

PROBLEMAS DE DIREITO CIVIL

Homenagem aos 30 anos de cátedra
do Professor **Gustavo Tepedino**
por seus orientandos e ex-orientandos

Organizadores

Anderson Schreiber

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Milena Donato Oliva

Alessandra Tufvesson • Alexandre Ferreira de Assumpção Alves • Alexandre Freitas Câmara • Aline de Miranda Valverde Terra • Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Luiza Maia Nevares • Anderson Schreiber • André Gondinho • André Ricardo Cruz Fontes • Antonella Marques Consentino • Barbara Almeida de Araujo • Bruno Costa Lewicki • Camila Helena Melchior Baptista • Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho • Carlos Tolomei • Celso Quintella Aleixo • Chiara Spadaccini de Teffé • Cíntia Muniz de Souza Konder • Daniela Trejos Vargas • Danielle Machado Soares • Danielle Tavares Peçanha • Danilo Doneda • Deborah Pereira Pinto dos Santos • Diana Loureiro Paiva de Castro • Fabiana Barletta • Fábio de Oliveira Azevedo • Fernanda Sabrini • Francisco de Assis Viégas • Gabriel Rocha Furtado • Gabriela Tabet de Almeida • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Guilherme Magalhães Martins • João Quinelato de Queiroz • José Roberto de Castro Neves • Juliane Fernandes Queiroz • Laís Cavalcanti • Leonardo Mattietto • Leonardo Roscoe Bessa • Marcelo Junqueira Calixto • Marcos Alberto Rocha Gonçalves • Marcos Alves da Silva • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Mauricio Moreira Menezes • Milena Donato Oliva • Nelly Potter • Pablo Renteria • Paula Greco Bandeira • Priscila Mathias Fichtner • Rachel Saab • Rafael Garcia Rodrigues • Raul Murad Ribeiro de Castro • Roberta Mauro Medina Maia • Rodrigo da Guia Silva • Rose Melo Vencelau Meireles • Samir Namur • Sérgio Marcos Carvalho de Avila Negri • Thaita Campos Trevizan • Victor Willcox • Vitor Butruce • Viviane Perez de Oliveira • Vivianne da Silveira Abílio



PROBLEMAS DE DIREITO CIVIL

Homenagem aos 30 anos de cátedra
do Professor Gustavo Tepedino
por seus orientandos e ex-orientandos

Anderson Schreiber

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Milena Donato Oliva

Alessandra Tufvesson • Alexandre Ferreira de Assumpção Alves • Alexandre Freitas Câmara • Aline de Miranda Valverde Terra • Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Luíza Maia Nevares • Anderson Schreiber • André Gondinho • André Ricardo Cruz Fontes • Antonella Marques Consentino • Barbara Almeida de Araujo • Bruno Costa Lewicki • Camila Helena Melchior Baptista • Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho • Carlos Tolomei • Celso Quintella Aleixo • Chiara Spadaccini de Tefé • Cíntia Muniz de Souza Konder • Daniela Trejos Vargas • Danielle Machado Soares • Danielle Tavares Peçanha • Danilo Doneda • Deborah Pereira Pinto dos Santos • Diana Loureiro Paiva de Castro • Fabiana Barletta • Fábio de Oliveira Azevedo • Fernanda Sabrinni • Francisco de Assis Viégas • Gabriel Rocha Furtado • Gabriela Tabet de Almeida • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Guilherme Magalhães Martins • João Quinelato de Queiroz • José Roberto de Castro Neves • Juliane Fernandes Queiroz • Laís Cavalcanti • Leonardo Mattietto • Leonardô Roscoe Bessa • Marcelo Junqueira Calixto • Marcos Alberto Rocha Gonçalves • Marcos Alves da Silva • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Maurício Moreira Menezes • Milena Donato Oliva • Nelly Potter • Pablo Renteria • Paula Greco Bandeira • Priscila Mathias Fichtner • Rachel Saab • Rafael Garcia Rodrigues • Raul Murad Ribeiro de Castro • Roberta Mauro Medina Maia • Rodrigo da Guia Silva • Rose Melo Vencelau Meireles • Samir Namur • Sérgio Marcos Carvalho de Avila Negri • Thaita Campos Trevizan • Victor Willcox • Vitor Butruce • Viviane Perez de Oliveira • Vivianne da Silveira Abílio



- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.
- Fechamento desta edição: 14.09.2021
- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.
- Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br
- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2021 by
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br
- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.
- Capa: Fabrício Vale
- CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

P956

Problemas de direito civil : homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos / Alessandra Tufvesson ... [et al.] ; coordenação Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Milena Donato Oliva. – 1. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2021.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-65-596-4205-2

1. Direito civil – Brasil. 2. Proteção de dados – Brasil. 3. Contratos – Brasil. 4. Responsabilidade (Direito) – Brasil. 5. Direito de família – Brasil. 6. Herança e sucessão – Brasil. I. Tufvesson, Alessandra. II. Schreiber, Anderson. III. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. IV. Oliva, Milena Donato.

21-73000

CDU: 342.7(81)

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472

SUMÁRIO

Parte I TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

- 1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA SUA APLICAÇÃO
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves..... 3
- 2 CORPO, AUTONOMIA EXISTENCIAL E CONSTRUÇÃO DA VIDA PRIVADA
Ana Carolina Brochado Teixeira 29
- 3 A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: ONTEM E HOJE
Anderson Schreiber 50
- 4 MARCHAS E CONTRAMARCHAS DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DO AUTOR
Bruno Lewicki..... 60
- 5 O DIREITO ADQUIRIDO SOB O PRISMA CIVIL CONSTITUCIONAL
Carlos Tolomei..... 78
- 6 A CATEGORIA ESPECIAL DOS DADOS SENSÍVEIS: FUNDAMENTOS E CON-
TORNOS
Chiara Spadaccini de Teffé 97
- 7 LEITURA CIVIL-CONSTITUCIONAL DA CONCESSÃO DE CRÉDITO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Cíntia Muniz de Souza Konder..... 124
- 8 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO DE PRO-
TEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
Daniilo Doneda 143
- 9 INVALIDADE E CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: HISTÓRIA,
DOGMÁTICA E CRÍTICA DOS INSTITUTOS
Leonardo Mattietto 154

10	A NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO <i>Leonardo Roscoe Bessa</i>	171
11	DOS BENS COMUNS AOS COMPORTAMENTOS COMUNS <i>Marcos Alberto Rocha Gonçalves</i>	185
12	NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E PATRIMÔNIO SEPARADO <i>Milena Donato Oliva</i>	197
13	PRESCRIÇÃO: UMA RECONSTRUÇÃO FUNCIONAL <i>Rachel Saab</i>	209
14	AUTONOMIA PRIVADA E OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO <i>Rafael Garcia Rodrigues</i>	228
15	REFLEXÕES SOBRE A ABRANGÊNCIA DO DIREITO DE EXCLUSÃO EM PATENTES <i>Raul Murad Ribeiro de Castro</i>	241
16	A (DES)NATURALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E A EXPROPRIAÇÃO DA SUBJETIVIDADE <i>Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri</i>	259
17	O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO TEMPERAMENTO DAS PATOLOGIAS NEGOCIAIS <i>Victor Willcox</i>	271

Parte II OBRIGAÇÕES E CONTRATOS

18	CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA: FUNÇÃO, ESTRUTURA E OPERATIVIDADE <i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	303
19	O ABUSO DE DIREITO POTESTATIVO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL <i>Camila Helena Melchior Baptista de Oliveira</i>	320
20	RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO EFICIENTE DO CONTRATO: INDENIZAÇÃO E LUCRO DA INTERVENÇÃO <i>Deborah Pereira Pinto dos Santos</i>	337
21	POTENCIALIDADES FUNCIONAIS DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR: RELEITURA DO REQUISITO TRADICIONAL DE VALIDADE REFERENTE AO DOLO E À CULPA GRAVE DO DEVEDOR <i>Diana Loureiro Paiva de Castro</i>	356
22	A REVISÃO DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR <i>Fabiana Rodrigues Barletta</i>	373

23	A PROTEÇÃO CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS – ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO FRANCÊS	
	<i>Fernanda Sabrinni</i>	385
24	O ARTIGO 473, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL E A CHAMADA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA DENÚNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GIUSTO RIMEDIO	
	<i>Francisco de Assis Viégas</i>	397
25	O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E AS CLÁUSULAS PENAIS	
	<i>José Roberto de Castro Neves</i>	415
26	NOTAS SOBRE O CONTEÚDO DO SINALAGMA E SEUS REFLEXOS NA APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	
	<i>Laís Cavalcanti</i>	429
27	O CONTRATO COMO MECANISMO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS: O EXEMPLO DA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE PELO FORTUITO	
	<i>Paula Greco Bandeira</i>	448
28	A BOA-FÉ QUALIFICADA NOS CONTRATOS DE SEGURO	
	<i>Priscila Mathias Fichtner</i>	460
29	DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA AO ENRIQUECIMENTO INJUSTO	
	<i>Rodrigo da Guia Silva</i>	480
30	DIREITO A NÃO CUMPRIR: NOTAS SOBRE O PERFIL FUNCIONAL DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	
	<i>Vitor Butruce</i>	501
31	AS CLÁUSULAS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO: CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE CLÁUSULAS PENAIS MORATÓRIA E COMPENSATÓRIA	
	<i>Vivianne da Silveira Abilio</i>	526

Parte III

RESPONSABILIDADE CIVIL

32	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS: DA CULPA AO CONCEITO OBJETIVO DE ILICITUDE	
	<i>Alessandra Tufvesson</i>	549
33	DE VOLTA À REPARAÇÃO DO DANO MORAL: 30 ANOS DE TRAJETÓRIA ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS	
	<i>Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho</i>	563

