. os arts. 1.026 a 1.030, todos do Código Civil) e, como tal, apresenta, como um de seus traços distintivos, a comunhão de escopo – elemento unificador das manifestações individuais de cada sócio e elemento determinante para a definição do alcance dos seus direitos e deveres. Ainda assim, não deixa de ser uma simples manifestação própria do consentimento exigido na celebração de qualquer contrato, e não uma duplicação de um mesmo elemento (vale dizer, não é algo que se coloque ao lado e em conjunto com o consentimento em geral). O que se particulariza na sociedade não é o consentimento, mas a causa do contrato,

que vem a ser a consecução de um fim comum.

*A quarta crítica é a de que a affectio societatis não é elemento que, desaparecendo ao longo da execução do contrato de sociedade, possa determinar a sua automática extinção*. Embora a solução pudesse até ser diversa na *societas romana*,<sup>25</sup> da qual a moderna sociedade em muito difere,<sup>26</sup> a verdade é que a *affectio societatis* também não é elemento essencial para a manutenção da sociedade – como não o é, de regra, para qualquer outro contrato em que não se admita o arrependimento. João Eunápio Borges já afirmava, com todas as

25. “No direito romano clássico, não é uma única vez e para sempre que os sócios manifestam o seu consentimento em permanecer naquela sociedade, é continuamente e todos os dias, de tal maneira que, cessando a *affectio*, rompe-se, *ipso facto*, o vínculo contratual que os une” (Fábio Konder Compato, “Restrições à circulação...”, cit., p. 38).

26. Antônio Menezes Cordeiro, a propósito, registra que “a conexão das atuais sociedades fez-se, contudo, com as experiências medievais e não de modo direto, com as romanas. Não era, aliás, função da *societas* criar um ente novo, diferente dos contratos nem, sobretudo, providenciar complexas organizações, onde seriam congregados os esforços ou os capitais de centenas ou milhares de pessoas. A ‘*societas*’ era, simplesmente, um contrato que traduzia uma relação de cooperação, entre duas ou mais pessoas” (*Manual...*, cit., vol. I, n. 6, p. 51). No mesmo sentido, Francesco Galgano, *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 45 e ss. De outra parte, as sociedades por ações não derivaram nem sequer das próprias sociedades medievais, mas têm seus precedentes nas *maone* – empréstimos públicos das cidades-Estado italianas, divididos em quotas-partes de igual valor, transmissíveis e alienáveis, designadas “*loca*”, subscritas pelos membros da comunidade e até estrangeiros –, nas *Rheederein* – associações para armação de navios, em que os interesses da expedição naval eram divididos em quotas-partes de igual valor (também chamadas “*loca*”), transmissíveis e alienáveis – e nas *corporações eclesásticas medievais* – p. ex., os mosteiros, que eram “propriedade de Deus” e cujos membros se sucediam sem alteração na titularidade (“*corpus mysticus*”), donde o embrião da personalidade jurídica (cf. o esplêndido estudo de José Luiz Bulhões Pedreira e Alfredo Lamy Filho, *Notas sobre a História das Companhias*, em *A Lei das S/A*, 1ª vol., 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 28-30).

720, p. 598 (em tradução livre: “na verdade, não há um caráter particular do consentimento. Tudo se resume a dizer, como o dizia alhures o direito romano imperial, que é necessário o *animus contrahendae societatis*. Poder-se-ia dizer o mesmo com relação a todos os contratos: o consentimento deve ser dado com conhecimento da natureza do contrato concluído”).

forças, que “para a sociedade moderna, dotada de personalidade jurídica e que, salvo quando contratada por tempo determinado, não se dissolve pela só vontade de um sócio, não tem sentido a contraposição entre a *affectio societatis* e o *consensus*. Manifestado este, inicialmente, em forma regular, como em qualquer contrato, produz desde logo a plenitude de seus efeitos. Mesmo que venha a faltar posteriormente aquele estado de ânimo continuativo que caracterizava a *affectio* e que, uma vez cessado, punhá fim à *societas*”.<sup>27</sup> Em tempos mais recentes, a lição tornou a ser repetida por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para quem “a *affectio societatis* não é pressuposto algum, nem mesmo para a manutenção da sociedade entre seus sócios ao longo de sua existência. Se o fosse, os sócios em maioria poderiam alijar os detentores da minoria do capital a qualquer tempo, impedindo-os de participar dos bons negócios que se descortinassem para o futuro (...). O querer ou não querer ficar ou permanecer vinculado a um contrato não é uma particularidade própria do ajuste societário. Nos contratos de duração em geral (como de sociedade, locação, fornecimento), a vontade de manter o vínculo contratual é-lhes inerente, sendo autorizada a sua resolução unilateral, a qualquer tempo, quando celebrados por prazo indeterminado”.<sup>28</sup> Efetivamente, o desaparecimento da intenção de contratar por parte de um dos contratantes, de regra, não interfere na sociedade. Tanto assim que, o que pode determinar a extinção (total ou parcial) do contrato de sociedade, é a impossibilidade de consecução do fim social ou o seu atingimento (CC, art. 1.034, II; LSA, art. 206, II, b); o exercício do direito potestativo de retirada, quando assim admitido (CC, arts. 1.029 e 1.077; LSA, art.

109, V); ou a recusa na prorrogação do prazo de duração do contrato de sociedade (CC, art. 1.033). Fora daí e deixando de lado causas de dissolução estranhas aos sócios, apenas o consenso (unânime ou qualificado) dos sócios pode ter esse efeito (CC, art. 1.033, e II; LSA, arts. 136, X, e 206, I, c). Em qualquer caso, a pura e simples vontade de um sócio não tem essa aptidão e, por maior razão, o mero desaparecimento da intenção de continuar na sociedade. No mais, se o desaparecimento da *affectio societatis* fosse fonte do direito de auto- ou hetero-desvinculação de sócio, ter-se-ia que forçosamente admitir que: (i) a exclusão não dependeria de falta grave (CC, arts. 1.030 e 1.085) e poderia se dar pela simples vontade da maioria; e, inversamente, (ii) o direito de retirada não poderia ter quaisquer condicionantes (CC, arts. 1.029 e 1.077; e LSA, art. 137). Além disso, quer-nos parecer que, se a *affectio societatis* fosse elemento constitutivo da sociedade, seria uma *contradictio in adjecto* conceber a constituição de sociedade com sócio absolutamente incapaz (como assim tem sido admitido em sociedades anônimas ou nas limitadas, com capital totalmente integralizado e sem participação do incapaz na administração) ou, pela mesma razão, a manutenção, no quadro social, de sócio que se tornou incapaz.<sup>29</sup> A bem da verdade, a própria participação de sócio pessoa jurídica seria construção artificiosa, por depender ou da admissão de um autêntico *pass-through* volitivo ou da aceitação de ânimo pela pessoa jurídica.

*A quinta crítica é a de que a affectio societatis não é baliza ou elemento de determinação da extensão dos deveres dos sócios.* A doutrina, mesmo a mais autorizada, parece afirmar que a *affectio societatis* seria metro balizador dos deveres dos só-

27. João Eunápio Borges, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, 5ª ed., 4ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 1991, n. 250, p. 271.

28. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições de Direito Societário*, 2ª ed., São Paulo, Juarez de Freitas, 2004, n. 24, p. 54.

29. A incapacidade superveniente, nas sociedades simples, é apenas causa de exclusão judicial, e não de pleno direito (CC, art. 1.030, par. ún.); nas limitadas, é discutível se essa previsão teria aplicação.

cios; critério definidor da intensidade dos direitos dos sócios. Antonio Pereira de Almeida, por exemplo, sustenta que, na sociedade, “o sócio está adstrito a um dever de lealdade e colaboração, que constitui um dever acessório de conduta em matéria contratual e um dever geral de respeito e de agir de boa-fé” e que, portanto, “este dever é tanto mais alargado quanto maior for a *affectio societatis* do tipo societário”.<sup>30</sup> Também esta afirmação (que parece decorrer mais de uma tentativa de encontrar alguma utilidade ao velho conceito), não procede e está eivada de vício de perspectiva: não é a *affectio societatis* que define a extensão dos deveres dos sócios; quem o faz é o objetivo comum e, de maneira mais mediata, a forma societária escolhida. Diz-se que há desvio de perspectiva pois, em última análise, não é possível afirmar que os direitos de sócio são mais estritos porque se trata de sociedade onde predomina a *affectio societatis*; o que se pode, ao inverso, é constatar que, por serem os direitos de sócio mais estritos, predomina entre eles a *affectio societatis* (aqui entendida a expressão como sinônimo imperfeito de *intuitus personae*).

