

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO SERGIO NIED

AFFECTIO SOCIETATIS: ELEMENTO ESPECÍFICO
DO CONTRATO DE SOCIEDADE?

CURITIBA

2013

PAULO SERGIO NIED

AFFECTIO SOCIETATIS: ELEMENTO ESPECÍFICO
DO CONTRATO DE SOCIEDADE?

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em direito, no curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO SERGIO NIED

AFFECTIO SOCIETATIS: ELEMENTO ESPECÍFICO DO CONTRATO DE SOCIEDADE?

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em direito, no curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro
Orientadora – Departamento de Direito Privado, UFPR

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 7 de março de 2013.

RESUMO

O desenvolvimento das sociedades se confunde com a evolução do próprio homem. Embora os romanos tenham nos legado diversas lições que permitem um estudo sistematizado do assunto, não há qualquer dúvida de que as sociedades já eram conhecidas em período ainda mais remoto. Depois de longa e gradual evolução, as sociedades finalmente adotaram, na Idade Média, contornos muito semelhantes àqueles observados nas sociedades atuais. Mas apesar da antiga e abundante discussão, as sociedades continuam ocupando um posto de destaque no debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente no tocante às características que diferenciam a sociedade de outras figuras análogas. Uma das mais importantes discussões diz respeito à inclusão da *affectio societatis* dentre os elementos específicos do contrato de sociedade. Embora pouco se conheça sobre o verdadeiro significado e extensão da expressão latina, a sua aplicação tem sido invocada repetidamente, assumindo diferentes sentidos. Por essas razões, esta dissertação se propõe a analisar as sociedades e, especialmente, a *affectio societatis*, desde os seus primórdios até o estado atual, com a finalidade de determinar se ela é ou não um elemento específico do moderno contrato de sociedade.

Palavras-chave: direito empresarial, empresa, sociedade, empresário, *affectio societatis*, ato constitutivo, elementos específicos.

ABSTRACT

The development of partnerships is intertwined with the evolution of men itself. Though the Romans have bequeathed us a series of sources which allow a systematic study of the subject, there is no doubt that partnerships were already known in even earlier times. After a long and gradual evolution, by the middle ages partnerships finally acquired similar characteristics of those observed today. But despite the old and abundant discussion, partnerships still occupy a prominent place in doctrinal and jurisprudential debate, especially with regard to the characteristics which differentiate them from similar entities. One of the most important debate concerns the inclusion of *affectio societatis* among the specific elements of a partnership contract. Though little is known about the true meaning and extension of the latin expression, it has been widely invoked, admitting many meanings. For these reasons, this thesis proposes to examine partnerships and especially *affectio societatis*, from its origins to its current state, with the purpose of determining whether it is or it is not a specific element of the modern partnership contract.

Palavras-chave: business law, partnership, entrepreneur, *affectio societatis*, specific elements, partnership contract.

À minha esposa Kátiuscia

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora Marcia Carla Pereira Ribeiro, pela orientação dedicada, precisa e objetiva.

À minha esposa, pelo incentivo e compreensão.

Aos meus pais, pelas oportunidades e lições.

Aos colegas de trabalho, que apoiaram a iniciativa e supriram a minha ausência e auxiliaram na discussão das questões relativas à dissertação.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. AS SOCIEDADES DOS POVOS ANTIGOS.....	14
2.1. A importância da análise histórica	14
2.2. As sociedades dos povos mesopotâmicos e dos gregos.....	14
2.3. A <i>societas</i> do direito romano	16
2.3.1. O surgimento da <i>societas</i> a partir do <i>ercto non cito</i>	16
2.3.2. As características gerais da <i>societas</i> romana	19
2.3.3. As peculiaridades da <i>societas</i> em relação aos demais contratos consensuais ...	22
2.3.4. As diversas espécies de <i>societas</i> e as suas características específicas	25
2.4. A sociedade na Idade Média	28
2.4.1. O distanciamento do modelo romano.....	28
2.4.2. Sociedade coletiva e de <i>commenda</i>	28
2.4.3. Sociedades por ações.....	30
2.5. As sociedades limitadas.....	35
2.6. Breve comentário sobre o panorama atual	35
2.7. Conclusões parciais	36
3. O ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE	38
3.1. Breve esclarecimento	38
3.2. Da teoria dos atos de comércio à teoria da empresa.....	39
3.3. Empresa, empresário, sociedade, estabelecimento e firma.....	43
3.4. A natureza do ato constitutivo da sociedade	47
3.4.1. As teorias contratualistas clássicas	48
3.4.2. Teorias unilateralistas (ato coletivo e ato complexo).....	50
3.4.3. Teoria do ato corporativo, ato de fundação ou ato de união	52
3.4.4. Teoria da instituição	53
3.4.5. A teoria do contrato plurilateral.....	55
3.4.5.1. Associações em sentido estrito e sociedades.....	61
3.4.5.2. Críticas à teoria do contrato plurilateral	62
3.4.5.3. Os vícios de constituição	63
3.4.6. A teoria do contrato-organização	65
3.4.7. Análise econômica, teoria do contrato-organização e do feixe de contratos	67
3.5. Conclusões parciais	71

4. OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE	73
4.1. Requisitos comuns aos demais atos jurídicos	73
4.1.1. Agente capaz.....	73
4.1.2. Objeto lícito, possível e determinado	77
4.1.3. Forma	79
4.2. Elementos específicos do contrato de sociedade	81
4.2.1. A pluralidade de sócios	83
4.2.2. Contribuição dos sócios para o capital social	85
4.2.3. Participação nos lucros e perdas	88
4.2.4. A <i>affectio societatis</i>	89
4.3. Conclusões parciais	89
5. A <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i>	91
5.1. O significado da expressão no direito romano	91
5.2. O consenso e a <i>affectio societatis</i>	93
5.3. O caráter <i>intuitus personae</i> da sociedade romana	97
5.4. O caráter <i>intuitus personae</i> no direito brasileiro.....	99
5.5. A semelhança da <i>affectio societatis</i> com a <i>affectio maritalis</i> e a <i>affectio possessiones</i> ou <i>tenendi</i>	102
5.6. A <i>affectio societatis</i> na doutrina atual	105
5.7. O conceito adotado pela jurisprudência.....	110
5.8. <i>Affectio societatis</i> : elemento específico do contrato de sociedade?.....	113
5.8.1. A imprecisão da expressão	113
5.8.2. A <i>affectio societatis</i> não é uma forma qualificada de consentimento.....	116
5.8.3. A <i>affectio societatis</i> não se confunde com o caráter <i>intuitus personae</i> ou com a justa causa	120
5.8.4. A <i>affectio societatis</i> não é elemento específico do contrato de sociedade	121
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
BIBLIOGRAFIA.....	131

1. INTRODUÇÃO

O surgimento das sociedades – aqui entendidas como estruturas organizadas reconhecidas pelo direito, formadas por um ato de autonomia privada dos sócios que se reúnem para a consecução de um fim comum – está intimamente relacionado com a evolução do próprio homem.

A independência do homem primitivo sugeria um sentimento de força que, em verdade, não passava de ilusão. A evolução resultou em um ambiente cada vez mais complexo, exigindo do homem novas habilidades cujo aprendizado estava aquém da capacidade daqueles que insistiam em viver isoladamente.

Pressionados pela necessidade de sobrevivência, os homens renderam-se aos benefícios da vida em sociedade. A força bruta foi transformada em elemento de produção organizada, contribuindo para o surgimento de grupos cujas características antecipavam traços das sociedades hoje reconhecidas pelo direito, ainda que de forma rudimentar.

As razões que levaram o homem primitivo a se organizar em grupos são explicadas de forma mais ou menos intuitiva pela necessidade de sobrevivência. Entretanto, o estudo dos antecedentes que resultaram na atual construção teórica da sociedade (e de outros institutos de direito vigentes) é tarefa muito mais complexa, pressupondo uma análise sistemática das normas jurídicas, do direito comparado e de sua evolução histórica.

Para que a investigação possa responder à pergunta formulada no título, realiza-se no segundo capítulo uma análise histórica do surgimento e desenvolvimento das sociedades, desde os povos da antiguidade até o direito atual. Embora existam fragmentos de informação com mais de cinco mil anos, a análise sistemática das sociedades só se torna possível a partir do direito romano. Mediante a leitura do *Corpus Iuris Civilis* (especialmente do Digesto, do Código e das Instituições) e das lições de autores romanistas, torna-se possível resgatar contexto histórico em que foi cunhada a expressão *affectio societatis*, com a finalidade de apontar o seu significado, extensão e utilidade no direito romano.

Ainda no segundo capítulo, demonstra-se o surgimento, na Idade Média, das sociedades coletivas e de *comenda*, formadas por pequenos grupos de sócios, ge-

ralmente ligados por laços de afinidade, tal como se observava na *societas* romana. Relata-se também o surgimento das grandes corporações, que renunciavam as atuais sociedades por ações, possuindo traços que as distanciavam claramente da *societas* romana.

O capítulo se encerra com a análise da sociedade limitada, criada no direito alemão e incorporada à nossa legislação no início do século passado, tendo alcançado inegável sucesso – tanto que há muito se tornou o tipo societário mais utilizado no Brasil para a exploração da empresa.

No terceiro capítulo, apresentam-se conceitos fundamentais para a compreensão do problema investigado, tais como empresa, empresário, sociedade empresária, estabelecimento e firma. Considerando, ainda, que se pretende responder questões relacionadas ao contrato de sociedade, são analisadas as principais teorias a respeito da natureza do seu ato constitutivo.

Aponta-se a existência de dissonante produção doutrinária a respeito da natureza do ato constitutivo das sociedades. São analisadas, primeiramente, as teorias contratualistas clássicas, que não permitem explicar com precisão a natureza do contrato de sociedade em sua feição atual.

Analisam-se também as teorias unilateralistas (ato coletivo e ato complexo), a teoria do ato corporativo, a teoria do ato de fundação ou ato de união e a teoria da instituição, ressalvando que esta última não é exatamente uma teoria do ato constitutivo, mas da própria natureza da sociedade.

Analisa-se de forma mais detida a teoria do contrato plurilateral de ASCARELLI, que revolucionou a forma de pensar o contrato de sociedade, oferecendo uma explicação convincente sobre a sua natureza jurídica. Também é analisada a teoria do contrato-organização, defendida em nossas terras por SALOMÃO FILHO, que pretende explicar o fenômeno societário a partir de um viés econômico. Apontam-se as relações desta última teoria com a análise econômica do direito, que adquire grande relevância no direito empresarial.

Depois de analisar as principais deficiências dessas teorias, conclui-se que o legislador brasileiro adotou a teoria do contrato plurilateral, apesar da tentativa, quanto às sociedades anônimas, de adotar a teoria institucionalista.

No capítulo seguinte, investigam-se os elementos comuns a todos os atos jurídicos, previstos no artigo 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei), bem como os elementos específicos do ato constitutivo de sociedade, sobre os quais não há consenso doutrinário. Não obstante, adota-se o arranjo mais comum na doutrina brasileira, que aponta como elementos específicos do contrato de sociedade a pluralidade de sócios, a contribuição dos sócios para o capital social, a participação nos lucros e nas perdas e, para alguns, a existência da *affectio societatis*.

O quinto capítulo representa o cerne da investigação proposta, pois trata exclusivamente da *affectio societatis*. A investigação se inicia por uma análise dos trechos em que a expressão latina e outras expressões semelhantes são adotadas no *Corpus Iuris Civilis*, com o objetivo de extrair o seu verdadeiro significado, extensão e função no direito romano.

Analisa-se as diferentes acepções atribuídas à expressão *affectio societatis* na doutrina atual, a fim de verificar se há ou não um conceito unitário, ou, quando menos, grupos de conceitos assemelhados. Também são analisadas decisões judiciais em que a quebra da *affectio societatis* é apontada como fundamento do pedido de retirada ou exclusão de sócio (confundindo-se, assim, com a justa causa), inclusive em sociedades anônimas fechadas que possuiriam características semelhantes às sociedades de pessoas. Demonstra-se que, embora relevante, o tema sobre os elementos específicos do contrato de sociedade (especialmente a *affectio societatis*) é mal compreendido, gerando decisões incompatíveis entre si e, em alguns casos, desprovidas de qualquer fundamento jurídico.

Ao final do quinto capítulo, apresentam-se diversos argumentos através dos quais se refuta a hipótese de que a *affectio societatis* constituiria um dos elementos específicos do contrato de sociedade no direito atual. Dentre as razões apontadas, destacam-se o fato de que a *affectio societatis* perdeu o seu significado original, não havendo qualquer precisão ou unidade nas fórmulas hoje adotadas. Também é explorada a confusão, especialmente jurisprudencial, entre a *affectio societatis* e o caráter *intuitus personae* ou a justa causa. Ressalta-se, ainda, a inexistência de previsão legal, ainda que indireta, acerca da suposta necessidade de manutenção da *affectio societatis* durante o prazo de vigência da sociedade.

A partir da investigação conclui-se que, apesar da relevância que pudesse ter no direito romano, a *affectio societatis* se tornou um conceito superado no direito moderno, tanto pelo inegável distanciamento entre os tipos societários atuais e a *societas*, quanto pelo desenvolvimento da teoria do contrato plurilateral, que não demanda qualquer construção adicional para explicar o fenômeno societário e distinguir as sociedades de outras figuras análogas.

Sustenta-se que decisões judiciais que determinam a dissolução de sociedades fundamentadas unicamente na quebra da *affectio societatis* sofrem de ausência de fundamentação, pois não é sequer possível determinar o conteúdo e a verdadeira extensão do conceito no direito atual.

Conclui-se pela necessidade de a doutrina analisar criticamente a real necessidade de arrolar a *affectio societatis* como um dos elementos específicos do contrato de sociedade, não podendo ser contentar com a mera repetição de uma fórmula antiga que não possui mais significado nem importância prática.

2. AS SOCIEDADES DOS POVOS ANTIGOS

2.1. A importância da análise histórica

A análise histórica do instituto denominado sociedade é fundamental para melhor compreendê-lo em sua feição atual. Entretanto, as sociedades são um fenômeno complexo,¹ sendo impossível traçar uma linha evolutiva única ou apontar um antecedente comum a todas as espécies hoje existentes.

Conforme adverte FONSECA, a experiência jurídica não pode ser tratada “como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico no presente, demonstrando institutos jurídicos atuais como um resultado consequente da experiência histórica”.² De fato, não se pretende demonstrar que as sociedades atuais evoluíram a partir de um determinado instituto jurídico ancestral. Tampouco se pretende defender que as sociedades atuais sejam mais modernas e científicas do que antigos institutos semelhantes.

O objetivo deste capítulo é de angariar elementos históricos que possam auxiliar na difícil tarefa de analisar criticamente a doutrina e jurisprudência atuais, que, em grande parte, afirmam ser a *affectio societatis* um dos elementos indispensáveis do contrato de sociedade. Considerando que a expressão se desenvolveu no seio do direito romano, é necessário investigar, dentro daquele sistema, o seu verdadeiro significado e extensão.

A partir dessa análise, será possível determinar se o significado do conceito foi preservado e se persistem as razões que levaram os romanos a adotá-lo como um dos elementos essenciais do contrato de sociedade.

2.2 As sociedades dos povos mesopotâmicos e dos gregos

Embora as informações sobre o período anterior ao do direito romano sejam escassas e pouco confiáveis,³ sabe-se que as sociedades já eram conhecidas pelo

¹ SANTO, João Espírito. **Sociedades por quotas e anónimas - vinculação: objecto social e representação plural**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 17.

² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002, p. 26.

³ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios – a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 14/15.

direito babilônico. Os fragmentos de informação que sobreviveram ao tempo indicam que o contrato era às vezes assinado em duplicata, com a presença de testemunhas, e o falecimento do sócio ocasionava a extinção da sociedade, ensejando a liquidação do acervo pelos herdeiros.⁴

O Código de Hamurabi, datado de aproximadamente 2.083 a. C., também contém referências às sociedades, embora insuficientes para que se possa extrair uma sistematização da matéria.⁵

Há também registros da existência de sociedades entre os Sumérios, que no ano 3.000 a. C. celebravam contratos para racionalizar o uso conjunto dos seus recursos, tendo inclusive utilizado os templos religiosos para desenvolver operações bancárias.⁶ Os Assírios adotaram contratos semelhantes aos dos Sumérios, tendo criado, por volta de 2.000 e 1.800 a. C., uma espécie de sociedade de investidores, sobre a qual não se conhecem muitos detalhes.⁷

As sociedades também eram comuns entre os gregos, que se destacaram por ter defendido, já naquela época, o direito à ampla liberdade de associação.⁸ Segundo a lição de SÓLON reproduzida no Digesto,⁹ eram bastante difundidas as sociedades constituídas com a finalidade de realizar refeições conjuntas, praticar atos religiosos, construir locais de sepultura e organizar determinadas categorias de trabalhadores, como, por exemplo, os marinheiros.

Ainda em relação aos gregos, destaca-se o *erano*, que consistia em uma espécie de associação passageira, fundada na amizade entre pessoas que se reuniam eventualmente para se alimentar, organizar festas e realizar atividades recreativas, além de angariar fundos para auxiliar pessoas doentes ou em dificuldades fi-

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado, tomo XLIX**. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 59.

⁵ HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. **Laws of corporations and other business enterprises**. 3ª ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1983, p. 14.

⁶ JOÃO, Juliana. **Evolução histórica das sociedades empresárias**. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). Direito societário na atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15.

⁷ Trata-se de um contrato no qual 14 investidores contribuíram com 26 peças de outros para um fundo comum, gerido por uma pessoa chamada Amur Ishtar, que acrescentou mais 4 peças de ouro próprias. O contrato foi celebrado pelo prazo determinado de 4 anos e os mercadores receberiam um terço do lucro decorrente da atividade. (MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian, 2003, Citados por JOÃO, Juliana. **Evolução histórica das sociedades empresárias**. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). Direito societário na atualidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15/16.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 59.

⁹ Digesto, Livro XLVII, Título XXII, *de collegiis et corporibus* (tradução livre: “sobre associações e corporações”). (SCOTT, Samuel Parsons. **The civil law**. Em: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRoman/Anglica/D47_Scott.htm#XXII>. Acessado em 25/1/13.

nanceiras.¹⁰ Poderiam também ser constituídas de forma perene, com a eleição de chefes ou presidentes honorários, presidente efetivo, tesoureiro e secretário, o que ocorria mediante votação da qual participavam todos os associados.¹¹

Além dessas espécies de associações, as sociedades comerciais também eram abundantes na Grécia. PONTES DE MIRANDA noticia a existência de sociedades constituídas com finalidade industrial, comercial, bancária ou de transporte, podendo assumir a forma de sociedades em comandita. Aponta, ainda, que em geral as sociedades gregas não eram de longa duração, nem possuíam muitos sócios, estando voltadas para a execução de operações específicas.¹²

2.3. A *societas* do direito romano

2.3.1. O surgimento da *societas* a partir do *ercto non cito*

A ausência de informações confiáveis sobre o direito dos povos antigos não se repete quanto ao direito romano, o qual é amplamente estudado e contém fontes confiáveis para a investigação científica.

Os romanos não desenvolveram o direito comercial como um ramo autônomo do direito privado,¹³ mas é inegável que as suas lições contribuíram para o desenvolvimento de institutos jurídicos atuais.

Ao lado da venda, locação e mandato, a sociedade (*societas*) é um dos quatro contratos consensuais do direito romano.¹⁴

Fragmentos de juristas como ULPIANO, PAULO, POMPONIO, GAIO, PAPINIANO, MODESTINO e LABREÃO foram preservados de forma relativamente

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 59/60.

¹¹ *Idem*, p. 60; JOÃO, Juliana. **Evolução...** *Op. cit.*, p. 16.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 61.

¹³ Segundo esclarece GONÇALVES NETO, o direito comercial como ramo autônomo do direito – ou seja, um “conjunto ordenado e científico de normas que regulam uma determinada matéria consoante princípios próprios, de caráter geral” – só tomou corpo a partir da Idade Média, não sendo possível dizer que ele tenha nascido antes. Esclarece o autor, ainda, que “a existência de dois sistemas jurídicos diversos no âmbito do direito privado, de um lado o sistema do direito tradicional, assentado nas peculiaridades próprias de um povo (o *ius civile*), e de outro, um sistema mais flexível, sensível às novas exigências e dotado de princípios próprios, de caráter informal (o *ius gentium* e, mais tarde, o *ius honorarium*), contribuiu para que Roma prescindisse da elaboração de um direito especial para o comércio”. (**Direito de empresa**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 42/45.

¹⁴ SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedades e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35.

completa, permitindo uma visão ampla das espécies de *societates* romanas.¹⁵ Embora diferentes das sociedades atuais em vários aspectos – como se verá no decorrer deste capítulo –, as *societates* eram bastante relevantes, pois através delas se exploravam as mais diversas atividades, como o tráfico de escravos, o comércio de vinhos, cereais, gado e perfumes, a aquisição de terrenos e a construção de monumentos fúnebres, dentre outras.¹⁶

A relevância da *societas* também é evidenciada pelo fato de que o Digesto – compilação de direito romano publicada no ano de 533, por ordem do imperador Justiniano, sendo parte integrante do *Corpus Iuris Civilis* – continha nada menos que oitenta e quatro regras a respeito das sociedades (Livro XVIII, título II, *pro socio*).¹⁷ O texto integral do Livro XVIII é conhecido e dele são extraídas informações importantes para compreender as características fundamentais da *societas* romana.

A interpretação das lições deixadas pelos romanos, especialmente no que tange ao surgimento da *societas*, tornou-se ainda mais completa com a descoberta, em fevereiro de 1933, de um manuscrito contendo trechos perdidos das Institutas de GAIO. Esse manuscrito foi descoberto no Egito e imediatamente entregue ao renomado jurista italiano ARANGIO-RUIZ, que a partir dele sustentou que os diversos tipos de *societates* da qual trataram os romanistas clássicos derivaram da *ercto non cito*, uma antiquíssima espécie de *consortium* formado entre os *fili familias*, os quais, com a morte do *pater*, herdavam de forma indivisa todos os seus bens.¹⁸

No período clássico, a morte do *pater* resultava na criação de tantas famílias quantos fossem os herdeiros. Entretanto, o fragmento perdido de GAIO revelou que, no período pré-clássico, os herdeiros poderiam continuar proprietários do patrimônio indiviso, o que ocorria mediante a *ercto non cito*. Os efeitos dessa espécie de *consortium* não eram apenas patrimoniais: uma vez constituída a *ercto non cito*, a velha

¹⁵ FARIA, Antônio Bento de. **Direito comercial, vol. II, tomo I – das sociedades comerciais**. Rio de Janeiro: A. Coelho Franco Editor, 1948, p. 8.

¹⁶ FARIA, Antônio Bento de. **Direito...** *Op. cit.*, p. 7; ESTRELLA, Hernani. **Curso de direito comercial**. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1973, p. 272.

¹⁷ MONRO, Charles Henry. **Digest XVII, 2, pro socio**. Cambridge: University Press, 1902. Disponível em <http://archive.org/details/digestxvii2proso00monr>. Acessado em 14/11/12.

¹⁸ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 379; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società in diritto romano**. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950, p. 3/4.

família continuava a existir em todos os seus efeitos, inclusive quanto a sua substância religiosa.¹⁹

O fragmento recém-descoberto de GAIO também revelou que o *consortium*, inicialmente decorrente do falecimento do *pater*, passou a ter sua constituição admitida também de forma provocada, através da *certa legis actio*, uma espécie de procedimento arcaico.²⁰ Entretanto, com o passar do tempo esse procedimento se revelou inconveniente, e assim, eventualmente, os pretores passaram a admitir uma *actio* com base puramente no consenso entre as partes.²¹

Nasce aqui a *societas omnium bonorum*, em que se identifica pela primeira vez o elemento comum do consenso, expresso em um acordo de vontades que precede a vinculação das partes, e no qual a entrega dos bens para a realização da finalidade comum é considerada adimplemento da obrigação contratada.²²

Durante os períodos clássico e pós-clássico, a *societas omnium bonorum* foi adotada como uma das formas básicas de sociedade, guardando características semelhantes com a antiga *ercto non cito*. No entanto, ZIMMERMANN afirma ser improvável que esse tipo de *societas* tenha sido amplamente adotada no período clássico, pois ela surgiu a partir de regras do direito de família e sucessões, não estando relacionada com atividades mercantis.²³ A *societas omnium bonorum* certamente foi adequada para regular as relações entre irmãos e parentes, ou entre agricultores que desejavam associar-se para prestar auxílio mútuo. Entretanto, já no século II a. C. a economia romana não era mais baseada na agricultura, o que resultou, naturalmente, no desuso dessa espécie de *societas*, e em um significativo aumento do interesse por outras formas de associação mais adequadas a atividades voltadas para a obtenção de lucro.²⁴

¹⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition**. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996, p. 451.

²⁰ Tanto é que GAIO trata da *ercto non cito* como uma *simul et naturalis societas*, quer dizer, uma espécie de *societas* natural, constituída de forma acidental (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 19).

²¹ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law...** *Op. cit.*, p. 452.

²² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 20.

²³ Há uma clara dicotomia entre a *societas*, pertencente ao direito dos contratos, e as *universitates*, de que trata o direito das pessoas. Sobre essa questão, consultar LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 129.

²⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law...** *Op. cit.*, p. 453.

Há, no entanto, viva controvérsia a respeito da origem da *societas*. Embora ARGÜELLO²⁵ e COSTA²⁶ admitam que as *societates* tenham se formado a partir da antiga *ercto non cito*, há tantos outros que afirmam que as diferentes espécies de *societates* tiveram outras origens.²⁷ Há outras fontes claramente identificáveis, e que também podem ter contribuído para o desenvolvimento da *societas*, como demonstram os fragmentos de difícil interpretação que tratam da sociedade de *agri culutura*, presumivelmente formada entre produtores de azeite de oliva, mencionados na obra “Cato Maior” do filósofo CÍCERO, bem como de uma espécie de contrato de depósito celebrado entre o proprietário de um rebanho e um pastor, mencionado em um fragmento do Código do *Corpus Iuris Civilis* (2, 3, 9, 8).²⁸

2.3.2. As características gerais da *societas romana*

A *societas* apresenta três características fundamentais.

Em primeiro lugar, a *societas* era indiscutivelmente um contrato consensual.²⁹ Por essa razão, os romanos reconheciam a possibilidade de a *societas* ser contratada verbalmente e até mesmo entre ausentes, mediante carta ou mensageiro (*nuntius*). Bastava a manifestação inequívoca do consenso entre as partes, não estando o contrato sujeito a qualquer formalidade.

Conforme leciona CHAMOUN,³⁰ a *societas* era constituída “quando duas ou mais pessoas (*socii*), mutuamente colocavam em comum meios de produção ou de aquisição com o fim de produzir um resultado também comum”. Com relação aos meios empregados, as *societas* poderiam ser *rerum operarum* e *mixtae*, e quanto ao fim, *quaestuarie* ou *non quaestuariae*, conforme visassem ou lucro ou não.³¹

De forma geral pode-se dizer que a causas específicas de resolução do contrato de *societas* se assemelham às causas de extinção do mandato, e estão relaci-

²⁵ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano: historia e instituciones**. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 327.

²⁶ COSTA. **Storia del Diritto romano privato**. 2ª ed. p. 381, *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 206.

²⁷ PERINCE e FERRINI são citados por ALVES, José Carlos Moreira. **Direito... Op. cit.**, p. 206.

²⁸ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società... Op. cit.**, p. 22.

²⁹ Institutas de GAIO, livro III, título 135 (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società... Op. cit.**, p. 63).

³⁰ FARIA, Antônio Bento de. **Direito... Op. cit.**, p. 8.

³¹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições... Op. cit.**, p. 379.

onadas à confiança entre os sócios.³² Dentre as causas de dissolução, destacam-se renúncia, morte ou perda da capacidade de um dos sócios e a impossibilidade de atingir os seus fins.³³ A essas causas de dissolução acrescenta-se a insolvência de qualquer dos sócios e a *actio pro sócio*, que consistia no único tipo de ação de que dispunham os sócios para discutir questões relacionadas ao contrato de *societas*.³⁴ A existência de uma única ação para discutir o contrato de sociedade decorre do fato de que todos os sócios possuem obrigações idênticas.

Questão importante para o presente trabalho é investigada por ARANGIO-RUIZ ao tratar do direito de recesso unilateral. Segundo afirma, esse direito era geralmente admitido de forma livre, salvo nos casos em que o seu exercício revelasse a intenção do sócio de obter vantagem ilegal (como, por exemplo, nos casos em que o sócio requer a sua retirada na iminência de realizar um negócio bastante proveitoso)³⁵ ou, ainda, nos casos em que se pactuou uma cláusula de não-recesso por determinado período.³⁶ No caso de existir cláusula de não-recesso, a retirada do sócio só era admitida mediante a demonstração de justa causa.

Interessante perceber que embora a *societas* fosse constituída por vários sócios, o descumprimento do contrato por qualquer um deles (ou, ainda, o advento de qualquer fato que impedisse determinado sócio de permanecer vinculado aos demais) redundava em sua completa dissolução. Se os demais sócios desejassem continuar a atividade, deveriam fazê-lo mediante a constituição de nova *societas*, que não se confundiria com a antiga. Quando muito, era possível prever em contrato que a sociedade continuaria vigente com a participação dos herdeiros do falecido.

A extinção da sociedade em tais casos pode parecer uma consequência excessivamente grave. No entanto, ela se justificava na medida em que o contrato de

³² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 150.

³³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 207; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 64; DIGESTO, Livro XVII, Título II, *pro socio*, item 4, conforme tradução de MONRO, Charles Henry. **Digest...** *Op. cit.*, p. 4: “*There is no doubt that people can contract a partnership by act, by word or by a messenger. I. Partnerships are dissolved by renuntiation, by death, by capitis diminutio, by want of means*”.

³⁴ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law...** *Op. cit.*, p. 456.

³⁵ Essa manobra só era possível porque os sócios contratavam em nome próprio com terceiros, possuindo o dever de trazer à sociedade os lucros ou prejuízos decorrentes dessa contratação. Desejando obter vantagem indevida, o sócio poderia, em tese, desligar-se da sociedade logo depois de concretizar um negócio lucrativo, deixando de trazer à sociedade o seu resultado.

³⁶ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 153/156.

societas era baseado na boa-fé e confiança entre os sócios, frequentemente ligados por laços familiares.

A segunda característica da *societas*, e certamente a mais importante para o presente estudo, é a existência da *affectio societatis* ou *animus contrabendae societatis*, entendida como o ânimo continuado de permanecer em sociedade.³⁷ Será demonstrado (5.1, *infra*) que esse elemento específico tinha o objetivo de diferenciar a *societas* da simples comunhão ou condomínio.³⁸

Há controvérsia sobre o momento em que a *affectio societatis* teria sido introduzida no direito romano como um dos elementos do contrato de *societas*. Segundo PEROZZI, a expressão teria surgido no direito pós-clássico. Outros, como BIONDI e GIRARD, defendem que a expressão surgiu no direito clássico, pois não se cogitava da existência de *societas* sem a correspondente *affectio*.³⁹

A *affectio societatis* é mencionada em diversas passagens do *Corpus Juris Civilis*, com destaque para as lições de ULPIANO acerca da *actio por sócio* (Digesto, Livro XVII, Título II, 31), GAIO (Institutas, Livro III, 151) e DIOCLECIANO (Código, Livro IV, Título XXXVII, 2), embora às vezes por outras palavras. Também há que se ressaltar o uso da expressão *affectio* em outros contextos, não apenas para diferenciar a *societas* da simples comunhão, mas também para tratar do consenso necessário para a celebração do casamento (*maritalis affectio*), citado por ULPIANO (Digesto, Livro XXIV, Título I, 32, 13), ou para configuração da posse (*affectio possessiones* ou *tenendi*), conforme ensina PAULO (Digesto, Livro LIV, Título II, 1, 3).⁴⁰

A *affectio societatis* é uma espécie de consenso qualificado, marcado pela intenção continuada de permanecer associado, como destaca ARANGIO-RUIZ:

“Deve-se observar, de outro lado, já neste ponto, que no tocante a *societas* o consenso não deve ser considerado somente como o encontro instantâneo de um polo positivo e de um polo negativo, em que se acende a fâsca

³⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 152.

³⁸ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 27.

³⁹ A controvérsia é exposta por MOREIRA ALVES, que cita os autores e as suas respectivas obras (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...** *Op. cit.*, p. 207).

⁴⁰ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Resolução de acordo de acionistas pela quebra de *affectio societatis***. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 443/444.

da obrigação, mas também como uma intenção comum permanente, cuja cessação traria consigo a extinção do contrato”.⁴¹

A questão será tratada nos capítulos seguintes. Por ora, cumpre apenas apontar que a *affectio societatis* é apresentada em seu contexto original como uma espécie de consentimento permanente (“*um’intenzione comune permanente*”), própria do contrato de *societas*, que não se reduz ao consentimento instantâneo dos demais contratos consensuais.

Por fim, a terceira e última característica essencial da *societas* é a contribuição, pelos sócios, de bens (corpóreos ou incorpóreos) ou de esforços (atividades manuais ou intelectuais) para a consecução do fim comum. A possibilidade de determinado sócio contribuir somente com o trabalho é reconhecida expressamente por DIOCLECIANO em uma passagem do Código.⁴²

Da mesma forma que todos os sócios são obrigados a contribuir de alguma forma, também devem partilhar os lucros e as perdas decorrentes da atividade. Como se verá (2.3.3, *infra*), nenhum sócio poderia ser excluído da partilha, sob pena de nulidade do contrato.

2.3.3. As peculiaridades da *societas* em relação aos demais contratos consensuais

Essas três características principais da *societas* resultavam em algumas peculiaridades que a diferenciavam de outras formas de contratos consensuais.

