

RSDE

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

■
Publicação do Departamento
de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

■
Nº 2

JANEIRO / JUNHO 2008



RENOVAR

CAMPINHO
ADVOGADOS

**BC
CS**
BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados Associados

REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL

Nº 2

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2008

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 2 Janeiro/Junho de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Profª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS


BOCATER, CAMARGO, COSTA E SILVA
Advogados Associados

Editorial

Confortados com a ótima acolhida do primeiro número da Revista Semestral de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RSDE – UERJ), tanto pela academia quanto por aqueles que operam o Direito, damos seqüência ao prazeroso desafio de contribuir para o aprimoramento das letras jurídicas em nosso País, fazendo editar o seu segundo número.

Nele vem reafirmado o desiderato de apresentar estudos e reflexões dogmáticas sobre temas de efetiva contemporaneidade, prestigiando a emulação do Direito em movimento, este traduzido na seção de pareceres e atualidades jurisprudenciais, corroborando, assim, o caráter essencialmente pragmático que impulsiona o desenvolvimento do Direito de Empresa.

Enfatiza-se, outrossim, a vocação cosmopolita do clássico Direito Comercial, oferecendo-se pesquisas e elaborações de Direito Comparado, com contribuições, inclusive, de autores estrangeiros.

Com esse segundo número do periódico, avança-se na consolidação do projeto de pesquisa desenvolvido pela universidade pública em parceria com a iniciativa privada, a qual confere o apoio necessário à disseminação dos trabalhos intelectivos realizados.

O Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da UERJ reitera o seu compromisso de qualidade, independência e regularidade dessa publicação, agradecendo o empenho e a dedicação daqueles autores que disponibilizaram seus trabalhos e, com isso, viabilizaram mais essa edição.

Prof. Sérgio Campinho
Chefe do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 2 (janeiro/junho 2008)
— Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

Colaboraram neste número

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Adjunto nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro –UFRJ e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos – FDC.

Christoph Gasser

Sócio e chefe do departamento de PI/TI do escritório de advocacia suíço Staiger, Schwald & Partner Ltd. em Zurique. Conferencista de direito da propriedade intelectual no Swiss Federal Institute of Technology Zurich.

Enzo Baiocchi

Advogado no Rio de Janeiro especializado em Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Diplomado pela Faculdade de Direito — Centro, da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil e doutorando em Direito de Marcas e Concorrência Desleal pela Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität, Munique. Assistente universitário (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) do Prof. Dr. Michael Lehmann, titular da Cátedra de Direito Civil, Comercial e Econômico, assim como Direito de Autor e Propriedade Industrial (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz), na Ludwig-Maximilians-Universität. Bolsista do programa DAAD/CAPES para doutorado integral na Alemanha e pesquisador no Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munique.

Gabriel Di Blasi

Advogado e engenheiro. Sócio do escritório Di Blasi, Parente, Vaz e Dias & Associados.

Marcos Juruena Villela Souto

Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Visitante da Universidade de Poitiers, França.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ. Doutora em Direito Internacional pela USP. Professora Adjunta de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Sócia do Doria, Jacobina e Rosado Advogados Associados.

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ. Advogado.

Sérgio Campinho

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Faculdade de Direito – Centro da Universidade Candido Mendes – UCAM. Advogado.

Valter Shuenquener de Araújo

Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Membro do Conselho Executivo da Revista Semestral de Direito Empresarial – RSDE. Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Juiz Federal.

Sumário

DIREITO SOCIETÁRIO

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE EFETIVAÇÃO DA REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS

- Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 3

[RE]AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

- Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 27

NOTAS BREVES SOBRE O AGENTE FIDUCIÁRIO DOS DEBENTURISTAS E SUA LEGITIMAÇÃO PROCESSUAL

- Sérgio Campinho 51

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

O (INDISPENSÁVEL) PAPEL DO CADE NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PREVISTOS EM PLANOS DE RECUPERAÇÃO

- Valter Shuenquener de Araújo 73

NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

FRANCHISING E ANTITRUSTE: O CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL À LUZ DAS REGRAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPÉIA

- Enzo Baiocchi 95

PROPRIEDADE INTELECTUAL

A TUTELA JURÍDICA DO DESENHO INDUSTRIAL EM DIVERSAS JURISDIÇÕES, A PROTEÇÃO DE PARTES DE OBJETOS E A DECISÃO DA SDE SOBRE ESSA MATÉRIA.

- Gabriel Di Blasi 143

RELAÇÕES INTERNACIONAIS PRIVADAS

NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

- Marilda Rosado de Sá Ribeiro 167

DIREITO ECONÔMICO

A COMPETITIVIDADE NO SETOR PORTUÁRIO E O TRANSPORTE DE CARGAS DE TERCEIROS NOS TERMINAIS DE USO PRIVATIVO MISTO

- Marcos Juruena Villela Souto205

PARECERES E ATUALIDADES JURISPRUDENCIAIS

REGIME JURÍDICO DO CONTRATO. O CONTRATO DE LOCAÇÃO NA FALÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO DO FALIDO. A FALÊNCIA E O PRINCÍPIO DA “VENDA (NÃO) ROMPE A LOCAÇÃO”

- Sérgio Campinho241

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

DYSON LTD / REGISTRAR OF TRADE MARKS: NO TRADEMARK PROTECTION FOR CONCEPTS: JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE (THIRD CHAMBER) OF 25 JANUARY 2007 IN CASE C-321/03

- Christoph Gasser.....269

[RE]AVALIAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

A [RE]EVALUATION OF THE CRITERIA FOR CLASSIFYING BUSINESS COMPANIES

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar a evolução dos critérios de classificação das sociedades empresárias. Particularmente, o autor trata da clássica dicotomia entre *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais* para demonstrar o processo de relativização desses critérios ao longo do tempo. Sustenta o autor que, no atual estágio de evolução do Direito Societário, a importância da classificação de sociedades como sendo de pessoas ou de capitais deve ser mitigada, uma vez que não será a forma que determinará a natureza da sociedade empresária, mas sim a substância da relação entre sócios, diante das circunstâncias que resultam da dinâmica da vida em sociedade.

Palavras-chave: Direito de Empresa. Direito Societário. Classificação de sociedades empresárias.

Abstract: This work examines the evolution of the criteria for classifying business companies. Particularly, I analyse the classic dichotomy between companies of people and companies of capital to demonstrate how these criteria have become more relative over time. I argue that at the current stage in the evolution of corporate law, the importance of the classification of companies as being formed of peo-

ple or capital should be mitigate, since their nature rests much more on the substance of the relationship of the partners, in light of the circumstances that result from the dynamic of business life.