34	DESAFIOS NA REPARAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES: A IMPORTÂNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DA RAZOABILIDADE NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO	578
	<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	
35	CONSUMO, RESPONSABILIDADE E VULNERABILIDADE NA INTERNET	602
	<i>Guilherme Magalhães Martins</i>	
36	DESAFIOS DA CLÁUSULA GERAL DE RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA:	
	<i>João Quinelato de Queiroz</i>	617
37	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR OMISSÃO E OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.880/MT	637
	<i>Marcelo Junqueira Calixto</i>	
38	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL	651
	<i>Thaíta Campos Trevizan</i>	
Parte IV		
DIREITOS REAIS		
39	POR QUE A HIPOTECA NÃO É UM VERDADEIRO DIREITO REAL?	673
	<i>Alexandre Freitas Câmara</i>	
40	O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS	684
	<i>André Gondinho</i>	
41	A PROTEÇÃO FUNCIONAL DA POSSE DOS BENS PÚBLICOS: ESTUDO DA AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE	696
	<i>Barbara Almeida de Araujo</i>	
42	AS GARANTIAS MOBILIÁRIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA DE MODERNIZAÇÃO	711
	<i>Daniela Trejos Vargas</i>	
43	SITUAÇÕES DE FATO: CONDOMÍNIO DE ÁGUAS	726
	<i>Danielle Machado Soares</i>	
44	CONDOMÍNIO EDILÍCIO ENTRE FORMALISMO E FUNÇÃO: NOVAS ESTRUTURAS E MERECEMENTO DE TUTELA	742
	<i>Fábio de Oliveira Azevedo</i>	
45	A COLIGAÇÃO DE DIREITOS REAIS NOS CONDOMÍNIOS HOTELEIROS	758
	<i>Gabriel Rocha Furtado</i>	

46	DIREITO REAL E RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO*	
	<i>Pablo Renteria</i>	774
47	OPONIBILIDADE ERGA OMNES E BOA-FÉ SUBJETIVA: REFLEXÕES SOBRE A USUCAPIÃO TABULAR E O ART. 54 DA LEI 13.097/2015	
	<i>Roberta Mauro Medina Maia</i>	791
Parte V		
FAMÍLIA E SUCESSÕES		
48	A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO TESTAMENTO	
	<i>Ana Luiza Maia Nevares</i>	813
49	NACIONALIDADE BRASILEIRA E ADOÇÃO INTERNACIONAL	
	<i>André R. C. Fontes</i>	823
50	PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS ANTE O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	
	<i>Celso Quintella Aleixo</i>	828
51	O BEM DE FAMÍLIA EM PERSPECTIVA FUNCIONAL: (IM)PENHORABILIDADE DO IMÓVEL LUXUOSO	
	<i>Danielle Tavares Peçanha</i>	845
52	TUTELA DA PESSOA HUMANA E MANIPULAÇÃO EMBRIONÁRIA NA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	
	<i>Gabriela Tabet de Almeida</i>	866
53	GAMETAS E EMBRIÕES HUMANOS NO LIMBO DO ESQUECIMENTO	
	<i>Juliane Fernandes Queiroz</i>	884
54	REFLEXÕES PREAMBULARES SOBRE AS CONJUGALIDADES CONTEMPORÂNEAS: ESTADO, LAICIDADE E LIBERDADE	
	<i>Marcos Alves da Silva</i>	897
55	FUNDAMENTO DA TUTELA POSSESSÓRIA E O PAPEL DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO CONTEXTO DA AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE	
	<i>Marcus Eduardo de Carvalho Dantas</i>	908
56	A CAMINHO DA NORMATIVA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS	
	<i>Rose Melo Vencelau Meireles</i>	928
57	DESCONSTRUINDO O DISCURSO JURÍDICO DO CASAMENTO: ANTES E AINDA	
	<i>Samir Namur</i>	943

Parte VI
SOCIETÁRIO

58	REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE ADESÃO	
	<i>Antonella Marques Consentino</i>	957
59	DIREITO SOCIETÁRIO NA CONSTITUIÇÃO	
	<i>Mauricio Moreira Menezes</i>	976
60	GRUPOS SOCIETÁRIOS DE FATO: BREVE ENSAIO SOBRE UMA REALIDADE SOCIETÁRIA CONTEMPORÂNEA	
	<i>Nelly Potter</i>	995
61	REVISITANDO O TEMA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	
	<i>Viviane Perez de Oliveira</i>	1006

59

DIREITO SOCIETÁRIO NA CONSTITUIÇÃO

MAURICIO MOREIRA MENEZES

Sumário: Introdução. 1. O contrato de sociedade na visão clássica. 2. A teoria do contrato plurilateral no sistema brasileiro. 3. Reexame do contrato de sociedade: premissas. 4. A *affectio societatis* na perspectiva constitucional. 5. Os princípios contratuais no contrato de sociedade. 5.1 A boa-fé objetiva. 5.2 A função socioeconômica do contrato de sociedade. 5.3 O equilíbrio contratual nas relações societárias. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Um livro de homenagens encerra certas peculiaridades. Permite que os coautores revelem, ainda que moderadamente, seu testemunho a respeito do homenageado, com impressões ofertadas em primeira pessoa.

É o que passo a fazer nestas linhas iniciais.

Conheci o Professor Gustavo Tepedino quando eu cursava a graduação em Direito na UERJ (1993-1998). Embora fosse o Diretor da Faculdade, não tive o privilégio de ter sido seu aluno àquela época.

Quando iniciei minha atividade docente, em 1999, como professor substituto de Direito Comercial da UERJ, o então Diretor Gustavo recebeu-me calorosamente e incentivou-me a seguir adiante na carreira acadêmica. Inspirando-me em suas lições, ingressei no mestrado em 2002 e solicitei ao Professor Gustavo que me orientasse. Para minha alegria, fui novamente acolhido por sua personalidade generosa e cuidadosa.

A dissertação de mestrado foi defendida em 04.02.2004, dia anterior ao termo final do prazo para inscrição no concurso público para provimento do cargo de professor assistente da UERJ, do qual participei e logrei aprovação, em primeiro lugar. Foi uma luta conseguir antecipar a defesa da dissertação. Não teria conseguido se não fosse o inestimável apoio do Professor Gustavo, que me ajudou a superar entraves burocráticos e organizou, com diligência, os trabalhos da banca examinadora. Sou muitíssimo grato a nosso homenageado, por mais essa colaboração.

O escopo de minha pesquisa de mestrado foi provocar a releitura do Direito Societário sob a perspectiva civil-constitucional, de tal modo a examinar seus problemas à luz de princípios constitucionais.

Nessa linha, foram eleitos temas comuns aos diversos regimes de sociedades, com a finalidade de inserir o contrato de sociedade em contexto ético que contribuísse para a distribuição de justiça durante a execução do contrato e em sua fase pós-contratual.

Resumidamente, tratou-se de estudo voltado para o Direito Contratual, por meio do exame do papel da autonomia da vontade na esfera do direito societário: qual seria seu fundamento e qual a razão para limitá-la e condicioná-la a valores homenageados pelo ordenamento jurídico.

Este artigo tem por objetivo de pontuar os principais elementos e informações que foram trazidos à baila por meio da referida pesquisa.

1. O CONTRATO DE SOCIEDADE NA VISÃO CLÁSSICA

O individualismo e o primado da vontade fizeram com que o princípio contratual se expandisse nas mais variadas esferas da vida humana, influenciando não apenas o pensamento jurídico, mas sobretudo o pensamento filosófico, político e econômico.

No curso do século XIX, o contrato invadia os diversos ramos do Direito, proporcionando os fundamentos jurídicos exigidos pelo crescente capitalismo industrial. Natural, portanto, que o fenômeno associativo ganhasse contornos contratuais e que as sociedades, instrumentos para a maximização dos lucros, viessem pautadas em modelo contratualista.

Na França, os comentadores do "Code" analisavam a sociedade como uma espécie contratual. Esta orientação era adotada por Raymond Theodore Troplong, para quem tal contrato era sinalagmático, comutativo e consensual¹.

Por meio dele, cada uma das partes se obrigava a uma entrada comum, em vista de um benefício a partilhar. Dissentindo do caráter puramente comutativo do contrato de sociedade, Jean-Marie Pardessus o via como uma categoria de natureza acessória, prestando-se à realização de outras operações comerciais. Essa noção de acessoriedade pode ser hoje substituída pela ideia de instrumentalidade, que será adiante desenvolvida, na seção nº 3, deste trabalho².

Naquele contexto, Edmond Thaller destacava-se ao salientar que, no contrato de sociedade, os contratantes criavam entre si um interesse comum e não propriamente um interesse contrário. A sociedade não provocaria, de fato, o antagonismo que se reconhecia existir nas demais espécies contratuais, como, por exemplo, em uma compra e venda, em que o comprador procurava o preço mais baixo possível e o vendedor o mais elevado, porquanto, na sociedade, o resultado mais vantajoso do contrato era a um só tempo mais proveitoso para todos os contraentes.

Por essa razão, entre os sócios predominaria a confraternização. Ainda que houvesse conflitos quanto à repartição do lucro ou quanto ao teor de determinadas cláusulas acessórias, todos sabiam que o sucesso da sociedade dependia do conjunto de acordos e disso resultaria, como elemento da sociedade, um vínculo de simpatia que a diferenciava das demais espécies contratuais. Por conseguinte, Thaller teve o mérito de excluir o contrato de sociedade do rol dos contratos bilaterais³.

¹ TROPLONG, Raymond Theodore. *Le Droit Civil Expliqué, Commentaire du Titre IX du Livre III du Code Civil: Du Contrat de Société Civile et Commercial*. Paris: Charles Hingray, 1843, p. 7.