Ao contrário do que ocorria com a locação ou o mandato, por exemplo, os *socii* não se colocavam em lados distintos da relação negocial (como locador e locatário ou mandante e mandatário), mas do mesmo lado, cooperando para alcançar uma finalidade comum.⁴³ Aliás, essa característica parece ser evidente ao observar

⁴¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società...* Op. cit., p. 64/65. Texto original: “*Va osservato d’altra parte, già a questo punto, che per quanto riguarda la societas il consenso non va considerato soltanto come l’istante incontro di un polo positivo e di un polo negativo, onde si accende la scintilla dell’obbligazione, ma anche come um’intenzione comune permanente, la cui cessazione porterebbe con sé l’estinzione del contratto*”.

⁴² CÓDIGO, Livro IV, Título XXXVIII, 1: “*It has been decided that a partnership can be contracted where one of the parties furnished money and the other labor*”. Tradução livre: “Foi decidido que uma sociedade pode ser contratada onde uma das partes fornece dinheiro e a outra trabalho”. (SCOTT, Samuel Parsons. *The Justinian...* Op. cit. Acessado em 22/1/2013).

⁴³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law...* Op. cit., p. 454.

que o contrato de *societas* evoluiu a partir do antigo *consortium* formado entre irmãos, o qual era enraizado na boa-fé e nos laços familiares.

Apesar da semelhança com as sociedades atuais no tocante à existência de uma finalidade comum, as *societates* romanas não apresentavam relevância externa, ou seja, os efeitos do contrato se voltavam unicamente para os contratantes, não alcançando terceiros.⁴⁴ Os sócios contratavam em nome próprio, assumindo pessoalmente direitos e obrigações, que passavam a integrar sua própria esfera jurídica.⁴⁵

Sobre o regime patrimonial da *societas* e a relação dos sócios entre si e terceiros, esclarece WARDE JUNIOR:

“Todos eram, por conta da relação interna, condôminos do patrimônio constituído pela soma das entradas, porém, simples credores, na proporção de sua quotas, quanto aos proveitos auferidos pelo sócio que, no exercício da empresa, deu-lhes causa”.⁴⁶

Há quem admita, no entanto, que a *societas publicanorum* possuía relevância externa, podendo assumir, em seu próprio nome, direitos e obrigações perante terceiros. O mesmo poderia ocorrer com a *societas argentaria* (sociedade de banqueiros), embora, quanto a esta, exista divergência.⁴⁷

Sabe-se ainda que os romanos não desenvolveram um conceito de personalidade jurídica, tal como se conhece hoje.⁴⁸ Quando muito, atribuíram certos direitos e deveres a algumas espécies de *societas*, que, no entanto, não constituíam uma entidade abstrata, com direitos e deveres próprios.⁴⁹ Em razão disso, não se confi-

⁴⁴ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition.** Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996, p. 455.

⁴⁶ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ ARANGIO-RUIZ. **La società...** *Op. cit.*, p. 78 e 84, *apud* WARDE JUNIOR, p. 27; SALOMÃO FILHO, Calixto. **‘Societas’ com relevância externa e personalidade jurídica.** *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* São Paulo: Malheiros, a. 30, n. 81, 1991, p. 72; ARANGIO-RUIZ afirma que escritores tradicionais do direito romano não reconhecem a personalidade jurídica da *societas*. No entanto, ressalva a denominada *societas publicanorum* e a *societas* formada por banqueiros (*argentarii*), que apesar de formadas por contratos consensuais, resultavam na de uma personalidade distinta dos sócios. (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 28 e 80).

⁴⁸ Quanto a esse particular, CHAMOUN adverte que “Não se pode, porém, deixar de mencionar a tendência justiniana para acostar as sociedades às pessoas jurídicas, reconhecendo a existência de um patrimônio comum (*arca communis*) e a possibilidade de um sócio obrigar *iure societati* os outros sócios”. (CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 380).

⁴⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...** *Op. cit.*, p. 146.

gurava, via de regra, uma relação jurídica entre a *societas*, de um lado, e terceiros, de outro. As relações eram travadas entre sócios diretamente com terceiros, podendo ocorrer, segundo MOREIRA ALVES, de três formas: a) entre um dos sócios (na gestão dos negócios sociais) e terceiros; b) entre todos os sócios e terceiros; ou, ainda, c) entre alguns sócios e terceiros.⁵⁰

O romanista esclarece que, no primeiro caso, em que há relação de um sócio com terceiros, “*para efeitos da participação nos lucros ou nas perdas decorrentes dessa operação, nascia uma relação interna entre esse sócio e os demais, a qual se fundava na negotiorum gestio (gestão de negócios) ou no mandatum (mandato) – e, por isso mesmo, tutelada, respectivamente, pela actio negotiorum gestorum ou pela actio mandati*”.⁵¹ Os demais casos, em que a relação se estabelecia entre todos os sócios e terceiros ou entre alguns sócios e terceiros, só eram possíveis se houvesse previsão específica no contrato ou, ainda, em determinados tipos de sociedades, sendo o exemplo mais claro a sociedade entre banqueiros (*argentarii*), tratada adiante (2.3.4, *infra*).

Os sócios sempre deveriam contribuir de alguma forma. Essa contribuição poderia ser material ou não, bastando que fosse reconhecida pelos demais sócios como um aporte útil para alcançar os objetivos da *societas*. A exclusão de qualquer sócio dos lucros tornava a sociedade leonina, resultando em sua nulidade.⁵²

Não havendo disposição em contrário no contrato, cabia a qualquer um dos sócios gerir os negócios comuns. Nessa caso, o sócio atraía dois grupos de obrigações: primeiramente, cabia ao gestor trazer ao caixa comum todos os resultados das operações societárias, sejam elas receitas ou despesas, dividindo-as na proporção determinada no contrato ou, sendo ele omissor, em partes iguais; em segundo lugar, o sócio gestor respondia por todos os atos praticados com dolo (ou, ainda, por *culpa in concreto* durante a época do direito justinianeu).⁵³

⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...** *Op. cit.*, p. 209.

⁵¹ *Idem*, p. 209.

⁵² FARIA, Antônio Bento de. **Direito...** *Op. cit.*, p. 8; ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...** *Op. cit.*, p. 207. A proibição da sociedade leonina permanece no direito atual, estando prevista no artigo 1.008 do Código Civil, que possui a seguinte redação: “*É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas*”.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...** *Op. cit.*, p. 208.

2.3.4. As diversas espécies de *societas* e as suas características específicas

A análise das características fundamentais das diversas espécies de *societas* permitirá investigar a existência de caracteres comuns com as sociedades atuais, especialmente quanto a *affectio societatis*.

Embora exista controvérsia sobre a origem da *societas* (2.3.1, *supra*), é difícil ignorar o fato de que a *societas omnium bonorum* serviu como modelo para a criação de outros arranjos semelhantes.

Dentre as espécies de *societas* conhecidas pelos romanos, nascidas a partir da *societas omnium bonorum*, destaca-se inicialmente a *societas universorum quae ex questu ueniunt* (ou *societas omnium bonorum quae ex quaestu ueniunt*), em que todos os sócios aportam o produto do seu trabalho e dos seus rendimentos, exceto os bens presentes e os bens futuros adquiridos a título gratuito.

Segundo a lição de ULPIANO extraída do Digesto (Livro XVIII, Título II, itens 7 a 9),⁵⁴ as regras da *societas universorum quae ex questu ueniunt* aplicavam-se a todos os casos em que as partes, desejando celebrar um contrato de sociedade, não revelassem o tipo societário adotado.

Outra espécie bastante antiga era a *societas alicuius negotiationis*, através do qual os *socii* reuniam todos os seus bens, presentes e futuros, para realizar uma série de operações de natureza comercial e industrial previstas em contrato, como, por exemplo, a compra e venda de escravos.⁵⁵ Argumenta-se que essa espécie de *societas* tenha sido a mais difundida entre os romanos.⁵⁶

A *societas unius rei*, também utilizada no período clássico, era uma espécie de *societas* através da qual os sócios se concentravam em uma operação específica

⁵⁴ “De fato, é lícito que pessoas simplesmente formem uma sociedade, sem mais; e, se outros termos não forem especificados, a sociedade reputa-se formada de todos os lucros das partes [*universorum quae ex quaestu ueniunt*], isso quer dizer, de qualquer ganho que é derivado de compra e venda, aluguel”. Texto original: “*It is in fact lawful for persons simply to form a partnership, without more; and, if no further terms are specified, a partnership is held to be formed of the whole of the parties' respective profits [universorum quae ex quaestu ueniunt], that is to say of any gain which is derived from purchase and sale, letting and hiring*”. (MONRO, Charles Henry. *Digest... Op. cit.*, p. 5/6).

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito... Op. cit.*, p. 206; RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societario - sociedades comerciales, civil y cooperativa**. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 3.

⁵⁶ BUCKLAND, William Warwick. **A text-book of roman law: from Augustus to Justinian**. Cambridge: University Press, 1921, p. 507. Livro digital disponível em http://openlibrary.org/books/OL7236746M/A_text-book_of_Roman_law_from_Augustus_to_Justinian.

ou na exploração de um único bem, que poderia ser um escravo ou uma área rural.⁵⁷ Entretanto, o objeto dessa espécie de *societas* não era necessariamente patrimonial: havia uma figura semelhante, denominada *societas quod usum*, que não visava exatamente o ganho, mas o uso comum de determinado bem pelos sócios.⁵⁸

Há quem defenda que a *societas quod usum* não se desenvolveu a partir da *societas omnium borum*, mas a partir da *politio*, que era uma espécie de associação entre capital e trabalho, em que o proprietário de um imóvel rural se associava a um agricultor perito, denominado *politor*, que empregava seus conhecimentos para melhorar a produtividade, recebendo em troca uma determinada participação nos ganhos auferidos com a colheita.⁵⁹

A espécie mais desenvolvida, e uma das mais antigas, era a *societas publicanorum*, constituída por cidadãos romanos que obtinham do Estado uma espécie de concessão pública para arrecadar tributos, mediante adiantamento de determinada soma ao fisco. Essas sociedades desempenharam papel importante na República, especialmente nas províncias mais longínquas, pois os romanos não possuíam aparato administrativo suficiente para suprir as necessidades administrativas do império que se expandia desenfreadamente. As *societates publicanorum* tinham estruturas complexas, patrimônio próprio e, com o passar o tempo, tornaram-se conhecidas por sua atuação abrangente e forte influência política.⁶⁰

Demonstrou-se que, de forma geral, a *societas* não gerava efeitos externos (2.3.3, *supra*). No entanto, a doutrina excepciona a *societates publicanorum*, em que obrigações e os direitos contraídos por um dos sócios eram estendidas para os demais, podendo atingir todo o seu patrimônio.⁶¹

Além de coletar e se apropriar dos tributos, pagando por isso uma contraprestação, os *publicani*, como eram chamados, foram responsáveis pela execução de obras públicas, pelo guarnecimento de frotas estatais e pela compra de equipamentos para o exército, contribuindo para a conquista de novos territórios e o de-

⁵⁷ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 3.

⁵⁸ FARIA, Antônio Bento de. **Direito...** *Op. cit.*, p. 7; CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 379/380.

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito...** *Op. cit.*, p. 206/207.

⁶⁰ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 3.

⁶¹ GARCÍA, Carmen Velasco. *Algunas observaciones sobre la "societas argentaria"*. **Historia, Instituciones, documentos**, v. 12. Espanha: Universidad de Sevilla, 1985, p. 136/139.

envolvimento econômico.⁶² No entanto, o evidente conflito de interesses entre o Estado e os arrecadadores resultou em desvios de finalidade e outros excessos cometidos pelos *publicani* eventualmente levaram à proibição dessas sociedades.⁶³ De fato, quando Roma deixou de ser uma república para se transformar em um império, no século I a.C., a riqueza e influência dos *publicani* despertou receio e inveja dos imperadores, que logo retomaram essas atividades diretamente para o Estado.⁶⁴

É fato que a *societates publicanorum* não evoluiu de forma linear a partir da *ercto non cito* ou outra espécie de *consortium*. ARANGIO-RUIZ chama atenção para o fato de que tal espécie de *societas* é extremamente antiga, tendo sido admitida pelo ordenamento em um período anterior à consolidação da *societas* como um contrato consensual.⁶⁵ A constatação de que a *societas* mais complexa não tenha se desenvolvido a partir do *consortium* entre irmãos demonstra a impossibilidade de se traçar um antecedente comum a todas as sociedades, o que é fato relevante para a investigação ora conduzida.

Além da *societates publicanorum*, a *societas argentaria* também possuía destacada relevância em razão da atividade que desenvolvia. Trava-se de sociedade formada por banqueiros (*argentarii*), possuindo como objeto a prestação de serviços financeiros para particulares. A profissão de banqueiro tinha caráter privado, porém o Estado exercia certa regulamentação, especialmente no tocante à obrigação de manter livros contábeis e de apresentá-los em casos de controvérsia.⁶⁶ Como demonstrado (2.3.3, *supra*), as sociedades formadas pelos banqueiros também possuíam relevância externa, na medida em que as obrigações contraídas por um *argentarius* se estendia, sem qualquer acordo especial, aos demais sócios, que respondiam solidariamente pelo seu cumprimento.⁶⁷

As atividades dos *argentarii* eram divididas em duas espécies: as operações bancárias propriamente ditas, dentre as quais se incluíam a realização de pagamentos, o empréstimo de dinheiro a juros e o depósito de valores; e as atividades se-

⁶² Digesto, livro XXXIX, título IV. (MONRO, Charles Henry. **Digest...** *Op. cit.*, p. 11/12)

⁶³ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade...** *Op. cit.*, p. 36 e seguintes; Digesto, livro XXXIX, título IV, fragmento 12. (MONRO, Charles Henry. **Digest...** *Op. cit.*, p. 11/12)

⁶⁴ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. **Law and the rise of the firm.** *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 119, p. 1.363, jan/mar 2006.

⁶⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ GARCÍA, Carmen Velasco. *Algunas observaciones...* *Op. cit.*, p. 134.

⁶⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 82.

cundárias (porque não relacionadas com operações bancárias), especialmente a liquidação de bens hereditários.⁶⁸ Ao contrário do que se observa em outras *societas*, a morte de um dos sócios não acarretava, em regra, a sua extinção.

Como se pode ver, a riqueza da *societas* romana não pode ser ignorada no estudo da evolução das sociedades, pois algumas características existentes nas sociedades atuais – especialmente o fim comum – parecem ter sido nelas inspiradas.

2.4. A sociedade na Idade Média

2.4.1. O distanciamento do modelo romano

Apesar de os romanos terem produzido diversas normas relativas a *societas*, eles jamais constituíram um direito especial para os comerciantes. Os tipos de *societates* mais numerosos desenvolveram-se a partir de um antigo *consortium* entre irmãos, regulado pelo direito civil, e assim permaneceram.

A inexistência de um corpo de normas destacado do direito civil também é explicada pelo fato de que as atividades comerciais dos romanos estavam voltadas, em grande medida, para a regulação da propriedade e de atividades rurais.⁶⁹ Essas atividades eram caracterizadas por um processo de produção artesanal, realizado com o emprego de capital dos próprios sócios.

À exceção da *societas publicanorum* e da *societas argentaria* – que, como visto, possuíam feições mais complexas – as *societates* eram geralmente formadas por um número reduzido de sócios, frequentemente de uma mesma família.

A existência de pequenas sociedades familiares perdura até hoje. No entanto, a partir da Idade Média – e, especialmente, do desenvolvimento das cidades medievais –, formaram-se novos tipos societários, com feições semelhantes às sociedades atuais.

2.4.2. Sociedade coletiva e de *commenda*

Durante a alta Idade Média (séculos XIV e XV), as células primordiais do comércio eram os comerciantes individuais que desenvolviam atividades predomi-

⁶⁸ GARCÍA, Carmen Velasco. *Algunas observaciones...* *Op. cit.*, p. 135.

⁶⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, vol 1. 29ª ed. Atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 420.

nantemente artesanais. Atuavam sem o concurso de sócios, assumindo obrigações em nome próprio e suportando todos os riscos da atividade desenvolvida.

Com o falecimento do comerciante se extinguia a empresa mercantil, restando aos herdeiros o direito de partilhar os bens. Entretanto, havia casos tais em que os herdeiros desejavam preservar a atividade desenvolvida pelo falecido, o que levou ao desenvolvimento da sociedade em nome coletivo,⁷⁰ que assumiu especial relevo na Itália, Alemanha e países mediterrâneos.

A sociedade coletiva formada entre familiares forneceu o núcleo a partir do qual foram gestadas as diversas espécies de sociedades de *commenda*, em que determinados sócios (comanditados) atuavam em nome coletivo com os bens *pro indiviso*, mediante aportes de sócios que se mantinham reservados (comanditários).⁷¹ Essas sociedades não se desenvolveram por acaso. REQUIÃO aponta que essa espécie societária se formou, em grande medida, para que nobres e clérigos pudessem burlar normas canônicas que, de um lado, proibiam-lhes de exercer o comércio e condenavam a usura, mas, de outro, não condenavam a busca de lucro sobre um grande capital investido em atividades arriscadas.⁷²

As sociedades de *commenda* também desempenharam papel fundamental para cobrir os riscos inerentes ao comércio marítimo, que se encontrava em franca expansão.⁷³ O detentor de capital (*commendator*) reunia-se a um mercador ou navegador (*tractador*), o qual recebia recursos em troca de parte dos resultados auferidos nas viagens marítimas. Essa espécie de sociedade em comandita era denominada *nauticus foenus* e o seu desenvolvimento atingiu o ápice entre os séculos X e XI, como esclarece JULIANA JOÃO:

“Durante a Idade Média, surgem as primeiras sociedades em comandita, entre os séculos X e XI, fruto do comércio marítimo mediterrâneo. Seu nascimento deve-se ao empréstimo marítimo, o *nauticus foenus*, surgido com os gregos, mas que, alguns séculos depois, deu origem àquelas sociedades.

⁷⁰ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. Dissertação (Mestrado em Direito Societário) – Universidade Federal do Paraná, 2008, p. 14/15.

⁷¹ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 4.

⁷² REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 421.

⁷³ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

O *nauticus foenus*, empréstimo marítimo, empréstimo à *la grosse aventure*, segundo os franceses, deriva do financiamento que um comerciante faz a um capitão de navio por uma, ou mais, viagens. Na *commenda*, o prestador de capital, sócio comanditário, associa-se ao capitão da embarcação, sócio comanditado, e partilha com este os lucros. No entanto, o sócio comanditário tem responsabilidade apenas sobre o capital emprestado, não devendo pagar por perdas que ultrapassem dito capital”.⁷⁴

O *nauticus foenus* e outras formas de sociedades de *commenda* constituíram um meio universal de comércio, tendo alcançado os mais variados povos europeus. Assim como as demais sociedades até então existentes, as sociedades de *commenda* eram geralmente formadas por três ou quatro sócios, os quais se conheciam mutuamente e eram ligados uns aos outros por uma relação de confiança.⁷⁵ Em geral, essas sociedades desempenhavam atividades de pouca complexidade, com processo de produção individualizado, mediante uso de capital próprio, possuindo curta duração em relação às sociedades hoje existentes.

As sociedades coletivas e as sociedades de *commenda* se revelaram adequadas durante o longo período em que a economia era eminentemente agrícola e artesanal.⁷⁶ Mas essa realidade sofreu considerável modificação com o surgimento das cidades e o fortalecimento do comércio e da burguesia, que passaram a demandar novos instrumentos que pudessem comportar atividades econômicas cada vez mais complexas.

2.4.3. Sociedades por ações

O desenvolvimento das sociedades na Idade Média está intimamente relacionado ao surgimento de cidades medievais, para as quais migraram os antigos agricultores que sofriam com a decadência do modo de produção feudal e os abusos praticados pelos senhores feudais. Nessas cidades desenvolveu-se o comércio nas formas mais variadas, de acordo com as características geográficas de cada local, inaugurando uma atividade industrial rudimentar.⁷⁷

⁷⁴ JOÃO, Juliana. **Evolução...** *Op. cit.*, p. 18/19.

⁷⁵ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁶ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos...** *Op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito...** *Op. cit.*, p. 47.

Surgiu assim a burguesia, com um novo e forte espírito empreendedor, que aos poucos passou a se organizar em grêmios ou corporações. Floresceu o intercâmbio de mercadorias entre as cidades, que se tornaram importantes centros de comércio. O desenvolvimento do comércio implicou o fortalecimento das corporações, que avocaram para si a criação de um direito eminentemente classista, voltado para as relações entre comerciantes: o *ius mercatorum*.⁷⁸

Nesse contexto de fortalecimento das cidades e do comércio começa a se delinear o Direito Comercial como um ramo autônomo, inicialmente emanado de uma classe social, e não do Estado. Em sua origem, o Direito Comercial era eminentemente consuetudinário (baseado no costume) e corporativo (emanado das corporações de mercadores e aplicável somente a eles).⁷⁹

Segundo JULIANA JOÃO, as sociedades anônimas surgiram inicialmente na Itália e sul da França, nos séculos XII e XIII, tendo se expandido de forma mais acentuada no século XIV, em razão da necessidade de desenvolvimento do comércio marítimo entre as cidades e de busca por novas terras:

“O estágio embrionário das sociedades anônimas pode ser encontrado num grupo de associados (*socii, pariers*) que se reuniu para a exploração econômica de um moinho em Tolouse na primeira metade do século XII, associados estes que possuíam frações do capital (*uchaux*), livremente negociáveis. Os negociantes genoveses também praticavam em associação o comércio em grandes distâncias desde o século XII, mas o Banco de São Jorge, instituição genovesa existente de 1407 a 1799, é a sociedade anônima mais antiga da qual se tem registro, conforme BORGES e GILISSEN”.⁸⁰

FÉRES aponta, no entanto, que sociedades assemelhadas às companhias atuais se desenvolveram a partir das companhias coloniais criadas pelos Estados para angariar fundos para as grandes navegações. Não tendo condições de financiar essas companhias, os Estados passaram a angariar recursos entre particulares,

⁷⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito...** *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁹ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

⁸⁰ JOÃO, Juliana. **Evolução...** *Op. cit.*, p. 20.

que ao contrário do observado nas sociedades até então existentes, não possuíam relação pessoal com os demais investidores.⁸¹

Exemplos dessas novas espécies societárias são a Companhia das Índias Orientais, de 1600, e a Companhia Holandesa das Índias Orientais, de 1602, ambas criadas com o objetivo de desenvolver o comércio marítimo e fomentar a descoberta de novas terras.⁸² Da mesma forma, a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais (1621), as Companhias Francesas das Índias Ocidentais e Orientais (1664) e a *Compagnie Générale pour les Assurances et prêts à la grosse aventure* (1686).⁸³

Essas primeiras companhias possuíam feições semelhantes às atuais sociedades de economia mista, tendo surgido como instituições estatais.⁸⁴ Nas palavras de BATALHA, eram “*órgãos semipúblicos, constituídos mediante concessão governamental (octroi) [que] lhes conferia personalidade jurídica, outorgava-lhes privilégios, monopólios e atribuições publicísticas*”. O controle permanecia nas mãos do Estado, que também se reservava percentagem sobre os lucros.⁸⁵

REQUIÃO corrobora com o fato de que a política colonialista defendida pelos Estados europeus desempenhou papel fundamental no desenvolvimento das atuais companhias:

“No século XVII, devido à política *colonialista* e a concomitante formação do *capitalismo mercantil*, que visavam ao domínio da América, Índia e África, foi necessária a formação de grandes capitais, com o concurso do Estado e da incipiente iniciativa privada. Formam-se, então, poderosas sociedades, que delineiam as *sociedades por ações*”.⁸⁶ (itálicos no original)

Além de consolidarem a associação impessoal de capitais, as companhias se destacaram por introduzir a limitação da responsabilidade como forma de incentivo aos investidores. Soma-se a isso o fato de que as companhias não possuíam ca-

⁸¹ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 32.

⁸² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e o direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 55.

⁸³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades anônimas e mercado de capitais – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 29.

⁸⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura a função**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 80.

⁸⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades...** *Op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 423.

ráter *intuitu personae*⁸⁷ e o número de acionistas era muito superior ao geralmente observado na sociedades de *commenda* e em outras espécies mais antigas.

A criação das companhias dependia de uma carta de autorização da autoridade pública,⁸⁸ na qual eram estipulados os direitos e obrigações dos sócios, bem como os privilégios concedidos à sociedade para explorar determinada atividade comercial.⁸⁹ É justamente com a criação dessas sociedades colonizadoras que o direito comercial abandona em parte a sua natureza classista,⁹⁰ surgida das atividades reguladas pelas corporações de ofício, possibilitando que particulares investissem capital em companhias.

O caráter duradouro das companhias também contrastava com as demais sociedades existentes à época. Essa importante característica justificou a personificação da sociedade, o que era novidade no âmbito do direito privado,⁹¹ pois, como tratado (2.3.1, *supra*), as sociedades com efeitos externos eram exceção desde os longínquos tempos do direito romano.

Em suma, as sociedades anônimas se originaram a partir de uma nova realidade econômica, resultante da decadência do feudalismo e do desenvolvimento do capitalismo entre fronteiras. Essa realidade permitiu o desenvolvimento de tipos societários semelhantes às atuais companhias, que, por sua vez, gestaram as cooperativas.⁹²

As corporações enfraqueceram com o fortalecimento dos Estados modernos e a disseminação dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Os privilégios classistas dos comerciantes foram suprimidos, afastando, assim, as restrições ao exercício da empresa, que passou a ser livre.

Nesse contexto surge o Código Comercial francês, de 1807, que é reconhecido como o primeiro corpo normativo a regulamentar de forma geral a atividade co-

⁸⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 33.

⁸⁸ *Idem*, p. 32.

⁸⁹ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos...** *Op. cit.*, p. 16.

⁹⁰ O abandono por completo da feição classista do Direito Comercial se concretiza a partir do advento do Código Comercial Francês, em 1808, como se verá adiante.

⁹¹ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 33.

⁹² Segundo ensina RICHARD, as cooperativas encontram sua primeira manifestação formal em Rochdale, Birmingham, Inglaterra, em 1844. (RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 4).

mercantil e prever o regime jurídico das atividades comerciais,⁹³ tendo sido orientado por compromissos assumidos perante a burguesia.⁹⁴

O código francês inaugurou a distinção entre as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações. As primeiras estavam sujeitas à autorização governamental, como era comum à época, mas as segundas poderiam ser constituídas livremente, porque nelas existia pelo menos um sócio pessoalmente responsável. Tendo em vista o longo processo de autorização a que estavam submetidas as sociedades anônimas,⁹⁵ prevaleceu no direito francês, especialmente entre os anos de 1820 a 1840, a constituição de sociedades em comandita por ações.⁹⁶

O código francês inspirou a elaboração de vários outros, como o espanhol (1929), os portugueses (1833 e 1888), o brasileiro (1850) e os italianos (1865 e 1882), nos quais também se consagrou, com maior ou menor intensidade, a liberdade do exercício de empresa.

No Brasil, as primeiras companhias foram criadas pelo governo, que, diante da inexistência de regras gerais sobre sociedades anônimas, fixavam-lhes as normas reguladoras nos próprios atos de criação – como ocorreu com a Companhia do Comércio do Brasil, a Companhia do Grão-Pará e Maranhão e o Banco do Brasil. As primeiras regras gerais sobre companhias só foram introduzidas no ordenamento nacional pelo Código Comercial de 1850, que previa a necessidade de autorização estatal para a sua constituição, além de ter elencado princípios diversos daqueles aplicáveis às demais sociedades.⁹⁷

As regras sobre as companhias sofreram diversas reformas, sendo dignas de nota a Lei n. 3.150/1882, que dispensou a autorização governamental para a constituição das companhias, e a Lei n. 6.404/1976, que atualmente rege a matéria, com diversas alterações.

⁹³ VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Derecho de las sociedades comerciales**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 12.

⁹⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 33.

⁹⁵ A plena liberdade de constituição de sociedades anônimas foi reconhecida somente em 24 de julho de 1867, através do artigo 21 da Lei Francesa Sobre Sociedades.

⁹⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades...** *Op. cit.*, p. 16/17.

⁹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22/23.

2.5. As sociedades limitadas

Como se observou, as regras atinentes às companhias foram criadas com o objetivo de permitir a exploração de atividades complexas que demandavam altos investimentos. É natural, portanto, que as regras atinentes às companhias tenham acompanhado essa complexidade, exigindo estruturas de grande porte, com altos custos administrativos.

Diante disso, o legislador alemão criou um tipo societário alternativo, denominado sociedade limitada, que manteve a técnica de limitação da responsabilidade existente nas companhias, porém simplificou profundamente a sua estrutura e os custos de manutenção.⁹⁸

O sucesso do legislador alemão foi imediato. A lei foi publicada em 1892 e o modelo da sociedade limitada foi adotado em diversos outros países, como Portugal (1901), Brasil (1919) e França (1925), a ponto de se tornar o tipo societário mais comumente utilizado para a exploração da empresa.⁹⁹

2.6. Breve comentário sobre o panorama atual

O direito empresarial brasileiro foi elaborado nos moldes do Código Civil italiano, de quem importou o conceito de empresário (artigo 966, que traduz o artigo 2.082).¹⁰⁰ Desaparece a razão de classificar as sociedades entre civis e comerciais, pois o objeto do direito empresarial passa a ser medido por meio da identificação da atividade desenvolvida pelo sujeito.¹⁰¹

As sociedades passam a ser simples ou empresárias, sendo estas últimas as sociedades que desempenham atividades típicas de empresários, nos moldes do sobredito artigo 966. As demais sociedades serão consideradas simples, por exclusão. Além disso, consideram-se empresárias, seja qual foi seu objeto, as sociedades

⁹⁸ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 35.

⁹⁹ *Idem*, p. 30.

¹⁰⁰ ITÁLIA, Código Civil, 1942. “Art. 2082 *Imprenditore. E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)*”.

¹⁰¹ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 146.

por ações, e simples as cooperativas, conforme regra contida no artigo 982, parágrafo único, do Código Civil.

Em regra, a lei outorga personalidade jurídica às sociedades, desde que os seus atos constitutivos sejam inscritos no registro próprio (artigos 45 e 985).¹⁰² Exceção se abre às sociedades em comum (antiga sociedade irregular – artigo 986 e seguintes) e a sociedade em conta de participação (artigo 991 e seguintes). A sociedade existe desde o momento de sua constituição, sendo o registro uma formalidade posterior que, uma vez cumprida, gera diversos efeitos, dentre os quais se destacam a personalidade jurídica e a limitação de responsabilidade, quando aplicáveis.¹⁰³

A constatação é importante, pois demonstra que o registro é meramente declaratório, não podendo ser elencado como um dos elementos do ato constitutivo de sociedade.

2.7. Conclusões parciais

Diante da análise da evolução histórica das sociedades, torna-se claro que é impossível estabelecer uma linha única a partir da qual as formas societárias atuais tenham se desenvolvido. O surgimento de cada tipo societário está relacionado a um conjunto de fatores específicos, mais ou menos evidentes, não havendo necessária solução de continuidade de fórmulas antigas.

Essa conclusão é importante para o estudo, pois, como se observou, a *affectio societatis* foi introduzida em um sistema jurídico muito diferente do atual. Sua função era de diferenciar a *societas* dos estados de simples comunhão, como o *consortium ercto non cito* ou a simples copropriedade.

Embora essa função tenha sido relevante em seu tempo, parece ter se dissipado já na Idade Média, especialmente em razão da criação das grandes corporações, com regras específicas e de certa forma complexas.

À primeira evidência, a legislação atual também não parece ter prestado tributo ao conceito romano. Não há qualquer referência expressa no Código Civil ou em leis esparsas. Entretanto, esse fato não é suficiente, por si só, para descartar a

¹⁰² Seja o Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para as sociedades simples em sentido amplo, ou a Junta Comercial, para as sociedades empresárias.

¹⁰³ WALD, Arnoldo. **Comentários ao novo código civil, volume XIV**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 86/88.

hipótese de que a *affectio societatis* seria um dos elementos do ato constitutivo de sociedade. É necessário aprofundar a investigação para que não se chegue a uma conclusão precipitada.

No capítulo seguinte, investiga-se o ato constitutivo da sociedade e a sua natureza, concedendo-se especial atenção às teorias que pretendem enumerar os elementos que o constituem. A partir dessa análise, será possível lançar um pouco mais de luz sobre questão, com a finalidade de determinar se a *affectio societatis* é ou não é um dos elementos comuns a todos os contratos de sociedade.

3. O ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE

3.1. Breve esclarecimento

O ato constitutivo da sociedade corresponde ao negócio jurídico que dá origem ao ente societário.

A advertência pode soar redundante, mas é pertinente, pois o ato constitutivo da sociedade (ou negócio jurídico de constituição da sociedade) não se confunde com os estatutos, que regem as suas relações internas e externas.¹⁰⁴

Essa distinção é tênue nas sociedades de pessoas, pois o ato constitutivo e as regras de regência da sociedade materializam-se conjuntamente em um só instrumento: o contrato social. A distinção se revela com mais clareza nas companhias, em que há um ato constitutivo (assembleia geral ou escritura pública)¹⁰⁵ e um estatuto social que com ele não se confunde. A elaboração da minuta do estatuto social, ou seja, das regras que definirão a estrutura da companhia, os objetivos, direitos e obrigações dos acionistas etc., antecede à constituição da própria companhia.¹⁰⁶

A questão é tratada por GONÇALVES NETO, especificamente quanto às companhias:

“Neste ponto é preciso advertir que o estatuto não deve ser confundido com o negócio jurídico de constituição da sociedade, porque é um de seus elementos essenciais, integrante da forma solene. O negócio constitutivo, ou, em acepção mais ampla, o ato constitutivo da companhia é a assembleia geral ou a escritura pública, ou seja, o ato gerador da sociedade, o documento do negócio de constituição. Os estatutos, como diz Garrigues, ‘são seu complemento e se referem ao funcionamento da sociedade: são a norma constitucional dela, que rege sua vida interna com preferência sobre as disposições da lei que não tenham caráter coativo’”.¹⁰⁷

Também é fundamental advertir que o negócio jurídico societário não se confunde com a sociedade a que ele dá origem. Nesse caso, a diferença é mais evi-

¹⁰⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵ Lei n. 6.404/1976, artigo 84.