Keywords: Business law, corporate law, classification of business companies.

Sumário: I. Introdução. II. Sociedades de pessoas x sociedades de capitais: críticas da doutrina clássica. III. Discussões suscitadas com o desenvolvimento das sociedades limitadas e outras atualidades. IV. A pessoalidade como característica inerente à relação societária. V. Conclusão.

I. Introdução

A doutrina estabelecera peculiar dicotomia no âmbito do Direito Societário, cujas normas deveriam ser aplicadas a distintas e estanques categorias de sociedades, sendo a primeira as *sociedades de pessoas* e a segunda as *sociedades de capitais*.

Logo, pelo *standard* tradicional, as *sociedades de pessoas* seriam aquelas em que os sócios se escolhem tendo em vista suas qualidades pessoais, o que levaria à predominância do *intuitus personae* no seu funcionamento e, por conseqüência, a morte de um dos sócios determinaria a dissolução da sociedade. Em geral, as *sociedades de pessoas* seriam formalmente reconhecíveis por cláusulas contratuais que estipulassem a proibição de cessão de cotas, salvo consentimento unânime dos demais sócios, e a não admissão de penhora de cotas. Por outro lado, as *sociedades de capitais* seriam aquelas nas quais apenas seria relevante a contribuição pecuniária dos sócios, razão pela qual o vínculo entre sócios seria estabelecido apenas com base no *intuitus pecuniae*, permitindo tanto a plena cessibilidade da participação societária, quanto a continuidade da sociedade em caso de morte de um dos sócios.

Por conseqüência, os tipos de sociedades comerciais (hoje sociedades empresárias) passariam a ser enquadrados dentro das refe-

ridas categorias: as sociedades anônimas seriam *sociedades de capitais* e as sociedades em nome coletivo e em comandita simples seriam espécies de *sociedades de pessoas*.

Daí para frente, as normas formais do tipo societário se sobreporiam à própria substância da relação entre sócios, de modo que, por exemplo, jamais se poderia admitir, nas sociedades anônimas, vínculo societário fundado nas qualidades pessoais de seus sócios, ainda que se tratasse de companhia fechada familiar ou de sociedade com propósitos relacionados com a qualidade pessoal dos sócios (como o caso da prestação de serviços técnicos).

Sem dúvida, as primeiras reflexões em torno da insuficiência da referida classificação surgiram ainda na doutrina clássica e se intensificaram com o advento das então sociedades por cotas de responsabilidade limitada (hoje, sociedades limitadas), por força das particularidades de sua estrutura.

Na atualidade, impõe-se revisitar as críticas existentes na doutrina, seja para fazer prevalecer, no âmbito societário, a substância da relação entre sócios (vis-à-vis a forma societária), seja para absorver importantes decisões judiciais em torno do problema, como a que recentemente ratificou no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de admitir o aspecto da pessoalidade em sociedades anônimas familiares (Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, julgado em 28.05.2008).

Como se vê, a questão não é exclusivamente teórica, mas essencialmente pragmática, sobretudo no que respeita ao exercício de direitos de sócio e à sua movimentação no quadro societário, tanto no que diz respeito às sociedades reguladas pelo Código Civil, quanto nas sociedades por ações. A partir da mitigação da importância da classificação das sociedades em *sociedades de capitais* e *sociedades de pessoas*, determinados problemas recorrentes de Direito Societário — como a resolução da sociedade anônima relativamente a um sócio ou a um grupo de sócios (referenciada cotidianamente como “disso-

lução parcial de sociedade”) — terão soluções jurídicas mais eficazes e objetivas.

II. *Sociedades de pessoas x sociedades de capitais: críticas da doutrina clássica*

A propósito da dicotomia no Direito Societário entre *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*, merece ser citada a posição de FERRARA e CORSI, que, em lição clássica, consideraram ultrapassado o critério de classificação em virtude do *intuitus personae*, a ela preferindo a classificação das sociedades segundo sua estrutura, categorizando-as em sociedades dotadas de autonomia patrimonial e sociedades dotadas de personalidade jurídica¹:

Tale distinzione pone l'accento sul fatto che le prime sono organizzate in funzione delle persone dei soci, le seconde in funzione dei capitali conferiti. Nelle prime è rilevante la persona del socio (per cui i diritti e poteri possono essere indipendenti dalla entità del conferimento), nelle seconde invece è rilevante il conferimento del socio. Tuttavia, la distinzione riesce difficile per l'accomandita semplice (in cui si associano capitalisti e lavoratori) e mal si adatta alle cooperative di solito ascritte alle società di capitali (si pensi alle cooperative di produzione e lavoro).

Por sua vez, SYLVIO MARCONDES tratou com profundidade do tema em seu *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada* (1940), no qual advertiu que a impropriedade daquela classificação doutrinária², comum entre juristas franceses, já havia sido critica-

1 F. FERRARA-F. CORSI. *Gli imprenditori e le società*. Milão: Giuffrè Editore, 2001, p. 212.

2 Destacou SYLVIO MARCONDES que três sistemas se distinguem na legislação e na doutrina para a classificação de sociedades: "(...) o primeiro, seguido pela maioria das legislações, usa simplesmente as denominações de coletiva, de comandita e de anônima e pode chamar-se histórico; o segundo, adotado pela lei inglesa, não enquadra a sociedade sob nomes particulares, mas infere sua diversidade pelos vários graus de responsabilidade dos sócios; o último,

da por autores da importância de MANARA (para quem o vínculo social é formado por pessoas e não por coisas), VIVANTE (a ponderar que por trás das ações estão os acionistas e sem eles não se pode desenvolver a atividade social) e CARVALHO DE MENDONÇA (observando que aos acionistas cabe nomear administradores e fiscais, tomar-lhes as contas e votar nas assembleias).

O professor FRAN MARTINS publicou, no ano de 1954, monografia especializada sobre a matéria (*Classificação das sociedades comerciais*), no bojo da qual sustentou a inadequação da dicotomia criada entre *sociedades de pessoas* e *de capitais*, pois, segundo o jurista, a questão da pessoalidade estava, em verdade, estritamente vinculada à extensão da responsabilidade dos sócios e esta (responsabilidade) que deveria ser levada em consideração para fins de classificação das sociedades.

Naquela oportunidade, FRAN MARTINS manifestou sua concordância com as críticas que já se faziam repercutir na doutrina a respeito daquele critério (pessoa x capital) de classificação da sociedade. Aduziu o jurista que a importância do papel desempenhado pelos sócios nas sociedades comerciais era inegável, tanto com referência às relações mantidas por eles entre si, quanto para com terceiros. Reconheceu, ademais, que mesmo nas sociedades anônimas a pessoa dos sócios representava papel "apreciável, uma vez que eles são responsáveis pela integralização das ações subscritas³. Ao lado disso, afirmou que o *intuitus personae* servia apenas para caracterizar a maior ou menor responsabilidade dos sócios.