² PARDESSUS, Jean-Marie. *Cours de Droit Commercial*. Paris: Henri Plon, 1857, p. 1.

³ THALLER, Edmond. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. Paris: A. Rousseau, 1898, p. 114.

Na Itália, o célebre Cesare Vivante, aprofundando a pesquisa científica acerca do fenómeno associativo, sustentava que o contrato de sociedade – cujo instrumento originário intitulava ato constitutivo e cujas alterações nomeava como contratos adesivos – não produzia uma troca de valores, nem sua comunhão. Diferentemente, por ele se realizava uma entrega de bens à nova pessoa que se criava, com a finalidade de proporcionar aos sócios um resultado obtido a partir da exploração do fundo social. No momento em que concluíam o ato constitutivo, os sócios estavam um frente ao outro, como em todo contrato comutativo e bilateral, enquanto que, após sua celebração, aqueles se encontravam um ao lado do outro, visto que seus interesses (antes opostos) se fundiam em um interesse comum, de modo que o contrato de sociedade conduzia à transformação de interesses individuais e divididos em um só interesse coletivo⁴.

O problema da comutatividade no contrato de sociedade dava origem a larga controvérsia na doutrina clássica. A questão referia-se à análise da extensão da contraposição de interesses entre sócios *vis-à-vis* o conceito de *affectio societatis*, o qual se pautava em uma vontade de colaboração ativa ou, segundo Paul Pic, vontade de cooperar, direta ou indiretamente, na obra comum⁵.

Sobre a matéria, o jurista argentino Horacio P. Fargosi dissentiu de Vivante para sustentar, em tese de doutoramento, que aqueles que contratam uma sociedade teriam, tal como ocorre nos contratos bilaterais, interesses egoísticos e contrapostos inclusive durante a vida da sociedade, muito embora tais interesses permanecessem adormecidos⁶.

As prerrogativas individuais dos sócios decorriam da importância conferida aos direitos subjetivos e, particularmente, à autonomia da vontade. A liberdade contratual em matéria societária correspondia ao gravíssimo poder de dissolver a sociedade imotivadamente, ao arrepio dos interesses dos demais sócios e daqueles direta ou indiretamente relacionados com a sociedade, enquanto entidade realizadora de uma atividade econômica.

Em estudo sobre o panorama do contrato de sociedade no Direito francês, lecionou Hernani Estrella que a vontade, oportuna e regularmente manifestada, conduzia à dissolução da sociedade de pleno direito. Essa prerrogativa limitava-se, desde o *Ancien Regime*, aos contratos celebrados por prazo indeterminado. Os fundamentos dessa regra consubstanciavam-se, por um lado, no caráter transitório da comunhão de bens, e, por outro, na dificuldade de se permitir a subsistência do vínculo associativo quando abalada a estima recíproca entre sócios, elemento subjetivo e substancial do contrato⁷.

O contrato de sociedade, sob as leis oitocentistas, ficou subordinado àqueles ideais que inspiraram a Revolução de 1789 e que se propunham a tutelar, de forma absoluta, irrestrita e incondicional, a autonomia da vontade e a liberdade contratual: a vontade determinava tanto a formação do vínculo, quanto justificava sua ruptura por ato unilateral de qualquer dos associados.

No Brasil, o enfoque não era diferente. Antes que se inaugurassem as discussões para a aprovação de um Código Comercial para o Império, Jose da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, considerado o primeiro comercialista brasileiro, tratou das sociedades em seus “Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha”, distinguindo-as do simples consórcio ou mera comunhão,

⁴ VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1928, p. 25-26.

⁵ PIC, Paul. *Des Sociétés Commerciales*. Paris: Rousseau & Cie., 1940, p. 81-82.

⁶ FARGOSI, Horacio P. *La Affectio Societatis*. Buenos Aires: Valério Abeledo, 1953, p. 79.

⁷ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos Haveres de Sócio*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1960, p. 35.

com fundamento na vontade manifestada de modo explícito, que externaria os laços de amizade e boa-fé entre os sócios, “que se deviam considerar mutuamente como irmãos”⁸.

O primeiro diploma brasileiro a dispor, sistematicamente, sobre o contrato de sociedade foi o Código Comercial. Sua elaboração foi inicialmente encarregada a Jose da Silva Lisboa, por decisão da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, e posteriormente entregue, pela Regência, a uma comissão de comerciantes presidida primeiramente por Antônio Paulino Limpo de Abreu e, secundamente, por José Clemente Pereira, tendo sido o projeto enviado ao Legislativo em 1834 e finalmente aprovado em 1850 (Lei nº 556, de 25 de junho), após longo debate e morosa tramitação⁹.

O Código Comercial trouxe significativas modificações relativamente ao Direito anterior¹⁰, imprimindo ao contrato de sociedade elevada plasticidade, em homenagem à autonomia da vontade. Assim, segundo os registros de Hernani Estrella, o Código Comercial concedeu ampla liberdade aos contraentes, preservando-lhes a faculdade de bem definir seus direitos e obrigações¹¹, ainda que sem prescindir da noção de *intuitus personae*, colhida da experiência legislativa anterior¹².

Contudo, o diploma, a par de não positivar o conceito de sociedade (apenas fixado décadas mais tarde, pelo art. 1.363, do Código Civil de 1916), não era claro no que refere à posição do sócio em face do patrimônio social. Não havia o reconhecimento explícito da autonomia patrimonial da sociedade, muito embora diversos de seus dispositivos tenham servido de base para o desenvolvimento dessa teoria, valendo mencionar, nessa linha, os arts. 292, 323, 327 e 350.

José Xavier Carvalho de Mendonça pode ser citado como um dos autores que melhor explicou a questão da autonomia patrimonial da sociedade, antes mesmo do advento do Código Civil de 1916. Nesse sentido, sustentava o jurista que o patrimônio social não pertencia aos sócios, de modo que estes não tinham direito a parcela de seus bens, mas sim a um quinhão, cujo valor seria determinável após o pagamento do passivo da sociedade. O mérito de sua doutrina se deve ao fato de sua construção ser anterior ao reconhecimento pela lei – particularmente pelos arts. 16 e 20 do Código Civil de 1916 – da personalidade jurídica de todas as sociedades, que, assim, se tornaram inconfundíveis com a pessoa de seus membros¹³.

⁸ LISBOA, Jose da Silva. *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*. Dos Contractos Mercantis. Lisboa: Imprensa Régia, 1811, p. 51.

⁹ Há divergência quanto ao efetivo ano durante o qual o Projeto de Código Comercial foi encaminhado para apreciação pelo Legislativo. Enquanto Rubens Requião indica o ano de 1834 (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16), Lamy Filho e Bulhões Pedreira anotam que o mencionado envio teria se dado em 1833 (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 106).

¹⁰ No período que precedeu a promulgação do Código Comercial, observava-se o que dispunham as normas portuguesas sobre o contrato de sociedade, as quais eram aplicadas no Brasil logo após a proclamação da independência, por força da Lei de 20 de outubro de 1823.

¹¹ Essa amplitude pode ser verificada a partir da leitura do art. 302, nº 7, daquele Código, cláusula geral que franqueava ao particular regular, em larga medida, os direitos e obrigações dos sócios entre si e para com terceiro.

¹² ESTRELLA, Hernani. Op. cit., p. 39.

¹³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 95-96. Em nota, Carvalho de Mendonça menciona os nomes de Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho e Clóvis Beviláqua como defensores da personalidade jurídica das sociedades comerciais e, em contrapartida, lista, dentre os opositores, Lacerda de Almeida e Frederico Steidel. Vale observar que, no “Esboço do Código Civil” de Teixeira de Freitas, o art. 278 inseria as sociedades civis e comerciais entre

O autor, entretanto, ainda via no contrato de sociedade o caráter de bilateralidade, afirmando que, desde o momento de sua celebração, o contrato obrigava reciprocamente as partes e estas para com a sociedade, de modo que, se um dos sócios não cumprisse as obrigações contraídas, seria permitido a qualquer outro sócio requerer a dissolução judicial da sociedade¹⁴.

Sem dúvida, o dispositivo do Código Comercial que mais salientava sua vertente individualista corresponde ao art. 335, nº 5, que trouxe para o sistema brasileiro a prerrogativa do sócio de promover unilateralmente e imotivadamente a dissolução da sociedade celebrada por prazo indeterminado.

Não obstante o alinhamento do Código de 1850 e da doutrina à concepção individualista do Direito Contratual, os Tribunais tendiam a flexibilizar a prerrogativa de dissolução da sociedade por vontade unilateral de um dos sócios, de tal sorte a preservar o exercício da atividade econômica. Nesse sentido, Antônio Bento de Faria, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, citou julgado do ano de 1898, proferido pela então “Câmara Cível da Corte de Appellação do Districto Federal”, nos seguintes termos:

A retirada de um sócio da sociedade em nome colectivo, desde que permaneça o contracto entre os demais sócios, produz o efeito de modificar-se a razão social (art. 8º do Dec. 916, de 1890), mas não determina a dissolução de sociedade¹⁵.

De igual modo, a doutrina, no curso da primeira metade do Século XX, passou a manifestar certa restrição quanto ao alcance da regra disposta no art. 335, nº 5, do Código Comercial de 1850. O próprio Bento de Faria, ao comentar o mencionado dispositivo, sustentou que sua aplicação não poderia se dar de modo absoluto, “mas antes de accordo com a intelligencia que lhe emprestam as legislações dos povos cultos, afim de evitar a ruína do patrimônio social em prejuízo de todos”.