¹⁰⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual...** *Op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual...** *Op. cit.*, p. 47.

dente, pois há uma relação de causa e efeito: a criação da sociedade (ente societário) é resultado da celebração do negócio jurídico societário.¹⁰⁸ Quando empregada isoladamente, a palavra “sociedade” geralmente se refere a uma entidade, personificada ou não, nascida a partir do negócio jurídico societário.¹⁰⁹

Antes de tratar especificamente da natureza do ato constitutivo da sociedade (ou negócio jurídico societário), resta compreender importantes conceitos relacionados à teoria da empresa, os quais contribuíram decisivamente para a substituição da sempre criticada teoria dos atos de comércio.

3.2. Da teoria dos atos de comércio à teoria da empresa

No direito civil, é fundamental a noção de ato jurídico. A essa noção correspondia, no regime do Código Comercial de 1850, a noção de atos de comércio, empregada primeiramente no Código Comercial Francês de 1807.

Conforme exposto no segundo capítulo (2.4.3, *supra*), o direito comercial se desenvolveu na Idade Média, tendo sua aplicação reservada inicialmente aos comerciantes inscritos nas corporações de mercadores. Tratava-se de um direito clacista, corporativo, voltado essencialmente para a solução de problemas relacionados aos comerciantes no exercício de sua atividade.

A teoria dos atos de comércio adotada pelo Código Comercial Francês representou o abandono dessa fase subjetivista, centrada no comerciante, em favor de uma teoria objetiva, fundamentada nos atos de comércio. Enquanto as codificações anteriores uniam o ato de comércio ao comerciante e à indústria mercantil, o Código Comercial Francês tentou introduzir um conceito puramente objetivo de ato de comércio, desvinculado dessas figuras.¹¹⁰

A adoção da teoria objetiva está intimamente relacionada com a disseminação dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, defendidos pela Revolução Francesa, os quais eram manifestamente incompatíveis com a existência de uma classe de comerciantes que possuía um direito próprio e se organizava em podero-

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 69; MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro – vol. 3.** 7ª ed. São Paulo: Freitas de Bastos, 1963, p. 8.

¹⁰⁹ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 2; MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial.** 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 170.

¹¹⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 36.

sas corporações. De um lado, os revolucionários combateram a existência de privilégios pessoais, pregando a igualdade entre todos os cidadãos (comerciantes ou não); de outro, pregaram a ampla liberdade, inclusive na esfera econômica, contrapondo-se aos limites impostos pelas corporações.¹¹¹ A Lei Le Chapelier, publicada em 1791, contribuiu decisivamente para a consolidação desse novo momento histórico, pois proibiu “*todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado e profissão*”,¹¹² extinguindo legalmente as corporações de mercadores.

Cegada pelo empenho revolucionário de proibir todas as espécies de privilégios existentes no antigo regime, a lei atingiu todas e quaisquer associações entre profissionais do mesmo ofício, para garantir que as corporações não voltassem a ser criadas. Os efeitos foram prejudiciais aos trabalhadores, que, desunidos, viram-se constantemente explorados. A proibição foi abolida somente em 1864, mediante nova lei que garantiu o direito à livre associação sindical.¹¹³

Apesar das críticas direcionadas à teoria dos atos de comércio – especialmente a inexistência de um critério científico para distingui-los dos atos civis e a impossibilidade de apreender a criatividade dos comerciantes em um rol exaustivo de atos¹¹⁴ –, foi nela que o legislador brasileiro buscou inspiração para elaborar o Código Comercial de 1850.

Embora inspirado no modelo objetivo do código francês, o legislador brasileiro tentou se reatar, em parte, com o modelo subjetivo. Afastando-se da própria expressão “atos de comércio”,¹¹⁵ o legislador criou “*um código de comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil*” – tanto que não há nele um só ato de comércio sem a presença de, ao menos, um comerciante.¹¹⁶

Para os franceses, a compra e venda, por exemplo, sempre é ato de comércio, independentemente de quem a praticar (artigo 631, § 3º, 632, primeira alínea).

¹¹¹ MOSSA, Lorenzo. **Trattato del nuovo diritto commerciale**. Milão: Società Editrice Libreria, 1942, p. 8.

¹¹² REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 36.

¹¹³ BORGES, João Eunápio. **Curso...** *Op. cit.*, p. 31.

¹¹⁴ VIVANTE aponta que falharam todas as tentativas de separar as relações jurídicas que devem submeter-se à disciplina das leis comerciais das que devem regular-se pelas leis civis, por se tratar de uma divisão artificial (VIVANTE, Cesare, **Tratado de derecho mercantil, vol. 1**. Madrid: Academia Editorial Reus, 1932, p. 21); Quanto à impossibilidade de criar um rol exaustivo de atos, ver GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito...** *Op. cit.*, p. 51.

¹¹⁵ O Código Comercial brasileiro preferiu enumerar os atos de comércio sob a rubrica de “mercancia”, conforme se observa no artigo 19 do Regulamento 737/1850.

¹¹⁶ BORGES, João Eunápio. **Curso...** *Op. cit.*, p. 90.

No código brasileiro, por outro lado, embora a compra e venda estivesse relacionada no Regulamento 737 (artigo 19, § 1º), ela só poderia ser considerada mercantil se o comprador ou o vendedor fosse comerciante (artigo 191 do Código Comercial).¹¹⁷

O legislador brasileiro abandonou a técnica enumerativa. Afastou-se deliberadamente da expressão “atos de comércio”,¹¹⁸ optando por assentar o sistema na definição da figura do comerciante, assim entendido como aquele que faz da mercancia a sua profissão habitual.¹¹⁹

O Código Comercial brasileiro viveu por um século e meio, tendo sido revogado, na parte que importa para esta dissertação, pelo Código Civil de 2002, que adotou a teoria da empresa do direito italiano, centralizada na figura do empresário.

Embora o Código Civil italiano de 1942 não tenha conceituado expressamente a empresa – por razões tratadas adiante –, é possível deduzir o conceito a partir da definição de empresário, prevista no artigo 2.082: “*È empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada (2555, 2565) com a finalidade de produção ou troca de bens ou de serviços (2135, 2195)*”.¹²⁰

A legislação brasileira não promoveu uma verdadeira unificação do direito privado,¹²¹ porém o Código Civil de 2002 adotou o conceito de empresário tal como previsto no Código Civil italiano. Dispõe o artigo 966 do código pátrio que é empresário “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.¹²² Com base na definição legal do em-

¹¹⁷ BORGES, João Eunápio. *Curso... Op. cit.*, p. 90/91.

¹¹⁸ *Idem*, p. 90/91.

¹¹⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso... Op. cit.*, p. 64/65.

¹²⁰ Tradução livre do artigo 2.082, assim redigido no original: “*E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)*”.

¹²¹ Apesar de o Código Civil ter adotado o conceito de empresário do Código Civil italiano, há diferenças consideráveis entre os diplomas legais. Dentre elas, destacam-se as seguintes: **a)** o código italiano é muito mais amplo, abrangendo também o direito do trabalho, tratando-se de verdadeiro código de direito privado; nosso código, por outro lado, cuidou apenas de unificar o direito das obrigações, fazendo algumas incursões no direito empresarial; **b)** o código italiano foi concebido durante o auge do fascismo, revelando grande influência do Estado na atividade do empresário, ao passo que o código brasileiro não possui essa característica; **c)** finalmente, o código italiano inseriu o empresário no centro do sistema, o que não ocorre no código brasileiro. O fato de que o Código Civil brasileiro pretendeu apenas unificar o direito das obrigações já era reconhecido por MIGUEL REALE muito antes da aprovação do texto final, do qual ele foi supervisor: “*E nós resolvemos tomar uma posição clara: a de realizar a unidade do Direito das obrigações. Não uma unidade do direito privado, porque esta unidade não foi posta como alvo a ser atingido. O projeto realiza apenas a unidade da Parte Geral das obrigações*”. (REALE, Miguel. **O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 5).

¹²² BRASIL, Código Civil, artigo 966.

presário, há quem defenda que os elementos caracterizadores da empresa são a atividade-fim e a prática de atos empresariais.¹²³

Embora o regime do Código Civil italiano e brasileiro refira-se à figura do empresário, TOLEDO sustenta que não houve um retorno à fase subjetiva; a concepção seria, na verdade, objetiva, na medida em que se constrói em redor da atividade desenvolvida pelo empresário,¹²⁴ independentemente de registro.¹²⁵ É a espécie de atividade, portanto, que diferencia o empresário comercial dos demais.

Antes do advento do Código Civil, distinguia-se as sociedades civis das comerciais. As sociedades comerciais tinham como objeto “*o exercício da mercancia, considerada como tal a atividade lucrativa de intermediação entre o produtor e o consumidor*”,¹²⁶ tanto no sentido estrito (intermediação ou comércio propriamente dito) quanto no sentido amplo (atividades que facilitam, complementam ou se agregam às de sentido estrito).¹²⁷

As sociedades civis, por outro lado, eram aquelas que exerciam atividades que a lei reputava civis, como, por exemplo, as atividades intelectuais, a agricultura, a comercialização de imóveis e o transporte.

A dicotomia entre sociedades civis e comerciais foi abandonada pelo Código Civil de 2002, que em seu lugar adotou a divisão entre sociedades simples e empresárias, conforme a atividade exercida. São consideradas sociedades empresárias as que exercem atividade típica de empresário sujeito a registro (artigo 982, *caput*) e a sociedade anônima, que é empresária independentemente da atividade que exercer (artigo 982, parágrafo único). As sociedades simples ou não empresárias são as que exercem as atividades excetuadas no parágrafo único do artigo 966 (profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística), o empresário rural que não optar pelo registro (artigo 984), as cooperativas (artigo 982, parágrafo único) e outros casos disciplinados em legislação especial, como, por exemplo, a sociedade de advogados.

¹²³ Enunciado n. 54, relativo ao artigo 966 do Código Civil, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coordenador). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012, p. 22).

¹²⁴ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa e o empresário no novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Org.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 498.

¹²⁵ BORGES, João Eunápio. **Curso... Op. cit.**, p. 174.

¹²⁶ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso... Op. cit.**, p. 144.

¹²⁷ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1985, p. 93.

Como esclarece RIBEIRO, o legislador pretendeu, de fato, afastar a dicotomia entre sociedades civis e empresariais, visando abranger mais atividades (antes, por mera disposição legislativa, certas atividades eram consideradas civis, por mais complexas que pudessem ser), mas acabou criando uma nova dicotomia ao admitir que outras atividades organizadas, econômicas e de produção ou circulação de bens ou serviços não sejam consideradas empresariais.¹²⁸

A divisão entre sociedade empresária e simples é artificial, pois, como esclarece TOLEDO, o novo regime “*não afasta a constatação de que, num caso e noutro, estamos diante de uma empresa, com uma estrutura organizacional assemelhada, com problemas comuns, e perseguindo ambas uma finalidade lucrativa*”.¹²⁹

Apesar disso, adoção da teoria da empresa trouxe o inegável benefício de enquadrar várias atividades (construtoras, prestadores de serviço etc.) ao novo regime, aumentando o campo de incidência das regras de direito empresarial. Poderia, no entanto, ter avançado mais. Diante da diversificação da disciplina de empresas, há muito tempo OPPO já se perguntava se havia algum motivo que ainda pudesse justificar a existência dessa dicotomia.¹³⁰

3.3. Empresa, empresário, sociedade, estabelecimento e firma

Como visto, o direito brasileiro filiou-se à teoria italiana. O estudo deve se voltar, por isso, para a conceituação jurídica da empresa, pois é ela quem determina e delimita o conteúdo do direito comercial moderno.¹³¹

A exemplo da legislação italiana, o código brasileiro não contém um conceito de empresa. Limita-se a conceituar o empresário, assim entendido como aquele que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (artigo 966).

¹²⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Advocacia geral: direito comercial**. 2ª ed. Curitiba: IESDE, 2009, p. 19.

¹²⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa...** *Op. cit.*, p. 500.

¹³⁰ No original: “*Con riguardo ala diversificazione della disciplina delle imprese a seconda del loro oggetto, si pone il quesito se il diverso trattamento sia ancora giustificato, considerato l'avvento di nuove tecniche e di nuove 'leggi' di mercato*”. Tradução livre: “Com relação à diversificação da disciplina da empresa de acordo com o seu objeto, a questão é saber se o tratamento diferenciado ainda é justificado, considerando o advent de novas técnicas e das novas ‘leis’ do Mercado”. (OPPO, Giorgio. **Principi**. Torino: G. Giappichelli, 2001, n. 11, p. 53/54).

¹³¹ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 49.

Considerando que a teoria da empresa foi tomada do direito italiano, vale para o código brasileiro a lição de ASQUINI, para quem a ausência de um conceito legal de empresa deriva da diversidade de definições que ela pode assumir, as quais se relacionam com os seus diversos perfis econômicos. Segundo o autor italiano, a empresa seria um fenômeno poliédrico, compreendido por quatro perfis: subjetivo, econômico, patrimonial ou objetivo e corporativo.¹³²

O perfil subjetivo equipara empresa ao empresário (artigo 2.082 do código italiano, reproduzido pelo artigo 966 do código brasileiro); o perfil funcional trata da empresa como uma organização produtiva cuja força motriz a conduz a uma determinada finalidade; o perfil patrimonial ou objetivo diz respeito ao patrimônio do empresário, sem, no entanto, confundi-lo com o estabelecimento; e o perfil corporativo decorre do ordenamento italiano, em que a empresa é resultado de uma fusão entre funcionários e empresários com vista a alcançar benefícios para todos.¹³³

Na falta de uma definição explícita, o conceito de empresa deve ser extraído do conceito de empresário: a doutrina sedimentou o entendimento de que “empresário” é sujeito de direito, ao passo que “empresa” nada mais é que a atividade por ele desenvolvida (portanto, objeto de direito).¹³⁴

Nas passagens em que se refere de forma genérica à figura do empresário, o legislador quer englobar, de um lado, o empresário individual e a empresa individual de responsabilidade limitada, e, de outro, a sociedade empresária. Essas figuras correspondem, respectivamente, à empresa exercida individualmente ou de forma coletiva.¹³⁵

A diferença é pertinente. BRUNETTI esclarece que embora a sociedade seja a forma jurídica da empresa econômica, “*isso não significa, como geralmente se ensina, que todas as sociedades sejam empresas coletivas*”.¹³⁶ A empresa (atividade exercida pelo empresário) não pressupõe a existência de uma sociedade empresá-

¹³² ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Tradução de COMPARATO, Fábio Konder. *In*: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, vol. 35, n. 104, out/dez 1996, p. 110 e segs.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

¹³⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa...** *Op. cit.*, p. 497.

¹³⁶ BRUNETTI, Antonio. **Trattato del Diritto dele Società – vol. I**. Milão: Giuffrè, 1948, p. 55, *apud* FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 27.

ria, pois ela pode ser exercida por uma única pessoa isoladamente, prescindindo de um grupo de pessoas reunidas em sociedade.¹³⁷

A importante distinção entre os conceitos de empresa, empresário e sociedade empresária é sintetizada por REQUIÃO:

“A principal distinção, e mais didática, entre empresa e sociedade empresária é a que vê na sociedade o *sujeito de direito*, e na empresa, mesmo como exercício de atividade, o *objeto de direito*.

A sociedade empresária, desde que esteja constituída nos termos da lei, adquire categoria de *pessoa jurídica*. Torna-se capaz de direitos e obrigações. A *sociedade*, assim, é *empresária*, jamais empresa. É a sociedade, como empresário, que ira *exercitar a atividade produtiva*”.¹³⁸ (itálicos no original)

Também não se confundem sociedade e estabelecimento. O artigo 1.142 do Código Civil define estabelecimento como “*todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”. Se empresa é a atividade exercida pelo empresário (individualmente ou através de sociedade), o estabelecimento é a sua representação patrimonial, formada por todos os bens necessários para a realização da atividade. É denominado de fundo de comércio pelos franceses, e de azienda pelos italianos.¹³⁹

O estabelecimento é, para grande parte da doutrina,¹⁴⁰ uma universalidade de fato, pois não decorre de determinação legal, como é o caso da herança, mas da vontade do seu titular. Sua natureza permite que uma determinada sociedade possua vários estabelecimentos, como agências, lojas, fábricas, depósitos e escritórios, sendo a matriz o estabelecimento principal.

Há, no entanto, viva discussão a respeito da natureza jurídica do estabelecimento. REQUIÃO noticia que a doutrina francesa (incluindo RIPERT, ESCARA,

¹³⁷ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso... Op. cit.*, p. 50.

¹³⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso... Op. cit.*, p. 84.

¹³⁹ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso... Op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁰ FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21; BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45; NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, vol. 1**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71; BORGES, João Eunápio. *Curso... Op. cit.*, p. 204; BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 89 e seguintes.

HAMEL, LAGARDE e outros) aderiu a PLANIOL, para quem o fundo de comércio é uma propriedade incorpórea, e “o direito sobre o fundo de comércio é, como todas as propriedades incorpóreas, um direito à clientela, que é assegurado por certos elementos de exploração”. REQUIÃO também aponta que, no direito italiano, do qual o Código Civil brasileiro tomou o conceito de estabelecimento, a doutrina tende a considerá-lo “*um patrimônio unitário, separado, tanto que, na hipótese de ser conferido em usufruto, o usufrutuário, segundo o art. 2.561, deve explorá-lo sob firma que o diferencie, bem como no caso de alienação*”. O próprio REQUIÃO, por sua vez, conclui que, no direito brasileiro, o estabelecimento “*constitui (...) um bem incorpóreo, formado por um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria*”.¹⁴¹

De outro lado, há quem defenda, como CARVALHO DE MENDONÇA, que o estabelecimento seja uma universalidade de direito, na medida em que é constituído por “*uma massa de coisas e direitos reunidos em virtude de lei*”.¹⁴² Entretanto, a lição foi escrita muito antes do advento do Código Civil de 2002, que, embora trate o estabelecimento como uma unidade, não o faz para todas as relações.¹⁴³

A questão é intrincada, mas, para este trabalho, importa apenas demonstrar que o estabelecimento é, na definição legal, “*todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*” (artigo 1.142 do Código Civil), não se confundindo, assim, com a empresa (atividade) ou empresário e sociedade (sujeitos).

Por fim, todos esses conceitos relacionados com a ideia de firma, cunhada pela ciência econômica, especialmente a partir do celebrado artigo *The Nature of the Firm*, escrito por COASE no ano de 1937.¹⁴⁴ Embora a doutrina econômica não apresente um conceito unificado de firma, SZTAJN afirma que os seus principais traços podem ser identificados para formar uma definição:

¹⁴¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 324/325.

¹⁴² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 28.

¹⁴³ O Código Civil permite que o estabelecimento seja tratado como um todo objeto unitário de direitos e negócios jurídicos, sem, no entanto, proibir a negociação isolada dos bens que o integram: “*Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza*”.

¹⁴⁴ COASE, Ronald Harry. **The nature of the firm**. *Revista Economica*, nova série, vol. 4, edição 16, novembro de 1937, p. 386/405. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x/pdf>. Acessado em 7/1/13.

“Firmas são organizações que transformam insumos (*inputs*) em bens (*outputs*). São feixes de contratos mediante os quais se organizam a produção e distribuição de bens nos mercados. As firmas são necessárias para diminuir custos de contratação que recaem sobre o empreendedor por conta de imperfeições ou falhas de mercado. Quer dizer, se para produzir fosse necessário contratar pontual e reiteradamente nos mercados, seria preciso encontrar, a cada um desses momentos, fornecedor que oferecesse o menor preço e tivesse o insumo para pronta entrega; que o prestador de serviços, além de habilitado a executar a tarefa, estivesse disponível e, também ele, cobrasse o menor valor; que o comprador, pronto para receber o bem, estivesse disposto a pagar o maior preço; e que, em toda essa cadeia, as diversas etapas se seguissem, umas às outras, com segurança”.¹⁴⁵

Apesar de o conceito de firma ter sido primeiramente desenvolvido por economistas, SZTANJ destaca a sua assombrosa semelhança com o conceito de empresa, a ponto de a autora afirmar que empresa e firma podem ser considerados conceitos fungíveis entre si.¹⁴⁶

3.4. A natureza do ato constitutivo da sociedade

Para determinar se a *affectio societatis* é um dos elementos indispensáveis do negócio jurídico societário, é necessário investigar, primeiramente, a natureza do ato constitutivo da sociedade.

Como referido no capítulo anterior (item 2.3.1, *supra*), a *societas* era uma das quatro espécies de contratos consensuais conhecidos pelos romanos.¹⁴⁷ A sua disciplina estava relacionada ao direito civil (mais especificamente ao direito de família e de sucessões), pois os romanos não desenvolveram um direito comercial autônomo, com princípios e regras próprios. Assim como os demais contratos consensuais, a *societas* era considerada um contrato bilateral por GAIO.¹⁴⁸

¹⁴⁵ SZTANJ, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 158.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 172.

¹⁴⁷ GAIO, **Institutas**, III, 135: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*”. Em tradução livre: “O mero consenso cria um contrato de compra e venda, locação, sociedade e mandato”. (POSTE, Edward. **Gaius: institutes of roman law**. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/EBooks/Gaius_0533.pdf. Acessado em: 22/1/13).

¹⁴⁸ GAIO, **Institutas**, III, 137: “*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur, alius promit-*

O surgimento do direito comercial e a crescente importância do comércio acendeu a discussão sobre a natureza do ato constitutivo das sociedades. Embora algumas das teorias sobre a natureza do contrato de sociedade tenham sido elaboradas em um ambiente econômico muito diferente do atual,¹⁴⁹ são fundamentais para compreender a sociedade e solucionar problemas a ela relacionados.

Num primeiro momento, a evidente inadequação do contrato clássico de direito civil resultou no surgimento de teorias que tentaram refutar a natureza contratual da sociedade, adotando figuras como o ato coletivo, o ato complexo e o ato corporativo (também denominado ato de fundação ou de união).

Essas teorias não puderam explicar o fenômeno societário de forma adequada, o que resultou em um resgate do contratualismo, porém com feições diferentes daquelas atribuídas aos contratos de permuta do direito civil clássico. Dentre as novas teorias contratualistas destacam-se a teoria do contrato plurilateral, que certamente recebeu maior destaque,¹⁵⁰ e as teorias do contrato-organização e do feixe de contratos, que se relacionam a uma perspectiva econômica da empresa e a novas formas de organização.¹⁵¹

3.4.1. As teorias contratualistas clássicas

As primeiras discussões acerca da natureza do contrato de sociedade emergiram da doutrina francesa, que, sem maior cuidado, diferenciava a sociedade da copropriedade sob o argumento de que a primeira sempre derivaria de um contrato bilateral, ao passo que a segunda decorreria diretamente da lei.¹⁵²

Apesar de os debates terem sido inaugurados pela doutrina francesa, as teorias contratualistas se desenvolveram com maior força na Itália. Ainda se observa, nessa fase, uma figura contratual de feições tradicionais, em que o interesse dos sócios era hierarquicamente superior ao interesse social. Trata-se de um contractu-

at, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.. Em tradução livre: “Além disso, esses contratos são bilaterais e de boa-fé, ou seja, ambas as partes assumem obrigações recíprocas para executar seja o que for justo e igual; enquanto que contratos verbais e literais são unilaterais, ou seja, uma parte estipula e a outra consente, ou uma parte reclama o débito de outra e a outra parte fica desse modo vinculada”. (POSTE, Edward. **Gaius... Op. cit.** Acessado em: 22/1/13).

¹⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.

¹⁵⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual de sociedades comerciais**. 13ª ed. Saraiva, 2003.

¹⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo... Op. cit.**, p. 40.

¹⁵² RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho... Op. cit.**, p. 71.

lismo definido por contraposição ao institucionalismo, que, como se verá adiante, posiciona o interesse social acima do interesse dos sócios.¹⁵³

Tanto a doutrina francesa quanto a italiana definiram a natureza do ato criador da sociedade a partir dos contratos bilaterais clássicos, tais como definidos pela teoria geral do direito. Dentre os doutrinadores que defenderam o caráter bilateral do contrato de sociedade estão OERTMANN, PLANCK e DERNBURG.¹⁵⁴ No Brasil, a bilateralidade do contrato de sociedade é sustentada por MENDONÇA, “*porque, desde o momento da sua formação, [o contrato] obriga reciprocamente os contratantes, uns para com os outros e a todos para com a sociedade*”, e “*se um dos sócios não cumpre as obrigações contraídas, é permitido a qualquer outro sócio requerer dissolução judicial*”.¹⁵⁵

Essa teoria é manifestamente insuficiente, pois não há nos contratos de sociedade apenas duas partes com interesses contrapostos, que pretendem satisfazer os seus interesses em virtude das correspondentes contraprestações. Embora não se possa afastar por completo a existência de interesses contrapostos entre os sócios, prevalece no contrato de sociedade a intenção das partes de unir esforços para alcançar um fim comum.

Outro problema de difícil solução através da teoria contratual clássica diz respeito ao inadimplemento de uma das partes. No contrato de sociedade, ao contrário do que ocorre nos contratos bilaterais clássicos, o inadimplemento ou o vício de vontade de uma das partes não atinge necessariamente o contrato,¹⁵⁶ mas somente a declaração de vontade da referida parte.

Novas formulações da teoria do contrato bilateral pretendem resgatar sua utilidade mediante a suposição da existência de um contrato de interesses. As declarações de que surgem direitos e obrigações para cada sócio se consideram realizados entre cada um deles e com todos os demais considerados em unidade, e assim sucessivamente quanto a todos e cada um dos sócios. No entanto, permanecem as mesmas dificuldades da teoria original, decorrentes do caráter bilateral do contrato,

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...** *Op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado** *Op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁶ É o que ocorre, por exemplo, quando um dos contratantes deixa de integralizar o capital subscrito, porém essa falta não impede a sociedade de continuar perseguindo o seu fim. O contrato permanece hígido, podendo os demais sócios continuarem sua execução sem a participação do sócio remisso.

e a explicação resulta especialmente insatisfatória diante do complexo mecanismo de constituição das sociedades por ações mediante subscrição pública.¹⁵⁷

Apesar do esforço doutrinário, restou claro que as teorias contratualistas clássicas não se adaptavam satisfatoriamente às peculiaridades do contrato de sociedade. Embora possam justificar a existência de interesses antagônicos entre os sócios – o que não se pode negar –, falham ao tentar resolver tantos outros problemas, especialmente os decorrentes do inadimplemento contratual.

3.4.2. Teorias unilateralistas (ato coletivo e ato complexo)

Em resposta às deficiências das teorias contratuais clássicas, surgem novas concepções que pretendem caracterizar o ato constitutivo de sociedade como um fenômeno unilateral, decorrente da vontade comum dos sócios. Dentre essas teorias destacam-se a do ato coletivo e a do ato complexo, as quais foram defendidas, dentre outros, pelos juristas alemães OERTMANN, JUNTZE e LEHMANNE e pelos juristas italianos ROCCO e MESSINEO.¹⁵⁸

Ambas as teorias partem da constatação de que há no ato constitutivo da sociedade um concurso de vontades convergentes quanto ao conteúdo e a finalidade, não existindo vontades contrapostas, como ocorre nos contratos tradicionais.¹⁵⁹

Mas as teorias do ato coletivo e do ato complexo não se confundem.

Para os defensores da teoria do ato coletivo, criada por KUNTZE¹⁶⁰ e desenvolvida por MESSINEO,¹⁶¹ as vontades dos sócios se uniriam, dirigindo-se conjuntamente num só feixe de vontades convergentes, não se perdendo, entretanto, a individualidade da manifestação de cada um das partes. Em razão de as vontades permanecerem diferenciáveis entre si, eventual invalidade relacionada à manifesta-

¹⁵⁷ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 429.

¹⁵⁹ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução...** *Op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 135.

¹⁶¹ MESSINEO, Francesco. **La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale**. *Rivista de diritto civile*, n. XXI, 1942, fl. 72, citado por ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução das sociedades**. Curitiba: JM Editora, 1999, p. 37.

ção de um dos sócios não macula a sociedade, atingindo somente a relação específica do mencionado sócio.

Na teoria do ato coletivo vige o princípio majoritário: a vontade encerrada no ato corresponderá à vontade da maioria dos declarantes, ainda que alguns deles possam ter se manifestado de forma contrária.¹⁶²

Para os defensores da teoria do ato complexo, por outro lado, as manifestações de vontade dos constituintes seriam ineficazes se consideradas separadamente,¹⁶³ mas, ao serem unidas, fundir-se-iam para constituir um só ato, desaparecendo por completo a distinção entre cada uma das vontades individuais.¹⁶⁴ Em razão dessa fundamental diferença, a invalidade relacionada à manifestação de uma das partes implica a invalidade de todo o ato complexo.

Os atos complexos podem ser internos ou externos, conforme as vontades fundidas no ato pertençam, respectivamente, a órgãos de uma mesma pessoa jurídica ou a órgãos de pessoas jurídicas diversas.¹⁶⁵

SANTORO-PASSARELI (*apud* SOUZA) distingue o ato coletivo do ato complexo a partir do critério de destinação dos efeitos do ato realizado: segundo os defensores da teoria do ato coletivo, os destinatários dos efeitos do ato são os próprios declarantes; para quem defende a teoria do ato complexo, os efeitos são destinados a um dos declarantes ou a terceiro.¹⁶⁶

Em ambas as teorias as vontades dos sócios não se dirigem umas às outras, como ocorre no contrato bilateral, mas satisfazem o interesse de todos na formação da sociedade para exercer uma determinada atividade.¹⁶⁷ Considerando que finalidade de constituir a sociedade estaria exaurida no momento da constituição do novo ente coletivo, não se poderia cogitar da rescisão contratual no caso de inadimplemento de um dos sócios, o que resolve ao menos um dos problemas das teorias contratuais clássicas e da teoria do ato coletivo.¹⁶⁸

¹⁶² SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo, ato colegial, ato complexo e instituição*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 31.

¹⁶³ *Idem*, p. 32.

¹⁶⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 429.

¹⁶⁵ SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo...* *Op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 35.

¹⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 429.

¹⁶⁸ TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 64.

Embora tenham sido importantes para apontar as deficiências da antiga concepção contratualista,¹⁶⁹ as teorias unilateralistas falharam ao ignorar o fato de que os sócios também possuem pretensões divergentes, como, por exemplo, a vontade de abiscoitar maior fatia dos resultados ou de possuir maior ingerência sobre a administração. Como já tratamos acima (3.1, *supra*), o negócio jurídico societário tem a dupla função de constituir o ente societário e de fixar as regras de regência, e nesta segunda função é que se revelam as pretensões divergentes dos sócios.¹⁷⁰

3.4.3. Teoria do ato corporativo, ato de fundação ou ato de união

Segundo os adeptos da teoria do ato corporativo, dos quais se destaca VON GIERKE, as declarações de vontade dos sócios fundadores não teriam validade em si, mas somente ao se fundirem em um só ato, denominado ato corporativo.¹⁷¹

Embora as vontades sejam procedentes da esfera individual das partes, representariam uma manifestação antecipada da autonomia do novo ente societário.¹⁷² Desse ato nasceriam os direitos e obrigações dos sócios fundadores, bem como a própria personalidade da sociedade.

Deve-se observar, no entanto, que a personalidade jurídica, quando existente, não decorre do contrato de sociedade, mas da lei.¹⁷³ Tanto isso é verdade que o nosso ordenamento jurídico prevê a existência de sociedades não personificadas, como as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação.¹⁷⁴ No direito comparado também existem exemplos, como as sociedades de pessoas italianas, igualmente não personificadas.¹⁷⁵

A teoria do ato corporativo contém uma grave inconsistência: ela pressupõe que a vontade da sociedade se manifesta no seu próprio ato de constituição (ato

¹⁶⁹ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução...** *Op. cit.* p. 38.

¹⁷⁰ BOLAFFI. **La società semplice.** p. 114. *Apud* RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 73.

¹⁷¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 430/431.

¹⁷² ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução...** *Op. cit.*, p. 38.

¹⁷³ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 431.

¹⁷⁴ BRASIL, Código Civil, artigo 986 e seguintes e artigo 991 e seguintes, todos do Código Civil.

¹⁷⁵ ITÁLIA, Código Civil, artigo 2.251 e seguintes (sociedade simples), artigo 2.291 e seguintes (sociedade em nome coletivo), artigo 2.313 e seguintes (sociedade em comandita simples). De outro lado, a sociedade por ações (artigo 2.325 e seguintes), especialmente o artigo 2.331, em que há previsão expressa de que a personalidade jurídica é adquirida no momento do registro.

corporativo); entretanto, não há como admitir que o ente societário pratique um ato para dar vida a si mesmo. Trata-se de um problema lógico insuperável.

3.4.4. Teoria da instituição

A teoria institucionalista se desenvolveu de forma mais acentuada na Alemanha, a partir da formulação da doutrina do *Unternehmen na sich*,¹⁷⁶ elaborada pelo economista e empresário RATHENAU, que ao final da primeira guerra mundial, e influenciado pela grave situação econômica do seu país, propôs a identificação de cada grande sociedade como um instrumento de recuperação econômica.¹⁷⁷

RATHENAU argumenta que a grande sociedade possui função econômica e de interesse público, não podendo ser reduzida ao interesse do capital privado. Para tanto, valoriza o papel do órgão de administração, que reputa neutro, estando apto, portanto, à defesa do interesse empresarial.¹⁷⁸

As principais linhas da teoria da instituição foram desenvolvidas na Itália por SANTI-ROMANO e na França por HARIOU.¹⁷⁹ Deste último, emprestamos a seguinte lição:

“(...) uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa ideia, se organiza um poder que lhe procura os órgãos necessários; por outra parte, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, se produzem manifestações de comunhão dirigidas por órgãos de poder e reguladas por procedimentos”.¹⁸⁰

Embora comporte várias acepções, a palavra “instituição” é empregada por HARIOU para designar “*toda organização permanente, pela qual, no interior de um*

¹⁷⁶ O termo se refere à “empresa em si”. No entanto, RATHENAU não utiliza o termo “empresa” em sua acepção técnica. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **A sociedade unipessoal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45).

¹⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...** *Op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁸ RATHENAU, Walther. **Do sistema acionário – uma análise negocial**. Tradução de Nilson Lautenschleger Jr. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, ano 41, n. 128, p. 199-223, out./dez. 2002.

