

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 19

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

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, 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. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauer Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF) e Samuel Max Gabbay (IFRJ).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

Revista semestral de direito empresarial. — nº 19 (julho/dezembro 2016)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

A IRRELEVÂNCIA DAS ALEGAÇÕES DE “QUEBRA DE *AFFECTIO SOCIETATIS*” E “LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO” NA FUNDAMENTAÇÃO DAS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE OBJETIVANDO RETIRADA DE SÓCIO¹

THE IRRELEVANCE OF THE ALLEGATIONS OF “END OF *AFFECTIO SOCIETATIS*” AND “FREEDOM OF ASSOCIATION” AS MOTIVES FOR PARTIAL DISSOLUTION LAWSUITS WITH THE PURPOSE OF GRANTING THE RIGHT TO WITHDRAW FROM A COMPANY

Pedro Wehrs do Vale Fernandes

Resumo: O presente artigo ressalta o caráter excepcional do direito de retirada dos sócios e demonstra que as alegações sobre “quebra de *affectio societatis*” e de “liberdade de associação” não são juridicamente válidas para permitir o exercício desse direito. Para esse fim, (i) é exposta a evolução da concepção de *dissolução parcial* e sua positivação no Código de Processo Civil como modalidade de ação judicial cujo objeto compreende a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do exercício do direito de retirada, em seguida, (ii) retrata-se o caráter excepcional do direito de retirada, tanto em função da natureza jurídica do contrato de sociedade, quanto em razão de ser modalidade de rescisão unilateral de contrato, e demonstram-se (iii) a irrelevância da alegação de quebra de *affectio*

¹ Artigo recebido em 31.07.2018 e aceito em 05.11.2018.

societatis na justificação da retirada de sócio e (iv) a inaplicabilidade do art. 5º, XX, da Constituição à hipótese.

Palavras-chave: Dissolução parcial. Direito de retirada. *Affectio societatis*. Liberdade de associação. Preservação da empresa.

Abstract: This paper stresses the exceptionality of the right partner or shareholder to withdraw from a company and demonstrates that arguments regarding the “end of *affectio societatis*” and “the freedom of association” are not lawfully valid to allow the exercise of such right. Therefore, firstly, the paper describes the evolution of the conception of *parcial dissolution* of a company and its treatment by the Civil Procedure Code as a modality of lawsuit whose object comprises the hypothesis of termination of the company with relation to one of its partners due to the exercise of the right to withdraw. Then, it shows the exceptional nature of the right to withdraw, taking into consideration the nature of the company agreement and the fact that the exercise of such right occurs by a unilateral and voluntary act. Finally, the paper demonstrates that arguments related to the “end of *affectio societatis*” and “the freedom of association” are irrelevant to allow the exercise of withdrawal right in the absence of any specific rule, related to a particular type of company.

Keywords: Partial dissolution. Right to withdraw from a company. *Affectio societatis*. Freedom of association. Protection of the business.

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução da concepção de dissolução parcial e sua positivação no Código de Processo Civil como modalidade de ação judicial cujo objeto compreende a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do exercício do direito de retirada. 3. O caráter excepcional do direito de retirada. 4. A irrelevância da alegação de quebra de *affectio societatis* para a resolução da sociedade em relação a um sócio. 5. A ade-

quada fundamentação constitucional do direito de retirada e a irrelevância da alegação de “liberdade de associação” para a resolução da sociedade em relação a um sócio. 6. Conclusão.

1. Introdução.

Quando certas pessoas celebram contrato de sociedade e dá-se início a empreendimento econômico, os interesses envolvidos extrapolam as pessoas dos sócios, atingindo fornecedores, credores, consumidores, empregados, prestadores de serviço e, mesmo, a coletividade em geral, que se beneficia ou é atingida por externalidades positivas ou negativas produzidas pela atuação da sociedade (*v.g.* tributos pagos pela pessoa jurídica, danos ambientais).² Não por outra razão, Celso Barbi Filho afirmou que “tal como a família é a célula original da comunidade humana, a empresa é a da economia”.³

A atividade econômica que decorre da celebração do contrato de sociedade desempenha funções essenciais na produção e na circulação de bens e serviços, na repartição da renda e na formação de poupança e investimento.⁴

2 Nesse sentido, Fabio Konder Comparato: “Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados; não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua” (COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 732, pp. 38-46, out. 1996, p. 44).

3 BARBI FILHO, Celso. *Dissolução Parcial de Sociedades Limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 53. A acepção do vocábulo “empresa”, na expressão de Celso Barbi Filho, pode, sem qualquer prejuízo à constatação do autor, ser expandida para compreender atividades econômicas desenvolvidas por sociedades simples, pois, ainda que tecnicamente não sejam realizadas por empresário ou sociedade empresária, possuem utilidade econômica similar.

4 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 282-283.