Neste particular, o magistrado ensinou que a vontade do sócio na dissolução da sociedade, para que produzisse efeitos, deveria satisfazer determinados requisitos, nomeadamente os seguintes: (i) que o sócio notificasse a sua denúncia a todos os outros sócios; (ii) que a renúncia fosse feita de boa-fé; e (iii) que não fosse intempestiva.

O requisito da boa-fé circunscrevia-se à boa-fé subjetiva. Logo, considerava-se de má-fé a denúncia que externasse o escopo do sócio denunciante de apropriar-se com exclusividade dos benefícios que os sócios se propunham colher em comum. Por outro lado, tinha-se por denúncia intempestiva aquela realizada quando a situação da sociedade não correspondia à normalidade (*quando as cousas não estiverem no estado integral*) ou quando a sociedade pudesse ser prejudicada com a dissolução nesse momento. Em outros termos, a inoportunidade da denúncia correspondia ao eventual período de incertezas materiais quanto à condução e resultado dos negócios sociais.

O exercício do direito disposto no aludido art. 335, nº 5, dependia, assim, do exame de uma questão de fato, que deveria ser demonstrada por quem a suscitasse. Provada a má-fé, entendia-se

as pessoas privadas de existência ideal, reservando a denominação de pessoas jurídicas para as pessoas públicas de existência ideal, como o povo, o Estado, as Províncias, os Municípios e a Igreja Católica.

¹⁴ Registre-se que o jurista já identificava na sociedade um traço característico (*affectio societatis*) que a distinguia das demais categorias contratuais: “Da noção que aí fica, apura-se desde logo, esta singularidade: os sócios cooperam para o escopo comum, e, em lugar dos interesses antagônicos ou opostos, que se observam nos outros contratos, na sociedade, todos os sócios se esforçam para o mesmo resultado, no qual estão empenhados” (Ibidem, p. 20).

¹⁵ FARIA, Antônio Bento de. *Código Commercial Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, p. 453.

que os demais sócios tinham o direito de excluir desde logo o sócio denunciante. De outra feita, na hipótese de intempestividade, a sociedade poderia continuar a operar, não obstante a denúncia, até o levantamento do “primeiro balanço ordinário” (hoje correspondente ao balanço patrimonial levantado ao final de um exercício social), ou, alternativamente, até a conclusão do negócio pendente¹⁶.

Mais tarde, o contrato de sociedade foi definido, no art. 1.363 do Código Civil de 1916, como um acordo de vontade, pautado na *affectio societatis*, ainda que não fosse de sua essência o escopo lucrativo.

Debruçando-se sobre o contrato de sociedade no Código Civil, Eduardo Espínola afirmou que o conceito previsto no art. 1.363 aproximava-se da definição contida no art. 530, do Código de Obrigações suíço, no qual o primeiro se inspirara. Salientou Espínola que a doutrina fazia distinção entre as sociedades civis e as associações, sendo a primeira de fins lucrativos e a segunda para designar entidades cuja atividade estivesse ligada a fins “morais ou religiosos”¹⁷.

Em posição diversa, Clóvis Beviláqua sustentou, expressamente, que os “fins comuns”, mencionados no referido art. 1.363, não precisavam ser lucrativos, pois “na largueza do princípio adotado pelo Código Civil há contrato tanto nas sociedades civis comuns quanto nas corporações religiosas, nas irmandades e nas sociedades literárias, científicas, recreativas ou beneficentes”¹⁸.

De todo modo, as sociedades civis eram vistas pela doutrina, a exemplo do que ocorrera com as sociedades comerciais, como consensuais, bilaterais e onerosas.

As transformações sociais dos últimos decênios do século XIX e início do século XX, voltando-se contra os malefícios causados pelo individualismo e pelo exercício ilimitado da autonomia da vontade, colocaram sob revisão as estruturas jurídicas fundadas no contrato.

Seguindo caminho equivalente, o Direito Societário foi revisitado em consequência do fenômeno da socialização do Direito, embora sem abandonar a influência do contratualismo, como analisado detidamente, nas linhas que se seguem.

2. A TEORIA DO CONTRATO PLURILATERAL NO SISTEMA BRASILEIRO

Desenganadamente, o sistema brasileiro adotou, na disciplina das sociedades, a Teoria do Contrato Plurilateral, tal como ofertada pelo gênio de Tullio Ascarelli¹⁹.

Nessa linha, o Código Civil dispõe, no art. 981, que “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”.

¹⁶ Ibidem, p. 459. Observe-se que a doutrina de Carvalho de Mendonça, antes citada, admitia a denúncia intempestiva.

¹⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. *Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 374. Registrou Espínola que, na França, a Lei de 1º de julho de 1901, já fazia específica distinção entre associações e sociedades, à vista de sua finalidade.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943, p. 484.

¹⁹ A teoria encontra-se didaticamente exposta na obra “Problemas das sociedades anônimas e direito comparado” (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 235-312). Em consideração aos limites deste artigo, foi excluída a extensa referência ao conteúdo do referido livro, que veio a ser detalhadamente comentado na dissertação deste autor.

O professor Sylvio Marcondes enfrentou diretamente a controvérsia acerca da natureza da sociedade, aderindo expressamente à teoria preconizada por Ascarelli. Por força de seu caráter de plurilateralidade, o contrato de sociedade – diferentemente do que dispunha o Código Civil de 1916 – não veio disposto no Título VI (“Das Várias Espécies de Contrato”) do Código de 2002, estando regulado ao lado do empresário e ostentando obrigatoriamente finalidade econômica. Leia-se adiante a posição do redator do Anteprojeto:

No Projeto de Código Civil, a associação e as sociedades têm um tratamento diverso, inclusive pela natureza jurídica dos respectivos institutos. A associação é ato de união, definido no art. 51 do Projeto (...) Ao passo que a sociedade é contrato, cuja natureza parece hoje bem assentada na doutrina de Ascarelli: um contrato plurilateral, dadas as relações dos sócios, reciprocamente, entre si, dos sócios com a sociedade, da sociedade com terceiros e dos sócios com terceiros. E nesta qualificação de contrato plurilateral que o Projeto define a sociedade, no seu art. 1.018 (...) A sociedade, por sua complexidade, não poderia, em código unificado, estar ao lado de outros contratos, como acontece no atual Código Civil. Tanto no Código suíço, como no Código italiano, que são códigos unificados, a sociedade é objeto de um título em separado, porque, embora os contratos sejam normalmente onerosos, o de sociedade não é apenas oneroso, não tem apenas o *intuitus pecuniae*, mas inclui um *intuitus personae* muito acentuado, dadas as relações dos sócios e da sua confiança recíproca, desde a mais profunda – no caso das sociedades em nome coletivo – até a da própria sociedade anônima, onde não se ignora e não se desdenha saber quem são os grandes acionistas ou os grandes responsáveis. É a *affectio societatis*, uma peculiaridade subjetiva deste contrato, que o distingue dos demais²⁰.

Não se pode deixar de reconhecer a coerência da feliz elaboração de Ascarelli, cabal para responder a todo gênero de críticas com respeito à estrutura do contrato de sociedade, tanto no seu plano interno, quanto com relação às atividades conduzidas pela sociedade frente a terceiro, facilmente explicáveis pelo conteúdo de organização dessa categoria contratual.

Todavia, Ascarelli, atentando para os princípios contratuais acolhidos pela doutrina clássica, formulou sua teoria em franca homenagem à Teoria da Vontade. Em razão da alta relevância histórica de suas lições, cumpre transcrever trecho de trabalho publicado em 1947, em que o autor discorre sobre a Teoria Contratual:

Talvez nenhum princípio jurídico pareça tão natural à nossa mentalidade atual, como aquele de que, o contrato, assenta no consentimento das partes; de que já do consentimento decorre, respeitadas alguns requisitos de caráter geral, o *vinculum juris*, e de que as partes podem divergir dos esquemas contratuais legalmente traçados: a liberdade contratual é o princípio fundamental do direito privado moderno. Coerentemente, a mentalidade moderna desconfia do formalismo; procura encontrar a vontade das partes independentemente de palavras ou fórmulas sacramentais (...) Liberdade contratual é sinônimo de liberdade de iniciativa e de escolha: o contrato é instrumento jurídico desta liberdade; a disciplina jurídica dos contratos visa, de um lado, conciliar esta liberdade com o respeito das exigências de caráter geral, e, de outro lado, regular os contrastantes interesses das partes, tutelando equitativamente ambas elas no que concerne à expressão e liberdade de seu consentimento.²¹

²⁰ MARCONDES, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 13-14.

²¹ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 1947, p. 55.

Pelo que se vê das linhas acima reproduzidas, impõe-se a realização de nova leitura acerca da estrutura e função do contrato plurilateral de sociedade, adequando-o aos paradigmas contratuais contemporâneos e ao conteúdo axiológico dos princípios ordenadores do sistema jurídico brasileiro.

Como se verá, a objetivação da vontade no contrato de sociedade se obtém pela valorização da confiança em face da liberdade contratual. Por outro lado, a proteção de terceiros em face da sociedade fundamenta-se em sua função socioeconômica, que convive harmonicamente com a função socioeconômica da empresa, esta com efeitos bem mais abrangentes, porquanto se volta para a comunidade, influenciada pelo desenvolvimento da atividade econômica.

Essa releitura sugere uma particular reflexão que, na verdade, lhe é preliminar e corresponde a breve ensaio jus-filosófico: o que se pretende com a busca de novos modelos contratuais? Como deve ser valorada a atividade econômica e, por conseguinte, os instrumentos jurídicos que a formalizam?

3. REEXAME DO CONTRATO DE SOCIEDADE: PREMISSAS

Segundo a notável teoria de Ascarelli, o contrato plurilateral de sociedade serve como instrumento por meio do qual um grupo de pessoas convencionam direitos e obrigações recíprocas, fixa o escopo de sua comunhão, bem como determina normas sobre sua organização e sobre deveres futuros que deverão ser oportunamente cumpridos, dado o caráter de trato continuado desse contrato.