Pelo exposto, parece possível concluir, juntamente com Maurice Cozian e Alain Viandier, ser “a *affectio societatis* mais um sentimento do que um conceito jurídico”,<sup>31</sup> ou que o termo representa, na verdade, como observa Herbert Wiede-

mann, uma descrição sociológica das sociedades (*soziologischen Beschreibung der Verbände*), juridicamente compreensível ademais, apenas com relação às sociedades de pessoas ou às associações de caráter ideal.<sup>32</sup> Urge, por isso, corrigir o desvio de perspectiva que se encontra ínsito na sua aplicação, dando enfoque ao que realmente interessa: o conceito de fim comum.

### 5. Rumo ao conceito de fim comum em sentido lato

Por tudo o que ficou exposto anteriormente, entende-se que o conceito de *affectio societatis*, elaborado para uma outra realidade, merece ser abandonado (ou, quando menos, relegado a quadrante meramente descritivo); a sua superação, na realidade, já deveria ter se dado quando da elaboração da teoria do contrato plurilateral, a qual já pôs às claras o fato de que, diferentemente dos contratos de escambo, no contrato de sociedade as partes têm não apenas interesses contrastantes, no ato de constituição, mas visam sobretudo um fim comum, e esse fim comum é o elemento de convergência das manifestações de vontade dos sócios. Após a teoria do contrato plurilateral, o moderno direito societário caminhou para a elaboração da teoria do contrato associativo, de um lado, e para a depuração do estudo do fim comum, de outro. Neste contexto, a insistência da doutrina pátria em continuar a falar em *affectio societatis* constitui um autêntico retrocesso; uma involução.

O moderno direito societário encontra, no fim social, a sua estrela polar.<sup>33</sup>

(no original: “l'*affectio societatis* est plus un sentiment qu'un concept juridique”).

32. Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., pp. 8-9.

33. O belo registro é de Herbert Wiedemann: “Die wichtigste Voraussetzung zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses ist die Vereinbarung eines von allen Beteiligten anerkannten und für alle

30. Antônio Pereira de Almeida, *Societas...*, cit., p. 50. De modo algo diverso, Fábio Konder Comparato destacou que “a *affectio societatis* é, portanto, não um elemento exclusivo do contrato de sociedade, distinguindo-o dos demais contratos, mas um critério interpretativo dos deveres e responsabilidades dos sócios entre si, em vista do interesse comum. Quer isto significar que a sociedade não é a única relação jurídica marcada por esse estado de ânimo continuativo, mas que ele comanda, na sociedade, uma exacerbação do cuidado e diligência próprios de um contrato *bonae fidei*” (“Restrições à circulação...”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, cit., p. 39).

31. Maurice Cozian e Alain Viandier, *Droit des sociétés*, 5ª ed., Paris, Litec, 1992, n. 200, p. 65

Com efeito, a temática do moderno direito societário abrange o estudo das associações em sentido amplo (CC, art. 44, § 2º), isto é, das associações em sentido estrito e das sociedades, e isto pela simples e boa razão de que ambas as espécies de organizações associativas são, antes de tudo, organizações finalísticas, organizações que se caracterizam pelo fenômeno de cooperação entre dois ou mais sujeitos para a consecução de certos fins comuns: “constituem-se as associações pela união de pessoas que se *organizam para fins* não econômicos” (CC, art. 53); e “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, *para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*” (CC, art. 981).

Em sentido amplo, o fim comum abrange o escopo-meio (ou objeto) e o escopo-fim (ou objetivo). Na realidade, o escopo-meio ou objeto (empresa, no caso da sociedade empresária) é a atividade à qual a organização societária se dedica, servindo, entre outras coisas, para distinguir as sociedades empresárias das sociedades não-empresárias (CC, art. 982, *caput*). Por outro lado, o escopo-fim ou finalidade é elemento que serve para distinguir as sociedades das associações em sentido estrito: nas sociedades, a finalidade é a partilha dos resultados da atividade social

verbindlichen Gesellschaftszwecks. Die gemeinsame Zielvorgabe – der Polarstern des Gesellschaft – ist ein dem übrigen Vertragsrecht fremdes, für das Gesellschaftsverhältnis aber gerade konstituierendes Rechtselement” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 2 III, 1, p. 122; em tradução livre: “O mais importante pressuposto para a constituição de uma relação societária é o acordo em torno de um fim social aceito por todos os participantes e para todos vinculante. A comum determinação do fim – a estrela polar da sociedade – é um elemento estranho ao restante direito contratual, mas diretamente constitutivo para a relação societária”). A identificação do fim social como a “estrela polar do universo societário” já havia sido apontada por Wiedemann no vol. I do seu *Gesellschaftsrecht* (cit., p. 17). A propósito, v. a tradução do trecho em questão, feita por um dos signatários do presente estudo na RDM 143/67.

entre os seus membros (CC, art. 981), algo que não pode jamais suceder na associação (CC, art. 53), sob pena de desnaturá-la em sociedade.

Analisando as funções que o fim comum em sentido amplo exerce nas organizações societárias – equivalente ao *sinalagma* nos contratos bilaterais –, a doutrina aponta ter ele eficácia constitutiva e eficácia funcional.<sup>34</sup>

Diz-se que tem eficácia constitutiva (*konstituierende Wirkung*), na medida em que o fim comum é elemento constitutivo das organizações societárias: não há sociedade ou associação sem fim comum próprio, que não se confunde com o fim individual porventura perseguido pelos seus integrantes (o qual não conflita nem exclui aquele fim comum).<sup>35</sup> O fim social é o motor da união entre duas pessoas, porque duas pessoas fazem melhor do que uma. As partes são livres para estabelecer o fim social, que pode ser econômico, ideal, passageiro, duradouro etc. Também são livres para estabelecer as contribuições, que podem ser das mais variadas espécies de bens ou até, em certos casos, de serviços. Pouco importa o fim que cada um persegue individualmente: isso não interfere com a finalidade comum a todos. Serve o fim social, desse modo, para a definição da forma jurídica da organização societária (se associação ou sociedade) e, portanto, para a definição das disposições normativas aplicáveis. Aliás, justamente porque se trata de

34. As linhas seguintes baseiam-se na explanação de Herbert Wiedemann (*Gesellschaftsrecht*, Band I, cit., pp. 9-11).

35. A doutrina registra discussões acerca de qual seria o fim comum em sociedades ditas internas e, também, nas sociedades constituídas para deter e administrar o seu próprio patrimônio (sobre o tema: Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 4 III, pp. 66-74; e Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1º Band – 1º Teil: *Die Personengesellschaft*, Berlin/Heidelberg/New York, Springer-Verlag, 1977, § 3 III, pp. 45-48). Os que negam haver aí fim comum recusam sejam elas autênticas sociedades; não afirmam, porém, que haveria sociedade sem fim comum.

elemento constitutivo, o legislador previu mecanismos de seu controle no processo de constituição das organizações societárias, seja por parte dos órgãos encarregados do registro dos atos sociais (Lei n. 8.934/1994, art. 35, I e III; LRP, art. 115; e EA, arts. 1º, I e II, e 16) seja por parte de órgãos de controle do mercado de capitais (CVM) ou pelo controle de atividades reguladas (tais como Conselhos Regionais, Banco Central e agências reguladoras). Sendo elemento constitutivo da organização societária, a ele se refere o legislador, tanto ao tratar da constituição da sociedade (CC, arts. 53, 981, 997, II e VII; LSA, art. 2º), como de sua dissolução (CC, arts. 51, § 2º, e 1.034, II; e LSA, art. 206, II, b) – o que permite afirmar que, como elemento constitutivo da sociedade, o fim comum serve de parâmetro dissolutório da sociedade ou dos vínculos individuais que unem os seus membros aos demais e à organização societária. Não é de se estranhar, por isso mesmo, que a continuidade ou permanência da organização societária sujeita-se a controle externo de efetiva permanência do fim comum, de que é exemplo a atribuição de legitimação ativa ao Ministério Público para pedir a dissolução e a liquidação de associações que, de fato, estejam exercendo atividades ilegais (DL n. 61/1966, arts. 2º, I, e 3º). Ainda no tema, vale observar que a consecução ou a impossibilidade de consecução do fim social pode autorizar a dissolução da sociedade, contudo, ainda aqui, a dissolução não é automática (não se trata de hipótese de dissolução de pleno direito, mas apenas de causa de dissolução judicial) e, sim, concedida em consideração ao interesse comum dos sócios, os quais, conforme o caso e em harmonia com o procedimento legalmente previsto, podem optar pela alteração do fim comum, caso o escolhido não possa mais ser atingido, ou a consecução de outro, no caso de atingimento do inicial. A importância do fim social, comum a todos, revela-se claramente, outrossim, na vedação da assim chamada sociedade *leonina* – nenhum só-

cio pode ser excluído da participação nos lucros (CC, art. 1.008).