Com efeito, a responsabilidade do sócio deveria ser o critério empregado na classificação das sociedades. Naquelas que se diziam *de capitais*, a explicação da categoria não se daria pelo valor do capi-

de criação doutrinária, divide as sociedades em sociedades de pessoas e sociedades de capitais". (*Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, São Paulo, 1940, p. 85).

3 MARTINS, FRAN. *Da Classificação das Sociedades Comerciais*. Fortaleza: Universidade do Ceará, 1954, p. 11.

tal social ou pela desinfluença da pessoa do sócio na vida social, mas sim pelo fato de, sendo a responsabilidade destes extremamente limitada, ficaria acentuada, perante terceiros, a importância do *capital* investido na sociedade. Em situação diametralmente oposta, nas sociedades em que os sócios respondem ilimitada, solidária e subsidiariamente pelas obrigações sociais, a questão da personalidade ganharia importância tanto internamente quanto externamente. No primeiro caso, cada sócio procuraria saber as condições econômico-financeiras de seus pares, sua capacidade profissional e sua idoneidade moral, vez que o insucesso empresarial poderia comprometê-los pelo passivo social. No segundo caso, que ocorre já em posterior estágio, quando a sociedade se encontra em funcionamento, os terceiros com quem a sociedade contrata vão se preocupar em investigar a pessoa dos sócios, cujo patrimônio servirá, em caráter subsidiário, à satisfação das obrigações sociais.

III. Discussões suscitadas com o desenvolvimento das sociedades limitadas e outras atualidades

Pode-se dizer que a larga utilização das sociedades limitadas — que produziu o interesse entre os juristas na elaboração de trabalhos monográficos sobre esse tipo societário — provocou valorosa reflexão sobre o método de classificação das sociedades em geral, pois que as limitadas não pareciam se enquadrar nem no compartimento fechado das *sociedades de pessoas*, nem no modelo idealizado para as *sociedades de capitais*. Confira-se adiante a perplexidade evidenciada por SYLVIO MARCONDES⁴:

⁴ *Ensaio sobre a sociedade de responsabilidade limitada*, São Paulo, 1940, p. 92. Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal viria a fixar o entendimento no sentido de que a sociedade limitada corresponde a um tipo misto, e a prevalência do elemento pessoal ou capitalista deveria ser inferido do exame do contrato social, pela interpretação de cláusulas que regulassem situações como cessão de cotas e falecimento de sócio. Vide sobre o tema os comentários de RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*. 23ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, vol. 1, p. 468.

A divisão das sociedades em sociedades de pessoas e sociedades de capitais fornece uma classificação da qual resulte o exato conceito da sociedade de responsabilidade limitada? (...) Mesmo que se tome em conta a situação intermédia da sociedade de responsabilidade limitada, como verificar, no quadro dessa classificação, o grau de penetração do intuitus que ora a aproxima das sociedades de pessoas, ora das sociedades de capitais? Sob que aspectos ela deve ser tratada como sociedade de capitais ou como sociedades de pessoas, e qual a posição que lhe cabe entre a sociedade em nome coletivo e a sociedade anônima, extremos a que deve a sua origem? A rígida simplicidade do sistema não fornece dados bastantes para análise da sociedade de responsabilidade limitada e obtenção dos elementos que compõem a sua natureza complexa.

Uma importante argumentação doutrinária pode ser encontrada na obra de NELSON ABRÃO, que, citando a opinião dos juristas argentinos FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES e ENRIQUE AZTIRIA, defendeu que o problema de classificar uma sociedade como de capitais ou de pessoas havia perdido sua utilidade e atualidade, porquanto “não há sociedades sem pessoas, nem sem capital” e — completou o jurista — “a velha figura da sociedade coletiva, na qual se empenhavam ilimitadamente os sócios com suas pessoas e patrimônios (...) tornou-se obsoleta⁵. Ressaltou o professor que a restrição à alienação da participação societária, elemento caracterizador das sociedades ditas de pessoas, poderia ser também convencionada na sociedade anônima, nos termos do art. 36, da Lei nº 6.404/76.

Há, na doutrina atual, pensadores que defendem a dicotomia do Direito Societário em razão do aspecto da personalidade *versus* patrimonialidade. Entre eles, vale ser citado o professor FÁBIO ULHOA COELHO, que, em seu *Curso de Direito Comercial*, defende a manutenção daquele critério de classificação, que, sob seu ponto de vista, determinaria a possibilidade ou não de alienação e penhora da parti-

⁵ ABRÃO, NELSON. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 35/36.

cipação societária e a solução a ser dada em caso de sucessão por morte de sócios⁶.

Todavia, tudo indica que, à luz do Código Civil e da reforma do Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382/2006, não mais subsiste a importância atribuída aos efeitos práticos daquela classificação, uma vez que foram postas em vigor regras específicas sobre cessão e penhora de cotas, bem como acerca dos efeitos do falecimento do sócio.

Logo, naquilo que concerne à possibilidade de alienação da participação societária, note-se que o Código Civil exauriu o problema, determinando que: (i) nas sociedades simples, a cessão seja precedida do consentimento dos demais sócios, sob pena de ineficácia perante estes e perante a sociedade (art. 1003, aplicável às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples, por força, respectivamente, dos arts. 1.040 e 1.046); (ii) nas sociedades limitadas, em caso de omissão do contrato (portanto, supletivamente ao disposto no contrato social), a cessão possa ser realizada caso não se verifique a oposição de sócios titulares de cotas representativas de mais de (um quarto) do capital social; (iii) com referência às sociedades cooperativas, o Código Civil corroborou, no art. 1.094, IV, a regra já positivada pelo art. 4º, IV, Lei nº 5.764/71, proibindo a transferência das cotas a estranho à sociedade. Enfim, a regra geral nas sociedades anônimas e nas sociedades em comandita por ações é a plena negociabilidade das ações, podendo o estatuto da companhia fechada impor — como já acima mencionado — restrições a essa negociação (art. 36, Lei nº 6.404/76), como, por exemplo, a outorga do direito de preferência aos demais sócios. As restrições na sociedade anônima

6 Transcreva-se a conclusão do mencionado autor: "As sociedades de pessoas são aquelas em que a realização do objeto social depende mais dos atributos individuais dos sócios que da contribuição material que eles dão. As de capital são as sociedades em que essa contribuição material é mais importante que as características subjetivas dos sócios. A natureza da sociedade importa diferenças no tocante à alienação da participação societária (quotas ou ações), à sua penhorabilidade por dívida particular do sócio e à questão da sucessão por morte." (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, vol. 2, p. 24).

podem ainda ser inseridas em acordo de acionistas, sendo muito usual aquela que determina a adesão ao acordo pelo interessado na aquisição das ações.