¹⁷⁹ SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo...* *Op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁰ HARIOU, Maurice. *Apud* REQUIÃO, Rubens. **A sociedade anônima como instituição**. *In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 18, p. 25 e seguintes.

agrupamento social determinado, os órgãos dispõem de poder de dominação que fica a serviço dos objetivos que interessam ao grupo, por meio da atividade coordenada.¹⁸¹

SOUZA aponta três elementos caracterizadores da instituição: o agrupamento de indivíduos, os quais assumem a posição de beneficiários; o fim comum, que consiste na obtenção de lucro para distribuir entre os beneficiários; e a direção, confiada aos órgãos da instituição, conforme regras do estatuto.¹⁸²

A teoria institucionalista explica adequadamente alguns fenômenos relativos às sociedades anônimas de capital aberto, em que a autonomia da vontade dos sócios é deslocada para o segundo plano, emergindo em seu lugar o interesse social. Apesar disso, tem pouca utilidade para explicar as sociedades de pessoas.¹⁸³

Não obstante a legislação e doutrina brasileiras tenham trilhado o caminho do contratualismo – como se verá no capítulo seguinte – é possível detectar influência da teoria institucionalista alemã e americana na lei de sociedades por ações.¹⁸⁴ A exposição de motivos da Lei 6.404/76 contém referência expressa à sua natureza institucional.¹⁸⁵ Tal natureza estaria evidenciada, também, pela sua peculiar forma de constituição: a criação da sociedade ocorre através de assembleia dos subscritores ou por escritura pública, porém o seu estatuto social só é aprovado em momento posterior, por órgão da própria sociedade.¹⁸⁶ Assim, não seriam os sócios a determinar o conteúdo dos seus direitos e deveres, mas a própria sociedade.

No direito brasileiro, o assunto é tratado por BATALHA. O autor não afasta o caráter contratual das sociedades por ações, porém adverte que *“a estrita concepção contratual da sociedade anônima não permite deslindar uma série de problemas impostos pela legislação e pela prática”*, o que demonstraria o absurdo das rígidas categorizações jurídicas.¹⁸⁷

¹⁸¹ SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo...* *Op. cit.*, p. 37.

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo...* *Op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 26.

¹⁸⁵ Trecho da exposição de motivos citado por REQUIÃO, Rubens. *A sociedade...* *Op. cit.*, p. 25 e seguintes.

¹⁸⁶ TOKARS, Fábio. *Sociedades...* *Op. cit.*, p. 65.

¹⁸⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedades...* *Op. cit.*, p. 31.

Some-se a isso o fato de que, de um lado, a teoria da instituição não se refere ao ato constitutivo da sociedade, mas á sua natureza jurídica;¹⁸⁸ de outro, como adverte REQUIÃO, mesmo a constituição das sociedades por ações não pode ser explicada sem recorrer à figura do contrato:

“Se para explicar determinado instituto de direito, segundo a teoria institucionalista, não podemos prescindir da figura do contrato, devemos confessar, ante essa evidência, que ela é incapaz de explicar a natureza jurídica das sociedades comerciais. Ora, não sendo possível abrir mão do conceito de contrato ao estabelecer, no ato da constituição societária, que os interesses contraditórios dos sócios têm de ser dirimidos ou harmonizados, obviamente o novo elementos jurídico não pertence ao domínio da instituição. (...) Não há razão, portanto, em adotar-se a teoria da instituição para definir a natureza jurídica das sociedades mercantis”.¹⁸⁹

Diante de todas essas considerações, é difícil negar que do ato o qual resultará a constituição de uma nova entidade tem natureza contratual.¹⁹⁰ Mas é necessário ressaltar que esse contrato não se confunde com o contrato clássico do direito civil, de feição bilateral, em que prestação de uma parte corresponde à contraprestação da outra. Trata-se de um contrato plurilateral, tal como defendeu ASCARELLI.

3.4.5. A teoria do contrato plurilateral

Apesar da declarada influência da teoria institucionalista na elaboração da lei das sociedades por ações, a legislação brasileira segue, de forma geral, a teoria contratual.

Esse fato é evidenciado pela redação do artigo 981 do Código Civil, para quem “*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*”.

¹⁸⁸ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 74.

¹⁸⁹ REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 1959. *Apud* TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 65.

¹⁹⁰ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 70.

Mas o contrato a que se refere o artigo 981 não é o contrato clássico do direito civil. Se se tratasse de mero contrato bilateral, não haveria como justificar, por exemplo, a possibilidade de os demais sócios excluírem o sócio remisso, reduzindo a parcela correspondente do capital social.¹⁹¹ A partir de uma visão estritamente bilateral, o inadimplemento de uma das partes implicaria a resolução do contrato e a consequente dissolução da sociedade.¹⁹²

A teoria do contrato plurilateral se desenvolveu com maior pujança na Itália, especialmente depois da edição do Código Civil de 1942, que, adotando uma posição crítica frente as teorias então existentes,¹⁹³ optou por denominar o ato constitutivo das sociedades de “*contratto plurilaterale*”.¹⁹⁴

O grande expoente da teoria do contrato plurilateral foi ASCARELLI. O comercialista italiano, em brilhante artigo que se tornou referência sobre o assunto, ressaltou a necessidade de traçar uma distinção formal entre os contratos tradicionais (genericamente denominados “contratos de permuta”) e os contratos plurilaterais, dos quais o contrato de sociedade é uma das espécies.¹⁹⁵

ASCARELLI faz dura crítica às teorias do ato de fundação e do ato completo, reafirmando a base contratual da sociedade. Ressalta, no entanto, que há notá-

¹⁹¹ “Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1o do art. 1.031”.

¹⁹² Ainda mais explícita é a redação da lei argentina de sociedades comerciais, que no artigo 16 determina que a nulidade que afeta o vínculo de um dos sócios não justificará a anulação nem implicará a resolução do contrato de sociedade: “ARTICULO 16. — La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se trate de una sociedad de dos socios, el vicio de la voluntad hará anulable el contrato. Si tuviese mas de dos socios, será anulable cuando los vicios afecten la voluntad de los socios a los que pertenezcan la mayoría del capital”. Segundo RICHARD, a existência do dispositivo da lei argentina só foi possível em razão do desenvolvimento doutrinário das diversas teorias contratulistas (RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 74). Entendemos que a mesma conclusão se aplica ao direito brasileiro, que, como visto, adotou a linha contratual.

¹⁹³ TENTA, Girón. **Derecho de sociedades**, t. I, p. 132.

¹⁹⁴ ITÁLIA, Código Civil, artigos 1.420 (nulidade do contrato plurilateral), 1.446 (anulabilidade), 1.459 (resolução) e 1.466 (impossibilidade absoluta de cumprimento).

¹⁹⁵ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 265. O critério formal adotado por ASCARELLI é contestado por FERROLUZZI, que, embora reafirme a distinção entre contratos tradicionais e plurilaterais, defende que tal distinção deva ser traçada de acordo com o valor prevalente do ato. Assim, contratos tradicionais (de escambo) são aqueles em que o valor primordial é a atribuição de direitos e obrigações subjetivas; os contratos plurilaterais (associativos), teriam como valor primordial a criação de uma organização. SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo...* *Op. cit.*, p. 32.

veis diferenças entre os contratos de sociedade e os chamados contratos de permuta. A primeira e mais evidente característica reside no fato de que os contratos clássicos são sempre bilaterais em sua formação, não podendo ser celebrados por mais de duas partes. Os contratos plurilaterais, por seu turno, são assim denominados porque podem ser celebrados por duas ou mais partes, e porque cada uma das partes assume direitos e obrigações com todas as outras.¹⁹⁶

Cabe aqui a advertência de que o número de partes de um contrato bilateral não se confunde, em hipótese alguma, com o número de sujeitos. Trata-se de conceitos diferentes, como bem esclarece ORLANDO GOMES:

“Os *sujeitos* da relação obrigacional são ordinariamente *singulares*. De regra, cada *parte* constitui-se de uma só pessoa, mas, se admite a *pluralidade* de *credores* e *devedores*. Ou uma só das *partes* se integra de várias pessoas, que ocupam a posição, em comum de credor ou de devedor; ou as duas partes são plurais. O número de pessoas ocupantes da mesma posição não influi no de *partes*”.¹⁹⁷

Nada impede que o contrato plurilateral seja celebrado por apenas duas partes, como ocorre necessariamente no contrato bilateral clássico. O que lhe confere o caráter plurilateral – esclarece o professor italiano – é a possibilidade de ser celebrado por mais de duas partes.¹⁹⁸

Outra característica que distancia os contratos tradicionais dos contratos plurilaterais é o fato de que, nos primeiros, os direitos e obrigações de uma parte são contraídos frente à outra, e somente a ela; nos segundos, os direitos e obrigações de uma parte são contraídos frente a todas as outras, sejam quantas forem.¹⁹⁹

A caracterização da sociedade como o resultado de um contrato plurilateral explica o motivo pelo qual a nulidade da declaração de vontade de um dos contratantes não implica a nulidade do próprio contrato de sociedade. Sendo possível a contratação entre mais de duas partes, e tendo em vista que os direitos e obrigações de uma parte são contraídos perante todas as demais, é natural que o vício de uma

¹⁹⁶ ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, p. 266.

¹⁹⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 14. Itálicos no original.

¹⁹⁸ ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, p. 267.

¹⁹⁹ *Idem*.

as vontades não macule o próprio contrato – desde que, naturalmente, o inadimplemento da parte não torne impossível a consecução do fim perseguido pelas demais.

A legislação atual admite, inclusive, que o contrato plurilateral seja temporariamente mantido por apenas um parte, sem que esse fato resulte em dissolução. É o que ocorre nos casos de unilateralidade superveniente, que pode ocorrer de várias situações, como, por exemplo, da invalidade da declaração de vontade de uma das partes. Nesses casos, restando apenas um sócio ou acionista, a lei concede determinado prazo para restabelecer a pluralidade das partes, sob pena de dissolução.²⁰⁰

Segundo ASCARELLI, outra característica fundamental dos contratos plurilaterais é a “*comunhão de fins*”, caracterizada pelo fato de que os interesses contrastantes das partes são unificados por uma finalidade comum. Em tais contratos, o escopo, ou seja, o objetivo específico do contrato (no exemplo de ASCARELLI, a constituição de uma sociedade para vender livros) é juridicamente relevante. O escopo é o elemento comum, unificador da adesão das partes, sendo responsável por determinar o alcance dos direitos e deveres das partes.²⁰¹

Ao celebrar um contrato para “*constituir uma sociedade para vender livros*”, as partes se prendem a esse escopo comum, que passa a ser relevante – tanto que eventual modificação no objeto do contrato possibilita o exercício do direito de retirada do sócio, como ocorre na sociedade limitada (artigo 1.077 do Código Civil) e nas sociedades por ações (artigo 137 da lei n. 6.404/76).

É o que se extrai da precisa lição de ASCARELLI:

“Nos demais contratos, o ‘fim ou escopo’ do contrato, quando entendido em sentido genérico, identifica-se com a função típica do próprio contrato (por exemplo, troca de coisa por preço); permanece, em princípio, no campo dos motivos, quando entendido em relação a uma atividade ulterior das partes, para cuja realização seja concluído o contrato.

Nos contratos plurilaterais, ao contrário, o escopo, em sua precisa configuração em cada caso concreto (por exemplo, constituição de uma sociedade para a compra e venda de livros), é juridicamente relevante. Constitui ele-

²⁰⁰ Artigo 206, inciso I, alínea “d”, da Lei n. 6.404/76 e artigos 1.033, inciso IV, e 1.051, inciso II, do Código Civil.

²⁰¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, p. 271/272.

mento ‘comum’, ‘unificador’ das várias adesões, e concorre para determinar o alcance dos direitos e deveres das partes”.²⁰²

Segundo o professor italiano, a relevância do objetivo específico do contrato evidencia o seu caráter instrumental. O contrato não se exaure no momento em que as partes executam as suas obrigações, como acontece nos demais contratos; diferente disso, o contrato constitui premissa para uma atividade posterior. A realização desta atividade posterior consiste na verdadeira finalidade do contrato.²⁰³

É por isso que nos contratos de permuta, que visam a distribuição de bens entre sujeitos, não há que se cogitar, em princípio, sobre o destino desses bens. O sujeito tem a possibilidade de utilizá-los da forma que melhor lhe aprouver. Quando muito, ficará sujeito a determinadas restrições que moldam o uso do bem, porém não regulam diretamente essa utilização.

Nos contratos plurilaterais, de outro lado, a vontade das partes constitui premissa para o passo seguinte, que é a constituição da sociedade para exercer uma atividade. O objetivo do contrato não é possibilitar a utilização de um bem de forma livre, mas o exercício de uma atividade, a organização de elementos para o desenvolvimento de uma atividade cujo resultado será partilhado entre os sócios.²⁰⁴ É por essa razão que, nos contratos plurilaterais, é necessário se preocupar com o fim do contrato, bem como com a possibilidade e com a legitimidade do seu objetivo.

Dessas explicações, ASCARELLI tira uma importante conclusão, sintetizada nos seguintes termos:

“Portanto, nos contratos plurilaterais é mister distinguir entre o que respeita à formação do contrato e o que respeita ao preenchimento da função instrumental dele: os requisitos exigidos a este último respeito não visam apenas o momento da conclusão do contrato, mas, também, a vida da organização e devem, por isso, continuamente subsistir; podem, apesar de existirem no momento da conclusão, às vezes faltar, durante a duração do contrato, acarretando a dissolução dele”.²⁰⁵

²⁰² ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, p. 271/272.

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ *Idem*, p. 272.

²⁰⁵ *Idem*, p. 273/274.

Conforme será observado nos capítulos seguintes, os conceitos de *affectio societatis* que normalmente se extraem da doutrina e jurisprudência tratam justamente da vida da organização, da duração do contrato, do seu aspecto instrumental. Fiando-se nessa lógica peculiar aos contratos plurilaterais, a suposta existência da *affectio societatis* não deve ser investigada apenas no momento da constituição da sociedade, mas principalmente durante a sua vida.

O jurista italiano prossegue afirmando que o prazo dos contratos plurilaterais toma um sentido que lhe é peculiar. Na teoria geral dos contratos, o prazo corresponde ao momento em que devem ser cumpridas as obrigações, ao passo que, no contrato plurilateral, o prazo diz respeito ao período durante o qual deve perdurar a organização da sociedade. Justamente por essa razão, ASCARELLI declarou que “os contratos plurilaterais apresentam-se, pois, necessariamente e sempre, como contratos de execução continuada e, portanto, estão sempre sujeitos às normas próprias desta categoria de contratos”.²⁰⁶

Os sujeitos de um contrato plurilateral gozam de obrigações de mesma natureza e estão sujeitos a uma dupla ordem de normas. Nos contratos plurilaterais - ensina ASCARELLI -, há que se observar, por um lado, a existência de normas gerais, aplicáveis a todos os sujeitos, e, por outro, a existência de normas oriundas de obrigações contraídas especificamente por cada sujeito (que, por essa razão, podem ser diferentes para cada sujeito).²⁰⁷

Outra peculiaridade apontada pelo professor italiano é a relação existente entre a obrigação de cada um das partes com a obrigação das demais. Nos contratos bilaterais clássicos, à prestação de uma parte, considerada isoladamente, corresponde uma contraprestação equivalente da outra. Nos contratos plurilaterais, essa equivalência existe entre as obrigações e os direitos da cada parte com as obrigações e direitos de todas as demais, o que explica o fato de que o descumprimento da obrigação por uma das partes não atinge necessariamente o contrato.²⁰⁸

²⁰⁶ *Idem*, p. 274.

²⁰⁷ *Idem*, p. 277.

²⁰⁸ *Idem*, p. 283.

3.4.5.1. Associações em sentido estrito e sociedades

ASCARELLI conclui, a partir dessas características, que o contrato de sociedade (para ser mais exato, o contrato das associações em sentido amplo, incluindo as sociedades e as associações em sentido estrito) é uma espécie de contrato plurilateral. A essa conclusão, especificamente quanto ao contrato de associação em sentido estrito, contrapõe-se LEONARDO.²⁰⁹

Segundo ASCARELLI, o contrato de associação seria caracterizado pelo fato de as atividades serem desenvolvidas pelos associados de forma direta, sendo o fim social atingido também diretamente pelos associados, caracterizando, assim, um contrato plurilateral interno.

No entanto, ressalva LEONARDO que esse conceito não pode ser simplesmente transposto para a legislação em vigor, pois, nos termos do artigo 53, parágrafo único, do Código Civil, “*não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos*”. E se não há direitos e obrigações recíprocos – argumenta LEONARDO –, restam apenas duas alternativas para explicar a natureza do contrato de associação em sentido estrito no direito brasileiro: ou a construção teórica nacional deve ser reconsiderada ou o legislador cometeu grave equívoco ao tentar determinar a natureza jurídica do novo instituto que pretendeu categorizar.²¹⁰

Esclarece que, ao tratar das associações em sentido estrito, o legislador brasileiro posicionou a disciplina das associações em sentido estrito junto com a disciplina das fundações, separando-as das pessoas jurídicas de direito privado de base contratual, tratadas no livro do Direito de Empresa. Essa separação mostra, de certa forma, a retomada da dicotomia entre as *universitates rerum* e as *universitates personarum*, tratadas no direito das pessoas, e as *societates*, que possuem base contratual. O substrato dessas duas espécies de organização seria diferente: nestas (*societates*), o substrato a ser tipicamente personificado seria contratual; naquelas (associações), o substrato a ser tipicamente personificado seria corporativo.²¹¹

²⁰⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações...** *Op. cit.*, p. 133 e seguintes.

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ *Idem*, p. 135.

3.4.5.2. Críticas à teoria do contrato plurilateral

Embora a teoria dos contratos plurilaterais tenha recebido grande adesão, PONTES DE MIRANDA formula crítica pontual a ASCARELLI, afirmando que, na verdade, o contrato de sociedade não é necessariamente plurilateral, podendo ser bilateral:

“No contrato de compra-e-venda, A pode ser o comprador e B o vendedor, ou A e C os compradores e B o vendedor, ou A e C os compradores e B e D os vendedores. A bilateralidade permanece. No contrato de sociedade entre A, B e C, ou entre A, B, C e D, não: a plurilateralidade ressalta. Se alteração do contrato reduz o número de sócios a dois (A e B), nem por isso deixa de ser contrato de sociedade o que se fêz e alterou. Não mais se trata de contrato plurilateral (êrro grave de TULLIO ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, *Foro Lombardo*, 1939, 108 s.; *Contratto plurilaterale; comunione d’interessi; società di due soci; morte di un sócio in una società personale di due soci*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, VII, 730 e 732 s., 723). Se não houve a alteração do contrato e algum sócio se retirou, ou deixou de ser sócio por outra causa, de jeito que permaneça a vaga, então, sim, se pode falar de persistência da plurilateralidade, porque não há só plurilateralidade possível por nova alteração do contrato, mas sim acidental desaparecimento”.²¹²

No entanto, a divergência parece resultar de mero desacordo sobre o uso da expressão “plurilateral”: PONTES DE MIRANDA concede esse rótulo ao contrato de sociedade do qual participam *efetivamente* três ou mais partes, ao passo que ASCARELLI utiliza a mesma expressão para designar o contrato em que existe a *possibilidade* de participação de três ou mais partes – ainda que ele possa vir a ser formado, no caso concreto, por apenas duas.²¹³

Outra crítica à teoria do contrato plurilateral é formulada por FÉRES. Com fundamento nas lições de GARRONE, o autor afirma que o contrato plurilateral explica somente o aspecto estático do contrato (o ato constitutivo e a sua natureza),

²¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 70/71.

²¹³ ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, p. 266/267.

mas não explica como as sociedades – até mesmo os tipos não personificados – constituem um “*centro de imputação subjetiva distinto dos seus sócios*”.²¹⁴

Da mesma forma argumenta GONÇALVES NETO, para quem “*o contrato em si não tem o condão de permitir a visualização de uma pessoa jurídica, de um sujeito de direito distinto dos que figuram na relação contratual que é geratriz dessa pessoa (da sociedade)*”.²¹⁵

Por fim, no direito brasileiro, em especial, não parece ser possível explicar de forma satisfatória, através da teoria do contrato plurilateral, a existência da sociedade subsidiária integral, que, segundo dispõe o *caput* do artigo 251 da lei n. 6.404/76, nasce de um ato unilateral de uma companhia.²¹⁶

3.4.5.3. Os vícios de constituição

O aspecto que revela com maior nitidez a peculiaridade dos contratos plurilaterais – afirma ASCARELLI – é o dos vícios de constituição.²¹⁷

Segundo a teoria geral dos contratos, os negócios jurídicos têm como pressuposto a declaração de vontade do sujeito, manifestada em conformidade com a lei, e visando a produção de determinados efeitos. Quando essa declaração se encontra manchada por vício de consentimento (decorrente de influência externa que perturba a manifestação) ou vício social (decorrente da desarmonia entre a manifestação de vontade e as exigências legais, no que diz respeito ao resultado desejado), o contrato resulta inválido.²¹⁸

Nos contratos plurilaterais, por outro lado, o vício de uma das manifestações de vontade não implica a nulidade ou anulabilidade do contrato. Em razão da pluralidade das partes – ensina ASCARELLI –, é necessário investigar se a manifestação de vontade viciada diz respeito à adesão da parte ou ao contrato em seu conjunto. No primeiro caso (vício relacionado à adesão da parte), ocorre a nulidade ou anulabilidade dessa adesão; no segundo (vício relacionado ao contrato no seu conjunto),

²¹⁴ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 31.

²¹⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 59.

²¹⁶ Artigo 251 da lei n. 6.404/76: “A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”.

²¹⁷ ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, p. 285.

²¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. 1**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 513/515.

duas são as alternativas: a) o contrato se dissolve *ex nunc*; b) o contrato permanece hígido, desde que continue possível a consecução do seu objetivo.²¹⁹

ASCARELLI afirma que esta última possibilidade corresponde ao chamado “*princípio da conservação*” dos contratos, estando disciplinada no artigo 153 do Código Civil,²²⁰ tratando-se de mais uma evidência do caráter plurilateral do contrato de sociedade.²²¹

Em face dessas ponderações, ASCARELLI adverte sobre a necessidade de distinguir, nos contratos plurilaterais, os vícios relativos ao contrato e os vícios relativos à adesão de uma das partes:

“Assim é que, nos contratos plurilaterais, adquire particular relevo a distinção entre os vícios do contrato (ilicitude, falta de forma, simulação, falta da integral subscrição do capital) e os vícios da adesão de uma das partes (incapacidade, vícios do consentimento, simulação, fraude aos credores, falta da forma ditada para as adesões individuais, ilicitude, sociedade leonina).

Pode-se acrescentar poderem, os vícios que respeitam às singulas adesões, ser quer vícios de nulidade, quer vícios de anulabilidade, ao passo que os vícios que dizem respeito ao contrato no seu conjunto importam em causas de invalidade deste, sem que haja a possibilidade de distinguir suas diversas subespécies (nulidade e anulabilidade) conforme os critérios de direito comum; quando do vício de uma das adesões decorre um vício do contrato, ele constitui, por seu turno, uma causa de dissolução deste”.²²²

Quando o vício da manifestação atinge o próprio contrato, esclarece ASCARELLI, não há que se tratar de nulidade ou anulabilidade, mas de possível causa de dissolução do contrato de sociedade.²²³

²¹⁹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas...** *Op. cit.*, 285.

²²⁰ O autor se refere ao Código Civil de 1916. O diploma vigente repetiu a regra, com alterações, no artigo 184, que assim dispõe: “*Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal*”.

²²¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas** *Op. cit.*, p. 286.

²²² *Idem*, p. 287.

²²³ *Idem*.

3.4.6. A teoria do contrato-organização

Além da possibilidade de ser celebrado por três ou mais partes, outro importante elemento diferenciador do contrato de sociedade é o seu eminente caráter instrumental ao exercício da empresa. De forma geral, os contratos associativos – dos quais o contrato de sociedade é espécie – estão ligados diretamente à prática empresarial e ao desenvolvimento de atividades econômicas.²²⁴

A visão de FERRO-LUZZI acerca da natureza do ato criador do ente societário é adotada no Brasil por SALOMÃO FILHO,²²⁵ que, reconhecendo a função social da sociedade, analisa a sua existência a partir de uma perspectiva jurídico-econômica.²²⁶

A teoria do contrato-organização considera que a distinção moderna entre contratos associativos e contratos de permuta não deve ser traçada a partir da existência ou não de uma finalidade comum. Na verdade – argumenta o autor –, a principal peculiaridade dos contratos associativos reside na “*organização criada*”, ao passo que, nos contratos de permuta, o elemento fundamental é a “*atribuição de direitos subjetivos*”.²²⁷ A função do contrato de permuta seria, assim, a criação de direitos subjetivos entre as partes, ao passo que a função dos contratos associativos seria a criação de uma organização.

O elemento diferenciador do contrato de sociedade passa a ser a organização, assim entendida como a “*coordenação da influência recíproca entre atos*”. Não há mais espaço para diferenciar o contrato de sociedade em razão da finalidade comum ou do interesse de autopreservação, tal como a teoria de ASCARELLI e a teoria institucionalista, respectivamente.

A teoria do contrato-organização nega que o interesse da empresa seja identificado com o interesse dos sócios, nos moldes da teoria contratual clássica, ou com a autopreservação, tal como apregoado pela teoria institucionalista. Na verda-

²²⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 230.

²²⁵ SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo... Op. cit.*, p. 102.

²²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo... Op. cit.**, p. 33.

²²⁷ *Idem*.

de, o interesse deve estar relacionado “à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente (...) as relações jurídicas que cria”.²²⁸

Nas palavras de SALOMÃO FILHO:

“O interesse social passa, então, a ser identificado à estruturação e organização mais eficiente desse feixe de contratos e relações jurídicas.

É nesse ponto que deve ser vista a diferença fundamental entre essa teoria e as anteriores. Por ser uma teoria cuja origem última é econômica, ela está livre de certos dogmas jurídicos que as outras contêm. Identificando-se o interesse social ao interesse à melhor organização possível do feixe de contratos envolvidos pela sociedade, esse poderá tanto traduzir-se no interesse à maximização dos lucros como no interesse à preservação da empresa, mas não se identificará necessariamente com nenhum deles”.²²⁹

A teoria do contrato-organização tem relevância na medida em que explica de forma convincente algumas formas de organização econômica surgidas recentemente, como, por exemplo, os consórcios modulares, em que a empresa se assemelha a um centro de concentração de fornecedores. Esses consórcios são observados nas modernas fábricas de automóveis, em que os fornecedores se instalam na própria linha de montagem, tornando-se responsáveis pela instalação de peças diretamente no veículo, de acordo com especificações da montadora.²³⁰

O contrato-organização também é adequado para explicar fenômenos relacionados ao direito antitruste. Ao identificar a empresa como um feixe de contratos, é possível compreender que formas societárias de controle externo podem ser tão concentradoras de controle empresarial quanto as normas de controle interno.²³¹

Mas apesar de ser útil para solucionar alguns problemas intrincados, a teoria do contrato-organização também possui deficiências, sendo a principal delas a inexistência de regramento próprio do negócio jurídico de organização.²³²

²²⁸ *Idem*, p. 32.

²²⁹ *Idem*, p. 34.

²³⁰ PIRES, Silvio Roberto Ignacio. **Gestão da cadeia de suprimentos e o modelo de consórcio modular**. In: *Revista de Administração*, São Paulo, v. 33, n. 3, p. 5/15, julho/setembro, 1998.

²³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...** *Op. cit.*, p. 42

²³² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições...** *Op. cit.*, p. 53.

Também se observa que uma das grandes vantagens apontadas por SALOMÃO FILHO, de que a teoria do contrato-organização estaria livre dos dogmas jurídicos que as outras teorias contêm, vem acompanhada de desvantagem reconhecida pelo próprio autor: a possibilidade de a teoria incorporar dogmas econômicos, igualmente indesejáveis.²³³

Embora a teoria do contrato-organização não tenha sido adotada pelo legislador brasileiro, como afirma o próprio autor,²³⁴ não se pode deixar de considerá-la como uma importante ferramenta para o estudo das sociedades.

3.4.7. Análise econômica, teoria do contrato-organização e teoria do feixe de contratos

A teoria do contrato-organização é construída a partir de conceitos cujo desenvolvimento se deu a partir da ciência econômica.

O conceito de empresa adotado pelo Código Civil possui evidente inspiração econômica. Esse fato recomenda investigar, quando menos, as estruturas e os processos econômicos a ela relacionados. “*Ora, se o direito societário tem por objeto a organização e a disciplina da empresa*” – argumenta MUNHOZ – “*parece evidente a importância do estudo das estruturas e dos processos econômicos que a caracterizam, cuja compreensão é imprescindível para uma disciplina da matéria, dotada de efetividade*”.²³⁵

O interesse social de que trata a teoria do contrato-organização de SALOMÃO FILHO pode ser interpretado como a busca pelo melhor arranjo possível (ou seja, do arranjo mais *eficiente*) do feixe de contratos que envolve a sociedade e as suas relações internas e externas.²³⁶ A consequência dessa interpretação é, nas palavras do autor, “*a melhoria da capacidade de gerar resultados (inclusive a lucratividade) com a real possibilidade de integração da sociedade no meio social, contribuindo efetivamente para o desenvolvimento do País*”.²³⁷

²³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...** *Op. cit.*, p. 34.

²³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...** *Op. cit.*, p. 108

²³⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa...** *Op. cit.*, p. 183.

²³⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova sociedade limitada.** Barueri: Manole, 2004, p. 26.

²³⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova...** *Op. cit.*, p. 28.

Ao tratar da empresa como forma de organização eficaz de um feixe de contratos, SALOMÃO FILHO reconhece, sem dizê-lo expressamente, que as sociedades existem porque representam uma forma útil de minimizar os custos de transação – justamente como defendeu COASE há quase um século, em celebrado artigo no qual tratou da natureza da firma.²³⁸

O artigo de COASE é apontado por HAMILTON²³⁹ como o ponto de partida da teoria do feixe de contratos, desenvolvida pela ciência econômica. Dentre as principais contribuições do artigo – destaca HAMILTON – estaria a observação de que a essência de firma é um contrato do tipo relacional, de longa duração, em que cada fator de produção é perfilhado com os outros fatores que contribuem para o empreendimento.

O artigo de COASE inaugurou uma nova abordagem econômica das instituições. O autor defendeu que as empresas são entidades pertencentes ao sistema econômico, e sua utilidade só existe na medida em que reduzem custos necessários para a realização de transações.²⁴⁰ A firma tende a crescer até o ponto em que o custo de uma transação extra se torna igual ao custo de realizar a mesma transação de forma individual no mercado ou o custo de organizar uma nova firma.²⁴¹ COASE demonstrou, assim, não só os motivos que levam ao surgimento das firmas, mas também os aspectos que definem o seu crescimento.

Segundo argumentou COASE, desde Adam Smith os economistas têm fundamentado suas teorias na ideia de que o sistema econômico é autossuficiente, funcionando de acordo com um mecanismo de preços. De acordo com o autor, esse mecanismo pode explicar o movimento dos recursos no mercado, mas é certamente inadequado para explicar a orientação dos recursos dentro da empresa. No ambiente da empresa, a produção não é orientada pelos preços, mas conduzida pelo *entrepreneur*, segundo uma lógica de autoridade e direção.²⁴²

²³⁸ COASE, Ronald Harry. **The nature...** *Op. cit.*. Acessado em 7/1/13.

²³⁹ “*The nexus of contracts has its roots in pioneering economics analysis by Ronald Coase in the 1930s. Among Professor Coases’s insights, was the observation that the essence of a firm is a long term relational contract by which each factor of production is affiliated with the other factors contributing to the enterprise.*” (HAMILTON, Robert W. **The law...** *Op. cit.*, p. 52).

²⁴⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral...** *Op. cit.*, p. 56.

²⁴¹ COASE, Ronald Harry. **The nature...** *Op. cit.*. Acessado em 7/1/13.

²⁴² MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa...** *Op. cit.*, p. 185.

COASE identifica, assim, dois fatores de orientação dos recursos econômicos: o sistema de preços, que explica os movimentos do mercado, e o sistema de autoridade e direção, que explica as relações internas da empresa. E para descobrir quando determinada atividade deixaria de ser realizada no mercado para ser executada no bojo da empresa, COASE desenvolve a teoria dos custos de transação, os quais incluem, por exemplo, aqueles que decorrem da negociação das partes e da elaboração de contratos, dos riscos de a outra parte não cumprir a sua obrigação e da impossibilidade de prever todos os acontecimentos futuros que sobrevirão no curso do cumprimento do contrato.²⁴³

Em outro artigo, mais recente, COASE formula uma dura crítica aos cursos de ação propostos por PIGOU acerca de sociedades empresárias cujas atividades ordinárias causam prejuízos a terceiros (externalidades).²⁴⁴ PIGOU propõe a responsabilização daquele que produz danos na esfera de terceiros, ou, alternativa-mente, o estabelecimento de tributo de valor correspondente aos danos causados. COASE discorda, sustentando que o problema tem natureza recíproca e deve ser resolvido mediante uma análise do prejuízo mais grave a ser evitado.²⁴⁵

O corpo teórico desenvolvido por COASE serviu, mais tarde, como ponto de partida para WILLIAMSON,²⁴⁶ que explica as organizações econômicas e as razões que levam a sua constituição, com ênfase nas falhas de mercado, nas externalidades, na assimetria informacional e nas economias de escala.²⁴⁷ O autor, que é considerado um dos criadores da Nova Economia Institucional, desenvolveu estruturas de governança que se localizam entre os extremos da análise de COASE sobre o mercado e a firma.

Ao realizarem trocas, afirma WILLIAMSON, os agentes realizam transações que podem ser diferenciadas por três características básicas: frequência (transações repetitivas levam a contratos diferentes daqueles utilizados em transações únicas),

²⁴³ COASE, Ronald Harry. **The nature...** *Op. cit.*. Acessado em 7/1/13.

²⁴⁴ Como bem explicam RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, externalidade representa o impacto que as ações de uma pessoa causam na esfera da outra, ou seja, o custo ou benefício que um agente impõe a um terceiro, ao realizar determinada atividade econômica. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral...** *Op. cit.*, p. 100).