Além de ser elemento constitutivo, o fim social também é dotado de eficácia funcional (*funktionelle Wirkung*), pois: (i) fixa as diretrizes da política social; (ii) determina os direitos e deveres dos sócios (em especial a sua intensidade), delimitando, assim, as esferas individual e coletiva; e (iii) dirige os estágios da vida social.

Com efeito, as relações entre os sócios e entre estes e a sociedade é marcada pela finalidade comum.

*Em primeiro lugar*, o fim social fixa as diretrizes da política social, tanto para os órgãos administrativos como para os órgãos deliberativos. Para os primeiros, de forma muito mais acentuada: os administradores têm o dever de perseguir a finalidade social, e não podem deixar de fazê-lo (LSA, art. 154), sob pena de responder por perdas e danos (CC, art. 1.016; e LSA, art. 158). Para os órgãos deliberativos, há maior discricionariedade: em princípio, estão obrigados a seguir as finalidades sociais (havendo até uma presunção de que tal ocorra), mas é claro que tal pode não suceder, e é por isso que a lei permite a anulação de deliberações discrepantes (CC, arts. 48, par. ún, 166, II, e 1.010, § 3º; LSA, arts. 115, § 4º, e 286).<sup>36</sup> No entanto,

36. Segundo Herbert Wiedemann, “representa o fim social um metro normativo para a conduta da administração e dos sócios restantes. Para a administração, ele serve como itinerário [ou guia] e como limite; quem dele abusa age contrariamente ao dever e se torna responsável pelos danos causados. Além disso, o fim social concretiza o desenvolvimento e o dever de lealdade dos sócios individualmente: uma [sua] violação torna ilícitas as deliberações sociais” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., I III § 2º, p. 123; no original: “Zum zweiten stellt der Gesellschaftszweck einen normativen Masstab für das Verhalten der Geschäftsführung und der übrigen Mitglieder dar. Für die Geschäftsführung dient er als Wegweiser und Wegbegrenzung; wer ihn missachtet, handelt pflichtwidrig und macht sich schadenersatzpflichtig. Darüber hinaus konkretisiert der Gesellschaftszweck die Förderungs- und Treuepfl-

os órgãos deliberativos têm, pelo menos, a possibilidade de alterar o fim social – sendo que, nas sociedades de pessoas, tal mudança pressupõe a unanimidade (ou maioria qualificada nas associações, nas sociedades limitadas, nas sociedades anônimas e nas cooperativas) e isso demonstra que os sócios também estão vinculados ao fim social (é muito discutível se a finalidade social pode ser modificada por maioria; note-se bem, o objetivo, e não o objeto).

Além disso e *em segundo lugar*, ainda no plano funcional, o fim social determina os direitos e deveres dos sócios, e delimita, com isso, a esfera individual da esfera social. Note-se: o conteúdo dos deveres dos sócios, nomeadamente o dever de lealdade (e o seu desdobramento no dever de colaboração) é determinado em função do fim social.<sup>37</sup> É evidente que o dever de lealdade é diverso se se tratar de uma sociedade de pessoas ou sociedade anônima.<sup>38</sup> É cla-

cht der einzelnen Mitglieder; ein Verstoß macht Gesellschafterbeschlüsse rechtswidrig”).

37. Assim, aponta Herbert Wiedemann, que “o dever de lealdade compreende a orientação das relações jurídicas societárias para uma correta colaboração de todos os participantes a fim de atingir o fim social” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 3 II § 3, p. 192; no original: “Die Treuepflicht beinhaltet die Ausrichtung der gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse auf ein korrektes Zusammenwirken aller Beteiligten zur Erreichung des Gesellschaftszwecks”). Friedrich Kübler entende, inclusive, que a denominação “dever de lealdade” nem seria das mais significativas, por não realçar adequadamente a relação, esta sim fundamental e necessária, entre os deveres dos sócios e o fim social: “Este deber se ha denominado tradicionalmente ‘deber de lealtad’. El término (anclado en la concepción feudal-estamental) no es demasiado afortunado, puesto que non hay que poner el acento en la relación personal entre los socios, sino más bien en el fin común acordado, en las necesidades funcionales de la organización creada para alcanzar colectivamente dicho fin, y en la responsabilidad que se asume dentro de este marco en relación con intereses (patrimoniales) ajenos” (*Derecho de Sociedades*, trad. Michèle Klein, 5ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2001, pp. 61-62).

38. A intensidade do dever de lealdade “orienta-se, no caso concreto, de acordo com a real estrutura da organização societária” (Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., 3 II § 3, p.

ro, de outra parte, que os sócios não estão obrigados a contribuir para o fim social com todas as suas economias, ao contrário do que ocorria com a sociedade universal, que não existe mais no direito brasileiro (CC-1916, arts. 1.367 e 1.368) e, em direito comparado, talvez apenas tenha um paralelo nos *kibutz*es do direito israelita.

*Em terceiro lugar*, o fim social ainda dirige os estágios da vida da sociedade, porque a sociedade em constituição, a sociedade constituída e a sociedade em liquidação requerem providências legais adequadas a cada um desses estágios em vista do fim social – o que bem se evidencia das inúmeras prescrições legais específicas para as etapas de constituição e de liquidação (ex.: LSA, arts. 87, § 2º; 136, VI; e 206, par. ún.).<sup>39</sup>

Deste rápido apanhado, o que se observa é que, muitas das funções que outrora se pretendia reconhecer à *affectio societatis*, efetivamente, nada têm que ver com a intenção ou ânimo das partes contratantes, mas, sim, dizem respeito ao fim comum, que determinou a união das pessoas em vista de sua exploração.

Nas linhas seguintes, procurar-se-á colocar em evidência os equívocos que re-

194; no original: “Ihre Intensität (...) richtet sich im Einzelfall nach der Realstruktur des Verbandes”).

39. Uma outra interação entre fim social e estágio de dissolução é destacada por Friedrich Kübler, na seguinte passagem de sua conhecida obra: “La disolución de la sociedad implica su transición a la fase de liquidación. Se trata de un procedimiento de modificación del fin social o transformación: no afecta a la identidad de la sociedad (...); pero en lugar del fin social original entra en juego el de la liquidación; la sociedad activa se convierte en una sociedad en liquidación (...). Tras la disolución, pero antes de la extinción, la sociedad en liquidación puede volver a convertirse en una sociedad activa, por medio de la (nueva) modificación contractual del fin social, retomándose el inicialmente pactado o acordándose uno nuevo” (*Derecho de Sociedades*, cit., p. 117). A lição é particularmente interessante, por enquadrar a operação de reversão da liquidação como ato de alteração do fim social, tirando-se daí conseqüências práticas importantíssimas em matéria de *quorum* de deliberação e direito de recesso.

sultam da aplicação do superado critério da *affectio societatis* na solução de problemas concretos e, ao mesmo tempo, apontar de que forma tais problemas poderiam ser melhor equacionados pela sua análise do ponto de vista do fim comum.

### 6. As críticas às tradicionais aplicações da “*affectio societatis*” no direito brasileiro e a sua substituição por um novo paradigma

No direito societário brasileiro, a noção de *affectio societatis* é usualmente invocada, de maneira casuística e sem sistematicidade ou balizas claramente estabelecidas, para genericamente fundamentar decisões envolvendo a exclusão ou a retirada de sócios; legitimar a aplicação de institutos típicos de sociedades de pessoas para certas sociedades anônimas fechadas; e distinguir relações jurídicas societárias de outras de distinta natureza. Nas linhas seguintes, procurar-se-á demonstrar que estas aplicações da noção de *affectio societatis* são equívocas e pouco precisas, razão pela qual, justamente por isso, podem e devem ser estruturadas a partir de outros conceitos, capazes de fornecer soluções mais consentâneas e claras.