O Superior Tribunal de Justiça havia fixado entendimento no sentido de permitir a penhora de cotas de qualquer sociedade, independentemente do conteúdo do contrato social, sob o fundamento de que tais cotas não estão inseridas no rol dos bens absolutamente impenhoráveis (art. 649, do Código de Processo Civil), o que já vinha sendo defendido há anos pela doutrina de NELSON ABRÃO⁷. Essa orientação jurisprudencial foi finalmente firmada após longa discussão sobre a viabilidade de penhora de cotas de sociedade cujo contrato estipulasse a proibição de sua alienação. No final das contas, os magistrados concluíram acertadamente que a simples excussão das cotas não produz o ingresso do credor particular do sócio (e nem o direito a ingressar) na sociedade, muito menos os sócios devem aceitar o ingresso *manu militare* de estranho que tenha arrematado a participação em leilão.

Nessa hipótese, já concluía a jurisprudência que uma das seguintes alternativas poderia ser adotada: (i) a sociedade poderia liquidar a cota penhorada, pagando ao credor os haveres a ela correspondentes; (ii) a sociedade poderia remir a dívida particular do sócio, sub-rogando-se nos direitos do credor e agindo em regresso contra o devedor originário; (iii) a sociedade poderia conceder a si e aos demais sócios o direito de preferência na aquisição das cotas⁸. Leiam-se

7 Reproduzam-se as palavras do ilustrado professor: "(...) É incontestável que a quota, representando um direito, pode ser penhorada. Mesmo porque não se compreende ela, nem qualquer outra parte social das chamadas sociedades de pessoas, entre os bens absolutamente impenhoráveis arrolados pelo art. 649 do Código de Processo Civil". (op. cit., p. 93).

8 Contra a possibilidade da sociedade ter a prerrogativa de adquirir suas próprias cotas, cite-se a fundamentada opinião de SERGIO CAMPINHO (*Direito de Empresa à luz do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 164-169), o que veio a ser adotado pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio, por meio da edição da Instrução Normativa nº 98/2003, ao aprovar o Manual de Atos de registro de Sociedade Limitada (vide item 3.2.10.1 do Manual).

adiante duas ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça, anteriores ao atual Código Civil, que bem ilustravam essa posição⁹:

Recurso especial — Processual civil e comercial — Penhora de quotas sociais de sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Possibilidade. I — É possível a penhora de cotas pertencentes a sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, em razão de inexistir vedação legal. Tal possibilidade encontra sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. II — Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais devem ser determinados levando em consideração os princípios societários. Destarte, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve-se facultar à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1117, 1118 e 1119), assegurando-se ao credor, não ocorrendo solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade. (Recurso Especial nº 221625/SP — Rel. Min. Nancy Andrighi — fonte: DJ de 07/05/2001, p. 138)

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora das cotas sociais. Precedentes da Corte. 1. Diante da disposição contratual que exige o consenso dos sócios para a transferência ou alienação das cotas sociais, mas com a possibilidade de ingresso de terceiro, ainda que preservado o direito de preferência, torna-se desnecessário desafiar a divergência entre a tese da penhorabilidade irrestrita e a da penhorabilidade dependente do contrato social. De fato, admitindo o contrato social o ingresso de estranho não faz sentido negar-se a pe-

⁹ Veja-se ainda o Recurso Especial nº 211842/MG. Adicionalmente, vale registrar que o Superior Tribunal de Justiça decidiu anteriormente, em acórdão relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que, se não houver empecilho no contrato social, não fica afastada a possibilidade da cota ser arrematada, em conjunto com todos os direitos a ela concernentes, incluindo-se o status de sócio (Recurso Especial nº 39.609-3-SP, publicado no D.J.U. de 06.02.1995).

nhora das cotas sociais de determinado cotista para o cumprimento de obrigações, evitando-se privilégio ao devedor inadimplente. 2. Havendo precedente da Corte com o mesmo cenário, impõe-se rechaçar a cobertura da impenhorabilidade acolhida nas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 87216/MG — Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito — Fonte: DJ de 11/06/2001, p.196)

Os precedentes judiciais abriram caminho para inclusão no Código de Processo Civil de norma específica sobre a matéria, disposta no parágrafo quarto, do art. 685-A, que outorga textualmente o exercício do direito de preferência aos sócios em caso de expropriação de cotas penhoradas, devendo a sociedade ser previamente intimada. Além de dispor sobre a etapa expropriatória da excussão das cotas, a lei processual assume como regra geral a ampla penhorabilidade das cotas (art. 655, VI), ressalvada disposição legal em contrário, como ocorre com as sociedades em nome coletivo¹⁰.

A propósito do Código Civil, há previsão de regras que tratam, ainda que indiretamente, da penhora de cotas. Assim, relativamente às sociedades simples, o art. 1.026, parágrafo único, faculta ao credor particular do sócio exigir a *liquidação* de sua cota na sociedade (o que, evidentemente, deve ser precedido da correspondente penhora), caso em que os haveres correspondentes serão calculados com base no valor patrimonial (regra geral do art. 1.031, Código Civil) e depositados em dinheiro em conta aberta à disposição do Juízo perante o qual tramita o processo de execução, dentro de noventa dias contados da *liquidação*. Com pertinência às sociedades limitadas, o aludido art. 1.026, parágrafo único, deve ser aplicado em razão da omissão do Código no Capítulo próprio das limitadas (e em respeito à dicção do art. 1053), salvo na hipótese do contrato social estipular

¹⁰ A impenhorabilidade das cotas das sociedades em nome coletivo corresponde ao resultado prático da cláusula geral que veda sua liquidação pelo credor particular do sócio, nos termos do art. 1.043, do Código Civil, ressalvados os casos excepcionais previstos em seu parágrafo único.

a regência supletiva pela Lei nº 6.404/76. Em todos os casos, a conclusão é pela admissão da penhora das cotas na sociedade limitada, seja pela aplicação subsidiária do art. 1026, parágrafo único, do Código Civil, seja, alternativamente, pela regência supletiva da Lei nº 6.404/76 (mais precisamente de seu art. 40).