²⁴⁵ COASE, Ronald Harry. **The problem of social cost.** *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, outubro de 1960, p. 1/44. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/724810>. Acessado em 8/1/13.

²⁴⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral...** *Op. cit.*, p. 64.

²⁴⁷ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The economic institutions of capitalism.** Nova Iorque: Free Press, 1985.

incerteza (geradora de aumento de custos, decorrente da racionalidade limitada dos agentes) e especificidade dos ativos (a redução de valor dos bens envolvidos em determinada transação que não se concretizou).²⁴⁸

De fato, para a teoria neoclássica, “o mercado encontra perfeito equilíbrio entre oferta e demanda, não se concedendo relevância para variáveis relacionadas ao custo de se negociar ou fazer cumprir acordos”.²⁴⁹ Entretanto, em relações reais de mercado os custos de transação sempre estão presentes, influenciando, assim, as condições de negociação e, conseqüentemente, do preço.

O trabalho de COASE inspirou a criação da importante teoria do *nexus of contracts*, introduzida em 1976 por JENSEN e MECKLING, através do artigo “*Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*”, no qual defenderam que a empresa é um nexo de contratos celebrados entre os sócios, clientes, empregados, fornecedores e todos os demais sujeitos que participam da atividade empresarial. Através dessa teoria, JENSEN e MECKLING afastaram a conclusão de COASE, de que a empresa estaria organizada de acordo com a autoridade e direção do *entrepreneur*; diferente disso, a organização da empresa estaria embasada no monitoramento das atividades desenvolvidas em equipe ou que envolvam a reunião de recursos.²⁵⁰

MUNHOZ aponta três conseqüências dessa teoria: I – relativização do papel da pessoa jurídica, reconhecendo-se que as relações são estabelecidas entre indivíduos; II - a observação de que as relações da empresa não ocorrem só entre sócios e administradores, mas todos os que contratam com as sociedades; III - a irrelevância da busca da fronteira da empresa, ou seja, da definição da fronteira entre o que está contido na empresa e o que está fora dela.²⁵¹

De todo o exposto, conclui-se que há muito tempo a análise econômica do direito já relacionava as firmas (ou empresas) aos contratos. No caso específico dos contratos de sociedade – cuja execução se estende no tempo, o que naturalmente gera incerteza quanto ao seu cumprimento – a análise econômica é ainda mais im-

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria... Op. cit.*, p.105.

²⁵⁰ JENSEN, Michael; MECKLING, William. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. In: *Journal of financial economics*, vol. 3, 1976, p. 305 e seguintes.

²⁵¹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa... Op. cit.*, p. 192/193.

portante, fornecendo diversas ferramentas para minimizar riscos e criar arranjos mais eficientes.²⁵²

O estudo do contrato de sociedade sob o prisma econômico é fundamental para melhor compreendê-lo. A matéria demandaria estudo muito mais aprofundado, porém isso seria incompatível com o objetivo deste trabalho. Aderimos, assim, à conclusão de RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, para quem a “*a colaboração entre economistas e operadores do direito poderia dar ótimos resultados na busca de normas para atividade, sobretudo, das firmas, sobretudo, da atividade*”.²⁵³

3.5. Conclusões parciais

A investigação até aqui realizada leva a concluir com parte da doutrina que, embora repute a teoria do contrato plurilateral de ASCARELLI como a mais adequada para explicar a natureza do ato constitutivo da sociedade,²⁵⁴ ressalva que nenhuma delas é totalmente satisfatória.

Não parece ser possível admitir que uma só teoria explique satisfatoriamente o ato constitutivo da sociedade em todas as suas feições. Em primeiro lugar, necessário observar que o direito brasileiro contém duas figuras jurídicas distintas, que possuem o mesmo nome, mas têm formação diversa: a sociedade que tem como pressuposto a pluralidade de sócios e a sociedade unipessoal. Em segundo lugar, as diversas teorias partem de diferentes pontos de observação, que representam os diversos ângulos em que se apresentam as sociedades.²⁵⁵

A sociedade se apresenta através de diversas facetas, e para cada uma delas aplicam-se regras específicas, de categorias distintas. Essa solução é mais complexa e menos esquemática do que recomendariam os dogmáticos, porém a única capaz de encontrar respostas para os casos concretos.²⁵⁶

Em face dessas razões, adotaremos nos próximos capítulos a teoria do contrato plurilateral – a qual também é adotada por FURTADO,²⁵⁷ BULGARELLI,²⁵⁸

²⁵² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria...** *Op. cit.*, p.130.

²⁵³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria...** *Op. cit.*, p.161.

²⁵⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições** *Op. cit.*, p. 58.

²⁵⁵ *Idem*, p. 59/60.

²⁵⁶ *Idem*, p. 60.

²⁵⁷ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. **Curso de direito das sociedades**. 4ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2001, p. 171.

REQUIÃO²⁵⁹ e LUCENA,²⁶⁰ dentre tantos outros –, sem negligenciar as demais teorias quando se mostrarem úteis para a compreensão do tema abordado.

²⁵⁸ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1985, p. 95.

²⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 434.

²⁶⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1999, p. 86.

4. OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE

4.1. Requisitos comuns aos demais atos jurídicos

Como visto, o artigo 981 do Código Civil anuncia expressamente a natureza contratual das sociedades. No que tange especificamente às companhias, apesar da menção ao seu caráter institucional na exposição de motivos da Lei n. 6.404/76, é difícil ignorar a feição contratual do seu ato constitutivo.

O reconhecimento da natureza contratual do ato constitutivo da sociedade é rico em consequências. Primeiramente, por se tratar de um ato jurídico, o contrato de sociedade deverá preencher, além dos requisitos próprios que lhe são próprios, todos os requisitos comuns aos demais atos jurídicos.²⁶¹

Os requisitos comuns a todos os atos jurídicos estão previstos no artigo 104 do Código Civil, que enumera em seus três incisos: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III - forma prescrita ou não defesa em lei. A compreensão da essência desses requisitos deve ser extraída do direito civil, porém, como se demonstra a partir de agora, a sua interpretação no direito empresarial exige certa cautela, por apresentar peculiaridades.

4.1.1. Agente capaz

Antes de tratar da capacidade do agente, é indispensável compreender que empresário individual e sócio são figuras inconfundíveis entre si. O conjunto de regras impostas ao sujeito que exerce a empresa pessoalmente é em grande medida diferente do conjunto de regras a que estão submetidos os sujeitos que ocupam a posição de mero sócio.

Todos os seres humanos são dotados de personalidade, assim entendida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.²⁶²

A capacidade, por seu turno, divide-se em capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício. A primeira se traduz na aptidão do sujeito para

²⁶¹ ESTRELLA, Hernani. **Curso...** *Op. cit.*, p. 276; FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. **Curso...** *Op. cit.*, p. 171.

²⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 263.

adquirir direitos da vida civil, ao passo que a segunda diz respeito à aptidão de utilizar tais direitos e “*exercê-los por si mesmo*”.²⁶³ Em regra, todas as pessoas detêm capacidade de direito, mas a capacidade de fato pode sofrer limitações.

O artigo 1º do Código Civil refere-se especificamente à capacidade de direito, que é adquirida através do nascimento com vida, conforme prevê o artigo 2º.²⁶⁴ A capacidade de direito, nesse aspecto, é inerente a todas as pessoas naturais: “*onde falta esta capacidade (nascituro, pessoa jurídica ilegalmente constituída), é porque não há personalidade*”.²⁶⁵

A capacidade de fato, de outro lado, está vinculada ao discernimento, e a sua existência e extensão dependem de certos fatores objetivos, os quais estão relacionados, de forma geral, nos artigos 3º e 4º do Código Civil.²⁶⁶ A incapacidade pode ser absoluta ou relativa, sendo contornada pela representação ou assistência, respectivamente.

No direito empresarial, o requisito da capacidade assume feições especiais. É necessário distinguir a possibilidade de determinado sujeito exercer diretamente a empresa ou de apenas assumir a condição de sócio sem cargo de administração.²⁶⁷ Trata-se de situações manifestamente diferentes, devendo ser analisadas separadamente para evitar equívocos.

Sob a rubrica “capacidade”, a redação original do Código Civil tratava unicamente do primeiro caso, qual seja, o exercício direto da empresa pela pessoa natural. O código estabeleceu que somente poderia exercer a atividade de empresário “*os que tiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos*” (artigo 972), ressalvando, logo em seguida, que “*a pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obriga-*

²⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* Op. cit., p. 263.

²⁶⁴ “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”; “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

²⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...* Op. cit., p. 264.

²⁶⁶ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”; “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

²⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 34.

ções *contraídas*”. (artigo 973). O artigo 974 autorizou o incapaz a “*continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança*”. Essa possibilidade, no entanto, depende de autorização judicial (parágrafo primeiro), e os bens que o incapaz já possuía no momento da sucessão ou interdição não ficam sujeitos ao resultado da empresa (parágrafo segundo).

A redação original do artigo 974 não tratava dos casos em que o incapaz era mero sócio, sem poderes de administração. Porém, a partir da introdução do parágrafo 3º ao referido artigo, o que se deu através da Lei n. 12.399/2011, a questão passou a ser tratada expressamente.²⁶⁸

O parágrafo 3º retoma o entendimento consolidado antes do advento do Código Civil, acerca da possibilidade de participação de incapaz, na condição de mero sócio, em sociedades por ações e limitadas. No regime anterior, embora o incapaz estivesse expressamente proibido de assumir a condição de sócio (artigo 308 do Código Comercial), entendeu-se que tal limitação aplicar-se-ia somente às sociedades reguladas pelo próprio código, não incluindo, portanto, as sociedades limitadas e companhias, reguladas por leis especiais.²⁶⁹

O novo parágrafo 3º autoriza o registro de contratos ou alterações de contratos de sociedades em que incapazes sejam sócios, desde que obedecidos três requisitos: o sócio incapaz não pode exercer a administração, o capital social deve estar totalmente integralizado e o sócio incapaz deve estar representado e o relativamente incapaz assistido.

O novo dispositivo se relaciona à constante preocupação do legislador com a proteção do patrimônio do incapaz. Igual preocupação se revela em outras passagens do código, como, por exemplo, no artigo 1.691, que proíbe os pais de contrair, em nome dos filhos, obrigações que ultrapassem o limite da simples administração, salvo em casos especiais, os quais demandam prévia autorização judicial.

Tudo isso permite concluir que, embora a novo parágrafo 3º não tenha estabelecido os tipos societários em que o incapaz pode figurar como sócio, e apesar de sua inserção em local equivocado (ver nota de rodapé 268, *supra*), o ordenamento

²⁶⁸ O legislador cometeu flagrante equívoco ao inserir o parágrafo 3º no artigo 974, que tratava do exercício direto da empresa por incapaz. O empresário não se confunde com a figura do sócio ou da sociedade empresária.

²⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Direito...** *Op. cit.*, p. 34.

brasileiro continua rechaçando a possibilidade de participação de sócio incapaz em sociedades cuja responsabilidade é ilimitada.

Para além dessas ponderações, e retomando a análise do artigo 972, não se pode deixar de mencionar a existência de sujeitos “*legalmente impedidos*” de exercer a empresa ou até mesmo assumir a condição de sócio. As causas de impedimento estão previstas no código e em leis esparsas. A extensão e os efeitos do impedimento variam de acordo com o sujeito, o ramo de atividade e outros fatores.

Emprestamos alguns exemplos de BERTOLDI e RIBEIRO, os quais apontam que estão legalmente impedidos de exercer atividade empresarial os funcionários públicos,²⁷⁰ os militares integrantes das forças armadas,²⁷¹ os auxiliares do empresário (dentre os quais o leiloeiro),²⁷² e o sócio falido, enquanto não reabilitado.²⁷³ Completam essa lista os magistrados²⁷⁴ e os membros do ministério público,²⁷⁵ os quais estão impedidos de participar de sociedades na condição de administradores.

Quanto aos estrangeiros ou brasileiros naturalizados há menos de dez anos, BERTOLDI e RIBEIRO²⁷⁶ apontam a existência de impedimento específico de possuir mais de 30% (trinta por cento) do capital de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.²⁷⁷ A exploração de jazidas e demais recursos minerais é reservada a brasileiros ou empresas brasileiras autorizadas pela União Federal.²⁷⁸ De forma semelhante, é vedada a participação direta ou indireta de empresas estrangeiras em atividades de assistência à saúde.²⁷⁹ Aos exemplos apontados por BERTOLDI e RIBEIRO adicionamos os médicos, que se encontram impedidos de atuar no ramo de farmácia ou ótica.²⁸⁰

²⁷⁰ Artigo 5º da Lei n. 1.711/52 e artigo 54, artigo 95, parágrafo único e artigo 128, parágrafo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

²⁷¹ Artigo 29 da Lei n. 6.880/80. BERTOLDI e RIBEIRO ressaltam que, naturalmente, essa restrição não tem cabimento em se tratando de militares reformados. BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 62.

²⁷² Artigo 36 do Decreto 21.891/32.

²⁷³ Artigo 102 da Lei 11.101/05.

²⁷⁴ Artigo 36, inciso I, da Lei Complementar 35/79.

²⁷⁵ Artigo 44, inciso III, da Lei n. 8.625/93.

²⁷⁶ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 63.

²⁷⁷ Artigo 222 da Constituição Federal e artigo 2º da Lei n. 10.610/02.

²⁷⁸ Lei n. 6.815/80.

²⁷⁹ Artigo 199, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

²⁸⁰ Artigo 16, inciso “g”, do Decreto n. 20.931/32 e artigo 12 do Decreto n. 24.492/34.

O sujeito que estiver impedido de exercer a empresa e, mesmo assim, encarrega-se de fazê-lo, estará sujeito a responder pelas obrigações que contraiu (artigo 973, *supra*), além de sofrer uma série de sanções prevista em lei, como, por exemplo, a perda de cargo aplicável ao funcionário público que participar de sociedade na condição de gerente ou administrador.²⁸¹

4.1.2. Objeto lícito, possível e determinado

A análise do objeto também deve levar em conta a distinção entre o ato constitutivo da sociedade e a própria sociedade a que ele dá origem.

A partir das lições de GARRIGUES e FERRARA JUNIOR e CORSIO, TOMAZETTE esclarece que objeto do ato constitutivo da sociedade é a contribuição dos sócios – que será tratada adiante –, ao passo que o objeto da sociedade corresponde ao conjunto de atividades que ela pretende realizar para exercer uma atividade econômica.²⁸²

Embora o artigo 104 do Código Civil se refira a objeto “determinado ou determinável”, o artigo 35, inciso III, da Lei n. 8.934/94, exige que o objeto da sociedade seja precisamente declarado em seu ato constitutivo.²⁸³ A exigência é pertinente, pois à sociedade é vedado o exercício de atividades que não estejam relacionadas, direta ou indiretamente, ao seu objeto social (trata-se da conhecida teoria dos atos *ultra vires*, desenvolvida no direito anglo-americano).²⁸⁴

É a partir do objeto social que se analisa o âmbito de atuação da sociedade, os limites dos negócios que podem ser praticados. Nas palavras de BORBA, o objeto é um dos elementos mais sensíveis da sociedade, uma vez que, “*definindo a atividade a que se propõe a empresa, demarca-lhe o âmbito em que exercerá o comércio*”.²⁸⁵ Ao agir além desses limites, os administradores incorrem no chamado ato

²⁸¹ Lei 8.112/90, artigos 117 e 132, conforme apontam BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 62.

²⁸² TOMAZETTE, Marlon. **Direito...** *Op. cit.*, p. 35.

²⁸³ “Art. 35. Não podem ser arquivados: (...) III – os atos constitutivos de empresas mercantis que, além das cláusulas exigidas em lei, não designarem o respectivo capital, bem como a declaração precisa de seu objeto, cuja indicação no nome empresarial é facultativa;”

²⁸⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito...** *Op. cit.*, p. 38.

²⁸⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito...** *Op. cit.*, p. 37/38.

ultra vires, podendo gerar diversos efeitos quanto a responsabilidade dos administradores e a regular vinculação da sociedade.²⁸⁶

A teoria *ultra vires* foi recepcionada pelo artigo 1.015 do Código Civil, porém o legislador optou por amenizar o seu rigor, admitindo que os sócios detenham poderes implícitos para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social. E ainda que venham a praticar ato *ultra vires*, poderá a sociedade ratificá-lo por meio do seu órgão deliberativo, suprindo, dessa forma, a irregularidade que obstava a sua vinculação.²⁸⁷

A importância do objeto social também é evidenciada pelo fato de que as sociedades por ações autorizam o direito de recesso do acionista ou sócio, em razão de alteração do objeto social, conforme previsto nos artigos 136 e 137 da Lei n. 6.404/76. Para as sociedades reguladas pelo Código Civil, o legislador estabeleceu quóruns qualificados, de ao menos 3/4 (três quartos) do capital social no caso das limitadas (artigo 1.053), e da unanimidade nas sociedades simples, em nome coletivo e em comandita simples (artigos 999, 1.040 e 1.046), além de ter previsto também o direito de retirada, em caso de alteração do objeto social (artigo 1.077).

O objeto da sociedade deve corresponder, portanto, a uma ou mais atividades determinadas (artigo 35, inciso III, da Lei n. 8.934/94), lícitas e possíveis (artigo 104, inciso II, do Código Civil),²⁸⁸ não podendo atentar contra os bons costumes ou a ordem pública (artigo 35, inciso I, da Lei n. 8.934/94).²⁸⁹ No caso de sociedade empresária, a atividade possui natureza econômica.

A licitude do objeto diz respeito à sua conformidade com o ordenamento da lei, tratando-se de elemento fundamental de validade do ato. O objeto está relacionado com a possibilidade jurídica: “*são correlatas as ideias que se expõem ao dizer do ato que é possível frente à lei, ou que é lícito*”.²⁹⁰

A impossibilidade do objeto pode macular o ato de constituição da sociedade, caso se revele absoluta. É o que ocorre, por exemplo, se o objeto da sociedade for a compra e venda de coisas fora do comércio, o agenciamento de viagens no

²⁸⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições...** *Op. cit.*, p. 73.

²⁸⁷ Enunciado n. 219, relativo ao artigo 1.015 do Código Civil, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coordenador). **Jornadas...** *Op. cit.*, p. 42).

²⁸⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições...** *Op. cit.*, p. 73.

²⁸⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** *Op. cit.*, p. 284.

²⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 486.

tempo ou a venda de herança de pessoa viva.²⁹¹ A nulidade é absoluta não atinge apenas a cláusula que trata do objeto, mas o próprio ato de constituição do ente societário, que, por isso, não deveria sequer ter seu ato constitutivo arquivado.²⁹²

Por fim, ainda que a sociedade venha a ser regularmente constituída, ela poderá entrar em dissolução em razão do exaurimento ou irrealização do objeto social. A primeira hipótese diz respeito aos casos em que a sociedade não pode mais realizar o seu objeto social, seja por falta de capital, desavença entre os sócios ou qualquer outro motivo. Já a segunda hipótese, do exaurimento do objeto, ocorre nos casos em que a sociedade se propõe ao alcançar um objetivo claro e delimitado, como, por exemplo, a construção de uma obra; alcançado esse objetivo, a sociedade deve entrar em dissolução.²⁹³

4.1.3. Forma

Os negócios jurídicos são processados em dois momentos. O primeiro se dá internamente. Consiste em uma fase de pensamento, de deliberação mental. O segundo momento é a exteriorização dessa deliberação, ou seja, a sua projeção para o ambiente. A forma do negócio jurídico é o meio técnico, criado pelo direito, para a exteriorização da vontade.²⁹⁴

Nas palavras de BEVILÁQUA, a forma é elemento fundamental, pois dá existência ao ato jurídico. O professor afirma que, uma vez desobedecida a forma prescrita em lei, o ato passa a ser mera “*ação humana estranha à vida jurídica*”,²⁹⁵ não gerando os efeitos pretendidos.

REQUIÃO afirma que, em regra, a lei brasileira não estabelece forma especial para o ato constitutivo da sociedade. Com fundamento no artigo 305 do Código Comercial, hoje revogado, o autor afirma que a constituição por instrumento só é necessária para que a sociedade possa gozar de certas vantagens previstas em lei.²⁹⁶

²⁹¹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** *Op. cit.*, p. 286.

²⁹² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 21.

²⁹³ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 153.

²⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 487.

²⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil – vol. 1.** 7ª tiragem da edição histórica. Rio de Janeiro: 1975, p. 329.

²⁹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 450.

De forma semelhante, COELHO reconhece que o contrato social deve ser celebrado por escrito, mas excepcionalmente é admitida a forma oral, como demonstraria o artigo 987 do Código Civil. Nesses casos – diz o autor – a sociedade será inevitavelmente irregular, em razão da impossibilidade de registro.²⁹⁷

A sociedade contratada verbalmente é invariavelmente uma “*sociedade em comum*”, cujo regime está previsto nos artigos 986 a 990 do Código Civil. De fato, o regime da sociedade em comum se aplica a todas as sociedades irregulares (aquelas que simplesmente não tem existência jurídica regular) e para as sociedades que, embora contratadas regularmente, não tiveram os seus atos constitutivos arquivados.^{298, 299} A sociedade em comum é despida de personalidade jurídica e todos os seus sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas.

Para que a sociedade possa adquirir personalidade, o seu ato constitutivo deverá constar de instrumento, público ou particular, contendo todos os requisitos enumerados no artigo 977 do Código Civil. Esse instrumento deverá ser arquivado (artigo 988), seja no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (destinado às sociedades simples), seja no Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins (destinado às sociedades empresárias e à cooperativa).³⁰⁰ É o arquivamento que marca o nascimento da personalidade jurídica da sociedade.³⁰¹

Portanto, a forma escrita é necessária para que o contrato de sociedade possa surtir os efeitos que lhe são próprios, especialmente a limitação da responsabilidade dos sócios e o nascimento da personalidade jurídica, quando se tratarem de características próprias do tipo societário adotado.

²⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 167/168.

²⁹⁸ TOKARS, Fabio. **Sociedades...** *Op. cit.*, p. 99.

²⁹⁹ “Arts. 985, 986 e 1.150: O art. 986 deve ser interpretado em sintonia com os arts. 985 e 1.150, de modo a ser considerada em comum a sociedade que não tiver seu ato constitutivo inscrito no registro próprio ou em desacordo com as normas legais previstas para esse registro (art. 1.150), ressalvadas as hipóteses de registros efetuados de boa-fé” (Enunciado n. 209 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coordenador). **Jornadas...** *Op. cit.*, p. 41).

³⁰⁰ A sociedade cooperativa, embora simples, deve arquivar seu ato constitutivo na Junta Comercial, conforme se depreende da interpretação do artigo 1.093 combinado com o artigo 18 da Lei n. 5.764/71 (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições...** *Op. cit.*, p. 74).

³⁰¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral...** *Op. cit.*, p.69.

4.2. Elementos específicos do contrato de sociedade

Aos requisitos gerais dos atos jurídicos, somam-se os elementos específicos do contrato de sociedade.

Antes de unificação parcial do direito privado brasileiro, os requisitos específicos do contrato de sociedade estavam previstos nos artigos 287 e 288 do Código Comercial, que enunciavam o objeto lícito, a necessidade de contribuição de todos os sócios para o capital (aqui entendido de forma ampla, não tratando apenas de dinheiro, mas também de bens, trabalho ou indústria) e a participação de todos os sócios nos resultados:

“Art. 287 - É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito, e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria.

Art. 288 - É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social”.

O Código Civil revogou o livro I do Código Comercial, unificando em parte o direito das obrigações. Os requisitos específicos do contrato de sociedade foram inseridos no artigo 981, que não se refere ao objeto lícito – já referido nos requisitos gerais de todos os atos jurídicos (artigo 104) –, mas repete a necessidade de contribuição dos sócios e de partilha dos resultados:

“Art. 981. 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”.

Portanto, analisando-se apenas os requisitos que a legislação enumera de forma explícita, o contrato de sociedade depende da existência de agente capaz, objeto lícito, possível e determinado e forma prescrita (artigo 104 do Código Civil); além desses requisitos genéricos, a lei se refere a contribuição dos sócios para o exercício da atividade e a partilha dos resultados entre si (artigo 981).

Mas a questão é mais intrincada do que aparenta ser.

A uma, porque ao tratar dos elementos específicos do contrato de sociedade, a doutrina não se esclarece, em geral, se tais elementos referem-se ao ato constitutivo da sociedade ou aos estatutos que regem as suas relações internas e externas. Conforme exposto (3.1, *supra*), esses dois elementos compõem o negócio jurídico societário, que é conceito mais amplo. Do ato jurídico de constituição nasce um ente societário que, independentemente da aquisição de personalidade jurídica, forma um “*centro de imputação subjetiva*” que se distingue dos sócios.³⁰²

A duas, porque não há consenso na doutrina sobre quais seriam elementos específicos do contrato de sociedade. Para RICHARD, por exemplo, os elementos que identificam uma relação jurídica societária são a finalidade, o objeto, a atividade, a organização, o aporte e o patrimônio.³⁰³ A esses elementos, ESTRELLA adiciona a “*cooperação ativa para a consecução do fim comum*”,³⁰⁴ que, segundo ensina, corresponde ao conceito de *affectio societatis*, do qual trataremos no capítulo seguinte.

BULGARELLI, de outro lado, aponta como elementos essenciais do contrato de sociedade a contribuição dos sócios, a participação nos lucros e nas perdas, a *affectio societatis* e a personalidade jurídica. A inclusão desta última é justificada porque “*em regra o contrato gera, além da sociedade, também a pessoa jurídica*”.³⁰⁵

Considerando que a investigação a que nos propusemos trata fundamentalmente da *affectio societatis*, partiremos do arranjo mais comum, defendido por REQUIÃO,³⁰⁶ SILVA,³⁰⁷ NEGRÃO³⁰⁸ e GUSMÃO,³⁰⁹ dentre tantos outros, que convergem ao apontar a existência de quatro requisitos essenciais ao contrato de sociedade: a pluralidade de sócios, a constituição do capital, a *affectio societatis* e a co-participação dos sócios nos lucros e nas perdas.

³⁰² FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 31.

³⁰³ RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho...** *Op. cit.*, p. 77.

³⁰⁴ ESTRELLA, Hernani. **Curso...** *Op. cit.*, p. 278.

³⁰⁵ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades...** *Op. cit.*, p. 98.

³⁰⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 452 e seguintes.

³⁰⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. **Sociedades empresariais – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

³⁰⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Manual...** *Op. cit.*, p. 287/291.

³⁰⁹ GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53/55.

4.2.1. A pluralidade de sócios

Segundo GUSMÃO, o direito brasileiro não admite, em regra, a existência de sociedades unipessoais.³¹⁰

Entretanto, a própria autora enumera, no entanto, uma série de exceções: I - a unipessoalidade temporária das sociedades por ações, prevista no artigo 206, inciso I, alínea “d”, da Lei n. 6.404/76, que determina o restabelecimento da pluralidade até a assembleia geral ordinária do ano seguinte, sob pena de responsabilidade pessoal e ilimitada do acionista; II - a constituição de subsidiária integral, prevista no artigo 251 e seguintes da Lei n. 6.404/76, tendo como acionista sociedade brasileira; III - a constituição de empresas públicas no Estado do Rio de Janeiro, conforme art. 77, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Estadual, combinado com o artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei n. 200/67; IV - a unipessoalidade temporária e incidente nas sociedades previstas no Código Civil, conforme artigos 1.033, inciso IV, e 1.051, inciso II.³¹¹

As hipóteses indicadas nos itens I e IV, acima, são resultado de importante evolução legislativa. Antes mesmo do advento do Código Civil, a jurisprudência já admitia a possibilidade de recomposição da pluralidade, desde que não ultrapassado determinado período de tempo.³¹² A legislação apenas consagrou esse entendimento, prevendo-o expressamente.

REQUIÃO aponta que o artigo 302 do Código Comercial aludia “*aos nomes, nacionalidades e domicílios dos sócios*”,³¹³ sempre mencionados no plural, revelando que pluralidade de sócios é requisito essencial da sociedade. Embora não admita, no âmbito do direito privado, a existência de sociedade unipessoal, o autor também ressalva a existência da subsidiária integral.

FURTADO pondera que o contrato plurilateral não precisa ser formado por mais de duas partes, bastando apenas duas. Ressalva que a “*pluriparticipação de contraentes é apenas tendencial e normal*”,³¹⁴ não sendo requisito necessário dessa espécie de contrato. O autor prossegue, cogitando de motivos pelos quais, apesar

³¹⁰ GUSMÃO, Mônica. *Lições...* Op. cit., p. 54.

³¹¹ *Idem*, p. 54.

³¹² NEGRÃO, Ricardo. *Manual...* Op. cit., p. 287.

³¹³ REQUIÃO, Rubens. *Curso...* Op. cit., p. 452.

³¹⁴ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Curso...* Op. cit., p. 171.

da pluralidade de sócios, o ordenamento português admite a existência de sociedades unipessoais:

“As sociedades *unipessoais* (*Einmanngesellschaften*) ou são acidente de percurso da *sociedade-instituição* ou resultam de um *negócio indirecto* (*infra*, nº 23) ou surgem de um *acto sem natureza contratual* (*supra*, nºs 8 e 9)”.

Não é diferente a lição de TOMAZETTE, para quem o contrato de sociedade deve ser formado por duas partes ou mais, em oposição ao empresário individual, que exerce a atividade sozinho.³¹⁵ O autor também aponta exceções, destacando a subsidiária integral.

Não podemos deixar de apontar os estudos de SALOMÃO FILHO, que assinalou a tendência do direito brasileiro de admitir a sociedade unipessoal,³¹⁶ tal como se admite hodiernamente no direito alemão³¹⁷ e no direito francês.³¹⁸

De fato, como previa SALOMÃO FILHO, o legislador brasileiro se rendeu à tendência da unipessoalidade, mas seguiu uma técnica diferente do direito alemão e francês ao inserir o artigo 980-A ao Código Civil, através da Lei n. 11.441/11, tendo criado não uma sociedade, mas a denominada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. GONÇALVES NETO aponta que o modelo se aproxima do adotado pelo direito português, “*onde o legislador, refratário à ideia de criação a sociedade unipessoal, adotou o denominado ‘estabelecimento comercial de responsabilidade limitada’*”.³¹⁹

A constatação de que a EIRELI não é uma sociedade é corroborada pela inserção, também pela Lei n. 11.441/11, do inciso VI ao artigo 44 do Código Civil, o qual passou a prever a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada como uma

³¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Direito...** *Op. cit.*, p. 44.

³¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo...** *Op. cit.*, p. 75.

³¹⁷ Segundo aponta CARDOSO, o direito alemão foi o primeiro a adotar verdadeira sociedade unipessoal: “*A Alemanha foi precursora, estabelecendo a GmbH-Novelle de 1980, a primeira norma regulamentadora da sociedade unipessoal*”. CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade ilimitada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.66.

³¹⁸ Segunda parte do artigo 1.832 do Código Civil Francês, com redação conferida pela Lei n. 85.697/85: “*Nos casos previsto em lei, [a sociedade] pode ser instituída pelo ato de vontade de uma só pessoa*”. (tradução nossa)

³¹⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Empresa individual é avanço da legislação brasileira*. Em <http://www.conjur.com.br/2011-jul-16/empresa-individual-responsabilidade-limitada-avanco-legislacao>. Acessado em 11/1/13.

espécie de pessoa jurídica de direito privado, ao lado das sociedades, associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos (incisos I a V). Fosse a EIRELI mais tipo societário, não haveria razão para inserir o inciso VI ao artigo 44.

Não se tratando a EIRELI de uma sociedade, pode-se concluir que a doutrina brasileira admite a existência de dois tipos de sociedades unipessoais: a subsidiária integral e a empresa pública que tem por único sócio um agente público. No entanto, essas sociedades não possuem natureza contratual.³²⁰

Por se tratarem de duas exceções, e tendo em vista que essas sociedades não possuem sequer natureza contratual, pode-se sustentar que a pluralidade dos sócios é um dos elementos essenciais das sociedades contratuais.

4.2.2. Contribuição dos sócios para o capital social

Outro elemento específico do contrato de sociedade é a contribuição dos sócios em bens (materiais ou imateriais) ou serviços para a formação do capital social, o qual corresponde à expressão, em moeda nacional, dos bens que os sócios transferiram ou se obrigaram a transferir à sociedade.³²¹ Citando a obra de ZANCHUS, MENDONÇA afirma que o capital é o *fundamentum societatis*, e que, por isso, sem capital não há sociedade.³²²

O capital social não se confunde com o patrimônio social, que representa todo o conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis da sociedade, compreendendo, além do capital social, tudo mais que a sociedade possui ou que venha a possuir durante a sua existência.³²³ O patrimônio da sociedade é, em outras palavras, “o conjunto de valores de que esta dispõe”, englobando tanto os ativos, assim entendidos como “tudo o que a sociedade tem (dinheiro, créditos, imóveis,

³²⁰ “A subsidiária integral não possui natureza de contrato plurilateral, mas de negócio jurídico unilateral, semelhante ao ato constitutivo das fundações, e se erige, do ponto de vista empírico, em um patrimônio afetado ao exercício da atividade econômica de sua única acionista”. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 324).

³²¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito...** *Op. cit.*, p. 41.

³²² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 28.

³²³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro – vol. 2, t. 2**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 37.

móveis etc.)”, e valores passivos, que englobam “*tudo o que a sociedade deve (títulos a pagar, saldo devedor de empréstimos, folha salarial, impostos devidos)*”.³²⁴

O valor do capital social é empregado na busca dos objetivos sociais. Sem esse valor, a sociedade não pode atingir os fins almejados pelos sócios, o que acarreta sua dissolução.³²⁵ Iniciada a operação, o capital social permanecerá nominal, ao passo que o patrimônio social tende a crescer, caso a empresa seja exitosa, ou a diminuir, caso fracasse.³²⁶ Assim, ao contrário do capital social, que é estático³²⁷ e positivo, o patrimônio líquido é mutável e pode ser tanto positivo quanto negativo.