#### 6.1 “*Affectio societatis*” e exclusão de sócio

A exclusão constitui modalidade de extinção do vínculo societário do sócio em relação à sociedade e aos demais sócios<sup>40</sup> e, de acordo com a doutrina majoritária, uma especial modalidade de resolução do contrato de sociedade por fato imputável

40. Significativamente, a exclusão de sócios encontra expressa previsão no art. 1.030 do Código Civil, dentro da “Seção V – Da resolução da sociedade em relação a um sócio” do capítulo da disciplina da sociedade simples; e no art. 1.085 do mesmo código, na “Seção IV – Da resolução da sociedade em relação a sócios minoritários” do capítulo de regência da sociedade limitada.

ao sócio.<sup>41</sup> Configura medida de direito estrito e de caráter excepcional que, a par de sujeitar-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (obstando, com isso, possa ser utilizado por encomenda contra um sócio específico, tendo por base condutas idênticas às dos demais ou, *a fortiori*, menos graves do que outras toleradas ou consentidas no seio social<sup>42</sup>), só se legi-

41. A aproximação do poder de exclusão à teoria da resolução do contrato, na linha do que propugna a doutrina majoritária, é válida do ponto de vista *estrutural* do instituto, mas, de certo, expõe-se a contestações, quando a análise se atém ao prisma *funcional*, conforme bem salientou Carolina Cunha: “Na verdade, enquanto o direito de resolução é atribuído a um sujeito para tutelar o seu interesse em se desvincular, ele próprio, de um contrato, o direito de exclusão de sócio é atribuído a um sujeito para tutelar o seu interesse em operar a desvinculação alheia. O direito de resolução confere ao respectivo titular o poder de se libertar de um vínculo jurídico, aparecendo a extinção da vinculação quanto ao outro contraente como mero reflexo ou consequência do exercício desse poder – porque, no âmbito de um contrato bilateral, decaindo a posição jurídica de uma das partes, não tem sentido nem lógica a manutenção da posição jurídica da outra parte (...). Por conseguinte, o instituto da resolução confere a um contraente a faculdade de *auto-desvinculação* e salvaguarda, em boa medida, o interesse da contraparte em permanecer vinculada. Nada mais distante do que sucede no quadro do direito de exclusão, mediante o qual a sociedade produz a *hetero-desvinculação* de um sócio, sacrificando, em toda a linha, o interesse deste em conservar a respectiva posição jurídica. A estabelecer um paralelo no campo do direito das sociedades, o simétrico do direito de resolução deveria ser, isso sim, o direito de exoneração conferido a um sócio, e nunca o direito de exclusão de um sócio” (“A exclusão de sócios em particular nas sociedades por quotas”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, obra coletiva, Coimbra, Almedina, 2002, p. 216).

42. Na aferição da justa causa, “acima de tudo, há de ser levado simultaneamente em conta, consoante o princípio da igualdade de tratamento, o comportamento dos demais sócios” (Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4<sup>a</sup> ed., München, Franz Vahlen, 2006, § 30, n. 73, p. 490). Com análogo registro, em direito comparado: Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, 2<sup>a</sup> ed., München, C. H. Beck/Vahlen, 2006, § 140, n. 21, p. 749 (para quem “*não se admitem diferenciações arbitrárias*” na avaliação da justa causa para fins de exclusão); e Friedrich

tima desde que atendidos os pressupostos (materiais e procedimentais) estabelecidos, de maneira cogente, em lei (CC, arts. 1.030 e 1.085) e sempre como *ultima ratio*<sup>43</sup> (cedendo espaço a outras medidas capazes de eliminar o problema verificado no seio social<sup>44</sup>). Em toda hipótese, no atual

Kübler, *Derecho de Sociedades*, cit., p. 401 (salientando que, “al valorar la concurrencia de una justa causa en la persona del socio en cuestión habrá que tener en cuenta, en su caso, la situación de los demás socios”). No direito brasileiro, v.: Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade de Responsabilidade Limitada*, 2004, n. 9.1, p. 208; Tarsis Nametala Sarlo Jorge, *Manual das Sociedades Limitadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 275; e Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, § 92, n. 5, pp. 394-395 – para quem “existe, para as assembléias e demais corpos de codécisão, princípio de direito privado (...), segundo o qual não se podem tratar diferentemente alguns ou algum membro, se eram todos eles, antes, tratados igualmente (...). É o princípio de igualdade perante as assembléias, diretoria e demais órgãos, ou princípio de igualdade de tratamento social (...). As deliberações que o infringem são inválidas, por ilícitas”. Para outros temas envolvendo o princípio da igualdade de tratamento no direito das sociedades, vale conferir a tese de Juan Ignacio Ruiz Peris (*Igualdad de Trato en Derecho de Sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007).

43. É o que se tem por absolutamente assente no moderno direito societário alemão (v.: Adolf Baumbach e Alfred Hueck, *GmbH-Gesetz*, 16ª ed., München, C. H. Beck, 1996, Anh § 34, nota 6, p. 412; Adolf Baumbach e Klaus J. Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 29ª ed., München, C. H. Beck, 1995, § 140, nota 4, pp. 513-514; Friedrich Kübler, *Derecho...*, cit., p. 123; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, cit., § 50 III, pp. 1.461-1.462; Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 5 I 3, p. 406; e Thomas Raiser e Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, cit., § 30, n. 62, p. 486). E noutros sistemas, como o nosso (cf.: Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, n. 4.3, p. 175).

44. Karsten Schmidt lembra que “a exclusão, mesmo quando exista uma justa causa, não pode ser desproporcionada (proibição do excesso). Um meio mais brando tem primazia, se é de se exigir aos participantes. Este princípio domina até hoje a jurisprudência” (*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, n. 28, p. 751). No original: “Die Ausschließung darf, auch wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist, nicht unverhältnismäßig sein (Übermaßverbot). Ein milderer Mittel hat Vor-

direito societário brasileiro a exclusão tem, como elemento comum de justificação, o não cumprimento ou a impossibilidade de o sócio adimplir os seus deveres essenciais, inviabilizando ou colocando em risco a continuidade da própria atividade social.<sup>45</sup>

Na vigência da antiga disciplina societária, é verdade, formou-se em nossos tribunais e, por efeito, ecoou em parcela considerável da doutrina, o entendimento de que a quebra da *affectio societatis* seria apta a legitimar a medida extrema de exclusão de sócio. Conquanto essa orientação fosse já então juridicamente claudicante, prosperou, em larga medida, por se apresentar como uma justificativa fácil, genericamente invocável para fundamentar a decisão de qualquer causa, possibilitando, com isso, se deixasse de apreciar e enfrentar as sempre intrincadas particularidades do caso concreto, como isso se impunha.

Pois bem. Com a entrada em vigor do atual Código Civil, que seguramente tornou mais estritas as possibilidades de exclusão de sócio, parte significativa da doutrina pátria mais moderna passou a sustentar, com razão, que não mais basta a sim-

rang, wenn es den Beteiligten zuzumuten ist. Dieser Grundsatz beherrscht bis heute die Rechtsprechung”.

45. A exclusão pressupõe justa causa; falta grave (CC, arts. 1.030 e 1.085); “gravi inadempnente” (CC it., art. 2.286); “wichtigen Grund” (HGB § 140). E esta deve conectar-se necessariamente à relação societária. Para Karsten Schmidt, “a justa causa deve estar relacionada com o prosseguimento da relação societária” (*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, cit., § 140, n. 17, p. 747; no original: “Auf die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses muss der wichtige Grund bezogen sein”). De igual modo, Giuseppe Ferri salientava: “Deve tratar-se de inadimplemento grave e inerente às obrigações que originam para o sócio, como tal, a sua qualidade, e não também a uma condição diversa” (*Manuale di Diritto Commerciale*, cit., n. 163, p. 293; no original: “Deve trattarsi di inadempimento grave e inerente ad obblighi che derivino al socio in tale sua qualità, e non anche in una veste diversa”).

ples alegação de quebra da *affectio societatis* para legitimar o afastamento compulsório do sócio,<sup>46</sup> e essa orientação já tem encontrado amparo em boas e corretas decisões de nossos tribunais,<sup>47-48</sup> ainda quan-

46. Cf. (alegação de quebra da *affectio societatis* não autoriza a exclusão de sócio): Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições...*, cit., n. 128, pp. 297-298, e *Direito de Empresa*, São Paulo, Ed. RT, 2007, n. 405, p. 395; Arnaldo Wald, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIV, Rio de Janeiro, Forense, 2005, n. 702, p. 235; Fábio Tokars, *Sociedades Limitadas*, São Paulo, LTr, 2007, n. 2.5.2, p. 364; Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade...*, cit., n. 46, p. 132, e *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, n. 4.1, p. 415; Osmar Brina Corrêa-Lima, *Sociedade Limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, n. 11, p. 162; e Plínio Paulo Bing, *Sociedade Limitada*, Rio Grande do Sul, Safe, 2006, n. V.12, p. 232. Com orientação substancialmente convergente, Adalberto Simão Filho sustenta que “a simples afirmação de que teria sido rompida a *affectio societatis*, sem qualquer outra explicação no sentido de ser esta ruptura de tal forma grave e expressiva que coloque em risco a continuidade da empresa, não será suficiente para possibilitar uma boa defesa por parte do acusado nem para justificar a causa para a deliberação majoritária com fim resolutorio do quadro social” (*A Nova Sociedade Limitada*, São Paulo, Manole, 2004, n. 8.2.1, p. 184). O reparo a ser feito a esta lição é a de que não há propriamente graus de intensidade da quebra da *affectio societatis*, como o período transcrito sugere e, portanto, melhor seria afirmar que existem graus de intensidade de faltas (ou de deveres sociais violados) e que apenas a inequívoca prática de falta grave justifica a exclusão: o que pode ser leve ou grave, expressiva ou inexpressiva, não é a quebra da *affectio societatis*, mas o dever porventura violado, de sorte que, sendo a exclusão a *ultima ratio*, apenas a falta grave é que justificaria, à luz dos primados da razoabilidade e da proporcionalidade, a aplicação da sanção última.