O falecimento do sócio, à luz do princípio da preservação da empresa, não gera a dissolução da sociedade, mas sim a *liquidação* da cota e a resolução do contrato relativamente ao sócio falecido. É o que dispõe, como regra geral, o art. 1.028, do Código Civil, aplicável às sociedades simples, às sociedades em nome coletivo (tendo em conta o art. 1.040 e, ainda, o art. 1.044, que, ao remeter os casos de dissolução ao art. 1.033, exclui a hipótese de dissolução por morte de sócio), às sociedades em comandita simples (à luz dos arts. 1.046, 1.050 e 1.051) e também às sociedades limitadas (conforme art. 1.053 e 1.087), valendo para o último caso a observação quanto à regência supletiva pela Lei nº 6.404/76, hipótese em que, ao invés de se proceder à *liquidação*, deve-se adotar como norma geral a permissibilidade de ingresso dos herdeiros¹¹. Comente-se que, a respeito do falecimento do sócio, o legislador do Código Civil conferiu, em homenagem ao princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.), amplo rol de opções ao particular, a quem compete sujeitar-se à regra geral da *liquidação* da cota ou adotar uma das alternativas adiante mencionadas: (i) convenção no contrato de solução peculiar e de conveniência dos interessados (art. 1.028, I); (ii) dissolução da sociedade pelos sócios remanescentes (art. 1.028, II, o que talvez seja mais razoável em sociedades de pequena dimensão econômica, quando o falecido figurava como principal empreendedor e de seu esforço pessoal dependia a continuidade operacional da sociedade); (iii) a celebração de acordo com os herdeiros, com vistas ao ajuste de normas específicas para a substituição do falecido (art. 1.028, III).

11 Nas sociedades anônimas em que figuram como sócios pessoas físicas, é usual a contratação, em acordo de acionistas, de opção de compra de ações de titularidade de um dos sócios, a ser exercida pelos demais signatários do acordo, proporcionalmente à sua participação, na hipótese de falecimento de sócio. Caso exercida a opção de compra, restará aos herdeiros o direito ao recebimento do preço da venda das ações.

Como se vê, a dicotomia dogmática acima criticada é, naturalmente, desinfluyente para a solução dos problemas relativos à cessão e penhora de cotas e de falecimento de sócio, ainda mais se levada em consideração a Teoria do Contrato Plurilateral de TULLIO ASCARELLI, que tem no contrato de sociedade um *contrato aberto* e, pois, tendente a experimentar mutações em sua disposição subjetiva, à luz, sobretudo, do princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.)¹².

IV. A personalidade como característica inerente à relação societária

No esforço de demonstrar a atual insuficiência da dicotomia em *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*, cabe produzir curto comentário sobre a sociedade anônima, cujas antigas função e estrutura fizeram com que a doutrina a acolhesse como a mais perfeita *sociedade de capitais*.

12 Deve-se a TULLIO ASCARELLI o desenvolvimento da chamada Teoria do Contrato Plurilateral (publicada no clássico *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, Campinas-SP: Bookseller, 2001, veiculado originalmente em 1945). Diante da insuficiência de conceitos tradicionais, ASCARELLI procurou situar o contrato de sociedade na teoria geral dos contratos no direito privado a partir da idealização de uma nova categoria contratual, não identificável com os contratos bilaterais. Dentre as características pontuadas por ASCARELLI, os contratos plurilaterais são considerados como do tipo aberto, ofertando o ingresso de novos sócios ou a saída dos contratantes, desde que satisfeitas determinadas condições previstas no contrato e na legislação de cada sistema jurídico. Por vezes, esse movimento de partes importa em alteração formal do contrato social, mas nem sempre, como ocorre nas sociedades anônimas, nas quais basta que se opere a transferência da participação acionária nos livros da companhia. Atualmente, a abertura do contrato plurilateral, no que concerne ao sistema brasileiro, vai ao encontro do princípio constitucional da liberdade de associação, previsto no art. 5º, XX, da Carta da República. Por consequência, a resolução do contrato relativamente a um dos sócios (qualquer que seja a razão, inclusive por vício de consentimento) não produz sua extinção. Essa peculiar característica está na base de inúmeros outros temas e problemas de Direito Societário, sendo os principais a possibilidade de se excluir o sócio faltoso ou incapaz, a possibilidade do sócio retirar-se da sociedade em determinadas situações e, ainda, normas para cessão e penhora da participação societária.

A rigor, essa posição doutrinária é pautada em fatores históricos: a origem da sociedade anônima está vinculada à realização de empreendimentos comerciais correlacionados com a expansão colonialista do Século XVI, e o modelo então empregado cumpriu, com muito sucesso, a missão de reunir em torno de uma atividade econômica pessoas que sequer se conheciam e que, recebendo um comprovante de participação, transferível livremente, que lhes outorgava um direito de ação em face da companhia¹³, podiam ainda gozar dos benefícios da limitação de responsabilidade. Mais tarde, o próprio RIPERT, que havia definido a anônima como *máquina jurídica*¹⁴, sustentou que, a partir do Código Comercial francês de 1808, a expressão *societate anônima* foi mantida apenas pelo apego à antiga linguagem jurídica, porquanto no *Code* tal expressão visou designar a sociedade na qual não havia sócio responsável e, por conseguinte, sociedade que não ostentava uma razão social. O anonimato, que na época das companhias coloniais significava a participação societária oculta, mudou amplamente de sentido, a ponto de, no Brasil, se abolir por completo a possibilidade de desconhecimento do titular da ação.

Com efeito, o art. 4º, da Lei nº 8.021/90, conferiu nova redação ao art. 20, da Lei nº 6.404/76, determinando que a ação seja emitida exclusivamente sob a forma nominativa e extinguindo as ações ao portador e endossáveis, incluindo-se aquelas que já se encontravam em circulação e que, portanto, deveriam ser substituídas por ações nominativas. Posteriormente, essa orientação foi confirmada pela Lei nº 9.457, que alterou diversos dispositivos da Lei nº 6.404/76, esten-

13 Esse direito de ação equivalia ao conceito de *pretensão*, próprio do Direito Processual, para haver da companhia direitos patrimoniais de participação nos resultados e no acervo social, em caso de liquidação. Esta é a origem da palavra *ação*, como título de legitimação ao exercício dos direitos de sócio de uma sociedade anônima. Vide sobre tais aspectos históricos FILHO, ALFREDO LAMY E PEDREIRA, *BULHÕES. A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 33.

14 RIPERT, GEORGES. *Aspects Juridiques du Capitalisme Modern.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

dendo expressamente a nominatividade aos demais valores mobiliários regulados nesse diploma.

Ao lado da personalidade em torno da figura do acionista — justificável em primeiro momento para coibir a sonegação fiscal e a prática de crimes de lavagem de dinheiro — o problema da classificação deve ser enfrentado sob o ponto de vista da tutela de interesses.