REQUIÃO aponta a dupla função do capital social. A primeira consiste em servir de base para aferir o resultado da exploração, ou seja os lucros ou prejuízos, os quais são apurados em determinado período de tempo; para servir de base de cálculo para a divisão proporcional do lucro entre os sócios; ou ainda, para verificar o resultado final da sociedade, decorrente de sua dissolução, com a partilha dos lucros ou prejuízos sofridos.³²⁸

A segunda função – diz o professor – é observada por CORREIA: “*o capital social representa em certos termos uma segurança para os credores da sociedade: precisamente na medida em que a lei não permite a distribuição pelos sócios de quantias ou valores necessários para manter intato esse fundo*”.³²⁹ Esclarecem BERTOLDI e RIBEIRO que, de fato, os sócios somente poderão se apoderar do capital social nos casos em que houver dissolução da sociedade: “*durante sua vida [da sociedade], os sócios somente terão direito aos lucros sociais – aquilo que exceder ao capital social*”.³³⁰ Trata-se da denominada intangibilidade do capital social.

De acordo com artigo 1.005 do Código Civil, no caso de contribuição de bens que não o dinheiro, o sócio responde pela evicção; em caso de transferência de crédito, responde pela solvência do devedor.³³¹

³²⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito...** *Op. cit.*, p. 42.

³²⁵ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 148.

³²⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 454.

³²⁷ Salvo a possibilidade de alterações esporádicas, operadas através da modificação da cláusula social que o determina, e desde que a modificação não ofenda direitos de terceiros (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado...** *Op. cit.*, p. 29).

³²⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 456.

³²⁹ *Idem.*

³³⁰ BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso...** *Op. cit.*, p. 149.

³³¹ TOMAZETTE, Marlon. **Direito...** *Op. cit.*, p. 38.

A necessidade de contribuição de todos os sócios para o capital social estava prevista no artigo 287 do Código Comercial. A regra foi incorporada, com alterações, pelo artigo 1.004 do Código Civil, o qual prevê, em seu parágrafo único, o direito de os demais sócios excluírem o sócio remisso ou reduzirem-lhe a cota até o valor já integralizado.

A contribuição exclusiva em serviços só é admissível em sociedades simples em sentido estrito e cooperativas.³³²

A contribuição em bens poderá resultar na transferência da propriedade à sociedade, embora seja possível constituir apenas uso ou usufruto em seu favor.³³³ Os bens devem ser previamente avaliados. Nas sociedades por ações, a avaliação dos bens deverá ser realizada por três peritos ou empresa especializada, conforme prevê o artigo 8º e seguintes da Lei n. 6.404/76; nas sociedades cujas regras estão previstas no Código Civil, o valor do bem integralizado poderá ser atribuído por acordo entre os sócios, independentemente de avaliação profissional.

Se por um lado o capital social gera obrigações para o sócio, de outro lhe confere direitos de natureza pessoal e patrimonial. Os direitos pessoais – leciona CARVALHO DE MENDONÇA – decorrem do status de sócio, “*traduzindo-se em direitos políticos na sociedade, participando direta ou indiretamente na administração ou fiscalizando os atos da administração*”. Já os direitos patrimoniais surgem na forma de possíveis créditos relativos à distribuição de lucros durante a existência da sociedade e à partilha da massa resídua, em caso de dissolução.³³⁴

Segundo a lição de FERRI, a contribuição dos sócios é de tal forma importante que constitui uma condição de existência do contrato de sociedade: “*Não há, portanto, contrato de sociedade, se os sócios não contribuem, nem se adquiriu a qualidade de sócio, sem a contribuição*”.³³⁵ A afirmação é corroborada, na doutrina

³³² Artigo 983 do Código Civil e enunciado n. 206 do das jornadas de direito civil do Conselho da Justiça Federal: “Arts. 981, 983, 997, 1.006, 1.007 e 1.094: A contribuição do sócio exclusivamente em prestação de serviços é permitida nas sociedades cooperativas (art. 1.094, I) e nas sociedades simples propriamente ditas (art. 983, 2ª parte)”. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (coord.) **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 41.

³³³ REQUIÃO, Rubens. **Curso... Op. cit.**, p. 454/455.

³³⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro – vol. 2, tomo 2**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 84/85.

³³⁵ FERRI, Giuseppe, p. 216, *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 39.

nacional, por MENDONÇA,³³⁶ e no ordenamento jurídico pátrio, pela regra contida no artigo 35, inciso III, da Lei n. 8.934/94, que proíbe o arquivamento de atos constitutivos de sociedades nos quais não esteja indicado o respectivo capital social.

4.2.3. Participação nos lucros e perdas

O terceiro elemento específico do contrato de sociedade é a participação de todos os sócios nos lucros e perdas.

No regime anterior, a sociedade leonina – assim entendida como aquela em que qualquer dos sócios é excluído da participação nos lucros ou dispensado de suportar as perdas – era considerada nula.³³⁷ Nas sociedades civis, de outro lado, a nulidade atingia apenas a cláusula.³³⁸

No regime atual, tanto as sociedades simples quanto os demais tipos societários previstos no Código Civil não se sujeitam à nulidade. É considerada nula somente a cláusula que “*exclua qualquer sócio de participar nos lucros e nas perdas*”, mantendo-se hígido, portanto, o contrato (artigo 1.008).

A participação dos sócios nos lucros não é necessariamente igualitária, podendo o contrato social conter cláusula estipulando a forma de divisão. Não havendo previsão expressa, os lucros serão distribuídos entre os sócios de forma proporcional à participação no capital social, conforme determina o artigo 1.007, exceto sócios de serviço, que participam “*na proporção da média do valor das quotas*”.

À participação nos lucros corresponde a participação nas perdas. No entanto, COELHO afirma que a participação nas perdas não é requisito específico do contrato de sociedade.³³⁹ Discordamos dessa posição, pois o Código Civil estabelece no artigo 977, de forma expressa, as cláusulas que compõem o conteúdo mínimo do ato constitutivo de sociedade, incluindo, dentre elas, a “*participação de cada sócio nos lucros e nas perdas*” (inciso VII). O conteúdo mínimo do estatuto das sociedades

³³⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado... vol. 3. Op. cit.*, p. 31.

³³⁷ Artigo 288 do Código Comercial: “*É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social*”.

³³⁸ Artigo 1.372 do Código Civil de 1916: “*É nula a cláusula, que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraia o quinhão social de algum deles a composição dos prejuízos*”.

³³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, vol. 2.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 380/381.

por ações está previsto no artigo 80 e seguintes da Lei n. 6.404/76; para as cooperativas, regra semelhante foi incluída no artigo 15 e seguintes da Lei n. 5.764/71.

4.2.4. A *affectio societatis*

Conforme apontado (4.2, *supra*), parte significativa da doutrina enumera a *affectio societatis* como um elemento específico do contrato de sociedade. Por se tratar do tema central do trabalho, ele será tratado separadamente, no capítulo seguinte.

Além de investigar o surgimento da *affectio societatis*, tratar-se-á do seu significado e função no direito romano, que parece decorrer da natureza consensual e do caráter bilateral do contrato de sociedade então existente, bem como de sua profunda relação com o *consortium ercto non cito*.

Será analisada a doutrina nacional para compreender o significado atual da expressão e dela tentar extrair, se possível, um conceito unitário. Da mesma forma, investigar-se-á a legislação atual em busca de regras ou princípios que possam justificar a sua existência no direito atual, bem como decisões judiciais fundamentadas na suposta “quebra” da *affectio societatis* para fundamentar a dissolução de sociedades limitadas e anônimas fechadas.

Através dessa análise será possível responder à pergunta formulada no título deste trabalho, fornecendo elementos que possam embasar uma conclusão a respeito do assunto.

4.3. Conclusões parciais

A partir da pesquisa realizada neste capítulo, observa-se que há consenso quanto a necessidade de o ato constitutivo da sociedade preencher os requisitos essenciais aos demais atos jurídicos, previstos no artigo 104 do Código Civil.

Entretanto, não há consenso quanto os elementos específicos do contrato de sociedade. Quando muito, há uma tendência de apontar quatro elementos: a pluralidade de sócios, o objeto lícito, possível e determinado, a forma escrita (ou não vedada por lei) e a *affectio societatis*.

Os três primeiros requisitos específicos – a pluralidade dos sócios, o objeto lícito, possível e determinado e a forma – estão previstos em lei, nos dispositivos

legais apontados neste capítulo. A *affectio societatis*, por sua vez, não possui qualquer referência explícita e, para tornar o problema ainda mais intrincado, os próprios doutrinadores que a elegem como um dos elementos específicos do contrato de sociedade não chegaram a um consenso quanto ao seu verdadeiro conteúdo.

Daí porque é necessário estudar a *affectio societatis* com maior detalhamento, o que será realizado no capítulo seguinte.

5. A *AFFECTIO SOCIETATIS*

5.1. O significado da expressão no direito romano

A expressão *affectio societatis* se originou no direito romano. A referência mais antiga de que se tem conhecimento é encontrada na lição de ULPIANO, contida no livro XVII, título II, item 31, do Digesto.

O Digesto é uma compilação que contém referências a lições de mais de quarenta juristas da época clássica do direito romano. Formado por cinquenta livros, o Digesto foi publicado em 15 de dezembro de 529, por ordem do imperador Justiniano. Trata-se de uma das quatro partes do *Corpus Iuris Civilis*, que também engloba o Código (compilação das constituições imperiais vigentes, tendo sido atualizado e reeditado uma vez),³⁴⁰ as Institutas (manual escolar que serve como uma espécie de introdução ao Digesto) e as Novelas (compilação das novas constituições editadas por Justiniano depois da reedição do código).

Da obra de MONRO, que apresenta o texto original acompanhando de tradução para o inglês,³⁴¹ formula-se a seguinte tradução do trecho que em ULPIANO se refere a *affectio societatis* (Digesto, livro XVII, título II, item 31):

“Se há de existir qualquer direito de ação *pro socio*, deve haver, no caso, uma sociedade; não é suficiente que haja propriedade em comum, a não ser que exista uma sociedade. Mas a propriedade pode ser tratada como comum mesmo sem sociedade, como, por exemplo, onde pessoas se tornam proprietários de uma coisa em comum sem *affectio societatis*, o que pode acontecer onde algo é legado para duas pessoas, ou ainda, se algo é adquirido por dois ao mesmo tempo, ou onde pessoas aceitam uma heran-

³⁴⁰ O texto da edição original foi perdido. Atualmente, somente a reedição é conhecida.

³⁴¹ MONRO apresenta o texto original em latim, seguido da tradução para o inglês. Em latim, lê-se: “*Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum. Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empti res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri*”. O texto vertido para inglês é o seguinte: “*If there is to be any right of action pro socio, there must needs be a partnership in the case; it is not enough that there is property held in common, unless there is a partnership. But property can be treated as held in common even without partnership, as for instance where persons come to own a thing in common without any intention of partnership, as may happen where something is bequeathed to two persons, or, again, if something is purchased by two at the same time, or where people come in for an inheritance or a gift in common, or buy independently from two persons their respective shares, without intending to be partners*”. (MONRO, Charles Henry. **Digest... Op. cit.**, p. 20/21).

ça ou presente em comum, ou compram separadamente de duas pessoas as suas respectivas cotas, sem intenção de ser sócios” (tradução nossa).

Pro socio ou *judicium societatis* era o nome atribuído pelo direito romano para a espécie de ação movida por um sócio contra outro ou todos os demais, com a finalidade de discutir questões relacionadas ao contrato de sociedade ou, muito comumente, de realizar o acerto de contas por ocasião de sua extinção.³⁴²

Através da mencionada lição, ULPIANO ressalta que a ação *pro socio* só tem cabimento nos casos em que houver sociedade. E para caracterizar a existência da sociedade, o jurista romano ensina que não basta dois sujeitos adquirirem propriedade em comum; é indispensável a existência da *affectio societatis*, ou seja, da intenção de se unir em sociedade.

A *affectio societatis* era fundamental para o contrato de sociedade romano. Tanto que, segundo afirma ULPIANO na parte final do trecho acima reproduzido, duas pessoas que adquirissem cotas de uma mesma sociedade não se tornariam sócios se não estivesse presente a vontade efetiva de ser sócio.

Não é necessário grande esforço para observar que a expressão foi adotada por ULPIANO com a intenção de ressaltar que a simples copropriedade não é suficiente para caracterizar a existência de uma sociedade. É preciso haver a intenção de formar a sociedade (*affectio societatis* ou *animus coeundae societatis*), sendo esse elemento responsável por distingui-la da mera indivisão.³⁴³

A mesma advertência é feita por WARDE JUNIOR, que parte das lições de ZULUETA acerca das Institutas de GAIO para concluir que a mera copropriedade não era suficiente para caracterizar a *societas*, sendo necessário que os sócios contratassem os termos pelos quais empregariam o patrimônio no exercício da empresa, revelando, assim, a intenção de se reunir em sociedade.³⁴⁴

³⁴² MONRO, Charles Henry. *Digest...* *Op. cit.*, p. 1.

³⁴³ CHAMOUN, Ebert. *Instituições...* *Op. cit.*, p. 380.

³⁴⁴ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade...* *Op. cit.*, p. 26, *apud* ZULUETA, Francis de. *The Institutes of Gaius, Part 2*. Oxford: Clarendon Press, 1953, p. 179.

5.2. O consenso e a *affectio societatis*

Investigando o instituto a partir dos textos originais em latim, o professor ARANGIO-RUIZ³⁴⁵ aponta que a *societas* foi arrolada no Livro III, parágrafo 135, das Institutas de GAIO, como um dos quatro contratos consensuais, os quais incluem, também, a compra e venda, a locação e o mandato:

“Obrigações são criadas pelo consentimento na compra e venda, locação, sociedade e mandato”.³⁴⁶ (tradução nossa)

O próprio GAIO esclarece no parágrafo seguinte (136) o motivo pelo qual esses contratos são considerados consensuais:

“Nesses contratos diz-se que o consentimento gera a obrigação, porque nenhuma forma de palavras ou de escrita é requerida, porém o mero consentimento das partes é suficiente. Partes ausentes, portanto, podem formar esses contratos; como por carta ou mensageiro; enquanto que obrigações verbais não podem ser contratadas entre partes ausentes”.³⁴⁷ (tradução nossa)

Como se observa na definição de GAIO contida no parágrafo 136, os contratos consensuais são caracterizados por não exigirem palavras solenes ou forma escrita para que produzam os seus efeitos. ARANGIO-RUIZ esclarece que, de fato, trechos das Institutas de GAIO e do Digesto exemplificam as formas de contratar a

³⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società... Op. cit.*, p. 63.

³⁴⁶ Texto original em latim “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*”. Tradução de SCOTT para o inglês: “*Obligations are created by consent, in purchase and sale, leasing and hiring, partnership and agency*”. Institutas de GAIO, Livro III, parágrafo 135. (SCOTT, Samuel Parsons. *The Institutes of Gaius*. Em: <<http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm>>. Acessado em 22/1/13).

³⁴⁷ Texto original em latim “*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque uerborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit*”. Tradução de POSTE para o inglês: “*In these contracts consent is said to create the obligation, because no form of words or of writing is required, but the mere consent of the parties is sufficient. Absent parties, therefore, can form these contracts; as, by letter or messenger; whereas Verbal obligations cannot be contracted between absent parties*”. Institutas de GAIO, Livro III, parágrafo 136. (POSTE, Edward. *Gaius... Op. cit.* Acessado em: 22/1/13).

societas, incluindo até mesmo a celebração do contrato entre ausentes, mediante carta ou mensageiro.³⁴⁸

ARANGIO-RUIZ ressalva, de outro lado, que o consenso exigido no contrato de *societas* apresenta uma importante peculiaridade. Ele não pode ser considerado “*somente o instantâneo encontro de um polo positivo com um polo negativo, no qual se acende a faísca da obrigação, mas também como uma intenção comum permanente, cuja cessação traria consigo a extinção do contrato*”.³⁴⁹ (tradução nossa)

De um ponto de vista rigorosamente formal – prossegue o italiano – essa situação, francamente oposta àquela que se verifica, por exemplo, no contrato de compra e venda, é semelhante à observada na relação entre mandante e mandatário, na qual há em comum com o negócio societário a aplicação do recesso unilateral, na forma do *revocatio* e da *renuntiatio*.

ARANGIO-RUIZ esclarece, no entanto, que a semelhança não é total, pois no caso do mandato, a vontade comum formulada no momento em que se celebra o contrato permanece eficaz no futuro, salvo eventual manifestação contrária; na *societas*, por outro lado, a circunstância de que o contrato resulta em toda uma série de operações jurídicas e econômicas faz com que a sua eficácia repouse sobre uma vontade continuada, ou seja, uma vontade sempre presente. Basta desaparecer essa vontade para que o contrato seja extinto.³⁵⁰

A necessidade de manutenção da vontade durante a existência da *societas* é afirmada expressamente no parágrafo 151 das Institutas de GAIO e em uma passagem do Código, extraída de DIOCLECIANO:

“Além disso, uma sociedade continua a existir enquanto os sócios deem seu consentimento, e quando qualquer um deles renunciar à sociedade, ela é dissolvida. É claro, no entanto, que se uma pessoa renuncia à sociedade para que ele sozinho obtenha uma vantagem pecuniária, por exemplo, se um sócio meu deve receber uma herança e renuncia à sociedade para que

³⁴⁸ Conforme afirmação de ARANGIO-RUIZ, baseada no texto das Institutas de GAIO (III, 136) e do Digesto (17, 1, 1, 1; 18, 1, 1, 2; e 44, 7, 52, 10). ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 64.

³⁴⁹ “(...) *quanto riguarda la societates il consenso non va considerato soltanto come l’istante incontro di un polo positivo e di un polo negativo, onde si accende la scintilla dell’obbligazione, ma anche come un’intenzione comune permanente, la cui cessazione porterebbe con sè l’estinzione del contratto*”. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 64/65.

³⁵⁰ *Idem*, p. 65.

ele sozinho obtenha o proveito do espólio, ele poderá ser obrigado a compartilhar esse ganho com os sócios”.³⁵¹ (tradução nossa)

“Nós decretamos que uma sociedade deve durar enquanto existir o consentimento das partes para a sua continuidade”.³⁵² (tradução nossa)

Além dessas referências expressas à necessidade de manutenção do consenso, há outros parágrafos que permitem inferir, sem maior esforço, que o desaparecimento do consentimento resultava na extinção da *societas*, independentemente de manifestação expressa da parte.

É o que se pode extrair dos parágrafos 153 e 154 das Institutas:

“Também é dito que a sociedade é dissolvida pela perda dos direitos civis, porque sob a regra da lei civil a perda dos direitos é considerada equivalente à morte; mas se os sócios ainda consentem em continuar a sociedade, considera-se que uma nova sociedade será formada.”³⁵³ (tradução nossa)

“Também, a sociedade é dissolvida se a propriedade de um dos sócios é vendida pelo Estado ou pelos credores privados. O tipo de sociedade do qual estamos falando, no entanto, é aquela formada pelo mero consentimento, pertencente ao *ius gentium*, e assim prevalece em conformidade com a razão natural entre todos os homens”.³⁵⁴ (tradução nossa)

³⁵¹ Institutas de GAIO, Livro III, parágrafo 151: “*Moreover, a partnership continues to exist as long as the partners give their consent, and when any one of them renounces the partnership, it is dissolved. It is clear, however, if a person renounces a partnership in order that he alone may obtain some pecuniary advantage, for instance, if a partner of mine in the entire property should be left an heir by anyone, and should renounce the partnership in order that he alone may profit by the estate, he can be compelled to share this gain with his partners*”. (SCOTT, Samuel Parsons. **The Institutes...** *Op. cit.* Acessado em 22/1/13).

³⁵² CODEX, Livro IV, Título XXXVIII, 37, 5: “*We decree that a partnership shall last as long as the consent of the parties to its continuance exists*” (SCOTT, Samuel Parsons. **The Justinian code from the corpus juris civilis**. Em: <<http://www.freewebs.com/vitaphone1/history/justinianc.html>. Acessado em 22/1/2013).

³⁵³ Institutas de GAIO, Livro III, parágrafo 153: “*It is also said that a partnership is dissolved by forfeiture of civil rights, for the reason that under the rule of the Civil Law loss of civil rights is considered as equivalent to death; but if the partners still consent to the continuance of the partnership a new one is considered to be formed*”. (SCOTT, Samuel Parsons. **The Institutes of Gaius**. Em: <<http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm>. Acessado em 22/1/13).

³⁵⁴ Institutas de GAIO, Livro III, parágrafo 154: “*Likewise, a partnership is dissolved if the property of one of the partners is disposed of at either public or private sale. The kind of partnership, of which we are speaking, however, that is one which is formed by mere consent, belongs to the Law of Nations,*

Esse caráter particular da *societas*, de exigir a manutenção do consenso dos sócios, revela-se com maior nitidez – afirma ARANGIO-RUIZ – no livro III, parágrafo 153, das Institutas, acima reproduzido, em que GAIO afirma que a *capitis deminutio*³⁵⁵ extingue a sociedade, permitindo a manutenção da empresa por meio da criação de uma nova sociedade com o mesmo objeto.

O romanista italiano afirma que, nesse caso, dificilmente se poderia encontrar semelhança entre a *societas* e o mandato, pois este só era extinto mediante manifestação expressa de uma das partes, ao passo que, em regra, a sociedade seria extinta imediatamente.³⁵⁶

ARANGIO-RUIZ afirma que GAIO cometeu um equívoco ao defender que o aspecto do *consensus perseverans* está em contraste com o requisito do consenso instantâneo, que é comum a todos os contratos consensuais do direito romano. Em verdade – afirma do professor italiano –, a necessária continuidade do estado de ânimo favorável à sociedade não afasta a existência de um momento inicial no qual a vontade se encontra para unir as partes em sociedade. É em consideração a esse momento inicial que a sociedade deve ser compreendida na categoria dos contratos consensuais, ao contrário do que defendeu WIEACKER, para quem a *societas* não poderia ser incluída entre os contratos consensuais do direito romano.³⁵⁷

ARANGIO-RUIZ conclui, em razão dessas considerações, que as palavras de GAIO foram escolhidas oportunamente para indicar que a *societas* é realmente um contrato consensual, no mesmo sentido dos demais (compra e venda, locação e mandato), e que o contrato também revela, segundo a sua estrutura, um consenso não apenas momentâneo, mas continuado.³⁵⁸

and therefore continues to exist according to natural reason among all men". (SCOTT, Samuel Parsons. **The Institutes...** *Op. cit.*. Acessado em 22/1/13).

³⁵⁵ CHAMOUN ensina que, ao contrário do direito moderno, o direito romano só investia de personalidade jurídica o homem que gozasse plenamente de três estados: a liberdade, a cidadania e a família. A perda de um desses estados chamava-se *capitis deminutio*, podendo ser classificada em perda máxima (perda dos estados de liberdade, cidadania e família), média (perda dos estados de cidadania e família) ou mínima (perda do estado de família). (CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 48).

³⁵⁶ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 65.

³⁵⁷ *Idem*, p. 66/67.

³⁵⁸ *Idem*, p. 68.

Aliás, o aspecto do consenso permanente é comumente arrolado pelos romanistas como um dos requisitos específicos do contrato de sociedade. Além de destacar o caráter consensual do contrato, a doutrina destaca que a sua duração corresponde ao “*período em que os sócios mantiverem essa vontade comum*”³⁵⁹ ou, por outras palavras, “*enquanto este [o consentimento] perdure entre as partes*”.³⁶⁰

Segundo GAIO (livro III, parágrafo 136), todos os contratos consensuais – dentre os quais a *societas* – são bilaterais. ARANGIO-RUIZ discorda dessa afirmação, observando que, na verdade, a *societas* deve ser compreendida como um contrato plurilateral.³⁶¹ Entretanto, o próprio autor reconhece que a construção dos contratos plurilaterais era completamente desconhecida pelos romanos, e que a inclusão da *societas* entre os contratos bilaterais gera evidentes dificuldades, gerando, assim, um problema de difícil solução.³⁶²

5.3. O caráter *intuitus personae* da sociedade romana

RIBEIRO destaca que além do caráter consensual e da *affectio societatis*, a *societas* também era marcada pela natureza *intuitus personae*, de forma que qualquer alteração do vínculo original, seja do quadro social (morte ou renúncia do sócio), seja do estado pessoal dos sócios (*capitis deminutio* ou insolvência), resultaria em sua extinção imediata.³⁶³

A natureza *intuitus personae* do contrato de sociedade romano também foi identificada por ARANGIO-RUIZ³⁶⁴ e pode ser facilmente observada nas regras do Digesto. Destaca o autor, a título de exemplo, a regra que trata da hipótese em que um dos sócios admite terceiro como seu sócio. Nesse caso, o terceiro será sócio somente daquele que o admitiu, e não dos demais:

“Quando uma pessoa é admitida como sócio (em uma sub-sociedade), ele é sócio somente da pessoa que o admitiu; e essa é uma regra de ouro, por-

³⁵⁹ KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Gulbenkian, 1999, p. 256.

³⁶⁰ DI PIETRO, Alfredo. **Derecho privado romano**. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 253.

³⁶¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 72/74.

³⁶² *Idem*, p. 75.

³⁶³ RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão de sócio nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 105.

³⁶⁴ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 107 e seguintes.

que, verificando que uma sociedade é contratada por consenso, ninguém pode ser meu sócio se eu assim não quiser. Quanto a ele ser admitido pelo meu sócio, ele se torna sócio apenas dele, porque o sócio do meu sócio não é o mesmo que o meu sócio”.³⁶⁵ (tradução nossa)

Interessante observar, no entanto, que o texto do Digesto não adota a expressão *intuitus personae*. O fato de que o novo sócio será associado somente “da pessoa que o admitiu” está fundamentado na afirmação de que a sociedade “é contratada por consenso” e, por isso, “ninguém pode ser meu sócio se eu assim não quiser”. Quer dizer, o caráter pessoal da *societas* parece estar relacionado com o fato de que ela é um contrato consensual.

Outro exemplo do caráter *intuitus personae* é encontrado no item 4, inciso I, em que GAIO trata da dissolução da *societas*. Como se observa na tradução do texto, o doutrinador romano não cogita da possibilidade de manutenção da sociedade através dos sócios remanescentes. Ocorrida qualquer das hipóteses, a sociedade será imediatamente dissolvida:

“Sociedades são dissolvidas por renúncia, por morte, pela *capitis deminutio*, pela vontade”.³⁶⁶ (tradução nossa)

A referência mais direta ao caráter *intuitus personae* se encontra no Livro 3, Título XXV, item 5, das Instituições de JUSTINIANO:

“Mais uma vez, a sociedade é dissolvida pela morte do sócio, porque quando um homem celebra um contrato de sociedade, ele escolhe como seu sócio uma pessoa definida. Assim, uma sociedade baseada no consenso de mesmo várias partes é dissolvida pela morte de uma delas, ainda que várias

³⁶⁵ Digesto, Livro XVII, 2, 19 e 20: “19. *When a man is admitted as partner [in a sub-partnership], he is partner only to the person who admitted him; and this is a sound rule, for, seeing that partnership is contracted by bare agreement, no one can be my partner whom I did not wish to be such. As for his being admitted by my partner, he becomes his partner only, 20. as my partner’s partner is not the same as my partner*”. (MONRO, Charles Henry. **Digest...** *Op. cit.*, p. 11/12).

³⁶⁶ “Partnerships are dissolved by renuntiation, by death, by *capitis diminution*, by want of means” (MONRO, Charles Henry. **Digest...** *Op. cit.*, p. 20/21).

outras sobrevivam, exceto se quando o contrato foi feito houve acordo em contrário.”³⁶⁷

RIBEIRO aponta que o caráter *intuitus personae* da *societas* encontra explicação em sua origem, que, como já demonstrado (2.3.1, *supra*), decorre do antigo *consortium ercto non cito* formado pelos filhos que, com a morte do *pater*, herdavam de forma indivisa todos os seus bens.³⁶⁸

Assinala RIBEIRO, ainda, que a *societas* romana era essencialmente um agrupamento de indivíduos, e não de capitais. Tanto era assim que algumas espécies de *societas* eram formadas sem o propósito de lucro ou de exercer uma atividade econômica, tendo sido denominadas de sociedades *non quaestuariae*.³⁶⁹

Portanto, resta sobejamente demonstrado que a *societas* era um contrato consensual, e a relação formada entre os contratantes possuía fundamento em estreitos vínculos de recíproca confiança, concedendo-se especial relevância para as qualidades pessoais dos contratantes.³⁷⁰

5.4. O caráter *intuitus personae* no direito brasileiro

No direito brasileiro, também é possível identificar o caráter *intuitus personae* de determinadas sociedades. Entretanto, uma análise do Código Civil parece indicar que o legislador tentou abrandá-la, ao menos no que tange às sociedades limitadas.

O Código Comercial de 1850 previa regras de dissolução que se assemelhavam, em parte, às regras do direito romano. O artigo 335 previa a dissolução de pleno direito em razão da falência de qualquer sócio (número 2)³⁷¹ ou da sua morte (número 4), autorizando, neste último caso, que o contrato social contivesse cláusula prevendo a manutenção da sociedade entre os sócios sobreviventes. De forma ain-

³⁶⁷ Instituições de Justiniano, Livro 3, Título XXV, item 5: “*Again, a partnership is dissolved by the death of a partner, for when a man enters into a contract of partnership, he selects as his partner a definite person. Accordingly, a partnership based on the agreement of even several persons is dissolved by the death of one of them, even though several others survive, unless when the contract was made it was otherwise agreed*”. (MOYLE, J. B. Justinian, Institutes. Oford, 1911. Disponível em < <http://amesfoundation.law.harvard.edu/digital/CJCiv/JInst.pdf> >. Acessado em: 22/1/13).

³⁶⁸ CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 379; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 3/4.

³⁶⁹ RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão...** *Op. cit.*, p. 106/107; CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 379.

³⁷⁰ RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão...** *Op. cit.*, p. 107.

³⁷¹ Revogado pelo artigo 135, incisos II e III, do Decreto n. 7.661/1945.

da mais aguda, o Código Comercial autorizava, no mesmo artigo, a dissolução da sociedade “*por vontade de um dos sócios*”, desde que “*celebrada por prazo indeterminado*” (número 5).

As hipóteses de resolução parcial estavam restritas, no texto original do Código Comercial, aos casos de falta de integralização da parte subscrita do capital (artigo 289) e de exercício pelo sócio de indústria de atividade comercial fora da sociedade (artigo 317). Quanto às sociedades limitadas, o artigo 15 do Decreto n. 3.708/1919 permitia o exercício do direito de retirada pelo sócio que divergisse de alteração contratual, porém a regra era pouco aplicada, em razão de ser mais conveniente invocar direito de previsto no artigo 335, número 5, do Código Comercial, que não dependia de qualquer circunstância. Além disso, esclarece LEÃES que “*a doutrina e jurisprudência no século passado (...) caminharam mais além, admitindo a exclusão de sócio nas sociedades de pessoas mesmo fora das hipóteses previstas na lei comercial, desde que fundada em deliberação majoritária e que contasse com cláusula contratual*”.³⁷²

O Código Comercial de 1850 decretava de forma peremptória, no parágrafo único do artigo 335, que “*em todos os casos deve continuar a sociedade, somente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimas*”. O texto legal não abria espaço para exceções além das previstas acima, o que levou à criação da figura da dissolução parcial, como forma de evitar o desaparecimento do ente societário e todas as consequências daí decorrentes (perda de empregos, insegurança das relações jurídicas, danos aos consumidores etc.).

Diante desses fatos, consolidou-se o entendimento que o sócio de sociedade de pessoas celebrada por prazo indeterminado poderia requerer a dissolução a qualquer momento, com fundamento no artigo 335 do Código Comercial, sem qualquer motivo. E isso parece evidenciar o forte caráter *intuitus personae* atribuído às sociedades no regime anterior.

O regime atual se distanciou das duras regras de dissolução do regime anterior e do direito romano. Atento ao fato de que o direito de retirada pode gerar consequências graves à sociedade, inclusive torná-la economicamente inviável, o legis-

³⁷² LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Resolução de acordo de acionistas pela quebra de *affectio societatis***. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

lador tratou de adotar critérios variáveis para cada tipo societário, ora admitindo amplamente, ora restringindo o direito de retirada.³⁷³

No caso das sociedades simples e, por aplicação supletiva, das sociedades em nome coletivo e em comandita simples, o código admitiu amplamente o direito de retirada, quando ajustada por prazo indeterminado. De fato, o artigo 335, número 5, do Código Comercial, foi substituído pelo artigo 1.029 do Código Civil,³⁷⁴ o qual admite que, “*além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa*”.

Quanto às sociedades limitadas, no entanto, o fundamento do direito de retirada é encontrado no artigo 1.077, restringindo-se aos casos em que há divergência do sócio em razão de alteração contratual.

É o que esclarece GONÇALVES NETO ao tratar das sociedades limitadas:

“No regime vigente, porém, a dissolução por vontade potestativa do sócio não mais existe, substituída que foi pela vontade coletiva dos sócios em maioria de capital, como forma de preservar a empresa (art. 1.033, III). E assim, somente havendo dissidência quanto a uma modificação do contrato social é que o direito de retirada tem lugar e pode ser exercido. As hipóteses de incorporação e fusão (que poderiam ter incluído a cisão), também mencionadas no ar. 1.077, deixam de ser aqui destacadas porque, em todas elas há modificação do contrato social e, portanto, estão por esta abrangidas”.³⁷⁵

Nessa mesma esteira, o enunciado n. 479 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em novembro de 2011, renunciou o enunciado n. 390 da III Jornada, que estabelecida: “*Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas,*

³⁷³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito...** *Op. cit.*, p. 280.

³⁷⁴ *Idem.*

³⁷⁵ *Idem*, p. 419.

por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029)".³⁷⁶

O regime atual parece ter abrandado a importância do caráter *intuitus personae* das sociedades limitadas. Entretanto, ele ainda pode ser identificado em diversos dispositivos legais. Cite-se, por exemplo, o artigo 1.057 do Código Civil, que permite, salvo disposição contratual em contrário, a livre cessão de cotas para outros sócios, porém restringe a cessão em favor de terceiros se houver oposição de sócios que representem mais de um quarto do capital social.