47. Nos tribunais, v.: “Sociedade comercial. Sócio. Exclusão. Apuração de haveres. Cessação da *affectio societatis*. Insuficiência da mera alegação para compelir a retirada do sócio minoritário. Exclusão que não é medida de discricionariedade da maioria societária. *Necessidade de comprovação do descumprimento dos deveres sociais para justificar a medida*. Culpa não comprovada. Inadmissibilidade da exclusão” (TJSP, 8ª Câmara Priv., Ap. 82.718-4, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, v.u., j. 22.11.1999, RJTJESP 227/151).

48. O Enunciado n. 67 do CEJ do STJ dispõe: “A quebra de *affectio societatis* não é causa para a exclusão de sócio minoritário, mas apenas para a dissolução (parcial) da sociedade”.

do as forças da tradição e da inércia façam reverberar o antigo entendimento.

A nosso ver, a mera quebra da *affectio societatis*, enquanto tal, não pode autorizar a exclusão do sócio, e assim realmente deve ser, pois, a se admiti-la: (1ª) estaria, de fato, instalada a possibilidade de exclusão de sócio por mera vontade ou capricho dos demais sócios, não obstante a doutrina sempre tenha, de maneira uníssona, verberado e tachado de ilegal a cláusula contratual que a facultasse;<sup>49</sup> (2ª) criar-se-ia, ademais, uma verdadeira situação de subordinação e sujeição da minoria aos desígnios da maioria, em autêntica denegação da própria essência da relação societária, que não é de subordinação, e contra a própria lógica do sistema legal societário – o qual, não por mero acaso, regula, de forma minuciosa, o exercício do poder de controle no âmbito interno da sociedade, disciplina as hipóte-

49. Cf. (invalidez da cláusula de exclusão vazia ou imotivada): A. J. Avelãs Nunes, *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*, 1ª ed., 2ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 237-252; Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições...*, cit., n. 128, p. 297; Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario Breve al Codice Civile*, 6ª ed., Padova, CEDAM, 2002, p. 2.314; Giuseppe Ferri, “Delle società”, in *Commentario del Codice Civile* – a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna, Nicola Zanichelli editore, 1955, p. 247; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, n. 1.12.3.3, p. 150; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & Exclusão do Sócio*, 1ª ed., 3ª tir., Curitiba, Juruá, 2005, n. 2.2.2.2, p. 127; José Waldecy Lucena, *Das Sociedades Limitadas*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, n. 11, pp. 721-723; Miguel Reale, *A Exclusão de Sócio das Sociedades Mercantis e o Registro do Comércio*, in *Nos Quadrantes do Direito Positivo: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Gráfica Editora Michalany, 1960, pp. 289-292; Modesto Carvalhosa, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 314-315; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. I, cit., § 94, p. 403; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão...*, cit., n. 2.7, pp. 193-194; Robson Zanetti, *Manual da Sociedade Limitada*, Curitiba, Juruá, 2007, p. 257; Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 1ª vol., cit., n. 238-A, p. 446; e Vera Helena de Mello Franco, *Manual de Direito Comercial*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2004, n. 2.6, p. 246.

ses de conflito de interesses, prevê quóruns qualificados e minorias de bloqueio, e assegura os direitos de minoria e os direitos essenciais, e tantos outros institutos que só se justificam pela necessidade de regular as posições dos sócios e que, logicamente, poderiam ser postos de lado, se tudo estivesse então submetido ao jugo da pura e simples maioria,<sup>50-51</sup> (3ª) a própria exclu-

50. Cf. a propósito, o inovador estudo de Lorenz Fastrich, *Raciocínio Jurídico Funcional a Exemplo do Direito Societário*, trad. Nilson Lautenschleger Jr., na *RDM* 140/52, salientando que a cláusula de exclusão sem justa causa, banida do direito societário alemão desde 1977, em decorrência de julgado do *Bundesgerichtshof*, atenta contra a “funcionalidade interna” do sistema societário. A exclusão, por força de comandos expressos de lei, portanto, pressupõe justa causa. Por isso mesmo, “a maioria não tem poder absoluto para determinar a exclusão” (Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 1ª vol., cit., n. 238-A, p. 448). “A exclusão *ad nutum*, por império e arbítrio da maioria, é rejeitada definitivamente pela doutrina e pela jurisprudência, como se vê” (Rubens Requião, “Exclusão de sócio”, in *Aspectos Modernos de Direito Comercial*, 3ª vol., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 165-166). Pois, “a não ser assim, os sócios minoritários passariam a ser nada mais do que joguetes nas mãos dos majoritários, aos quais seria dado alijá-los da sociedade quando lhes conviesse, notadamente quando as grandes oportunidades de negócios estivessem por vir. Vigoraria aí a lei do capitalismo selvagem: por que dividir com mais sócios o que pode ser repartido entre um número menor deles?” (Alfredo de Assis Gonçalves, *Direito...*, cit., n. 215, p. 246). Ou seja, “não pode a sociedade gratuitamente expulsar qualquer sócio ‘por da cá aquela palha’, como se dizia antigamente” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso...*, cit., vol. 2, n. 1.12.3, p. 144). Em suma: “a possibilidade de exclusão de sócio, por simples deliberação majoritária, sem fundamento, como uma espécie de denúncia vazia do contrato social é, a meu ver, incompatível com o estágio atual do direito” (Fábio Konder Comparato, “Exclusão de sócio na sociedade por cotas de responsabilidade limitada”, in *RDM* 25/39-47).

51. Nesta linha, vale o registro feito na seguinte respeitável decisão: “Necessário, realmente, distinguir entre o que a maioria *diz* serem os interesses da sociedade e quais os que realmente o são; porque apenas na perspectiva destes cumpre analisar o procedimento do sócio excluído. Neste campo, as contra-razões do recurso trazem afirmação rigorosamente falsa, *verbis*: ‘E o referido juízo de conveniência é atribuído à maioria’. Absolutamente diverso o entendimento da doutrina, forte no distinguir

são da maioria faltosa pela minoria, modernamente aceita sem contestações,<sup>52</sup> constituiria autêntica *contradictio in terminis*; e (4ª) a exclusão de sócio, por consequência, passaria a ser medida positivamente insindicável na via jurisdicional,<sup>53</sup>

entre interesses da sociedade – na verdade a única legitimada à exclusão – e aqueles dos sócios, mesmo compondo, estes, a maioria; o que, aliás, é deduzido da noção comum das coisas, posto que perfeitamente possível que os interesses particulares dos sócios majoritários se contraponham àqueles da sociedade, defendidos, real e efetivamente, pelo sócio minoritário, por isso mesmo excluído como obstáculo aos desígnios últimos dos remanescentes” (TJSP, 9ª CC., Ap. 53.111-2, Rel. Des. Vieira de Souza, v.u., j. 9.6.1983, *RJTJESP* 94/197).