Esse mecanismo bem servindo há anos para a formalização dos interesses daqueles que se propõem a estar em sociedade.

No entanto, a realidade das relações jurídicas patrimoniais e a mudança de seus paradigmas interpretativos determinam a ampla revisão dessa categoria contratual, com vistas a sobrepor antigas concepções individualistas pela visão humanista do Direito e a fazer prevalecer a substância dessas relações relativamente à forma da estrutura jurídica. Em outros termos, a evolução do Direito instiga o reexame do contrato plurilateral, a fim de aproximá-lo dos valores e dos princípios eleitos pela Constituição Federal como norteadores do sistema e da atividade econômica.

A primeira constatação é a respeito da instrumentalidade da sociedade, que, por conta disso, deve ser funcionalizada para a realização dos interesses dos sócios (sob ponto de vista interno) e daqueles com quem ela interage (sob ponto de vista externo), desde que tais interesses sejam tutelados pelo ordenamento. Qualquer sociedade tem como sócios, diretos ou indiretos, pessoas naturais, que devem ser vistas como destinatárias finais da organização societária, ao lado de outras pessoas que, embora não sócias, sejam, de alguma forma, influenciadas pela execução do contrato, à vista de sua função socioeconômica. O interesse da sociedade só se legitima quando visa à satisfação dos interesses da pessoa, como bem ressaltou Pietro Perlingieri, ao sustentar que a associação "é merecedora de tutela enquanto for idônea para consentir a formação e desenvolvimento dos seus associados que, quando alcançam o escopo associativo realizam a si mesmos".²²

Sendo a sociedade (ou veículo societário) mero instrumento 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 limita às cláusulas e condições formalmente convencionadas no contrato ou estatuto social, mas se encontram refletidas em diversos outros instrumentos, como acordos parassociais, correspondências, estudos de viabilidade rubricados pelos interessados e,

²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 300.

ainda, em fatos concretos que, embora sejam relevantes, não chegaram à ser reduzidos a escrito, dado o dinamismo próprio da vida econômica.

Uma conclusão das linhas acima articuladas corresponde à afirmativa de que não é o tipo societário que deve exaurir as soluções jurídicas aplicáveis em face de um conflito de interesses.

Logo, tal conflito deve ser examinado à luz dos princípios de Direito Societário, ordenados segundo os princípios constitucionais, tendo em vista as circunstâncias materiais nas quais se insere a sociedade. Nesse sentido, o exame substancial do contrato associativo pode indicar uma complexa estrutura organizacional formada a partir de uma sociedade limitada ou, ao contrário, uma modesta sociedade familiar constituída sob a forma de sociedade anônima. Por isso, em certos casos, poder-se-á verificar que a *affectio societatis* presente em uma sociedade limitada é muito menos intensa que aquela presente em uma sociedade anônima. A *affectio societatis* – como se verá – pode variar em uma mesma sociedade e independe do *intuitus personae* e do *intuitus pecuniae*. Aliás, essa possibilidade vem, a cada dia, atraindo a atenção de estudiosos e pesquisadores e conduzindo, inclusive, à admissão de exclusão de sócio na sociedade anônima, por justa causa, o que, há anos atrás, não poderia ser validamente explicado pela ciência jurídica.

Outro ponto importantíssimo é a premissa de que cada sócio assume determinado papel no contrato plurilateral, embora muita vez esse personagem não tenha seu script delineado no instrumento contratual. Há casos em que tal contrato – elaborado segundo formulários padronizados e sem o concurso de advogado – não reflete, por exemplo, a realidade do sócio minoritário de uma sociedade prestadora de serviços profissionais, cujo sucesso se deve exatamente às qualidades intelectivas desse minoritário, o qual, entretanto, pode ser excluído pela maioria e ter seus ganhos subtraídos, até que se prove o contrário.

Por consequência, o indivíduo, ao ingressar em uma sociedade, contrai deveres e obrigações que correspondem, em sentido amplo, à colaboração que deve prestar para que seja alcançada a finalidade pretendida pela comunhão. Essa realidade põe em destaque o princípio da boa-fé objetiva, que assume notável relevância no contrato de sociedade e produz um conjunto de obrigações, que, somado aos aspectos da conduta pessoal do sócio, correspondem à noção de dever geral de colaboração, defendida por A. J. Avelãs Nunes, em monografia especializada, cuja inobservância ensejaria a sanção de exclusão do sócio faltoso²³.

Disso se extrai que a antiga classificação dogmática entre sociedade de capitais e sociedade de pessoas queda-se sem sustentação, à vista do papel desempenhado pela pessoa humana no contrato de sociedade e de sua posição de destinatária final das riquezas obtidas pela atividade econômica.

Essa nova abordagem do contrato de sociedade passa pelo reexame da *affectio societatis*, mas não para por aí. Segue adiante, para orientar a solução de conflitos que decorram da perda da *affectio societatis*, casos em que se proporá a ponderação entre os interesses dos litigantes, examinados de acordo com aspectos circunstanciais. A valoração de tais interesses em conformidade com os princípios constitucionais (função social da propriedade empresária, art. 170, III, CF, solidariedade, art. 1º; art. 3º, I; art. 170, *caput*, CF, da função social da livre iniciativa, art. 1º, IV; art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, CF, justiça social, art. 3º, I, III e IV; art. 170, *caput*, CF e da dignidade da pessoa, art. 1º, III; art. 170, *caput*, CF) determinará quais deles são merecedores de tutela pelo ordenamento, orientando o juiz na distribuição concreta de justiça.

A aproximação entre o Direito Público e o Direito Privado, em consequência da direta aplicação às relações privadas dos princípios e valores constitucionais, é de altíssima relevância

²³ NUNES, A. J. Avelãs. *O Direito de Exclusão de Sócios nas Sociedades Comerciais*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

para o Direito Societário, a ponto de Calixto Salomão Filho afirmar que se encontra afastada a “fase intimista do direito societário, entendida como período em que o direito societário se sente autossuficiente para analisar e regular as questões de organização da vida empresarial” e, continua o acadêmico, “se há algum marco da nova fase do direito societário é exatamente sua abertura para a interdisciplinaridade”²⁴.

Logo, a reunião de interesses públicos e privados em torno do contrato de sociedade é tema de primeira ordem nos estudos de Direito Societário e, evidentemente, projeta-se na função socioeconômica dessa categoria contratual, fato que vem sendo sucessivamente observado pela comunidade acadêmica, por meio de pesquisas e trabalhos de elevado conteúdo científico.

Nessa linha, é de se conferir as palavras de Eduardo Secchi Munhoz, que sustentou a conexão entre o público e o privado no contrato de sociedade, bem como a sujeição de seu regime jurídico aos princípios constitucionais:

(...) o direito societário não pode ser entendido como um ramo do direito privado destinado a regular os interesses dos agentes econômicos exercendo papel exclusivo de pacificação de conflitos, numa concepção liberal de *laissez faire*. Deve-se reconhecer ao direito societário a função de constituir instrumento de implementação de políticas públicas que objetivem a consecução dos valores consagrados pelo ordenamento jurídico (...). Os valores sociais a serem necessariamente perseguidos pelo direito societário, no Brasil, estão enunciados no artigo 170 da Constituição Federal (...) ²⁵.

Em suma, passe-se ao estudo dos temas e problemas originados no contrato de sociedade e diretamente alcançados pela releitura do Direito Societário sob perspectiva constitucional.

4. A *AFFECTIO SOCIETATIS* NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A *affectio societatis* é tradicionalmente definida como o elemento subjetivo intencional presente no contrato de sociedade, que o distingue da mera comunhão de interesses²⁶.

A vontade era substancial para a configuração da *affectio societatis*, embora se desse a essa vontade um traço solidarista, bem explicado pela doutrina de Thaller – mencionada na Seção 1, deste trabalho – para quem o contrato de sociedade é individualizado por uma feição

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

²⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Contribuições para a Revisão do Modelo Societário*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 30.

²⁶ Por todos, vide Rubens Requião, que, ao tratar das doutrinas clássicas sobre *affectio societatis*, registra o seguinte: “(...) a relação fraterna entre os sócios, a estima ou confiança recíproca, ideias que se encadeiam entre si, estabelecem uma constante nas sociedades mercantis, sem o que é impossível sua formação e existência. Com razão expressou-se Bonfante, condensando o tema, ao considerar a *societas* uma daquelas relações que exige uma vontade continuada, persistente, que produz efeito até quando esta vontade dura e cessa de produzi-la. O termo ‘*affectio societatis*’ ou ‘*animus societatis*’ indica a vontade de ser sócio, e exprime, para o romanista italiano, como viva e sentida fosse aquela natureza de relação e o caráter continuativo da voluntas (Corso di Diritto Romano, pg. 132). Ao cessar a ‘*affectio societatis*’, extingue-se a sociedade. Diz Troplong que a ‘união faz a força; mas a discórdia arruína as melhores empresas’” (REQUIÃO, Rubens. *A preservação da sociedade pela exclusão de sócio*. Tese (Concurso para a Titularidade de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná). Curitiba, 1959, p. 40).

mais econômica que jurídica, consistente na vontade de colaboração ativa, em virtude da qual todos têm a consciência de que a união harmoniosa de bens e trabalho aumentará os bens de cada um, em patamar bem superior se comparado à atuação individual dos sócios. Essa vontade de colaboração funda-se na mútua estima alimentada entre os sócios, que se chamaria *affectio societatis*.