Outro exemplo é observado na regra que concede aos sócios o direito de preferência para participar do aumento de capital, na proporção de suas cotas (artigo 1.081, parágrafo primeiro). Nos casos de cessão do direito de preferência (parágrafo segundo) deverá ser observada a regra contida no *caput* do artigo 1.057.

Por fim, o caráter *intuitus personae* também parece se revelar nos casos de exclusão e de retirada, os quais exigem o arquivamento da competente alteração contratual para que seus efeitos sejam oponíveis contra terceiros.

5.5. A semelhança da *affectio societatis* com a *affectio maritalis* e a *affectio possessiones* ou *tenendi*

A *affectio societatis* é referida, embora nem sempre com as mesmas palavras, nas passagens de ULPIANO, GAIO e DIOCLECIANO (2.3.2, *supra*).

Para compreender o verdadeiro significado e extensão da expressão, não se pode deixar de analisar o significado de outras expressões com a quais guarda semelhanças notáveis: a *affectio maritalis*³⁷⁷ e a *affectio possessiones* ou *tenendi*.³⁷⁸

³⁷⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coordenador). **Jornadas...** *Op. cit.*, p. 68.

³⁷⁷ Digesto, 24, 1, 32, 13: "Where a wife and her husband have lived for a long time separated, but still preserve the matrimonial bond (which we know sometimes happens with persons of consular rank), I think that donations will not be valid, since the union has always existed; for maritalis affectio and not coition, constitutes marriage". Em tradução livre: "Onde uma esposa e seu marido viveram por longo período separados, mas ainda preservam o laço matrimonial (o que nós sabemos que acontece com cônsules), eu penso que doações não serão válidas, porque a união sempre existiu; porque é a maritalis affectio e não o coito que caracteriza o matrimônio". (SCOTT, Samuel Parsons. **The civil law**. Em: <<http://www.constitution.org/sps/sps05.htm>>. Acessado em 25/1/2013).

³⁷⁸ Digesto, 41, 2, 1, 3: "An insane person, or a ward, cannot begin to acquire possession without the authority of his curator or guardian; because, although the former may touch the property with their bodies, they have not the disposition to hold it, just as where anyone places something in the hands of a man who is asleep. A ward can begin to obtain possession by the authority of his guardian. Ofilius, and Nerva, the son, however, say that a ward cannot begin to obtain possession without the authority

O instituto do casamento, tal como delineado pelos romanos, era muito diferente do atual. CHAMOUN assinala que “*juridicamente o casamento romano era um estado de fato que não surgia, como o atual, da troca inicial de consentimentos, mas da permanência da união com as características matrimoniais*”.³⁷⁹

Durante muito tempo, o casamento romano foi celebrado sem nenhuma formalidade jurídica.³⁸⁰ A sua caracterização dependia de dois elementos. O primeiro, de natureza objetiva, consistia no início da convivência em comum, o qual era marcado pelo ingresso da mulher na casa do marido.³⁸¹ A esse elemento soma-se o segundo, de natureza subjetiva, que consiste na “*intenção e consciência de ambos os cônjuges de que a sua união é matrimônio*”.³⁸²

Esse segundo elemento foi chamado de *affectio maritalis* e deveria perdurar durante toda a vigência da sociedade conjugal. Sua existência era indispensável para caracterizar o casamento, como destaca CHAMOUN:

“O marido podia estar ausente, não apenas no momento da realização das núpcias, como posteriormente os cônjuges poderiam residir em habitações separadas. A convivência ou coabitação não tinha, por conseguinte, a importância atribuída à intenção de ser marido e mulher, que é a espinha dorsal do matrimônio romano. Depois que cônjuges estivessem animados dessa intenção, o casamento perdurava; se ela faltasse, dissolvia-se. Mas, assim como a convivência se estereotipava num elemento objetivo, a *deductio*, a intenção de ser marido e mulher, que os juristas chamavam de *affectio maritalis*, devia manifestar-se mediante um elemento também objetivo, que era precisamente a dignidade que os cônjuges se atribuíam e que identificava logo o seu estado civil. Não era, conseqüentemente, a convivência que fazia as núpcias, mas o consenso (*nuptias non concubitus, sed consensus*

of his guardian, for possession is a matter of fact, and not of law”. Tradução livre: “Uma pessoa louca, ou enferma, não pode começar a adquirir posse sem a autoridade do seu curador ou tutor; porque, embora eles possam tocar a propriedade com seus corpos, eles não possuem a disposição de segurá-la, assim como quando alguém coloca algo nas mãos de um homem que está dormindo. Um enfermo pode começar a adquirir posse pela autoridade do seu curador. Ofilius e Nerva, o filho, no entanto, dizem que um enfermo não pode começar a obter a posse sem a autoridade do seu tutor, porque a posse é uma questão de fato, e não de lei”. (SCOTT, Samuel Parsons. **The civil...** *Op. cit.*. Acessado em 25/1/2013).

³⁷⁹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 157.

³⁸⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “affectio maritalis” e a união livre: atualidade do Direito Romano.** *Revista de informação legislativa*, p. 245/260, ano 27, n. 105, jan./mar. 1990, Brasília, p. 247. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175763>. Acessado em 20/1/13.

³⁸¹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições...** *Op. cit.*, p. 157.

³⁸² KASER, Max. **Direito...** *Op. cit.*, p. 317.

facit). Todavia, não bastava que esse consenso fosse inicial, devia perdurar e manifestar-se durante toda a vigência da sociedade conjugal. Um novo casamento realizado por um dos cônjuges com um estranho revelava, portanto, a cessação da *affectio maritalis* e, com isso, a dissolução do próprio matrimônio”.³⁸³

O casamento era marcado, assim, pela “*concreta comunidade de vida, sustentada pela affectio maritalis*”.³⁸⁴ A perpetuidade do casamento só fora introduzida mais tarde, por influência do direito canônico.³⁸⁵ Até então, o simples desaparecimento da vontade, ou seja, perda da intenção de viver como marido e mulher, era suficiente para dissolver a união.

Observa-se que a semelhança da *affectio maritalis* com a *affectio societatis* é bastante pronunciada. Ambos os conceitos se referem à necessidade de as partes estarem “animadas” de uma intenção continuada – para usar a expressão de CHAMOUN³⁸⁶ –, indispensável para a manutenção da relação.

Mas apesar da semelhança entre a *affectio societatis* e a *affectio maritalis*, o casamento não era inserido pelos juristas romanos no rol de contratos consensuais, os quais englobavam somente a compra e venda, o mandato, a locação e a sociedade.³⁸⁷ A sua natureza contratual também é afastada por KASER, sob o argumento de que, ao contrário dos contratos consensuais, que podem ser celebrado até mesmo entre ausentes,³⁸⁸ o casamento não se concretiza na ausência da mulher.³⁸⁹

De qualquer forma, resta evidenciado que a *affectio maritalis* é um estado de consenso permanente, tal como a *affectio societatis*. Ambas as figuras parecem ter natureza semelhante e função semelhante, cada qual no seu âmbito de aplicação: a *affectio maritalis* diferencia a mera convivência do casamento, ao passo que a *affectio societatis* diferencia a sociedade da mera indivisão de bens.

³⁸³ CHAMOUN, Ebert. *Instituições...* *Op. cit.*, p. 157.

³⁸⁴ KASER, Max. *Direito...* *Op. cit.*, p. 317.

³⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “affectio maritalis”...** *Op. cit.* Acessado em 20/1/13.

³⁸⁶ CHAMOUN, Ebert. *Instituições* *Op. cit.*, p. 157.

³⁸⁷ Item 2.3.1, *supra*.

³⁸⁸ Conforme afirmação de ARANGIO-RUIZ, baseada no texto das Institutas de GAIO (III, 136) e do Digesto (17, 1, 1, 1; 18, 1, 1, 2; e 44, 7, 52, 10). ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società...** *Op. cit.*, p. 64.

³⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “affectio maritalis”...** *Op. cit.* Acessado em 20/1/13.

Figura um pouco diferente, porém não menos importante, é a *affectio tenendi*, relacionada ao direito de posse, que, já na época dos romanos, não se confundia com a propriedade.³⁹⁰

Segundo MEIRA, para que houvesse posse, eram necessários dois elementos fundamentais: o *corpus*, que é o elemento físico, e o *animus*, que é o elemento subjetivo. A esse segundo elemento, que consiste na intenção da possuir o bem, dá-se o nome de *affectio tenendi* ou *animus possidendi*.³⁹¹

O desaparecimento desse *animus* resultava na perda da posse, ainda que a pessoa mantivesse a detenção física do bem. Observa-se, nesse caso, que o *animus tenendi* possuía a função de qualificar a posse, a fim de diferenciá-la da mera detenção.

De todo o exposto e, especialmente, da tradução do trecho de ULPIANO que trata da *affectio societatis* (Digesto, livro 17, título II, item 31), torna-se evidente que o termo *affectio societatis* foi cunhado em razão da necessidade de distinguir a *societas* de outras formas de comunhão, com as quais não se confunde, e para designar a vontade continuada do sócio de se manter associado, que, no entanto, não possui natureza diferente do simples consentimento.

5.6. A *affectio societatis* na doutrina atual

Demonstrou-se que não há consenso na doutrina quanto aos elementos específicos do contrato de sociedade (4.2, *supra*).

De um lado, BULGARELLI,³⁹² REQUIÃO,³⁹³ COELHO,³⁹⁴ ESTRELLA³⁹⁵ e GEVAERD³⁹⁶ – para citar apenas alguns – arrolam-na como um dos elementos específicos do contrato de sociedade. De outro, negam essa condição tantos outros,

³⁹⁰ MEIRA, Rafael Correia de. **Curso de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 167.

³⁹¹ *Idem*, p. 167.

³⁹² BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades...** *Op. cit.*, p. 98.

³⁹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 452.

³⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual...** *Op. cit.*, p. 164/165.

³⁹⁵ ESTRELLA, Ernani. **Curso...** *Op. cit.*, p. 279/280.

³⁹⁶ GEVAERD, Jair. **Direito societário: teoria e prática da função – vol. 2**. Curitiba: Gênese, 2001, p. 320.

como FRANÇA,³⁹⁷ GONÇALVES NETO,³⁹⁸ PENTEADO,³⁹⁹ SELEME⁴⁰⁰ e NUNES⁴⁰¹, por uma série de razões que serão analisadas (5.8, *infra*).

Antes de responder à pergunta que intitula a presente dissertação, é necessário investigar de que forma a *affectio societatis* é compreendida pelos doutrinadores que defendem sua atual existência como um dos elementos específicos do contrato de sociedade, a fim de tentar buscar um conceito único.

BULGARELLI destaca a *affectio societatis* como um dos elementos específicos do contrato de sociedade, porém não desconhece a existência de inúmeros críticos, que a consideram o simples consenso necessário e constante de qualquer contrato. Assinala o comercialista, no entanto, que o consenso necessário para a formação de uma sociedade não se compara ao simples consenso formal, que em muitos casos pode até mesmo ser suprido pelo silêncio. A *affectio societatis* revela, além de uma declaração de vontade formal e expressa, uma “*intensidade maior, um plus, em relação às dos demais contratos*”. Segundo a concepção do autor, a *affectio societatis* não pressupõe apenas a vontade de ingressar na sociedade, mas também de participar na comunhão do escopo comum, estando presente inclusive nas sociedades de capital, ainda que de forma atenuada.⁴⁰²

CARVALHO DE MENDONÇA prefere substituir a *affectio societatis* pela vontade dos sócios de “*cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade*”.⁴⁰³ BULGARELLI ressalta, no entanto, que o conceito preferido por CARVALHO DE MENDONÇA não modifica a essência da *affectio societatis*, mas reforça sua existência.⁴⁰⁴

BULGARELLI concorda com a conclusão a que chega MACHADO, quando defende a importância da *affectio societatis* não apenas para diferenciar a sociedade

³⁹⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio... Op. cit.*

³⁹⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito... Op. cit.*, p. 417.

³⁹⁹ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução... GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito... Op. cit.*, p. 280., p. 279/280.

⁴⁰⁰ SELEME, Sérgio. *Affectio societatis ainda hoje? In: Cadernos jurídicos*, n. 21, agosto de 2011, editado juntamente o Jornal da OAB/PR, 2011, p. 1.

⁴⁰¹ NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. *Dissolução parcial... Op. cit.*, p. 112.

⁴⁰² BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades... Op. cit.*, p. 96/97.

⁴⁰³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado... vol. 3. Op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades... Op. cit.*, p. 97.

de outros contratos, mas também prestar importante auxílio na caracterização das diferentes espécies societárias.⁴⁰⁵

O segundo comercialista do qual se extrai a lição de que a *affectio societatis* seria um elemento essencial do contrato de sociedade é REQUIÃO. O autor reconhece que a doutrina moderna tem procurado desvendar o verdadeiro significado da expressão, não encontrando um consenso. Destaca a obra de importantes professores estrangeiros, como PAUL PIC, para quem a *affectio societatis* consiste na vontade bem determinada, de todos os sócios, de cooperar ativamente em vista de um fim comum.⁴⁰⁶

Tratando do antigo Código Comercial, REQUIÃO assinala que a *affectio societatis* é “*altamente útil na vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contratos, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida*”. O conceito teria aplicação, assim, para avaliar o elemento intencional dos contratantes, ou seja, se a intenção dos contratantes é realmente a intenção de “*unir esforços para obter resultados comuns*”, o que demonstraria a existência de contrato de sociedade. Esse seria – diz o autor – a concepção adotada pelo Código Comercial quando enumerava, no artigo 305,⁴⁰⁷ os fatos aparentes que exteriorizam a intenção de formar sociedade.⁴⁰⁸ O dispositivo não encontra correspondência no atual Código Civil.

A antiga expressão romana também é tratada por COELHO. Segundo o autor, a *affectio societatis* é pressuposto que “*diz respeito à disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade empresária, de lucrar ou suportar*

⁴⁰⁵ *Idem.*

⁴⁰⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 459.

⁴⁰⁷ O artigo 305 do Código Comercial de 1850 possuía a seguinte redação: “*Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 - Negociação promíscua e comum. 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública. 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9 - O uso de nome com a adição - e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (artigo nº. 316)*”. O Código Civil de 2002 não apresentou um rol de atos que configuram a existência de sociedade, porém ao tratar da sociedade em comum estipulou, no artigo 987, que terceiros podem comprovar a sua existência por qualquer meio: “Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”.

⁴⁰⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 460.

prejuízo em decorrência do negócio comum". Sem essa disposição ou ânimo – afirma o autor – “*não haverá a própria conjugação de esforços indispensáveis à criação e desenvolvimento do ente coletivo*”.⁴⁰⁹

ESTRELLA também participa do grupo que aponta a *affectio societatis* como um dos elementos específicos do contrato de sociedade. Não obstante reconheça que “*carece, a referida expressão, de vigor e limpidez bastante para conter em si, com exclusividade, o fulcro do nexus societatis*”, ele a considera fundamental para distinguir a sociedade de outros negócios jurídicos, como, por exemplo, de um simples empréstimo acompanhado de cláusula de participação, em que também é possível identificar a intenção das partes de auferir lucros.⁴¹⁰

Para AMADOR PAES DE ALMEIDA é imprescindível a existência da *affectio societatis* nas sociedades de pessoas, já que ela é fundada no mais estreito relacionamento entre as pessoas dos sócios (forma-se com base nas qualidades pessoais dos sócios). A sua aplicação impede, também, a livre transferência de quotas, já que os estranhos interessados em ingressar na sociedade deverão ter a afinidade necessária com os sócios que permanecem, para que sejam admitidos no quadro societário. Isso faz com que a cessão de quotas ocorra somente quando caracterizada a *affectio societatis* entre os sócios que remanescem e o que ingressa na sociedade em substituição a outro que se retira.⁴¹¹

A partir das concepções de PAUL PIC e CARVALHO DE MENDONÇA, ESTRELLA conclui que a *affectio societatis* é, em última análise, “o meio de que se utilizam os sócios para *alcançar o objetivo que os uniu, isto é, percepção de lucros, a serem distribuídos entre todos*”, ficando todos eles “*sujeitos às perdas, que são, afinal, lógica contrapartida dos ganhos*”.⁴¹² Dessa forma, a *affectio societatis* seria justamente a comunhão das partes nos lucros e nas perdas.

Uma análise um pouco mais aprofundada e com viés diferenciado dos demais autores é realizada por GEVAERD, ao tratar dos denominados “*princípios que presidem o estabelecimento da instituição societária*”,⁴¹³ dentre os quais inclui a *affectio societatis*. A exemplo dos demais doutrinadores, GEVAERD reconhece que a

⁴⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual...** *Op. cit.*, p. 164/165.

⁴¹⁰ ESTRELLA, Ernani. **Curso...** *Op. cit.*, p. 279/280.

⁴¹¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual...** *Op. cit.*, p. 31 e segs.

⁴¹² ESTRELLA, Ernani. **Curso...** *Op. cit.*, p. 280.

⁴¹³ GEVAERD, Jair. **Direito...** **vol. 2.** *Op. cit.*, p. 299.

expressão é pouco compreendida. No entanto, ressalva que essa falta de compreensão não se justifica, pois a complexidade que a identificação da *affectio societatis* sugere é inexistente.⁴¹⁴

O autor defende que a *affectio societatis* nasce da vontade consciente dos sócios, porém se manifesta de forma objetiva no mundo natural, através dos atos enumerados no artigo 305 do Código Comercial.⁴¹⁵ Em outras palavras, “*haverá affectio societatis (...) se houver instituição societária empresarial funcionando, nos modelos descritos pela norma inscrita no art. 305 CCom, cuja essencialidade no respectivo sistema obriga a recorrentes citações*”.⁴¹⁶

Assim, na peculiar visão de GEVAERD, a *affectio societatis* é causa do negócio societário, que se materializa pela instituição do patrimônio autônomo.⁴¹⁷

Em resumo, pode-se concluir que a doutrina moderna não chegou a um consenso sobre o verdadeiro significado da expressão latina. Há vários conceitos recorrentes que, entretanto, não formam uma unidade: para uns, a *affectio societatis* é uma espécie qualificada de consentimento.⁴¹⁸ Para outros, consiste na simples união de esforços para uma finalidade comum,⁴¹⁹ ou, de forma mais acentuada, a cooperação ativa para alcançar essa finalidade, colocando-se em condição de igualdade com os demais sócios,⁴²⁰ ou, ainda, essa comunhão de esforços se liga à disposição do sócio de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência do negócio comum.⁴²¹ Há, por fim, aqueles que criam conceitos únicos,⁴²² e outros que parecem confundir a *affectio societatis* com o caráter *intuitu personae* das sociedades de pessoas, que será tratado adiante.⁴²³

Os autores mencionados não apontam a existência de dispositivo legal no qual a *affectio societatis* esteja expressamente referida. Em uma análise do Código Civil, poder-se-ia argumentar, por exemplo, que essa característica estivesse suben-

⁴¹⁴ *Idem*, p. 300.

⁴¹⁵ Ver nota de rodapé n. 407, *supra*.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 320.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 323.

⁴¹⁸ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades...** *Op. cit.*, p. 96/97.

⁴¹⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso...** *Op. cit.*, p. 460.

⁴²⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado... vol. 3.** *Op. cit.*, p. 23.

⁴²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual...** *Op. cit.*, p. 164/165.

⁴²² GEVAERD, Jair. **Direito... vol. 2.** *Op. cit.*, p. 319 e seguintes.

⁴²³ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual...** *Op. cit.*, p. 31 e seguintes.

tendida nas entrelinhas do artigo 1.029, que permite a retirada nas sociedades celebradas por prazo indeterminado, mediante simples vontade do sócio, manifestada através de notificação, ou no artigo 1.057, que trata do direito de preferência na aquisição de cotas. Entretanto, esses dispositivos parecem apenas refletir o caráter *intuitu personae* das sociedades que disciplinam.

Admitindo que a *affectio societatis* seja elemento específico do ato constitutivo da sociedade, poder-se-ia tentar identificá-la no artigo 981, que trata especificamente do contrato de sociedade, nos seguintes termos: “*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*”. Mais uma vez, no entanto, não parece ser possível extrair o conceito a partir do texto legal, que se refere à contribuição dos sócios e à partilha dos resultados. Ambas as características são elementos específicos do contrato de sociedade que, segundo os próprios autores que defendem a existência da *affectio societatis*, não se confundiriam com ela.

Em obra elaborada sob a coordenação de RICARDO FIÚZA, relator na Câmara dos Deputados do projeto de lei que deu origem ao novo Código Civil, formula-se o seguinte comentário sobre o artigo 981:

“Três são os elementos essenciais da sociedade definidos por este art. 981: 1) a reunião de recursos, sob a forma de capital ou trabalho, com cada sócio colaborando na sua formação; 2) o exercício em comum da atividade produtiva; 3) a partilha ou divisão dos resultados econômicos da exploração da empresa”.⁴²⁴

Nem aí se detecta a existência de algum elemento por trás da redação do artigo 981 do Código Civil, que possa sugerir que a *affectio societatis* seja um dos elementos específicos do contrato.

5.7. O conceito adotado pela jurisprudência

Também os tribunais pátrios não chegaram a um consenso sobre a existência e o significado da *affectio societatis*. Na verdade, parece não haver grande preo-

⁴²⁴ FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 904.

cupação em conceituar este que seria, segundo algumas decisões, elemento específico do contrato de sociedade.

O problema se agrava na medida em que, uma vez tomado como elemento específico do contrato de sociedade, o desaparecimento da *affectio societatis* – seja qual for o significado que se dê a expressão – autoriza o pedido de retirada imotivado do sócio e a consequente dissolução parcial do vínculo societário.

Os tribunais não têm aplicado esse entendimento somente às sociedades de pessoas, mas também às sociedades por ações fechadas, que, segundo alegam, podem ter caráter pessoal mais acentuado do que a sua natureza capitalista. Esse entendimento conduz a decisões como a que se observa abaixo:

“DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DE DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. SÓCIOS MINORITÁRIOS. POSSIBILIDADE. Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião. O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial”.⁴²⁵

De outro lado, recentíssimas decisões parecem ter atentado para o fato de que a *affectio societatis* não pode ser adotada como único fundamento para o requerimento de dissolução societária. Nesse sentido, o voto da eminente ministra NANCY ANDRIGHI, com a seguinte ementa:

“CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. INSUFICIÊNCIA.

⁴²⁵ Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 111.294/PR, Relator Ministro CASTRO FILHO, 2ª Seção, negado provimento por maioria, publicado em 10/9/07, disponível em www.stj.jus.br, acesso em 25/1/13.

(...)

5. Para exclusão judicial de sócio, não basta a alegação de quebra da *affectio societatis*, mas a demonstração de justa causa, ou seja, dos motivos que ocasionaram essa quebra”.⁴²⁶

As decisões acima ilustram o cenário de insegurança jurídica que se impõe aos sócios. Diante de um desacordo qualquer, um dos sócios pode tentar se retirar da sociedade ao argumento de que não há mais a indispensável *affectio societatis*, e sua pretensão poderá ser julgada procedente – ainda que, à toda evidência, não exista consenso quanto ao que vem a ser a *affectio societatis*.

Não sendo possível determinar o que é exatamente a *affectio societatis*, e admitindo-se que seja um elemento específico do contrato de sociedade, confere-se ao magistrado o poder de decidir da forma que lhe aprouver, bastando declarar que o fato demonstrado pelo autor comprova o desaparecimento do mencionado requisito e, conseqüentemente, autoriza a dissolução parcial.

É o que bem esclarece NUNES:

“Todavia, tal constatação era desprezada antes da vigência do atual CC, pois a grande maioria dos julgados do STJ aceitava (e ainda aceita, diga-se a bem da verdade) a exclusão do sócio por simples desarmonia com os demais, veiculando a expressão ruptura da *affectio societatis* como exato sinônimo de justa causa; fazendo com que, portanto, a necessária cause se tornasse, por assim dizer, vazia, fluida e indene a um controle judicial efetivo, não sendo, na quase totalidade dos casos, justa”.⁴²⁷

Como se observa, a equiparação da *affectio societatis* com a justa causa pode gerar distorções graves, permitindo ao magistrado tomar como causa da dissolução um conceito vazio, sem qualquer significado, e por isso incapaz de ser submetido a um efetivo controle judicial.

⁴²⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.129.222/PR, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, negado provimento por unanimidade, publicado em 1/8/13, disponível em www.stj.jus.br, acesso em 25/1/13.

⁴²⁷ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Dissolução parcial...** *Op. cit.*, p. 112.

5.8. *Affectio societatis*: elemento específico do contrato de sociedade?

Delineado o panorama atual do contrato de sociedade e compreendido, na medida do possível, o verdadeiro significado da expressão *affectio societatis*, é chegado o momento analisar se ela constitui ou não um elemento específico do contrato de sociedade.

A pesquisa até aqui realizada sugere uma resposta negativa, pelas diversas razões que se passa a analisar.

5.8.1. A imprecisão da expressão

A partir da leitura do texto em latim (5.1, *supra*), torna-se muito evidente que a expressão fora originalmente adotada com o objetivo de distinguir a *societas* da mera propriedade em comum. Naturalmente, por ser a *societas* um dos contratos consensuais do direito romano,⁴²⁸ era necessário que os sócios manifestassem de alguma forma a vontade de constituí-la.

A *affectio societatis* é justamente essa manifestação de vontade, podendo ser traduzida literalmente como a intenção, o ânimo, a vontade de constituir uma sociedade.⁴²⁹ ARANGIO-RUIZ defendeu que essa vontade não se confunde com o consenso, que é instantâneo, pois demanda uma vontade continuada, ou seja, a manutenção desse consenso durante a existência do ente societário.⁴³⁰ Observou, também, que não há oposição entre a *affectio societatis* e o requisito do consenso instantâneo, que é comum a todos os contratos consensuais do direito romano. Segundo professor italiano, a necessária continuidade do estado de ânimo favorável à sociedade não afasta a existência de um momento inicial no qual a vontade se encontra para unir as partes em sociedade.⁴³¹

Essa vontade continuada possuía relevância para os romanos, que desconheciam o contrato plurilateral, a personalidade jurídica e as grandes corporações.

⁴²⁸ GAIO, *Institutas*, III, 135: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*”. Em tradução livre: “O mero consenso cria um contrato de compra e venda, locação, sociedade e mandato”.

⁴²⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis... Op. cit.*, p. 137.

⁴³⁰ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società... Op. cit.*, p. 64/65.

⁴³¹ *Idem*, p. 66/67.

No entanto, ela perdeu a razão de existir no contexto das sociedades atuais, que, aliás, pouco se assemelham as *societas*, estando muito mais próximas dos tipos societários adotados na Idade Média.⁴³²

A tradução literal da expressão latina conduz a uma tautologia: o atual contrato de sociedade teria como um dos requisitos essenciais a vontade, o ânimo, a intenção de constituir sociedade. A expressão se torna totalmente inócua, podendo ser empregada, com os mesmos resultados, em qualquer espécie de contrato que contenha obrigação de execução sucessiva.⁴³³

O esquecimento do significado original da expressão, o distanciamento das sociedades atuais da antiga *societas* e, nas palavras de FRANÇA e ADAMEK, a existência de “*certo imobilismo intelectual, que presta reverência ao conceito de origem romana*”,⁴³⁴ levaram ao estado atual da discussão, marcada pela falta de consenso e ausência de precisão.

Tudo isso permitiu que magistrados menos atentos passassem a invocar a *affectio societatis* de forma acrítica, com o objetivo de fundamentar as mais variadas decisões relacionadas à dissolução de sociedades *latu sensu*.⁴³⁵ Como se demonstrou (5.7, *supra*), a aplicação do conceito resulta em grave insegurança jurídica para aqueles que exercem a empresa coletiva – não apenas em razão da incerteza sobre o resultado de eventual ação de dissolução, mas também porque, em tais casos, observa-se “*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*”.⁴³⁶ A questão é relevantíssima, pois é notório que tais decisões geram impacto econômico que atinge grande número de pessoas, justificando, inclusive, a análise dos direitos e deveres dos sócios a partir de uma perspectiva das externalidades.⁴³⁷

⁴³² FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 32.

⁴³³ Assim, por exemplo, o contrato de locação, em que o locador mantém a intenção de ceder o imóvel em locação, e o locatário mantém a intenção de tomá-lo.

⁴³⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis...* *Op. cit.*, p. 133.

⁴³⁵ Aqui entendida como retirada ou exclusão. (GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. **Lições...** *Op. cit.*, p. 277).

⁴³⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis...* *Op. cit.*, p. 137.

⁴³⁷ Sobre externalidades e o seu uso como premissa para a interpretação dos negócios societários, ver a interessante obra de RIBEIRO e GALESKI JUNIOR (**Teoria...** *Op. cit.*, p. 100 e 172/183).

Apesar dos esforços da doutrina brasileira, não se desenvolveu um conceito ou, quando menos, uma ideia central da qual se possa extrair o verdadeiro significado desse suposto elemento específico do contrato de sociedade. Segundo apontam FRANÇA e ADAMEK, também não é possível socorrer-se da doutrina estrangeira, pois “*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, Espanha ou Portugal*” e “*completamente abandonada na Alemanha e na Suíça, onde, evidentemente, as sociedades são conhecidas e, à toda evidência, não deixam de existir*”.^{438, 439.}

FRANÇA e ADAMEK apontam que o conceito ainda possui certa aceitação na doutrina francesa, porém mesmo lá os autores salientam a sua ambiguidade e tentam apontar alternativas.⁴⁴⁰

Realmente, uma das críticas mais ácidas partiu da família de comercialistas COPPER-ROYER, para quem a *affectio societatis* é um conceito que nos legou o direito romano “*e que os juristas desatentos gostam de manejar imprudentemente, dissimulando com maior ou menor êxito, na redundância das formas de um direito remoto, um cruel desconhecimento de princípios*”.⁴⁴¹

Depois de afirmar que a *affectio societatis* “*corresponde inegavelmente à noção de consentimento*”, os COPPER-ROYER se perguntam: “*Quais são as características que deve ter esse consentimento para que se lhe possa atribuir o valor de affectio societatis?*”. Em resposta, concluem que “*cada tipo societário obedece a regras próprias, e é segundo essas regras específicas que se deve formar o animus societatis necessário para a constituição de sociedade*”.⁴⁴²

⁴³⁸ Os autores mencionam os italianos GIUSEPPE FERRI, GIUSEPPE AULETTA, NICCOLÒ SALANITRO e FRANCESCO GALGANO, os espanhóis JOAQUÍN GARRIGUES e MANUEL BROSETA PONT e os portugueses ANTÔNIO PEREIRA DE ALMEIDA e JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis... Op. cit.*, p. 135).

⁴³⁹ Cite-se, pela relevância do autor, que a *affectio societatis* não é mencionada no “*Corso de diritto commerciale*” de TULLIO ASCARELLI (3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962).

⁴⁴⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis... Op. cit.*, 2009, p. 135.

⁴⁴¹ COPPER-ROYER, Eddy; COPPER-ROYER, Jacques; COPPER-ROYER, Jean. **Traité des Sociétés, tomo 2, n. 1.** Paris: Recueil Sirey, 1939, p. 627/636, *apud* GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário.** 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 48.

⁴⁴² COPPER-ROYER, Eddy; COPPER-ROYER, Jacques; COPPER-ROYER, Jean. **Traité Op. cit.**, p. 627.

Resta muito claro, portanto, que grande parte da doutrina estrangeira – especialmente os italianos, que inspiraram o nosso moderno direito de empresa – ignora o conceito, o que deveria ser suficiente para revelar a sua inutilidade. Mesmo dentre aqueles que insistem em adotá-lo como elemento específico do contrato de sociedade – especialmente os brasileiros e franceses –, há muitos que apontam a ambiguidade do conceito.⁴⁴³

5.8.2. A *affectio societatis* não é uma forma qualificada de consentimento

Dentre os vários doutrinadores que pretendem desvendar o significado da expressão latina, destacam-se REQUIÃO⁴⁴⁴ e BULGARELLI,⁴⁴⁵ que veem na *affectio societatis* não apenas uma vontade de ingressar na sociedade, mas especialmente de participar da comunhão de um esforço comum.

De forma semelhante, CARVALHO DE MENDONÇA⁴⁴⁶ e TOMAZETTE⁴⁴⁷ referem-se à vontade de cooperação entre os sócios, o que, em essência, não é diferente, pois apenas reforça a ideia da comunhão de esforços.

Todos esses autores parecem confundir a *affectio societatis* com o objeto ou causa do ato constitutivo da sociedade, que, como visto (4.1.2, *supra*), corresponde à contribuição dos sócios (de forma ampla, não englobando apenas a contribuição para o capital social) e não se confunde com o objeto da própria sociedade, que corresponde ao conjunto de atividades que ela exercerá.⁴⁴⁸

⁴⁴³ No Brasil, a ambiguidade do conceito é apontada por CARVALHO DE MENDONÇA, que adota em seu lugar a ideia de cooperar ativamente para o resultado da sociedade, reunindo capitais e colocando-se em grau de igualdade (**Tratado... vol. 3. Op. cit.**, p. 23) e JOÃO EUNÁPIO BORGES, que prefere substituí-lo pelo conceito de *ligabilidad*, assim entendido como a união de várias pessoas para a exploração de um negócio, assumindo responsabilidade direta perante terceiros (BORGES, João Eunápio. **Curso... Op. cit.**, p. 242). Em Portugal, as críticas partem de JOSÉ TAVARES, para quem a *affectio societatis* “não carece de ser individualmente mencionada, por estar compreendida nas condições gerais e essenciais dos contratos” (TAVARES, José. **Sociedades... Op. cit.**, p. 22). Dentre os franceses que salientam a ambiguidade da *affectio societatis* estão YVES GUYON e MAURICE COZIAN, ALAIN VIANDIER e FLORENCE DEBOISSY (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis... Op. cit.*, p. 135).

⁴⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso... Op. cit.**, p. 460.

⁴⁴⁵ BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades... Op. cit.**, p. 96/97.

⁴⁴⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado... vol. 3. Op. cit.**, p. 23.