52. Cf. (minoria pode excluir a maioria): Fábio Konder Comparato, “Exclusão...”, in *RDM* 25/39-48; Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Lições...*, cit., n. 130, p. 303, e *Direito...*, cit., n. 408, p. 397; Arnoldo Wald, *Comentários...*, cit., vol. XIV, n. 709, p. 237; Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso...*, cit., vol. 2, n. 1.12.3.4, p. 157; Idevan César Rauhen Lopes, *Empresa...*, cit., n. 2.2.2, p. 115; José Waldecy Lucena, *Das Sociedades...*, cit., n. 24, pp. 770-774; Manoel de Queiroz Pereira Calças, *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, São Paulo, Atlas, 2003, n. 6.7, p. 107; Paulo Penalva Santos, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. IX, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 461-462; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio no Novo Código Civil*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 48; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão...*, cit., n. 4, pp. 198-201; Vera Helena de Mello Franco, *Manual...*, cit., vol. 1, n. 2.6, p. 245; e Plínio Paulo Bing, *Sociedade...*, cit., n. V.12.1, p. 233 (indicando a dissolução parcial, com o afastamento da maioria, como solução). Nos tribunais, por todos, confira-se o *leading case* publicado na *RT* 599/79 (TJSP, 16ª CC., Ap. 88.171-2, Rel. Des. Bueno Magano, v.u., j. 17.4.1985).

53. Analogamente, a convocação da assembleia para deliberar a exclusão de sócio sob a genérica alegação de quebra da *affectio societatis*, sem a indicação de suas causas, inviabiliza o próprio direito de defesa, que a lei expressamente ressalvou ao excluindo (CC, art. 1.085, par. ún.) e que a doutrina e a jurisprudência entendem ser pressuposto de validade do ato. Entende-se, por isso mesmo, que o ato de convocação do excluendo deve ser fundamentado e claro, para permitir a preparação da sua contrariedade (sobre o ponto, v.: Edmar Oliveira de Andrade Filho, *Sociedade...*, cit., n. 9.7.1, p. 220; José Waldecy Lucena, *Das Sociedades...*, cit., n. 20, p. 748; e Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão...*, cit., n. 2, p. 283).

visto que, diante da alegação feita pela maioria de que não há mais *affectio societatis* em relação a certo sócio, não teria o juiz quaisquer condições de averiguar a correção do ato, havendo, só por aí, ofensa ao princípio inscrito no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, também aplicável às penalidades sociais, que não podem ser subtraídas do controle jurisdicional.<sup>54-55</sup> Os

54. Não obstante a advertência pioneira de Pontes de Miranda, feita ainda sob a égide da Constituição de 1946, de que “a penalidade social é por *inadimplemento de dever social*, de algum dos deveres sociais. O direito – que é estatal – permite que as sociedades particulares, de direito privado ou de direito público, especifiquem deveres de cuja infração resulta a penalidade social”. E, mais adiante: “No direito brasileiro, que tem a regra jurídica do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, decisão social que ofenda direito do sócio pode ser apreciada pelo Poder Judiciário”, acrescentando ainda, no item seguinte: “Na aplicação da pena é preciso que se respeite o *princípio da audiência do sócio*, que é o correspondente, na vida interna da sociedade, ao princípio *Nemo inauditus damnari potest*, no direito processual civil e no penal. (...) No direito brasileiro, a cláusula que pré-exclua o exame, em ação, pela justiça estatal ofenderia o artigo 141, § 4º, da Constituição de 1946, e seria nula” (*Tratado de Direito Privado*, t. XLIX, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1984, § 5.186, ns. 4 e 5, pp. 127-129, grifos nossos).

55. A doutrina entende, sem divergências, que a deliberação de exclusão deve ser fundamentada, para permitir ulterior controle jurisdicional (cf.: A. J. Avelãs Nunes, *O Direito...*, cit., p. 249; Arnoldo Wald, *Comentários...*, cit., vol. XIV, n. 1.619, p. 560; Gastone Cottino, *Diritto Commerciale*, vol. 1º, t. 2º: *Le Società*, cit., n. 45.2, p. 149; Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Commentario...*, cit., p. 2.314; Idevan César Rauen Lopes, *Empresa & Exclusão do Sócio*, 1ª ed., 3ª tir., Curitiba, Juruá, 2005, n. 2.2.6, p. 144; Marcelo Fortes Barbosa Filho, *Código Civil Comentado* (obra coletiva), coord. Cezar Peluso, São Paulo, Manole, 2007, pp. 904-905; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, “A exclusão de sócio da sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, in *Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, AASP, s/d, p. 78; Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão...*, cit., n. 2.7, p. 197), pois “aceitar-se que a exclusão pudesse ser deliberada sem necessidade de se invocar o motivo que a determina equivaleria, afinal, a negar-se ao sócio excluído o acesso ao controle dos tribunais” (Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Dissolução Parcial...*, cit., p. 62). Se assim é, poder-se-ia mesmo entender que a pura indicação de quebra de *affectio societatis* preenche o requisito

arts. 1.030 e 1.085 do Código Civil exigem a presença de justa causa, caracterizada por falta grave no cumprimento das obrigações de sócio; atos de inegável gravidade que coloquem em risco a continuidade da empresa – atos esses que, não importa o exercício retórico utilizado, não englobam a hipótese de obscura quebra de *affectio societatis*.

Na realidade, a quebra de *affectio societatis* jamais pode ser considerada causa de exclusão. Pelo contrário, a quebra de *affectio societatis* é, quando muito, consequência de determinado evento, e tal evento, sim, desde que configure quebra grave dos deveres sociais imputável ao excluendo poderá, como *ultima ratio*, fundamentar o pedido de exclusão de sócio.<sup>56</sup> Em todo caso, será indispensável demonstrar o motivo desta quebra da *affectio societatis*, e não apenas alegar a consequência, sem demonstrar a sua origem e o inadimplemento de dever de sócio que aí possa estar.

A quebra da *affectio societatis*, insista-se, não é causa de exclusão de sócio; o que pode eventualmente justificar a exclusão de sócios é a violação dos deveres de lealdade e de colaboração, deveres esses

de fundamentação do ato de exclusão (reduzido, em termos práticos, a uma formalidade inócua)?

56. É o que explica o culto magistrado paraense Fábio Tokars: “Quando se alega que houve o rompimento da *affectio societatis*, não se está propriamente expondo uma justa causa, mas sim uma *eventual consequência de um ato originário, que pode ou não ser qualificado como justa causa*. Afinal, no caso de um sócio ser flagrado desviando recursos da sociedade, é evidente que a sua atuação gerará uma quebra do vínculo pessoal entre os sócios, afetando a *affectio societatis* com tal intensidade que a manutenção do sócio pode inviabilizar a manutenção da atividade social. Mas, neste caso, a justa causa não reside na quebra de *affectio societatis*, mas sim no desvio de recursos sociais efetivado por um determinado sócio (...) Acabamos por perceber que o *rompimento da ‘affectio societatis’ não constitui justa causa para o afastamento de um determinado sócio, mas sim em eventual efeito de um ato originário, que pode ou não ser qualificado como justa causa*” (*Sociedades...*, cit., n. 2.5.2, p. 364).

que, a depender do tipo societário e da sua exata conformação pelo metro do fim social, podem ser mais ou menos alargados. É preciso, pois, evitar o desvio de perspectiva (desvio esse que, muitas vezes, resulta do equívoco de dar ênfase à consequência e não à sua origem<sup>57</sup>).

A colocação do tema, dentro de sua correta perspectiva, constitui o primeiro passo necessário à construção de soluções jurídicas harmônicas e coerentes, desprovidas de um obscuro subjetivismo. O que tem gerado grande iniquidade em matéria de exclusão de sócios é justamente o desvio de perspectiva e a insistência, hodiernamente inexplicável, de querer funda-

57. Para a propagação do apontado desvio de perspectiva, contribuem involuntariamente, por vezes, lições doutrinárias corretas na sua essência, mas eventualmente imprecisas na sua expressão vernacular. A ilustre mestra Vera Helena de Mello Franco, p. ex., registra a seguinte lição: “*affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinado benefício, e o elemento confiança é da essência da sociedade. Por tal razão, é dever do sócio colaborar, mas colaborar lealmente para a consecução do fim comum. Se falta com este dever, rompe-se a *affectio societatis* e a sanção é a exclusão” (*Manual...*, cit., vol. 1, p. 177). A crítica que se deve fazer a tal lição é a de que a exclusão não é sanção pelo rompimento da *affectio societatis*, mas, sim, do descumprimento dos deveres de lealdade e colaboração (ou, no caso do remisso, do dever de contribuição). Por isso, a menção à *affectio societatis*, no caso, é algo supérfluo, que nada de útil acrescenta à solução do problema, antes pelo contrário o envolve numa mítica bruma exegética que, justamente por ser perfeitamente dispensável, deveria ter sido posta de lado, até para dar destaque à conexão, esta sim verdadeira, entre exclusão e descumprimento de deveres sociais relevantes, como o de colaboração (para a consecução do fim comum). E tanto assim é que esta mesma respeitadíssima comercialista, noutra passagem da mesma obra, enfatiza, com absoluta razão, que “a exclusão é admitida desde que o sócio descumpra seus deveres sociais, e isto, a rigor, dever-se-ia aplicar tanto ao majoritário quanto ao minoritário (...). De qualquer forma, a exclusão do sócio, com permanência em vida da sociedade, é medida excepcional que, por seu rigor, deve ser amplamente justificada (...). Vale dizer, é necessária a demonstração do inadimplemento para que tenha lugar a sanção” (*op. cit.*, n. 2.6, p. 245).

mentar as soluções no requisito da *affectio societatis*, quando correto e técnico seria burilá-las à luz do conceito de fim comum – a partir do qual se estruturam os deveres de sócio, em cada caso.<sup>58</sup> Assim tem sucedido em tantos outros países, que simplesmente desprezam a noção de *affectio* e onde, nem por isso, a exclusão de sócios deixou de existir ou de se estruturar, de forma muito mais equilibrada e racional do que aquela com que se apresenta entre nós.