Os pontos de vista doutrinários acerca do conceito de *affectio societatis* vêm variando ao longo da evolução científica. Há que defenda a distinção entre o consensualismo e a *affectio*, sendo a última fundada na cooperação consciente dos sócios, durante a execução do contrato, aproximando-se da noção de dever geral de colaboração, acima mencionada²⁷.

Não obstante, a melhor interpretação parece ser no sentido de conectar o dever de cooperação, de alto conteúdo axiológico, à cláusula geral de boa-fé, uma vez que aquele dever tem fundamento no princípio da solidariedade (art. 1º; art. 3º, I; art. 170, *caput*, CF).

Em certos casos, o inadimplemento do dever de cooperação poderá produzir a perda da *affectio societatis*, em face da desinteligência entre os sócios. Por outro lado, não se pode afirmar que a quebra daquele dever acarretará sempre um desentendimento insuperável entre sócios: dependendo das circunstâncias, a sociedade poderá continuar normalmente suas atividades e os demais sócios poderão ter interesse em conviver com aquele inadimplente.

Essa aferição, que envolve questões de fato, dependerá do papel a ser cumprido por cada sócio para o sucesso comum. O importante é frisar que o dever de cooperação funcionará como forma de demonstrar, objetivamente, o cumprimento das obrigações assumidas por cada sócio e, por outro lado, como justificativa para exclusão do faltoso, independentemente de culpa.

Em uma palavra, o dever de cooperação ostenta atualmente *status* de princípio do Direito Contratual, não sendo, contudo, suficiente, sob o ponto de vista científico, para identificar o contrato de sociedade.

Não se pode negar que a *affectio societatis* corresponda efetivamente à vontade de estar em sociedade. Por conseguinte, uma leitura da *affectio societatis*, sob a perspectiva constitucional, a situa como modalidade da autonomia da vontade, que se fundamenta no princípio da liberdade de associação (art. 5º, XX, CF). Essa modalidade de autonomia é, pois, específica do contrato de sociedade e o distingue das demais categorias contratuais.

Neste raciocínio, a *affectio societatis* não consiste em um valor em si mesma, mas sim passa a ser objeto de avaliação pelo ordenamento, de acordo com as circunstâncias presentes no caso concreto e em direta subordinação aos princípios norteadores do sistema, estando funcionalizada tanto aos princípios fundamentais da República (arts. 1º e 3º, CF), quanto aos princípios sob os quais se encontra disciplinada a atividade econômica (art. 170, CF).

Esse ponto de vista permite, diante de eventual desequilíbrio ou iniquidade causada pelo exercício aético da autonomia da vontade, a revisão das cláusulas contratuais e estatutárias da sociedade, que estejam em desacordo com os princípios constitucionais, particularmente os princípios da função socioeconômica da propriedade empresária (art. 170, III, CF), da solidariedade (art. 1º; art. 3º, I; art. 170, *caput*, CF) e da função social da livre iniciativa (art. 1º, IV; art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, CF).

Logo, a *affectio societatis*, sendo expressão da liberdade contratual, deve ser direcionada para a realização de valores da pessoa, que, tendo em conta as peculiaridades do contrato de sociedade – substancialmente, o seu caráter de contrato normativo, de trato sucessivo e de organização

²⁷ Essa posição foi externada por Jorge Lobo, por ocasião do “Ciclo de Conferências sobre Sociedades Limitadas”, realizado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), em 14 de outubro de 2003.

– corresponde à satisfação das legítimas expectativas produzidas na esfera pessoal do sócio por ocasião do ingresso na entidade societária.

A tutela dessas expectativas reflete a homenagem pelo Direito Societário à confiança e boa-fé objetiva. Vale observar que tais expectativas podem ser de ordem patrimonial ou pessoal. No primeiro caso (patrimonial), exemplos de razoáveis expectativas relacionam-se ao recebimento da parcela no lucro auferido pela sociedade e à adequada apuração do valor de seus haveres na sociedade, em caso de exclusão ou retirada de sócio. Por outro lado, as expectativas de ordem pessoal podem corresponder ao direito de participação nas reuniões e assembleias sociais, ainda que o sócio não possua direito a voto, e o direito à obtenção do máximo de informações acerca da condução das atividades sociais, que deve ser a mais transparente possível.

Ressalve-se, ainda, que a *affectio societatis* não se confunde com o *intuitus personae*, como muitos parecem defender. Nessa linha, a vontade de se associar pode levar em conta tanto o brilhantismo pessoal de determinado profissional, quanto o apoio financeiro de um banco de fomento: em ambos, há interesse na associação, embora sejam absolutamente distintas a motivação de cada contraparte, individualmente considerada, para a constituição e manutenção do vínculo societário.

5. OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CONTRATO DE SOCIEDADE

Reafirmada a natureza contratual do vínculo firmado entre os sócios, cumpre examinar a incidência dos “novos” princípios contratuais na dinâmica societária, especialmente a boa-fé objetiva, a função socioeconômica do contrato e o equilíbrio contratual, de tal modo a ultimar a releitura do contrato de sociedade à luz das transformações jurídicas operadas nas relações patrimoniais privadas.

5.1 A boa-fé objetiva

Ainda na doutrina clássica, a boa-fé no contrato de sociedade teve sua importância ressaltada e elevada a elemento substancial dessa relação. Essa relevância justificou a definição da *affectio societatis* como vontade de cooperação e, mais recentemente, como dever de cooperação. Tanto no primeiro caso quanto no segundo, o fator decisivo para a formulação desses entendimentos é a confiança recíproca entre sócios, na qual se encontra alicerçado o contrato de sociedade, segundo as palavras ilustradas de José Xavier Carvalho de Mendonça e, ulteriormente, de Rubens Requião²⁸.

Não se pode negar que a visão da *affectio* como dever de cooperação (e não mais como uma vontade!) tem como fundamento axiológico o solidarismo, especialmente presente no fenômeno associativo, no qual diferentes pessoas conjugam reciprocamente esforços para a realização de uma finalidade em proveito de todos.

Atualmente, a perspectiva constitucional do ordenamento conduz à conclusão segundo a qual o princípio do solidarismo, objetivo fundamental da República (art. 3º, I, CF), deve

²⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Op. cit., p. 241. Veja-se a síntese de Requião sobre o conceito de *affectio societatis* e sua relevância jurídica: “O direito moderno, assim, assiste à consagração e à vitória da ‘*affectio societatis*’, laço de afeto, confiança mútua e conjugação de interesses, que se originou nas associações familiares, nos albos do Direito Comercial, e que, hoje, se alça às culminâncias de instituto que toca muito perto aos interesses da sociedade humana e da economia nacional” (REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 42).

operar como paradigma interpretativo de todo o sistema, incluindo-se, evidentemente, as relações patrimoniais privadas. Nesse sentido, reproduza-se lúcida passagem de Maria Celina Bodin de Moraes:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da Sociedade²⁹.

E o solidarismo, na esfera do Direito Contratual, tem no princípio da boa-fé objetiva, sua primeira forma de concreção. Em seu "Manuale", Pietro Perlingieri aduz sobre o tema que³⁰:

Il contratto deve ser eseguito secondo buona fede. La regola rappresenta la proiezione, nell'attuazione della vicenda contrattuale, di un principio generale dell'ordinamento tendente a realizzare la cooperazione nell'obbligazione (...) L'esigenza di solidarietà, immanente al rapporto contrattuale, esige buona fede nella sua esecuzione, fedeltà allo "spirito" del vincolo e all'impegno di cooperazione volto alla soddisfazione degli interessi della controparte.

Esse dever de cooperação é hoje tão amplo que, segundo Arnoldo Wald, a ideia de contrato como instrumento formalizador de interesses antagônicos foi sendo abandonada e os autores passaram admitir, inicialmente nos contratos de longa duração e posteriormente em todos os contratos, a existência de "uma affectio – a *affectio contractus* – com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal"³¹.

Logo, a boa-fé objetiva e os deveres dela decorrentes, entre os quais podem ser elencados os deveres de colaboração, de informação à contraparte acerca de eventos que venham a influenciar a relação contratual, o dever ético de lealdade, de transparência e de sigilo, deixam de ser meramente acessórios, para que se coloquem lado a lado, em igualdade de importância, com as demais cláusulas contratuais.

Por isso, sustenta-se que o dever de cooperação não é suficiente para distinguir o contrato de sociedade de outras categorias contratuais, o que não impede que se afirme pela altíssima relevância desse dever no âmbito das relações societárias, em virtude da função muito peculiar que o princípio da boa-fé objetiva ostenta no contrato de sociedade.

Assim, o forte peso da tutela da confiança no contrato de sociedade confere à cláusula geral da boa-fé valor especialíssimo.

Portanto, sendo a sociedade um contrato tendente à continuidade, é importantíssimo que se atente para o comportamento dos sócios no curso da relação, vez que tal comportamento ensejou a formação do consentimento das contrapartes por ocasião da celebração do contrato.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque (orgs.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 529.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 453.

³¹ WALD, Arnoldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 21, jul.-set. 2003, p. 31.

Eventual desvio de conduta de sócio, aferível objetivamente, sem a necessidade de se levar em consideração sua vontade interna, legitima a aplicação da grave pena de exclusão da sociedade e a resolução do contrato plurilateral relativamente ao faltoso.

Evidentemente, essa possibilidade deve ser examinada circunstancialmente, em conjunto com outros fatores e interesses que se apresentem concretamente, os quais devem configurar a ocorrência de justa causa, como examinado pelo autor em trabalho republicado em 2018³².

5.2 A função socioeconômica do contrato de sociedade

Sustenta Pietro Perlingieri que em toda “noção jurídica encontram-se uma estrutura e uma função”, assim também ocorrendo com a relação jurídica, com o fato jurídico e com as situações jurídicas subjetivas³³.