Reitere-se que a sociedade empresária — além de ser formada por pessoas naturais, ainda que indiretamente¹⁵ — tem caráter instrumental, assim como o tem a atividade econômica, e esse caráter tem por escopo, em último plano de exame, a produção de riquezas destinadas à satisfação das necessidades e desejos humanos. A pessoa humana é, em uma palavra, a personagem principal no ambiente societário e no cenário econômico de qualquer nação organizada.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico, o primado da pessoa humana figura como cláusula constitucional fundamental, à luz do que dispõe o art. 1º, III, da C.F.¹⁶.

Assim, a análise dos aspectos substanciais do fenômeno associativo demonstra que o *intuitus personae* e o *intuitus pecuniae* podem variar em uma mesma sociedade com relação a um ou outro sócio, pois que estão relacionados com o *papel* de cada um no grupo social. Nessa linha, pode-se verificar — por exemplo — que em um único acordo social, independentemente do tipo societário, a par de todos concorrerem em igual proporção para a formação do capital, um dos sócios pode contribuir com sua experiência profissional em

15 Essa afirmativa não desconhece casos, recentes de acionistas *offshore*, consistentes a pessoas jurídicas sediadas em paraísos fiscais, cujos sócios nem sempre são conhecidos, pelo fato de serem titulares de ações ao portador. No entendimento do autor, a situação corresponde a verdadeira anomalia, criada para contornar certos mecanismos legais e regulamentares vigentes no Brasil.

16 Sobre o primado da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro, há inúmeros e excelentes trabalhos acadêmicos, valendo citar, por todos, a valiosa tese de concurso da Professora Maria Celina Bodin de Moraes (*Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356 p.).

determinado setor da atividade econômica, outro pode ter importante desempenho na captação de clientela, apenas pelo fato de seu nome figurar no nome da sociedade (muito embora, de fato, sua agenda pessoal não lhe permita sequer comparecer às reuniões sociais, impondo-lhe a constituição de mandatário para essa finalidade), enquanto que outro grupo de sócios é absolutamente leigo nos assuntos operacionais da sociedade e, no entanto, importantíssimo em face de suas disponibilidades financeiras.

Veja-se que, aqui, o *intuitus* que se forma entre sócios pode variar, mas de um modo particularmente dinâmico, a depender sempre de questões de fato, sendo insuficiente para estigmatizar determinada sociedade com o qualificativo (estático) *capitalista* ou *personalista*. Aliás, segundo a técnica do Direito Contratual, essa discussão é irrelevante, vez que todos adquirem direitos e contraem obrigações de modo recíproco, vinculando-se pessoalmente pelo adimplemento destas e legitimando-se ao exercício daqueles.

Frise-se que nem mesmo na companhia aberta o elemento pessoal pode ser desconsiderado. Analisando-se a realidade brasileira, constata-se que a composição acionária das grandes companhias brasileiras ostenta a participação de grupos familiares no controle e de investidores institucionais como parcela significativa dos sócios minoritários. Nesse panorama, não se pode dizer que o elemento pecuniário se sobreponha ao pessoal: com relação ao grupo de controle (aqui se incluindo controle direto e indireto), há interesses bem definidos das pessoas físicas que imprimem na companhia sua *marca* profissional; com referência aos investidores institucionais, vale ilustrar com a categoria das entidades fechadas de previdência privada complementar, que hoje figuram como um dos principais representantes da chamada “minoría acionária organizada” (conforme adiante comentado). Assim, tais entidades atuam segundo o interesse dos associados e beneficiários dos planos de previdência e assistência, cuja poupança é gerida para que se cumpram os cálculos atuariais que projetam a viabilidade de pagamento de benefícios. Logo, esses investidores devem prestar contas a seus associados e beneficiários acerca da boa aplicação desses recursos.

Outros exemplos poderiam ser ofertados — como os gestores profissionais de recursos de terceiros — no sentido de concluir que, na maior parte dos casos, o patrimônio em questão é administrado conforme orientações que atenderão, direta ou indiretamente, a interesses de investidores pessoas físicas.

Aliás, a responsabilidade sócio-econômica dos investidores institucionais tem produzido a organização dos sócios minoritários das mais importantes companhias brasileiras, para fins de efetiva participação no processo decisório de sua governança, o que foi potencializado pela reforma de 2001 da Lei nº 6.404/76.

Como se sabe, dentre as várias alterações produzidas pela Lei nº 10.303/2001, sobressai aquela do art. 141, da Lei nº 6.404/76, que foi modificado para permitir a indicação de 1 (um) conselheiro, eleito em separado, por acionistas titulares de ações ordinárias representativas de pelo menos 15% (quinze por cento) do capital votante ou por acionistas titulares de pelo menos 10% (dez por cento) de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, salvo se tais acionistas já gozarem de prerrogativas estatutárias de indicação em separado de membro para a administração, vez que tais vantagens não podem se acumular. Embora as boas práticas de governança corporativa indiquem a atuação independente do Conselheiro de Administração como paradigma a ser alcançado, é intuitivo que a simples presença em reuniões corporativas do Conselheiro eleito pela minoria colabora para a melhor transparência na gestão social, tutelando legítimos interesses não só do grupo que o tenha eleito, como também da universalidade do corpo acionário.

Naturalmente, essas ponderações em torno da pessoa do sócio na companhia conduzem a outro raciocínio, tendente a defender a presença da *affectio societatis* nesse tipo societário¹⁷.

¹⁷ Com relação à *affectio societatis* nas sociedades anônimas, o autor deste artigo examinou mais detidamente o problema no trabalho “Resolução de acordo de acionistas com base na quebra da *affectio societatis*”, publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 23, p. 153-

A *affectio societatis* é tradicionalmente definida como o elemento subjetivo intencional presente no contrato de sociedade, que o distingue da mera comunhão de interesses. A leitura atual da *affectio societatis* a situa como modalidade da autonomia da vontade, fundada no princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, CF). Essa modalidade de autonomia é, pois, específica dos contratos associativos, entre os quais se incluem o contrato de sociedade e, evidentemente, as companhias¹⁸.

Por outro lado, em consideração à ilimitada variedade de particularidades de cada vínculo associativo, há casos em que a *affectio societatis* será mais abrangente e intensa que em outros, dependendo, repita-se, de uma questão de fato e não da forma contratual.

Assim, sendo a sociedade empresária mero *veículo* para a realização de um empreendimento econômico, o jurista deve se voltar para analisar os aspectos substanciais do fenômeno associativo, que muitas vezes não se limitam às cláusulas e condições formalmente convencionadas no contrato ou estatuto social, mas se encontram refletidas em diversos outros instrumentos, como acordos parassociais,

167, Rio de Janeiro, jul-set 2005. No presente artigo, são reafirmados conceitos já expostos ao público pelo autor.