## 6.2 “*Affectio societatis*” e retirada de sócio

Assim como não se mostra adequada a balizar soluções em matéria de exclusão de sócio, a noção de *affectio societatis* também não se mostra útil subsídio em tema de retirada de sócio<sup>59</sup> – o poder de auto-desvinculação que assiste ao sócio nos casos previstos em lei (CC, arts. 1.029 e 1.077), abrangendo, numa acepção mais lata, também as hipóteses de dissolução parcial da sociedade. Na realidade, o que pode embasar o pedido de dissolução parcial da sociedade pelo sócio que deseja se retirar de sociedade, não é propriamente a quebra da *affectio societatis*, mas a inviabilidade de o sócio nela continuar, por efeito de alguma justa causa assim considerada judicialmente (CC, art. 1.029, par. ún.); ou por efeito de descumprimento dos deveres

58. Tem razão Fábio Konder Comparato ao salientar “que o problema da exclusão do sócio só pode ser equacionado em função desse escopo comum (...). Portanto, tudo é balizado em função desse escopo comum” (“Exclusão...”, in *RDM* 25/341).

59. Bem por isso, o Enunciado n. 67 do CEJ do STJ – segundo o qual “a quebra de *affectio societatis* não é causa para a exclusão de sócio minoritário, mas apenas para a dissolução (parcial) da sociedade” –, ao mesmo tempo em que está correto ao proclamar não ser a mera alegação de quebra de *affectio societatis* suficiente para justificar a exclusão de sócio, é equivocado ao assentar que essa quebra poderia autorizar o pedido (pelo sócio) de retirada por justa causa, por meio de ação de dissolução parcial da sociedade.

de lealdade, boa-fé e colaboração pelos demais sócios; ou em razão de qualquer outra hipótese de dissolução total não-impositiva, desejando os demais sócios prosseguir na exploração da atividade social. O que sucede, porém, é que, entre as situações de exclusão, de um lado, e de retirada ou de dissolução parcial, de outro, existem fundamentais diferenças em relação àquele sobre o qual repousa eventualmente a imputação de descumprimento de deveres sociais: na exclusão, recaí sobre o sócio que os demais desejam afastar (hetero-desvinculação); na retirada, diversamente, o caráter punitivo desaparece (ou é, em muito, atenuado), concedendo-se apenas o poder de auto-desvinculação do sócio que pleiteia a medida, porque, a tanto, não foi possível chegar amigavelmente, sem prejuízo, em todo caso, da continuidade da exploração da sociedade pelos remanescentes.

Ainda assim, a persistência ou não da intenção, do desejo, do ânimo de associar-se ou se manter associado, é dado irrelevante para conceder ou não a dissolução parcial da sociedade (salvo, evidentemente, quando a lei expressamente conceda o direito de denúncia imotivada pelo sócio, hipótese em que, mesmo assim, o fator determinante da extinção do vínculo societário não será a intenção da parte, mas o efeito que a lei dá à manifestação unilateral e receptícia de vontade do agente). Não fosse assim e, portanto, tivesse a mera alegação de quebra de *affectedio societatis* o poder de autorizar a retirada do sócio, ter-se-ia necessariamente que reconhecer a existência do direito de retirada *ad nutum* até mesmo em sociedades por prazo determinado, contra a letra expressa do art. 1.029 do Código Civil (o qual exige a prova em juízo da existência de justa causa), bastando, para tanto, que o interessado alegue não mais haver a afeição social. Verifica-se, por esse modo, que os equívocos da construção do instituto da *affectedio societatis* laboram não só contra o sócio excluindo, como acima demonstrado, mas, igualmente, contra a própria sociedade e os sócios

remanescentes, nos casos de retirada, por vezes impedindo o próprio prosseguimento da atividade, em razão da liquidação da quota do retirante.

### 6.3 “*Affectio societatis*” e sociedade anônima “de pessoas”

A noção de *affectedio societatis*, no direito pátrio, é também freqüentemente invocada para evidenciar o traço distintivo entre sociedades de pessoas e sociedades ditas de capital, nomeadamente para, com isso, justificar a excepcional aplicação a estas últimas de institutos próprios daquelas (como a dissolução parcial e a exclusão de sócio<sup>60</sup>). Por essa linha, afirma-se que, nas sociedades de pessoas, prevaleceria a celebração de contrato de sociedade *intuitus personae*, em consideração às qualidades pessoais dos sócios, de modo que os deveres de colaboração e lealdade entre estes seriam mais estritos e marcantes do que nas sociedades ditas de capitais, onde, de regra, sobrelevaria o *intuitus pecuniae* e, portanto, o fenômeno associativo não encontraria nos atributos pessoais dos sócios a sua explicação.<sup>61</sup> Assim, se numa dada sociedade anônima fechada, observa-se a prevalência dos atributos pessoais dos sócios e a presença de regras de reforço das relações entre os sócios, estar-se-ia diante de uma sociedade anônima “de pessoas”<sup>62</sup>

60. Sobre tais temas, v.: Mauro Rodrigues Penteado, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, São Paulo, Saraiva, 2000; Carlos Klein Zanini, *A Dissolução Judicial da Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 2005; Francisco Satiro de Souza Jr., “Dissolução de sociedades anônimas”, in *Direito Societário: Gestão e Controle* (obra coletiva), coords. Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 174-176; e Renato Ventura Ribeiro, *Exclusão...*, cit.

61. Em situações extremas, diz-se que nelas há reuniões de capitais, de posições acionárias, e não de sócios.

62. Em belíssimo estudo, Fábio Konder Comparato concluiu “ser possível falar, escusado o neologismo jurídico, em ‘sociedades anônimas de pessoas’, sublinhando-se, pela contradição da primeira das expressões, a importância do *intuitus personae* como pressuposto integrativo do pacto societário

e, por efeito, poder-se-ia excepcionalmente aplicar a ela regras próprias de sociedades de pessoas.

Ainda aqui, porém, a noção de *affectio societatis* é equívoca. A primeira crítica que se poderia fazer é a de que, na espécie, *affectio societatis* se apresenta apenas como sinônimo imperfeito de *intuitus personae*, e nada mais. A segunda crítica, ademais, é a de que, mesmo para a classificação das sociedades em de pessoas e de capitais, a noção de *affectio societatis* não é operacional: é antes descritiva, ao invés de instrumental. Vale dizer, para os fins desta classificação, a noção de *affectio societatis* não surge como algo que possa auxiliar o intérprete a solucionar os problemas concretos, mas, pelo contrário, aparece apenas como fruto de sua constatação, ainda quando porventura ela esteja errada. A aplicação de regras e institutos das sociedades de pessoas a determinadas sociedades anônimas fechadas “de pessoas”, a par de ser medida excepcional, é construção a ser elaborada a partir da constatação empírica e *in concreto* da intensidade dos deveres de colaboração e lealdade; da sobrelevação ou não do elemento pessoal na relação jurídica societária. Vai daí que, ao afirmar que numa dada sociedade anônima fechada se evidencia a *affectio societatis* e, por isso, é possível ao sócio requerer a dissolução parcial no caso de desinteligência, o intérprete estará incorrendo apenas num vício de expressão, colocando um dado

(...). A ‘sociedade anônima de pessoas’ apresenta, assim algumas características peculiares, que a distinguem das demais companhias, tanto abertas quanto fechadas. São elas, comumente: 1) a limitação à circulação das ações, seja no estatuto, seja em acordo de acionistas; 2) *quorum* deliberativo mais elevado do que o legal, para certas e determinadas questões, tanto na assembléia geral, quanto no conselho de administração, o que equivale à atribuição de um poder de veto à minoria; 3) a distribuição eqüitativa dos cargos administrativos entre os grupos associados; 4) a solução arbitral dos litígios societários. Por isso mesmo, já se pôs em dúvida que tais sociedades ainda possam ser consideradas, propriamente, anônimas” (“Restrições...”, cit., pp. 33-35).

meramente descritivo como pressuposto para a aplicação de certa disciplina, quando o correto e mais preciso seria dizer que, em dada sociedade, sobrelevam as características pessoais dos sócios na relação jurídica societária e os correlatos deveres de lealdade e colaboração, os quais, se falharem, podem, em determinadas situações limítrofes e excepcionais, justificar a transposição de instrumentos elaborados para outros tipos societários.