Nesse raciocínio, a estrutura do contrato de sociedade ostenta peculiar função socioeconômica, em decorrência de seu caráter de organização, que, nos termos acima tratados, bem explica a atuação externa da sociedade, contraindo obrigações e adquirindo direitos perante terceiros (art. 1.022 do Código Civil).

Em primeira análise, a pessoa jurídica, formada a partir do registro do contrato de sociedade, será aquela que atuará frente a estranhos da relação societária. Todavia, muita vez serão os próprios sócios que ficarão vinculados em face de terceiros, em virtude dos atos praticados pela organização constituída a partir do contrato. Esse cenário poderá ocorrer não apenas nas sociedades despersonalizadas (sociedade em comum e sociedade em conta de participação, conforme arts. 990 e 991, parágrafo único, do Código Civil), como igualmente em decorrência da falência de sociedades nas quais a responsabilidade do sócio pelas obrigações sociais é ilimitada e subsidiária (arts. 1.023, 1.024, 1.039 e 1.045 do Código Civil, e art. 81 da Lei nº 11.101/2005).

Sob diferente enfoque, a função socioeconômica do contrato de sociedade justifica a descon sideração da personalidade jurídica em casos de fraude, abuso de direito ou infração ao contrato cometidas pelos sócios, em detrimento de legítimos interesses de terceiros, estando a matéria sujeita à cláusula geral do art. 50 do Código Civil, além de ser subsumível, conforme o caso, a regras previstas em lei especial.

Por outro lado, do conteúdo do contrato, extraem-se cláusulas com nítida eficácia vinculativa relativamente aos interesses daqueles que não figuram como parte da relação.

Como exemplo, cite-se a cláusula que trata da responsabilidade dos sócios, cujos limites podem ser convenccionados nas sociedades simples (art. 997, VIII, do Código Civil), bem como aquela que diz respeito ao modo de integralização do capital social, se à vista ou a prazo e se em dinheiro ou em bens, responsabilizando-se os sócios pela exata estimação dos bens conferidos à sociedade, à luz do princípio da realidade do capital social, acolhido expressamente pelo art. 1.055, § 1º, do Código Civil.

De outra feita, o arrefecimento do princípio da relatividade do contrato de sociedade pode ser demonstrada pela faculdade detida pelo credor quirografário da sociedade de se opor a eventual redução do capital social, acaso considerado excessivo pelos sócios (art. 1.084 do Código Civil e art. 174 da Lei nº 6.404/76), mediante notificação entregue no prazo de sessenta dias (para as

³² MENEZES, Mauricio Moreira. Reflexões sobre a exclusão de sócio da sociedade limitada por justa causa. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti Julio; YARSHELL, Flavio Luiz (orgs.). *Processo Societário III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 545-569.

³³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 94.

sociedades anônimas) ou noventa dias (para as sociedades limitadas), contado da data da publicação da ata da assembleia que houver decidido pela redução, caso em que tal deliberação apenas se tornará eficaz nas hipóteses de pagamento da dívida ou da realização de depósito judicial de seu respectivo valor.

Pode-se afirmar que a mais intensa controvérsia em torno da oposição do contrato de sociedade em face de terceiros diz respeito à eficácia dos atos praticados estranhamente aos contornos do objeto social.

Trata-se, pois, da Teoria do Ato Ultra Vires, que, segundo Rubens Requião, propugna a não vinculação da sociedade por atos alheios a seu objeto social. Vale observar que essa Teoria não se propõe a explicar a dinâmica das cláusulas contratuais limitativas dos poderes da administração, como aquelas que vedam a prática de determinados atos de gestão (v.g., assunção de obrigações pela sociedade acima de certo montante), sem prévia autorização dos sócios.

Não obstante, o efeito buscado em ambas situações (ultra vires e limitação dos poderes de gestão) consiste na exclusão da responsabilidade da entidade societária com relação aos atos praticados pelos administradores que tenham excedido violado o contrato social. A esse respeito, Rubens Requião externou coerente resistência por sua aceitação, à vista da necessidade de se tutelar os interesses do terceiro de boa-fé com quem sociedade se relaciona³⁴.

O Código Civil adota criticável orientação em seu art. 1.015, parágrafo único, I, por nítida influência do art. 2.298, do Código italiano de 1942³⁵, ao privilegiar o formalismo do registro, dispondo que a cláusula limitativa de poderes pode ser oposta a terceiro se “estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade”. Melhor seria a exclusiva manutenção no texto legal, quanto ao tema vertente, do art. 1.015, parágrafo único, inciso II, a determinar que a mencionada oposição pode se verificar quando provado que a cláusula limitativa era conhecida de terceiro. É manifesto que, nesse último caso, não se deve recorrer à vontade interna do terceiro, mas sim a elementos que demonstrem, objetivamente, o inequívoco conhecimento da limitação do órgão

³⁴ Leia-se adiante a lição de Rubens Requião sobre o problema da cláusula limitativa de poderes do administrador: “É exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, e por isso sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro que contrata com a sociedade comercial solicite desta a exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente (...) A doutrina que dá validade a tal cláusula é evidentemente contrária às tendências e espírito do direito comercial. Tem razão Eunápio Borges ao comentar que “além de sumamente nocivo à rapidez com que devem realizar-se os negócios comerciais, é de fato impraticável exigir-se, em cada caso, que terceiros examinem, nas Juntas Comerciais, os contratos ou estatutos das sociedades com que tratam”. Filiamonos, pois, à corrente que nega validade a tal cláusula em relação a terceiros de boa-fé, por contrariar a essência do direito comercial, que repele o formalismo excessivo em proveito da celeridade e segurança das operações mercantis em relação ao público” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1, p. 326). Em comentários à lei acionária brasileira, o jurista expõe seu entendimento acerca da Teoria do Ato Ultra Vires: “Não cuidou a lei dos efeitos do ato ultra vires. Apenas responsabilizou os administradores pelos atos praticados “com violação da lei ou do estatuto”. Sobre a validade desses atos silenciou. Debalde apresentamos sugestão de que se definisse na lei a invalidade dos atos ultra vires quando prejudiciais à sociedade, admitindo-se sua ratificação pela assembleia geral quando fossem não prejudiciais ou vantajosos” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2, p. 186).

³⁵ Confirma-se o teor do referido dispositivo: “2298. (Rappresentanza della società). L'amministratore che ha la rappresentanza della società può compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (23841; 1522 l. fall.), salve le limitazioni che risultano dall'atto costitutivo o dalla procura. Le limitazioni non sono opponibili ai terzi, se non sono iscritte nel registro delle imprese (2188; 99 ss. att.) o se non si prova che i terzi ne hanno avuto conoscenza (19, 34, 2193, 2207, 23842)”.

da administração, razão suficiente para exclusão da boa-fé e, por consequência, da tutela que poderia ser deferida pelo ordenamento.

Por outro lado, o art. 1.015, parágrafo único, III, do Código Civil acolhe a Teoria do Ato Ultra Vires, dispondo que o excesso de poderes por parte do administrador pode ser oposto pela sociedade a pessoas externas ao contrato, caso a operação seja “evidentemente estranha aos negócios da sociedade”. Aqui se pode elogiar a opção eleita pelo legislador do Código Civil, que abriu margem para a valoração do ato segundo circunstâncias concretas, porquanto emprega no bojo do dispositivo o advérbio “evidentemente”, cujo significado poderá variar, em eventual conflito, conforme o ponto de vista não só dos interessados, como também da autoridade judiciária. Permite-se, com efeito, a ponderação dos interesses, tendo em conta, substancialmente, a função socioeconômica do contrato.

O problema não é simples. A função socioeconômica do contrato sugere a oposição de suas cláusulas a terceiro com quem a sociedade se relacione, como forma de tutelar não só os interesses dos sócios, como de eventuais credores que poderiam ser prejudicados pelo desvio de finalidade praticado pelo administrador.

Como se vê, andou bem o legislador quando previu a regra disposta no art. 1.015, parágrafo único, II, e quando acolhe em cláusula geral a Teoria do Ato Ultra Vires. Ocorre, porém, que as legítimas expectativas do terceiro não podem ser desconsideradas em virtude de questões meramente formais, decorrentes do registro do contrato, razão pela qual se podem suscitar dúvidas quanto à constitucionalidade do comentado art. 1.015, parágrafo único, I, do Código Civil.

Em suma, a função socioeconômica do contrato, atendo-se à oponibilidade de suas cláusulas a pessoas que não são parte na relação societária, difere substancialmente da função social da empresa, cujos contornos foram examinados pelo autor em outros trabalhos publicados³⁶.

5.3 O equilíbrio contratual nas relações societárias

As peculiaridades do contrato plurilateral de sociedade, antes realçadas, exigem especial reflexão sobre a aplicação do princípio do equilíbrio contratual às relações societárias.

Sendo o referido contrato de execução continuada, o princípio do equilíbrio contratual ostenta, de início, relevância na relação interna da sociedade, particularmente quanto aos direitos e deveres dos sócios, que devem ser pautados em bases equitativas, respeitando-se a proporcionalidade da participação de cada um no capital social.

A rigor, podem ser criados mecanismos que outorguem privilégios patrimoniais a um sócio ou a determinado grupo. Nas sociedades anônimas, podem ser criadas classes de ações preferenciais com direito a percepção de elevado percentual de dividendos prioritários, fixos ou mínimos (art. 17 da Lei nº 6.404/76). Nas sociedades limitadas, tendo em vista que as cotas podem ser de desigual valor (art. 1.055 do Código Civil), pode-se verificar a situação dos sócios serem titulares de igual quantidade de cotas (com idênticos direitos patrimoniais), embora um deles tenha contribuído para a sociedade com quantia substancialmente superior.