18 O raciocínio em tela parte da premissa de que a sociedade anônima tem natureza contratual, como muito bem sustentado por BULHÕES PEDREIRA, em artigo de doutrina, nos seguintes termos: "A análise da área de autonomia da vontade que continua a existir na companhia deixa evidente que a ela não se aplica esse conceito de instituição, pois a constituição e o funcionamento da companhia pressupõem muito mais do que a vontade de criar a companhia exclusivamente nos termos de um estatuto legal (...) É inquestionável, entretanto, que o papel da autonomia de vontade do contrato de companhia é bem mais restrito do que na maioria dos negócios jurídicos nominados, dada a quantidade de normas legais imperativas, mas esse fato não decorre de peculiaridades na natureza jurídica da companhia, e sim da importância da função social desempenhada por esse tipo de contrato e pelas repercussões que suas características implicam sobre terceiros e o sistema econômico (...) a controvérsia sobre a natureza jurídica é improcedente, ao menos no direito brasileiro: a lei a regula como modalidade de contrato de sociedade comercial e seu regime não se ajusta ao conceito doutrinário de instituição jurídica, no sentido usado pela doutrina francesa, uma vez que o modelo legal de companhia somente pode ser adotado mediante a consumação de um contrato." (Natureza Jurídica da Companhia, *Revista de Direito Renovar*, nº 12, p.114, Rio de Janeiro, set.-dez. 1998).

correspondências, estudos de viabilidade rubricados pelos interessados e, ainda, em fatos concretos que, embora sejam relevantes, não chegaram a ser reduzidos a escrito, dado o dinamismo próprio da vida econômica.

Em resumo: não é o tipo societário que deve exaurir as soluções jurídicas aplicáveis em face de um conflito de interesses. Portanto, não será pelo fato do vínculo societário ser constituído sob a forma de companhia que, a partir de então, não se reconhecerá a prevalência do elemento pessoal em tal vínculo ou, ainda, a existência concreta de *affectio societatis*, seja a companhia fechada ou aberta.

No caso específico da companhia aberta, o reconhecimento da *affectio societatis* inclina-se a restringir-se a certos grupos de acionistas, formados por *acionistas-empresendedores* (aqueles que efetivamente participam da direção social) e por *acionistas-investidores* (aqueles que, embora não tenham assento na administração ou não participem das decisões tomadas pelo grupo de controle, mantêm sua participação com o objetivo de exercer efetivamente direitos de sócio e, em certos casos, podem se organizar para que elejam um representante na administração, nos termos do art. 141, § 4º, Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001). Nessa hipótese, estariam excluídos da *affectio societatis* os chamados *acionistas-especuladores* (aqueles que compram e vendem ações no mercado com o exclusivo escopo de auferir ganho na atividade especulativa), os quais, a rigor, sequer participam da vida interna da companhia.

Por conseguinte, insista-se que, embora se trate de companhia aberta, pode ser constatada a prevalência do vínculo de pessoalidade no âmbito do grupo de controle e de sua relação com acionistas minoritários com participação significativa. Ainda que cada grupo ostente interesses nitidamente divergentes, esses acionistas mantêm a comunhão de fim própria do contrato de sociedade e, no exercício de sua autonomia privada, mantêm sua vontade de fazer parte daquela relação de sociedade (daí dizer-se que conservam sua *affectio societatis*).

O problema não é novo na jurisprudência e foi tratado de modo proficiente na oportunidade de julgamento do Recurso Especial nº 388.423-RS, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (publicada no D.J. de 04.08.2003, p. 308).

A mencionada decisão do Superior Tribunal acolheu, indiretamente, a existência de *affectio societatis* nas sociedades anônimas, sem a necessidade de discussão sobre sua qualificação como *societas de capital*, bem como entendeu pela possibilidade de se resolver acordo de acionistas, ainda que com relação a um sócio ou grupo de sócios (considerando sua plurilateralidade), por quebra da *affectio*, sobretudo em função da atuação do princípio constitucional de liberdade de associação. A linha argumentativa do acórdão impõe a consideração da seguinte premissa: a *affectio societatis* é elemento fundamental da comunhão de interesses formadora do contrato de sociedade e pode estar presente em quaisquer tipos societários. Essa abordagem parte do pressuposto — acima comentado — de que toda sociedade corresponde a um contrato e que não é a forma societária que determina a substância do fenômeno associativo, mas sim as circunstâncias reais que lhe dizem respeito¹⁹.

19 Leia-se adiante a ementa do acórdão: SOCIEDADE ANÔNIMA. ACORDO DE ACIONISTAS . RESOLUÇÃO COM BASE NA QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS E DO DEVER DE LEALDADE E COOPERAÇÃO ENTRE OS CONVENIENTES. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NOS 5 E 7 DA SÚMULA/STJ QUANTO À ILEGITIMIDADE ATIVA DA RECORRIDA. INOCORRÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA APELAÇÃO. ACÓRDÃO QUE NÃO PADECE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO. I — Admissível a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da *affectio societatis*, com suporte na teoria geral das obrigações, não constituindo impedimento para tal pretensão a possibilidade de execução específica das obrigações constantes do acordo, prevista no art. 118, § 3º da Lei 6.404/76. II — Estando a questão da ilegitimidade ativa da autora do pedido de resolução contratual fundamentada na falta de cumprimento de cláusulas do acordo quanto à anuência dos demais convenientes, que o acórdão recorrido tem por expressamente manifestada nos documentos que analisou, não é viável o seu reexame em sede de recurso especial com a incidência dos enunciados nºs 5 e 7 da súmula deste Tribunal. III — Contendo a inicial pedido de resolução do acordo de acionistas e de seus aditivos e constando do dispositivo da sentença

A discussão sobre personalidade nas sociedades anônimas foi renovada muito recentemente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁰, que ratificou seu entendimento quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, em 28.05.2008, cuja ementa é a seguir transcrita:

COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA FAMILIAR. DISSOLUÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE AFFECTIO SOCIETATIS. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA.

I. A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294/PR (Rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU de 10.09.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*.

II. Embargos conhecidos e providos, para julgar procedente a ação de dissolução parcial.

Pelos embargos de divergência, objetivou-se a reforma de acórdão da 3ª Turma do STJ (Recurso Especial nº 419.174-SP), relatado pelo então Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que entendeu pela impossibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima familiar “porquanto a característica *intuitus personae* não é elemento de sua constituição”.