#### 6.4 “*Affectio societatis*” e caracterização da sociedade

Por último, invoca-se amiúde a noção de *affectio societatis*, dizendo-a essencial ao contrato de sociedade para, com isso, diferenciar certas relações jurídicas do contrato de sociedade. Retoma-se, por esse modo, a mais antiga concepção do instituto em sua função original. No entanto, conforme destacado anteriormente neste estudo, a *affectio societatis* não é elemento constitutivo da sociedade e, portanto, não se presta a diferenciar a sociedade de outras figuras.<sup>63</sup> O que pode servir para tal ta-

63. Aliás, cuidando de distinguir as sociedades de fato, Giuseppe Ferri assim observou: “Nell’ambito della categoria delle società irregolari rientrano le cosiddette società di fatto, quelle società che si formano senza la stipula de un contratto sociale sulla base di un comportamento concludente di una pluralità di soggetti. Si tratta di fenomeni societari oltremodo comuni in pratica che si realizzano in quanto si determini in fatto la creazione di un fondo comune per l’esercizio in comune di un’attività economica al fine della divisione degli utili. La giurisprudenza esige anche l’*affectio societatis*, che peraltro non è requisito ulteriore, ma è la *rappresentazione soggettiva della prosecuzione dello scopo sociale sulla base dei requisiti oggettivi* e distingue la esistenza della società nei rapporti interni ricollegandola alla efetiva ricorrenza in fatto dei suddetti requisiti, e nei rapporti esterni, ricollegandola alla mera apparenza di un fenomeno societario” (*Le Società*, 2ª ed., Torino, UTET, 1985, pp. 113-114; grifos nossos). Em tradução livre: “No âmbito da categoria das sociedades irregulares entram as assim chamadas sociedades de fato, aquelas sociedades que se formam sem a estipulação de um contrato social, à base de um comportamento concludente de uma pluralidade de sujeitos. Tratam-se de

refa – que é sempre difícil e não conta com um critério objetivo a ser aplicado – é o fim comum; a causa do contrato de sociedade enquanto elemento objetivo do negócio jurídico.<sup>64</sup> No entanto, reconhece-se que, qualquer que seja o critério utilizado, as dificuldades sentidas pelo aplicador da lei não são amainadas pelo emprego de qualquer critério: são elas próprias da natureza das coisas.<sup>65</sup> De todas as aplicações que entre nós se faz da *affectio societatis*, esta seria, pelo menos, a mais legítima e a menos criticável.

### 7. Conclusões: rumo ao conceito de fim comum e aos deveres de lealdade e colaboração

Ao cabo deste pequeno estudo, cujo objetivo era apenas o de instigar a reflexão

fenômenos societários sobremodo comuns na prática, que se realizam enquanto se determine, de fato, a criação de um fundo comum para o exercício em comum de uma atividade econômica com o fim de divisão dos lucros. A jurisprudência exige também a *affectio societatis*, que, de resto, não é requisito ulterior, mas é a representação subjetiva da persecução do escopo social sob a base dos requisitos objetivos, e distingue a existência da sociedade nas relações internas, ligando-a à efetiva ocorrência, de fato, dos mencionados requisitos, e nas relações externas, ligando-a à mera aparência de um fenômeno societário”.

64. Com razão, Fábio Konder Comparato já sustentava, por isso mesmo, que a distinção entre sociedade e comunhão não residiria na existência de *affectio societatis*; “a distinção deve ser pesquisada na natureza da causa, enquanto elemento objetivo do negócio jurídico” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, n. 37, p. 118).

65. É o que lucidamente registra Herbert Wiedemann: “Die notorischen Abgrenzungsschwierigkeiten des Gesellschaftsbegriff lassen sich nicht, wie man zunächst vermuten können, durch eine verbesserte Gesetzessprache beseitigen, sie liegen in der Sache selbst. Andere Rechtskreise mit unterschiedlichem Ansatz kennen die gleiche Problematik” (*Gesellschaftsrecht*, Band II, cit., § 2 III 1, p. 125; em tradução livre: “As notórias dificuldades de delimitação do conceito de sociedade não se deixam eliminar, como à primeira vista se poderia supor, através de um aperfeiçoamento da linguagem jurídica, elas repousam na própria coisa. Outras esferas jurídicas com diverso princípio conhecem a mesma problemática”).

em torno de um dos mais fascinantes temas do moderno direito societário, torna-se possível concluir que a noção de *affectio societatis* é imprecisa e equívoca, pois: (1ª) a intenção, ou desejo, da parte contratante é elemento que, frente à declaração de vontade externada pelo agente (CC, art. 112), se traduz em dado juridicamente irrelevante (ou, quando menos, de relevância atenuada na matéria, ressalvado o campo próprio que lhe é reservado em matéria de vícios de consentimento); (2ª) a intenção, ou desejo, de o agente associar-se em sociedade não determina nem a conclusão do contrato nem a sua extinção, pois o que pode ter esses efeitos, se assim a lei o determinar, é somente a sua declaração de vontade; (3ª) a declaração de vontade, na celebração do contrato de sociedade, em nada difere da declaração de vontade exigida na conclusão de qualquer contrato e, portanto, não tem uma conformação especial naquele primeiro; (4ª) as diferenças que existem entre o contrato de sociedade e outras figuras contratuais, assemelhadas ou não, não estão na conformação do elemento volitivo dos agentes, mas, sim e precisamente, na causa do contrato e, de maneira mais específica, na existência de escopo comum, que permite enquadrar a sociedade entre as organizações finalísticas; e (5ª) o que permite diferenciar, em cada caso, a existência de contrato de sociedade ou de outras figuras, não é o consenso, mas o negócio jurídico plurilateral de fim comum, ao qual se tenha dirigido o consenso. Segue-se daí que a noção de *affectio societatis* apresenta um desvio de perspectiva, ao dar destaque ao elemento volitivo, quando o correto seria dar enfoque ao fim comum – como disso já tinham se apercebido muitos estudiosos que, ao tratar do consenso, puseram isso em destaque.<sup>66</sup>

66. Já caminhavam nesta direção J. X. Carvalho de Mendonça (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. III, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, n. 529, p. 23) e João Eunápio Borges (*Curso...*, cit., n. 250, pp. 269-270).

Em suas fontes, a *affectio societatis* surgiu apenas como um traço distintivo entre a sociedade e a comunhão, mas sem que fosse colocada como algo exclusivo ou inexistente noutras relações jurídicas. Posteriormente, foi erigida equivocadamente a elemento distintivo do contrato de sociedade, conduzindo, em última análise, a um autêntico paradoxo de definir algo pelo termo definido. Em sistemas jurídicos avançados e, em especial, por efeito da refutação da teoria da vontade, de um lado, e da afirmação da teoria do contrato plurilateral, de outro, o conceito de *affectio societatis* acabou por ser abandonado ou, quando muito, restringido a funções bastante específicas; limitou-se a exercer um papel descritivo, e não propriamente funcional.

O que se observa, em última análise, é a tendência de superação do conceito de *affectio societatis* pelo conceito de fim comum ou, talvez mais precisamente ainda, de fim social.<sup>67</sup>

Portanto, o moderno direito societário deve, a bem da evolução da ciência societária e da elaboração de soluções precisas e unívocas, abandonar por completo a idéia de *affectio societatis* e aprofundar a análise da noção de fim comum em sentido amplo (compreendendo o escopo-meio e o escopo-fim da organização societária, e as suas interações com os deveres de lealdade, colaboração e contribuição). Só assim conseguir-se-á realmente avançar no trato da matéria e nas soluções para os seus problemas práticos.

67. Eis que, numa sociedade unipessoal, não se poderia falar, a rigor, de um fim *comum*.