⁴⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Direito... Op. cit.**, p. 42.

⁴⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Direito... Op. cit.**, p. 35.

Ao defender que a *affectio societatis* corresponde à vontade de participar da comunhão de um esforço comum ou de cooperar com os demais sócios, os doutrinadores citados parecem querer transformar a prestação dos sócios, que é precisamente o objeto do ato constitutivo, em um elemento subjetivo, qual seja, a vontade de participar ou cooperar ativamente na sociedade.

Essa confusão não passou despercebida por FRANÇA e ADAMEK, que a expuseram na seguinte lição:

“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, 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”.⁴⁴⁹

De fato, segundo esclarece FURTADO, o objeto do contrato de sociedade é “o complexo de estipulações ou cláusulas que o compõe, fixando o seu alcance jurídico”.⁴⁵⁰ Como demonstrado (4.1.2, *supra*), é a partir do objeto social que se analisa o âmbito de atuação da sociedade e dos seus respectivos sócios, bem como os limites dos negócios que podem ser praticados.⁴⁵¹

Portanto, ao defender que a *affectio societatis* é elemento fundamental do contrato de sociedade, e caracterizá-la como a vontade de participar da comunhão ou a vontade de cooperação comum, confunde-se a expressão arcaica com o objeto ou causa do contrato de sociedade.

Poder-se-ia argumentar que, nos contratos em geral, a causa não é relevante, pois há muito deixou de ser elemento essencial do negócio jurídico. Entretanto, isso não se aplica aos contratos de sociedade, que, segundo a valiosa lição de ASCARELLI, são marcados pelo fato de que “os interesses contrastantes de várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum”.⁴⁵²

⁴⁴⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis... Op. cit.*, p. 140.

⁴⁵⁰ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Curso... Op. cit.*, p. 194.

⁴⁵¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito... Op. cit.*, p. 37/38.

⁴⁵² ASCARELLI, Tullio. *Problemas... Op. cit.*, p. 271.

Essa comunhão de finalidade não deixa de ser uma simples manifestação do consentimento, tal como se revela em outros tipos de contratos de duração e colaboração.⁴⁵³ Aliás, demonstrou-se que até mesmo para os romanos *affectio societatis* não possuía natureza diferente do simples consentimento, diferenciando-se dele pelo simples fato de ser vontade continuada, e não pontual (item 5.2, *supra*).⁴⁵⁴

ASCARELLI foi bastante preciso ao demonstrar que o contrato de sociedade não se particulariza em razão de um consentimento especial, mas pela finalidade comum dos seus contratantes, tanto que “o conceito de ‘fim ou escopo’ adquire assim, nos contratos plurilaterais, a sua autonomia”. O fim ou escopo deixa o campo dos motivos para se tornar um elemento juridicamente relevante: constitui-se o elemento comum, unificador das várias adesões, delimitando os direitos e deveres das partes.⁴⁵⁵

Outra evidência de que a *affectio societatis* corresponde ao consentimento e não pode ser confundida com o objeto do ato constitutivo da sociedade é o fato de que seu uso não se limitava a *societas*. Demonstrou-se que a *affectio maritalis* também era, para os romanos, uma espécie de consentimento continuado, indispensável para a manutenção do casamento (5.5, *supra*).

Demonstrou-se também que a existência desse requisito se justificava pelo fato de que o casamento era acima de tudo um fato social, e que eventuais formalidades não estavam relacionadas ao direito, mas aos costumes da família.⁴⁵⁶ O simples consentimento, somado à sujeição da mulher ao marido (o que se concretizava com a sua entrada no lar), era suficiente para caracterizar o matrimônio.

Vê-se, portanto, que a *affectio societatis* como um estado de ânimo continuado não era exclusivo da *societas*, nem era fundamentalmente diferente do simples consentimento. Estava presente em outros institutos, especialmente no matrimônio, e a exigência de que fosse manifestado de forma continuada decorria naturalmente das características que a *societas* possuía.

Ao contrário do que ocorria na *societas*, que se extinguia mediante o simples desaparecimento do consentimento de um dos sócios, as sociedades atuais obede-

⁴⁵³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis...* *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁵⁴ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società...* *Op. cit.*, p. 66/67.

⁴⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. *Problemas...* *Op. cit.*, p. 271.

⁴⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “affectio maritalis”...** *Op. cit.* Acessado em 20/1/13.

cem a regras específicas de dissolução. Até mesmo as sociedades simples, em nome coletivo e em comandita simples, para as quais se aplica o artigo 1.029 do Código Civil, não se extinguem pelo simples desaparecimento da vontade do sócio, ainda que celebradas por tempo indeterminado. É preciso que o sócio notifique todos os demais, manifestando expressamente a vontade de se retirar da sociedade (5.4, *supra*). Não há pura e simples extinção, como ocorria na *societas* (2.3.2, *supra*), sendo necessário proceder à dissolução da sociedade.

Outra diferença fundamental reside no fato de que, em regra, a *societas* não possuía personalidade jurídica nem patrimônio próprio. Era criada pelo simples consenso e os sócios se obrigavam pessoalmente perante terceiros, trazendo aos demais sócios os lucros ou perdas das operações que realizassem (5.4, *supra*). No direito atual, de outro lado, as sociedades possuem personalidade e patrimônio próprio. Quando menos, ainda que sejam despersonalizadas, constituem um “*centro de imputação subjetiva distinto dos seus sócios*”,⁴⁵⁷ ou seja, não se confundem com os sócios. O desaparecimento do consenso que gerou o ente societário não implica o seu imediato desaparecimento, ainda mais se se tratar de sociedade personificada, com patrimônio próprio.

A legislação atual também não permite a livre exclusão do sócio pela simples alegação de que houve quebra da *affectio societatis*. A exclusão só é possível nas hipóteses em que houver previsão contratual e justa causa, devendo ser concedido o direito de defesa para o sócio. Na lógica do contrato de *societas* romano, a exclusão não era sequer necessária, pois o desaparecimento da vontade resultava na sua imediata extinção.

Portanto, diante da autonomia patrimonial e da atual construção jurídica em torno do contrato de sociedade, não há mais razão para erigir a *affectio societatis* como um dos elementos constitutivos do contrato de sociedade. A legislação atual exige apenas o consentimento inicial, o qual pode desaparecer no curso do contrato sem causar a extinção imediata da sociedade, como ocorria no direito romano.

⁴⁵⁷ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade...** *Op. cit.*, p. 31.

5.8.3. A *affectio societatis* não se confunde com o caráter *intuitus personae* ou com a *justa causa*

Ao tratar das decisões judiciais que consideram a *affectio societatis* um dos elementos constitutivos do contrato de sociedade, mencionou-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro CASTRO FILHO, em que se afirma que a Segunda Seção daquela corte adotou entendimento de que o desaparecimento desse elemento autoriza a dissolução da sociedade anônima familiar (5.7, *supra*).

A leitura do voto condutor demonstra evidente confusão entre a *affectio societatis* e o caráter *intuitus personae* que, segundo apontou o relator, pode-se observar em determinadas sociedades por ações fechadas. Também há, no mesmo voto, a tendência de admitir a expressão latina como sinônimo de *justa causa*.

Como bem esclarece RIBEIRO, deve-se entender por *intuitus personae* em sociedade comercial “a união íntima dos sócios em razão da confiança mútua e finalidades comuns”, representando, assim, a “consideração da pessoa do sócio, quer em relação à sociedade ou aos demais sócios”. Explica o autor, ainda, que esse caráter pessoal da relação entre os sócios tem origem no direito romano, mais especificamente na *societas*, que se formou a partir do *consortium erecto non cito*, formado pelos herdeiros para a exploração comum do patrimônio do falecido.⁴⁵⁸

É muito evidente, assim, que a *affectio societatis* não se confunde com o caráter *intuitus personae*, verificado geralmente nas sociedades limitadas e, em alguns casos, nas anônimas fechadas. O fato de determinada sociedade anônima possuir em seu quadro societário pessoas que guardam relação íntima entre si, por exemplo, não justifica a possibilidade de decretação de sua dissolução, nem revela inequivocamente a existência de *affectio societatis*, que, de resto, não é elemento constitutivo do contrato de sociedade hodierno.

⁴⁵⁸ RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão... de sócios nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 46. A afirmação de que o caráter pessoal entre os sócios decorre da origem das sociedades no direito romano não se sustenta. É que, como se demonstrou, as sociedades atuais praticamente não possuem relação com as *societas*, tendo sido influenciadas, na verdade, por experiências medievais.

5.8.4. A *affectio societatis* não é elemento específico do contrato de sociedade

Parte da doutrina tem apresentado, há algum tempo, o parecer fundamentado de que a *affectio societatis* não persiste como um dos elementos específicos do contrato de sociedade.

Uma das mais antigas críticas da doutrina brasileira partiu de JOÃO EUNÁPIO BORGES, que há mais de cinquenta anos tratou da questão de forma precisa: analisando diretamente as fontes romanas, e embasado na importante obra de ARANGIO-RUIZ, o comercialista concluiu que a palavra *affectio* foi utilizada em todos os institutos fundados sobre um ânimo continuativo (posse, matrimônio e sociedade), a fim de substituir a palavra *consensus* por outra mais eficaz e mais rica em conteúdo.⁴⁵⁹

O comercialista conclui, de forma simples, porém precisa, que não há mais sentido em sustentar a contraposição entre *affectio* e *consensus* no direito moderno:

“Essa pequena digressão no campo do direito romano é somente para dizer que para a sociedade moderna, dotada de personalidade jurídica e que, salvo quando contratada por tempo indeterminado, 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 cessada, punha fim à *societas*”.⁴⁶⁰

De fato, a lição não poderia ser mais precisa. A *affectio societatis* simplesmente não é elemento que, desaparecendo durante a execução do contrato, possa determinar a extinção da sociedade. Esse fato era certamente diferente na *societas* romana, porém, como se demonstrou neste breve trabalho, as *societas* são fundamentalmente diferentes das sociedades atuais, até porque a conexão histórica entre uma e outra é muito remota.

⁴⁵⁹ BORGES, João Eunápio. *Curso... Op. cit.*, p. 242.

⁴⁶⁰ *Idem.*

Reforça essa conclusão ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, para quem “a conexão das atuais sociedades faz-se, contudo, com as experiências medievais e não de modo direto, com as romanas”. O jurista afirma, também, que “não era, aliás, função da *societas* criar um ente novo, diferente dos contratos nem, sobretudo, providenciar complexas organizações, onde seriam congregados os esforços de centenas ou milhares de pessoas”.⁴⁶¹

Para SZTAJN, a *societas* romana não está relacionada com as sociedades comerciais atuais. Estas teriam surgido somente na Idade Média, a partir dos usos e costumes, especialmente a prática que se estabeleceu entre os herdeiros de comerciantes de manterem a atividade exercida pelo falecido.⁴⁶²

Da mesma forma argumenta CORDEIRO, para quem as sociedades atuais decorrem diretamente das sociedades de *commenda* e, especialmente, das grandes corporações.⁴⁶³

Importante destacar, também, os argumentos de GONÇALVES NETO, que nega por completo que a *affectio societatis* seja um dos elementos constitutivos do contrato de sociedade moderno:

“Aponta-se, também, como pressuposto do ato constitutivo de sociedade a chamada *affectio societatis*, que significaria a intenção de atuar em sociedade ou de participar de sociedades para a realização do empreendimento comum. (...)

Contudo, a *affectio societatis*, no meu modo de ver atual, 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. Só por motivo justo, devidamente caracterizado, permite a exclusão de sócio; e por motivo justo há de se entender aquele que está a afetar a vida em sociedade. O sócio prestador de capital, sem participar da administração, não interfere na vida social e não pode ser desligado da sociedade pela só vontade da maio-

⁴⁶¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito das sociedades, vol. 1, n. 6.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51, *apud* FRANÇA, Erasmo Valladolid Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis... Op. cit.*, p. 142. O autor também cita, na mesma página, a obra de GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria.** Bologna: Il Mulino, 2001, p. 45 e seguintes.

⁴⁶² SZTAJN, Raquel. **Contrato de sociedade e formas societárias.** São Paulo: Saraiva, 1989, p. 24.

⁴⁶³ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de direito comercial, vol. 2.** Coimbra: Almedina, 2001, p. 18.

ria. O que havia, no sistema anterior à vigência do Código Civil de 2002 em relação às sociedades comerciais, e se mantém para as sociedades simples, é o direito de resolução unilateral do sócio em relação à sociedade, próprio das sociedades ajustadas por prazo indeterminado. Tanto é assim, que não se fala em perda da *affectio societatis* nas sociedades de prazo determinado. O querer ou não querer ficar ou permanecer vinculado a um contrato não é uma particularidade própria do ajuste societário”.⁴⁶⁴

De fato, se o desaparecimento da *affectio societatis* pudesse ser fundamento para a desvinculação do sócio, dever-se-ia que forçosamente admitir que a exclusão não dependeria de falta grave (artigos 1.030 e 1.085 do Código Civil), mas da vontade da maioria. Além disso, não haveria qualquer razão para a existência de regras que condicionam o direito de retirada dos sócios (artigos 1.029 e 1.077 do Código Civil e artigo 137 da Lei n. 6.404/1976).⁴⁶⁵

No mesmo sentido é a lição de NUNES, para quem a *affectio societatis* não é elemento essencial para a manutenção da sociedade nem para a formação de qualquer outro contrato em que não se admita o arrependimento. O doutrinador também afirma que, se admitíssemos o contrário – ou seja, que a *affectio societatis* é elemento específico do ato constitutivo da sociedade – dever-se-ia admitir, necessariamente, que os sócios em maioria poderiam excluir os detentores da minoria do capital a qualquer momento e sem qualquer motivo.⁴⁶⁶

Não é o que acontece no direito brasileiro, pois a exclusão do sócio deve seguir respeitar o procedimento legal. No caso das sociedades simples, pode-se excluir o sócio remisso, desde que assim decidam os demais sócios detentores da maioria do capital social (artigo 1.004 do Código Civil). O sócio também pode ser excluído judicialmente, mediante iniciativa dos demais, “*por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente*” (artigo 1.030). Às sociedades limitadas aplicam-se também as regras contidas no artigo 1.085, que permite a exclusão por justa causa⁴⁶⁷ do sócio que pratica atos de inegá-

⁴⁶⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições...** *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁶⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis...* *Op. cit.*, p. 143.

⁴⁶⁶ NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **Dissolução...** *Op. cit.*, p. 112.

⁴⁶⁷ GONÇALVES NETO esclarece que “Não será justa causa o desaparecimento da *affectio societatis*, porquanto essa seria causa de natureza subjetiva e inaférivel em processo judicial. Se a simples contrariedade de um sócio em conviver em sociedade com os demais fosse suficiente para romper os

vel gravidade, por deliberação de sócios que representem mais da metade do capital social, e desde que exista previsão no contrato social e seja concedido ao sócio o direito de defesa em assembleia ou reunião.

O jurista arremata, por fim, que a aplicação do conceito constitui verdadeiro atraso no estudo da dissolução das sociedades:

“Observa-se, assim, que a aplicação do conceito em exame é um verdadeiro atraso na discussão dos temas objeto deste trabalho, pois, sem prejuízo da ideia de ser o contrato de sociedade plurilateral, há um novo bem jurídico maior que se quer conservar acima de tudo (a empresa e o complexo feixe de relações jurídica que se forma a partir ou em torno dela)”.⁴⁶⁸

Não menos importantes são as considerações traçadas por SELEME em recente artigo, sintetizando os motivos pelos quais a *affectio societatis* não pode ser considerada elemento constitutivo da sociedade. O professor esclarece que, “*em verdade, sempre se utilizou, de modo assistemático e vago, a expressão latina, dando-se-lhe contornos de critério para muitos problemas societários*”. Ressalva que “*bem compreendia a ideia-motriz do conceito, em nada ela acaba por se diferenciar do consentimento*”, e que “*no direito societário, a expressão e a formação da vontade já estão superiormente explicados por outras teorias, como a do contrato plurilateral, sendo totalmente dispensável a ideia de uma espécie de consentimento especial, consubstanciado na affectio societatis*”.⁴⁶⁹

Todos esses fatos indicam que a inclusão da *affectio societatis* entre os elementos essenciais do ato constitutivo de sociedade é fruto de mera confusão. A expressão tomada pelo seu verdadeiro significado, que é a vontade continuada de permanecer em sociedade, não possui mais qualquer relevância ou utilidade para o direito societário brasileiro.

Refuta-se, por fim, o argumento de que a *affectio societatis* estaria reproduzida no artigo 1.029 do Código Civil, que autoriza o direito de retirada do sócio nos

lações sociais, não haveria sentido na distinção legal entre sociedade com e sem prazo determinado de duração para fins de exercício do direito de retirada”. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito...** *Op. cit.*, p. 279).

⁴⁶⁸ NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **Dissolução...** *Op. cit.*, p. 112.

⁴⁶⁹ SELEME, Sérgio. **Affectio societatis ainda hoje?** *In: Cadernos jurídicos*, n. 21, agosto de 2011, editado juntamente o Jornal da OAB/PR, 2011, p. 1.

casos em que a sociedade fosse celebrada por prazo indeterminado, tratando-se de mera reprodução do artigo 335, número 5, do Código Comercial.

Em momento algum a regra contida no artigo 335 do Código Comercial representou a possibilidade de o sócio requerer a dissolução da sociedade em razão de suposto desaparecimento da *affectio societatis*. Trata-se, na verdade, de simples manifestação do direito do sócio de não mais prosseguir na sociedade por prazo indeterminado, em razão do princípio que veda a vinculação eterna.

Tanto não era uma manifestação da *affectio societatis* que, para as sociedades celebradas por prazo determinado, o Código Comercial de 1850 já exigia a existência de justa causa para o pedido de dissolução, o que, aliás, foi mantido no artigo 1.029 do Código Civil. Não fosse assim, o sócio poderia requerer a dissolução também da sociedade celebrada por prazo determinado, bem como poderiam os sócios, a qualquer momento, determinar por maioria a exclusão imotivada de qualquer outro sócio com o qual tivessem perdido a *affectio societatis*.

Ainda que a *affectio societatis* venha a ser adotada em sua concepção mais antiga (ânimo continuado, que diferencia a *societas* de outras relações jurídicas), FRANÇA e ADAMEK sustentam que o conceito pode ser substituído pelo fim comum, que é a causa do contrato de sociedade.⁴⁷⁰

De fato, COMPARATO e SALOMÃO FILHO reconhecem que “a *affectio societatis* assim interpretada em nada diferencia, em nosso entender, a sociedade (pe-lo menos a regulada no Código Civil) da comunhão). Não constitui, com efeito, princípio jurídico, que a todo tempo é lícito ao condômino provocar a divisão da coisa comum (Código Civil de 2002, art. 1320)”. A distinção entre as sociedades e outras relações jurídicas deve ser buscada na natureza da causa, enquanto elemento objetivo do negócio jurídico. “Na comunhão”, explicam os doutrinadores, “é o uso e gozo em comum da coisa, sem qualquer referência a uma ulterior finalidade coletiva. Em outras palavras, a comunhão é de objeto e não dos objetivos”. Na sociedade, por outro lado, “essa comunhão de escopo é essencial”. Concluem os autores, assim, que “o acento tônico, nos negócio de comunhão, é posto nos próprios bens comuns, ao passo que, na sociedade, os bens sociais são simples instrumentos para o exer-

⁴⁷⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis...* Op. cit., p. 159/160.

cício de uma atividade, com intuito lucrativo”, sendo essa atividade econômica coletiva que constitui o objeto social.⁴⁷¹

Portanto, ainda que se resgate o seu significado original, a *affectio societatis* não é elemento específico do contrato de sociedade, nem serve para diferenciá-la de outros negócios jurídicos.

⁴⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder de controle na sociedade anônima**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 157/158.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se investigar se a *affectio societatis* é um dos elementos específicos do atual contrato de sociedade, e se persiste alguma razão para adotá-la no direito atual.

A pesquisa revelou diversas conclusões que podem ser sintetizadas objetivamente nos seguintes pontos:

1) A *affectio societatis* foi introduzida no direito romano com a finalidade de diferenciar o contrato de sociedade da mera indivisão, especialmente do antigo *consortium* formado entre os *fili familias*, que, com a morte do *pater*, herdavam de forma indivisa todos os seus bens.

2) A origem familiar da *societas* imprimiu-lhe uma feição pessoal (*intuitus personae*) que persiste até hoje em determinadas sociedades, como a maioria das sociedades limitadas e até mesmo algumas sociedades por ações fechadas.

3) Durante a Idade Média foram criados novos tipos societários, como as sociedades em nome coletivo e as sociedades de *comenda*. Tais sociedades possuíam características semelhantes a *societas* romana, pois, em regra, eram constituídas por poucos sócios, ligados por relações pessoais, e exerciam atividades pouco complexas.

4) Também na Idade Média surgiram as corporações de ofício e as primeiras companhias, com feições semelhantes às atuais sociedades de economia mista. As atuais sociedades limitadas e sociedades anônimas estão relacionadas de forma muito mais direta com as companhias da Idade Média do que com a *societas* romana. A sociedade limitada é invenção muito mais recente, oriunda do direito alemão, tendo sido fruto de uma tentativa de oferecer um modelo simplificado que garantisse a limitação da responsabilidade dos sócios e não compartilhasse da mesma complexidade das sociedades por ações.

5) A análise da evolução dos tipos societários revela que não é possível estabelecer uma origem comum para todas as sociedades hoje existentes. O surgimento de cada tipo está relacionado a fatores específicos, mais ou menos evidentes, não havendo necessária solução de continuidade de fórmulas antigas. A *affectio so-*

cietatis foi introduzida em um sistema muito diferente do atual, com o objetivo de diferenciar a *societas* das outras formas de copropriedade, como o *consortium*.

6) O ato constitutivo da sociedade, também chamado de negócio jurídico de constituição de sociedade, não se confunde com os estatutos, que regem as suas relações internas e externas. A distinção é tênue nas sociedades de pessoas, pois o ato constitutivo e as regras de regência se fundem em um só documento: o contrato social; torna-se evidente nas companhias, em que há um ato constitutivo (assembleia geral ou escritura pública) e um estatuto social que com ele não se confunde.

7) Embora grande parte da doutrina repute a teoria do contrato plurilateral de ASCARELLI como a mais adequada para explicar a natureza do ato constitutivo da sociedade, ela não é totalmente satisfatória. Não parece ser possível admitir que uma só teoria possa explicar satisfatoriamente o ato constitutivo da sociedade em todas as suas feições. A uma, porque o direito brasileiro contém duas figuras jurídicas distintas, que possuem o mesmo nome, mas têm formação diversa: a sociedade que tem como pressuposto a pluralidade de sócios e a sociedade unipessoal. A duas, porque as diversas teorias partem de diferentes pontos de observação, que representam os diversos ângulos em que se apresentam as sociedades. Cada teoria possui sua parcela de utilidade e não deve ser totalmente descartada.

8) Há consenso quanto a necessidade de o ato constitutivo da sociedade preencher os requisitos essenciais aos demais atos jurídicos, previstos no artigo 104 do Código Civil. Entretanto, não há consenso quanto os elementos específicos do contrato de sociedade. Quando muito, observa-se uma tendência de apontar quatro elementos específicos: a pluralidade de sócios, o objeto lícito, possível e determinado, a forma escrita (ou não vedada por lei) e a *affectio societatis*. Os três primeiros requisitos específicos – a pluralidade dos sócios, o objeto lícito, possível e determinado e a forma – estão previstos em lei. A *affectio societatis*, por sua vez, não possui qualquer referência explícita e, para tornar o problema ainda mais intrincado, os próprios doutrinadores que a elegem como um dos elementos específicos do contrato de sociedade não chegam a um consenso quanto ao seu verdadeiro conteúdo.

9) A expressão *affectio societatis* foi utilizada no direito romano com a função de diferenciar a *societas* de outros negócios jurídicos reconhecidos pelo direito, como o *cosortium* entre os filhos do *pater*. Esse sentido se perdeu e atualmente não há um conceito unitário na doutrina e jurisprudência. Há quem confunda a *affectio*

societatis com o caráter *intuitis personae* das sociedades ou até mesmo com a justa causa exigida pela lei para o exercício do direito de retirada. Grande parte da doutrina estrangeira ignora o conceito. Mesmo dentre aqueles que insistem em adotá-lo como elemento específico do contrato de sociedade – especialmente os brasileiros e franceses –, há muitos que apontam a ambiguidade do conceito.

10) A natureza da *affectio societatis* não é diferente da natureza do mero consentimento. Tratava-se apenas de um consenso continuado, ou seja, uma espécie de consentimento que se estende durante o tempo, e que atualmente não é necessário para a manutenção do contrato de sociedade.

11) A legislação atual não permite a livre exclusão do sócio pela simples alegação de que houve “quebra” da *affectio societatis*. O regime atual se distanciou daquele previsto no Código Comercial e no Decreto n. 3.708/1919, não permitindo a dissolução pela simples vontade do sócio. A exclusão só é possível nas hipóteses em que houver previsão contratual e justa causa, devendo ser concedido o direito de defesa para o sócio. Na lógica do contrato de *societas* romano, a exclusão não era sequer necessária, pois o desaparecimento da vontade de um dos sócios resultava na sua imediata extinção. Também não havia necessidade de liquidação, porque as *societas* não possuíam patrimônio próprio. Quando muito, adotava-se a *actio pro socio* para realizar o acerto final de contas.

12) Diante da autonomia patrimonial e da existência de uma construção jurídica sólida em torno do contrato de sociedade, não há mais razão para erigir a *affectio societatis* como um dos elementos constitutivos do contrato de sociedade. A legislação atual exige apenas o consentimento inicial, o qual pode desaparecer no curso do contrato sem causar a extinção imediata da sociedade, como ocorria no direito romano.

13) A *societas* romana não está diretamente relacionada com as sociedades comerciais atuais. As sociedades que hoje conhecemos surgiram a partir dos tipos societários adotados na Idade Média: de um lado, as pequenas sociedades evoluíram a partir dos usos e costumes, especialmente da prática que se estabeleceu entre os herdeiros de comerciantes de manterem a atividade exercida pelo falecido; as grandes corporações, por outro lado, relacionam-se com as companhias da Idade Média, cujas feições eram semelhantes às atuais sociedades de economia mista.

14) Atualmente, diante da autonomia patrimonial e da existência de uma construção jurídica sólida em torno do contrato de sociedade, não há mais razão para erigir a *affectio societatis* como um dos elementos constitutivos do contrato de sociedade. A legislação atual exige apenas o consentimento inicial, o qual pode desaparecer no curso do contrato sem causar a extinção imediata da sociedade, como ocorria no direito romano.

Essas são, em síntese, as conclusões da investigação realizada na presente dissertação.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coordenador). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.
- ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **Dissolução das sociedades**. Curitiba: JM Editora, 1999.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual de sociedades comerciais**. 13ª ed. Saraiva, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **La società in diritto romano**. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano: historia e instituciones**. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASCARELLI, Tullio. **Corso de diritto commerciale**. 3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962.
- ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Tradução de COMPARATO, Fábio Konder. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, vol. 35, n. 104, out/dez 1996.
- BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades anônimas e mercado de capitais – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- BERTOLDI, Marcelo Marco; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil – vol. 1**. 7ª tiragem da edição histórica. Rio de Janeiro: 1975.

- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- BUCKLAND, William Warwick. **A text-book of roman law: from Augustus to Justinian**. Cambridge: University Press, 1921, p. 507. Livro digital disponível em http://openlibrary.org/books/OL7236746M/A_text-book_of_Roman_law_from_Augustus_to_Justinian.
- BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1985.
- CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O empresário de responsabilidade ilimitada**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro – vol. 3**. 7ª ed. São Paulo: Freitas de Bastos, 1963.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro – vol. 2, t. 2**. Campinas: Bookseller, 2001.
- CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- COASE, Ronald Harry. **The nature of the firm**. Revista *Economica*, nova série, vol. 4, edição 16, novembro de 1937, p. 386/405. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x/pdf>. Acessado em 7/1/13.
- COASE, Ronald Harry. **The problem of social cost**. *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, outubro de 1960, p. 1/44. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/724810>. Acessado em 8/1/13.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, vol. 2**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Poder de controle na sociedade anônima**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 157/158.
- COPPER-ROYER, Eddy, Jacques e Jean. **Traité des Sociétés, tomo 2, n. 1**. Paris: Recueil Sirey, 1939.

- CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial, vol. 2.** Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA. **Storia del Diritto romano privato.** 2ª ed. p. 381, *apud* ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano.** Vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DI PIETRO, Alfredo. **Derecho privado romano.** Buenos Aires: Depalma, 1996.
- FARIA, Antônio Bento de. **Direito comercial, vol. II, tomo I – das sociedades comerciais.** Rio de Janeiro: A. Coelho Franco Editor, 1948.
- FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica.** São Paulo: LTr, 2002.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social.* In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). **Direito societário contemporâneo I.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. **Curso de direito das sociedades.** 4ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2001.
- GARCÍA, Carmen Velasco. *Algunas observaciones sobre la “societas argentaria”.* **Historia, Instituciones, documentos,** v. 12. Espanha: Universidad de Sevilla, 1985.
- GEVAERD, Jair. **Direito societário: teoria e prática da função – vol. 2.** Curitiba: Gênese, 2001.
- GOMES, Orlando. **Obrigações.** 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário.** 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. **Law and the rise of the firm**. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 119, p. 1.363, jan/mar 2006.
- HAURIOU, Maurice. *Apud* REQUIÃO, Rubens. **A sociedade anônima como instituição**. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 18.
- HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. **Laws of corporations and other business enterprises**. 3ª ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 1983.
- HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. Dissertação (Mestrado em Direito Societário) – Universidade Federal do Paraná, 2008.
- JENSEN, Michael; MECKLING, William. **Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure**. In: *Journal of financial economics*, vol. 3, 1976.
- JOÃO, Juliana. **Evolução histórica das sociedades empresárias**. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito societário na atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa: Gulbenkian, 1999.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Resolução de acordo de acionistas pela quebra de affectio societatis**. In: ADAMEK, Marcelo Vieira Von (org.). **Temas de direito societário e empresarial contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A “affectio maritalis” e a união livre: atualidade do Direito Romano**. *Revista de informação legislativa*, p. 245/260, ano 27, n. 105, jan./mar. 1990, Brasília, Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175763>. Acessado em 20/1/13.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.
- LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1999.

- MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MEIRA, Rafael Correia de. **Curso de direito romano**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 167.
- MONRO, Charles Henry. **Digest XVII, 2, pro socio**. Cambridge: University Press, 1902. Disponível em <http://archive.org/details/digestxvii2proso00monr>. Acessado em 14/11/12.
- MOSSA, Lorenzo. **Trattato del nuovo diritto commerciale**. Milão: Società Editrice Libreria, 1942.
- MOYLE, J. B. Justinian, Institutes. Oxford, 1911. Disponível em < <http://amesfoundation.law.harvard.edu/digital/CJCiv/JInst.pdf> >. Acessado em: 22/1/13.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e o direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, vol. 1**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **Dissolução parcial, exclusão de sócio e apuração de haveres nas sociedades limitadas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- OPPO, Giorgio. **Principi**. Torino: G. Giappichelli, 2001, n. 11.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. 1**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PIRES, Silvio Roberto Ignacio. **Gestão da cadeia de suprimentos e o modelo de consórcio modular**. In: *Revista de Administração*, São Paulo, v. 33, n. 3, p. 5/15, julho/setembro, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado, tomo XLIX**. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- POSTE, Edward. **Gaius: institutes of roman law**. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/EBooks/Gaius_0533.pdf. Acessado em: 22/1/13).
- RATHENAU, Walther. **Do sistema acionário – uma análise negocial**. Tradução de Nilson Lautenschleger Jr. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, ano 41, n. 128, p. 199-223, out./dez. 2002.
- REALE, Miguel. **O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

- REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 1959.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, vol 1**. 29ª ed. Atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Advocacia geral: direito comercial**. 2ª ed. Curitiba: IESDE, 2009, p. 19.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura a função**. Curitiba: Juruá, 1999.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RIBEIRO, Renato Ventura. **Exclusão de sócio nas sociedades anônimas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societario - sociedades comerciales, civil y cooperativa**. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **'Societas' com relevância externa e personalidade jurídica**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, a. 30, n. 81, 1991.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13.
- SANTO, João Espírito. **Sociedades por quotas e anónimas - vinculação: objecto social e representação plural**. Coimbra: Almedina, 2000.
- SCOTT, Samuel Parsons. **The civil law**. Em: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/Anglica/D47_Scott.htm#XXII>. Acessado em 25/1/13.
- SCOTT, Samuel Parsons. **The Justinian code from the corpus juris civilis**. Em: <<http://www.freewebs.com/vitaphone1/history/justinianc.html>>. Acessado em 22/1/2013).
- SCOTT, Samuel Parsons. **The Institutes of Gaius**. Em: <<http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm>>. Acessado em 22/1/13.

- SELEME, Sérgio. **Affectio societatis** ainda hoje? *In*: Cadernos jurídicos, n. 21, agosto de 2011, editado juntamente o Jornal da OAB/PR, 2011.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **Sociedades empresariais – vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova sociedade limitada**. Barueri: Manole, 2004, p. 26.
- SOUZA, Paloma R. Coimbra de. *Ato coletivo, ato colegial, ato complexo e instituição*. *In*: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedades e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 158.
- SZTAJN, Raquel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 24.
- TAVARES, José. **Sociedades e empresas comerciais**. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1924
- TOKARS, Fábio. **Sociedades limitadas**. São Paulo: LTr, 2007.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **A empresa e o empresário no novo Código Civil**. *In*: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Org.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Derecho de las sociedades comerciales**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- VIVANTE, Cesare, **Tratado de derecho mercantil, vol. 1**. Madrid: Academia Editorial Reus, 1932.
- WALD, Arnaldo. **Comentários ao novo código civil, volume XIV**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios – a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The economic institutions of capitalism.** Nova Iorque: Free Press, 1985.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition.** Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996.

ZULUETA, Francis de. **The Institutes of Gaius, part 2.** Oxford: Clarendon Press, 1953.