Com efeito, esses mecanismos apenas podem ser justificados se houver uma contrapartida que assegure a equivalência da relação entre sócios. Essa contrapartida deve não necessariamente

³⁶ MENEZES, Mauricio Moreira. *O Poder de Controle nas Companhias em Recuperação Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012; MENEZES, Mauricio Moreira. Função Socioeconômica da Empresa em Recuperação Judicial. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 1, p. 49-86, jul./dez. 2007.

corresponder a ganhos futuros de capital, mas pode estar relacionada com o risco do investimento realizado por aquele que ingressa na sociedade e confia a gestão da empresa a seus pares.

Há no Direito Societário um importante princípio, designadamente o da não diluição injustificada da participação dos sócios, que está em estreita conexão com o princípio do equilíbrio contratual. Aquele princípio encontra-se atualmente positivado por meio de duas relevantes regras, sendo a primeira correspondente ao direito de preferência dos sócios para a subscrição de novas ações ou cotas (emitidas em aumento de capital), e a segunda referente à fixação pelo legislador de um rol de critérios a ser observado para a fixação do preço de emissão da participação societária.

Logo, o direito de preferência à subscrição de ações (art. 171 da Lei nº 6.404/76) ou cotas (art. 1.081, § 1º, do Código Civil) configura interessante mecanismo legal tendente a assegurar a manutenção da participação originária de cada sócio no capital social, garantindo a execução do contrato nas bases originariamente acordadas, sem que haja diluição na participação de sócios, principalmente dos minoritários, que, por vezes, podem não participar da decisão de aumento do capital social.

A vinculação, nas sociedades anônimas, da estipulação do preço de emissão das ações a critérios previamente estabelecidos pelo legislador (valor patrimonial, valor econômico e valor de mercado, nos termos do art. 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76) opera contrariamente à diluição injustificada do sócio minoritário, vez que, dessa forma, fica o controlador impedido de estipular, segundo sua exclusiva discricionariedade, um valor elevado e irrazoável para a integralização daquele preço, que eventualmente poderia impedir o acesso do minoritário ao aumento, em face de suas condições financeiras.

Considerando-se a omissão do Código Civil a respeito dos critérios de fixação do preço da participação societária emitida em aumento de capital, é defensável a observância daqueles critérios previstos no art. 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, às sociedades limitadas, cujo contrato social preveja a aplicação supletiva dessa lei, nos termos do art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil, à vista do conteúdo axiológico do princípio da não diluição injustificada.

Naturalmente, deve ser excetuado o critério do valor de mercado, que apenas se aplica às companhias abertas que emitam ações admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários (situação absolutamente estranha às companhias fechadas e às sociedades disciplinadas pelo Código Civil).

Por outro lado, a criação nas sociedades anônimas de espécies ou classes de ações privilegiadas, bem como a alteração de direitos previamente assegurados no estatuto social, dependem de aprovação, em separado, de mais da metade dos titulares de espécies ou classes de ações que venham a ser atingidas pela medida, cabendo aos eventuais dissidentes o direito de se retirar da companhia (art. 136, I e II, c/c art. 137, I, da Lei nº 6.404/76). Também aqui há o escopo de se resguardar o equilíbrio da relação societária, restringindo-se o poder do controlador e outorgando-se ao minoritário remédios próprios para a defesa de seus legítimos interesses.

O equilíbrio no contrato de sociedade legitima a pronta punição do sócio inadimplente com sua obrigação de integralizar a participação que tenha subscrito. A punição pode levar à suspensão do exercício dos direitos de sócio da anônima (art. 120 da Lei nº 6.404/76), sem prejuízo da cobrança forçada, pela sociedade, do valor em aberto (art. 107, I, da Lei nº 6.404/76). No caso das sociedades previstas no Código Civil, aquele inadimplemento pode levar à adoção, pela maioria, da medida extrema de exclusão do sócio faltoso (art. 1.004). A severidade do legislador fundamenta-se tanto na manutenção do equilíbrio entre sócios, quanto no princípio da preservação da empresa, que pode ter sua realização comprometida pelo *default* inesperado de um dos empreendedores.

A questão da justiça contratual tem diferente contorno quando analisada com referência à situação do sócio relativamente à sociedade.

Como ressaltava Ascarelli, as características de organização e de comunhão em um fim do contrato de sociedade, bem como sua função instrumental, devem ser levadas em consideração quanto ao problema da justiça, vez que aquele contrato não visa a distribuição direta de bens – tal como ocorre nos contratos comutativos – mas sim objetiva a realização de atividade econômica, organizando direitos e deveres que serão posteriormente observados pelos contratantes, com a finalidade de distribuição de resultados.

Logo, essa distribuição de resultados depende do sucesso do empreendimento, estando, assim, sujeita aos riscos da empresa ou atividade. Consequência disso é a impossibilidade do sócio exigir da sociedade a distribuição de lucro equivalente ao aporte realizado, porquanto a própria obtenção de lucro consiste em um evento futuro e incerto. Essa expectativa do sócio ao retorno de seu investimento não se confunde com seu direito de participar do resultado (esse sim, decorrência direta do princípio do equilíbrio contratual).

No que se refere às companhias, esse direito é tutelado pelo art. 109, I, da Lei nº 6.404/76, cuja exigibilidade depende da efetiva aquisição de lucro pela sociedade, seguida da declaração de dividendos pela assembleia-geral ordinária, com observância das normas que asseguram sua percepção, especialmente as limitações para retenção de lucros e aquelas relativas ao dividendo obrigatório (arts. 196, 198 e 202 da Lei nº 6.404/76).

CONCLUSÕES

Por todo o exposto, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

- (i) as transformações sociais dos últimos decênios do século XIX e início do século XX, voltando-se contra os malefícios causados pelo individualismo e pelo exercício ilimitado da autonomia da vontade, colocaram sob revisão as estruturas jurídicas fundadas no contrato;
- (ii) o Direito Societário foi revisitado em consequência do fenômeno da socialização do Direito, embora sem abandonar a influência do contratualismo;
- (iii) o sistema brasileiro adotou, na disciplina das sociedades, a Teoria do Contrato Plurilateral, tal como ofertada pelo gênio de Tullio Ascarelli;
- (iv) impõe-se a realização de nova leitura acerca da estrutura e função do contrato plurilateral de sociedade, adequando-o aos paradigmas contratuais contemporâneos e ao conteúdo axiológico dos princípios ordenadores do sistema jurídico brasileiro;
- (v) a primeira constatação é a respeito da instrumentalidade da sociedade, que, por conta disso, deve ser funcionalizada para a realização dos interesses dos sócios (sob ponto de vista interno) e daqueles com quem ela interage (sob ponto de vista externo), desde que tais interesses sejam tutelados pelo ordenamento;
- (vi) as soluções jurídicas aplicáveis em face de um conflito de interesses devem considerar os princípios de Direito Societário, ordenados segundo os princípios constitucionais, tendo em vista as circunstâncias materiais nas quais se insere a sociedade;
- (vii) o dever de cooperação ostenta atualmente *status* de princípio do Direito Contratual, não sendo, contudo, suficiente, sob o ponto de vista científico, para identificar o contrato de sociedade;
- (viii) uma leitura da *affectio societatis*, sob a perspectiva constitucional, a situa como modalidade da autonomia da vontade, que se fundamenta no princípio da liberdade de associação (art.

5º, XX, CF). Essa modalidade de autonomia é, pois, específica do contrato de sociedade e o distingue das demais categorias contratuais;

- (ix) a *affectio societatis* não consiste em um valor em si mesma, mas sim passa a ser objeto de avaliação pelo ordenamento, de acordo com as circunstâncias presentes no caso concreto e em direta subordinação aos princípios norteadores do sistema, estando funcionalizada tanto aos princípios fundamentais da República (arts. 1º e 3º, CF), quanto aos princípios sob os quais se encontra disciplinada a atividade econômica (art. 170, CF);
- (x) o forte peso da tutela da confiança no contrato de sociedade confere à cláusula geral da boa-fé valor especialíssimo;
- (xi) a estrutura do contrato de sociedade ostenta peculiar função socioeconômica, em decorrência de seu caráter de organização, que bem explica a atuação externa da sociedade, contraindo obrigações e adquirindo direitos perante terceiros;
- (xii) a função socioeconômica do contrato, atendo-se à oponibilidade de suas cláusulas a pessoas que não são parte na relação societária, difere substancialmente da função social da empresa;
- (xiii) considerando o caráter de execução continuada do contrato de sociedade, o princípio do equilíbrio contratual funciona na distribuição dos direitos e deveres entre os sócios, que devem ser pautados em bases equitativas, respeitando-se a proporcionalidade da participação de cada um no capital social;
- (xiv) nada impede que sejam criados mecanismos que outorguem privilégios patrimoniais a um sócio ou a determinado grupo, desde que possam ser justificados por uma contrapartida que assegure a equivalência da relação entre sócios. Essa contrapartida deve não necessariamente corresponder a ganhos futuros de capital, mas pode estar relacionada com o risco do investimento realizado por aquele que ingressa na sociedade e confia a gestão da empresa a seus pares;
- (xv) A questão da justiça contratual tem diferente contorno quando analisada com referência à situação do sócio relativamente à sociedade;
- (xvi) assim, as características de organização e de comunhão em um fim do contrato de sociedade, bem como sua função instrumental, devem ser levadas em consideração quanto ao problema da justiça, vez que aquele contrato não visa a distribuição direta de bens – tal como ocorre nos contratos comutativos – mas sim objetiva a realização de atividade econômica, organizando direitos e deveres que serão ulteriormente observados pelos contratantes, com a finalidade de distribuição de resultados.