Como dito no voto do Ministro relator dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, considerou-se preponderante para as sociedades anônimas familiares pequenas e médias a existência da *affectio societatis*, “sem a qual presume-se que o clima beligerante entre os acionistas atua contra a preservação da empresa

que é julgado procedente esse pedido, “tendo por resolvidos o acordo de acionistas consubstanciado no instrumento original de fls. 14 e seus aditivos”, não há que argumentar-se com nulidade da decisão por ser extra petita. Questão sobre a qual, ademais operou-se a preclusão, uma vez não agitada nas razões da apelação. IV — As decisões de primeiro e segundo grau, a par de haverem enfrentado todos os pontos relevantes da controvérsia, não padecem de falta de fundamentação, estando, ao contrário, fartamente expostos os argumentos que dão suporte as conclusões adotadas.

20 Vide Embargos de Divergência em REsp nº 111.294-PR, publicado no D.J. de 10.09.2007.

e torna-se obstáculo à consecução de seu objeto social, que não poderá ser cumprido”. Adiante, sustenta o relator que: “Assim, tem-se que a impessoalidade, com preponderância do capital, própria das sociedades anônimas, cede espaço nas empresas familiares regidas pela Lei n. 6.404/1976, como no caso concreto, nas quais deve coexistir com a *affectio societatis*.”

Embora o acórdão não chegue a tratar da insuficiência da classificação entre *sociedades de capitais* e *sociedade de pessoas* (ao contrário, chega inclusive a considerá-la como válida), sem dúvida traz importante avanço para a solução de controvérsias entre sócios de sociedades anônimas, porquanto afasta o (equivocado) entendimento apriorístico no sentido de que, em sociedades tais, inexistiria *affectio societatis*, pela suposta irrelevância do elemento pessoal.

A melhor tendência seria permitir, em caso de litígio entre sócios que coloque em grave risco a continuidade da empresa, a propositura de ações judiciais visando a resolução da sociedade anônima com relação a um sócio ou grupo de sócios (i.e., “ação de dissolução parcial de sociedade anônima”) inclusive em grandes companhias, desde que seja provada a preponderância da pessoalidade e efetiva existência da *affectio societatis* (e de sua posterior quebra) entre o grupo de acionistas interessado na resolução e os demais acionistas controladores da companhia.

Uma ressalva necessária: não se pretende sustentar que, em qualquer companhia, aberta ou não, seria válida a propositura de “ação de dissolução parcial de sociedade” por acionista interessado em se retirar da sociedade. Essa afirmativa iria de encontro ao sistema da Lei nº 6.404/76, que condiciona o exercício do direito de retirada às hipóteses nela previstas (art. 109, V).

Assim, o presente estudo tem o limitado escopo de registrar o obsolescimento do raciocínio segundo o qual não se poderia reconhecer a relevância da pessoalidade nas sociedades anônimas e, por consequência, a existência de *affectio* entre seus sócios, ou entre grupos

restritos de acionistas (principalmente os controladores e *acionistas-empresendedores*, no que se refere às companhias abertas).

Para finalizar esta argumentação, tome-se o seguinte exemplo: uma companhia aberta “A”, do setor de alimentos, que tem seu grupo controlador constituído por duas diferentes famílias, cada uma com 45% do capital votante e 22,5% do capital total. Das ações emitidas, encontram-se em circulação no mercado 10% das ações ordinárias e 100% das ações preferenciais sem voto. Em certo momento da vida da companhia, sobrevém litígio insuperável entre as duas famílias controladoras, não sendo viável que cada uma delas se socorra do mercado para alienar seu bloco de ações ordinárias, em razão da absoluta ausência de liquidez dessa espécie de ação (apenas há liquidez para as ações preferenciais). Não havendo acordo entre os litigantes e sendo demonstrada a inexequibilidade material da venda das ações ordinárias a terceiros, é defensável a propositura de demanda judicial visando a desconstituição do vínculo societário entre esses grupos, à luz do princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, C.F.) e desde que a repercussão econômica e patrimonial dessa solução atente para o princípio da preservação da empresa e de sua função sócio-econômica (art. 170, II e III, da C.F.; art. 116, par. único, da Lei nº 6.404/76). Em uma palavra, a solução aqui defendida valeria como alternativa ao desfecho extremo da dissolução da sociedade (ou de sua tentativa), nos casos previstos em lei (art. 206, da Lei nº 6.404/76), evitando a produção de danos irreparáveis à atividade empresarial levada a efeito pela companhia “A”.

V. Conclusão

A análise dos aspectos substanciais do fenômeno associativo demonstra que o *intuitus personae* e o *intuitus pecuniae* podem variar em uma mesma sociedade com relação a um ou outro sócio, pois que estão relacionados com o *papel* de cada um no grupo social.

A personalidade é inerente ao vínculo societário, seja porque as sociedades empresárias são constituídas, ainda que indiretamente, por pessoas naturais, seja porque têm caráter instrumental, assim como o tem a atividade econômica, e esse caráter tem por escopo, em último plano de exame, a produção de riquezas destinadas à satisfação das necessidades e desejos humanos. A pessoa humana é, em uma palavra, a personagem principal no ambiente societário e no cenário econômico de qualquer nação organizada.

Logo, não é o tipo societário que deve exaurir as soluções jurídicas aplicáveis em face de um conflito de interesses. Portanto, não será pelo fato do vínculo societário ser constituído sob a forma de companhia que, a partir de então, não se reconhecerá a prevalência do elemento pessoal em tal vínculo ou, ainda, a existência concreta de *affectio societatis*, seja a companhia fechada ou aberta. Assim, não é a forma societária que determina a substância do fenômeno associativo, mas sim as circunstâncias reais que lhe dizem respeito.

Por conseguinte, embora se trate de companhia aberta, pode ser constatada a prevalência do vínculo de personalidade no âmbito do grupo de controle e de sua relação com acionistas minoritários com participação significativa. Ainda que cada grupo ostente interesses nitidamente divergentes, esses acionistas mantêm a comunhão de fim própria do contrato de sociedade e, no exercício de sua autonomia privada, mantêm sua vontade de fazer parte daquela relação de sociedade (daí dizer-se que conservam sua *affectio societatis*).

Em suma, a personalidade pode ser reconhecida até mesmo nas sociedades anônimas, como vem sendo acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que ratificou recentemente seu entendimento por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 419.174-SP, em 28.05.2008

À vista dos argumentos apresentados ao longo deste trabalho e dos precedentes judiciais citados e comentados, conclui-se pela insuficiência atual da classificação dogmática que objetiva categorizar o contrato de sociedade com base no elemento pessoal, dicotomizando-o em *sociedades de pessoas* e *sociedades de capitais*.