Ao produzir bens e/ou prestar serviços, a sociedade promove e estimula sua circulação. Os recursos financeiros recebidos com a venda de bens e/ou prestação de serviços são (i) transferidos a outros produtores, quando da compra de insumos pela sociedade e (ii) utilizados para pagamento de remunerações diversas (salários, juros, aluguéis etc.) aos fornecedores de fatores de produção, bem como de tributos ao Estado.

O saldo remanescente dessas operações (lucro) é reinvestido na atividade da sociedade ou recebido pelos seus sócios como remuneração pelo uso dos fatores de produção de sua propriedade, pela iniciativa tomada ao decidir pelo empreendimento e/ou pelos riscos assumidos ao aplicar seus recursos pessoais na atividade. Assim, lucro – distribuído ou reinvestido – é reinserto na economia sendo objeto de consumo, poupança ou investimento (neste último caso, tanto na expansão da capacidade de produção, quanto no desenvolvimento de novas atividades econômicas).

Forma-se, desse modo, em decorrência do exercício da atividade econômica pela sociedade, um verdadeiro círculo virtuoso de crescimento econômico, em benefício não somente dos sócios, a quem compete parcela dos lucros da sociedade, como também de todos que com ela se relacionam e, mesmo, da coletividade, pois, por mais reservada que possa ser uma sociedade em sua atuação, ao menos do pagamento de tributos – que se revertem em benefício coletivo – ela não estará livre.

O direito de retirada se insere, portanto, em sistema jurídico que busca fomentar e preservar o desenvolvimento de atividade econômica, objetivando resguardar não somente os interesses dos sócios, como também os de quem direta ou indiretamente se relaciona com a sociedade.

Ainda que as regras mais triviais de hermenêutica apontem para a necessidade de aplicar as normas tendo em vista o sistema

jurídico em que estão inseridas e a realidade que pretendem regular,⁵ nem sempre o Judiciário tem colocado essas lições em prática ao julgar ações de dissolução parcial de sociedade, cujo objeto é a retirada de um dos sócios.

Não é, aliás, incomum que sejam proferidas decisões nas quais, assistematicamente, se reconhece direito praticamente ilimitado ao exercício da retirada do sócio – como se fosse um direito fundamental do cidadão, verdadeira cláusula pétrea – em total contrariedade com o sistema jurídico vigente, que – pelo contrário – privilegia a preservação da empresa, estimula o desenvolvimento da atividade econômica e busca proteger não só os demais sócios, mas a coletividade envolvida, que depende direta ou indiretamente daquela organização produtiva, sobre o direito individual e egoístico do sócio que pretende se retirar.

Dois argumentos que costumam ser utilizados em decisões judiciais para buscar justificar a retirada de sócio, mesmo quando não há norma legal específica que o autorize, são (i) a aplicação do princípio da liberdade de associação, previsto no art. 5º, XX, da Constituição, e (ii) a quebra da *affectio societatis*.

O presente artigo possui o objetivo de demonstrar que os fundamentos acima não são suficientes para autorizar o exercício do direito de retirada por sócio. Para tanto, a seguir, será contextualizado o direito de retirada como possível objeto de ação de dissolução de sociedade, retratado seu caráter excepcional, tanto em função da natureza jurídica do contrato de sociedade, quanto em razão de se tratar de resilição unilateral de contrato, e demonstrada a irrelevância da alegação de quebra de *affectio societatis* na justificação da retirada de sócio, bem como a inaplicabilidade do art. 5º, XX, da Constituição à hipótese.

5 Como assevera José de Oliveira Ascensão, “toda a fonte se integra numa ordem”, de modo que “a interpretação duma fonte não se faz isoladamente”, mas “resulta pelo contrário da inserção desse texto num conjunto jurídico dado” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral; uma perspectiva luso-brasileira*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 391).

2. A evolução da concepção de *dissolução parcial* e sua posição no Código de Processo Civil como modalidade de ação judicial cujo objeto compreende a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do exercício do direito de retirada.

O art. 335, 5, do Código Comercial de 1850, com carregada natureza individualista, permitia a qualquer sócio, independentemente de seu percentual de participação no capital social, promover a dissolução de sociedade celebrada por prazo indeterminado:

Art. 335 – As sociedades reputam-se dissolvidas:
[...]

5 – Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Com o passar dos anos, contudo, o reconhecimento da importância da atividade econômica empreendida pelas sociedades na economia capitalista e da evidente função socioeconômica por elas desempenhada levaram ao abrandamento dessa regra.

Assim, ainda que a literalidade do dispositivo legal conduzisse à interpretação de que qualquer sócio, por menor que fosse sua participação no capital social, poderia requerer a dissolução da sociedade, Trajano de Miranda Valverde, já na primeira metade do século XX, defendia ser possível, nessa hipótese, a continuidade da sociedade com os demais sócios:

Essa evolução do direito comercial brasileiro reflete a necessidade de proteger a sociedade, a continuidade da empresa, contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia de seus componentes e, indiretamente, da economia nacional. A sentença que li, por cópia, constitui um retrocesso, um anacronismo imper-

doável. Se, como resulta dos termos dela, o seu douto prolator estava em dúvida sobre o sentido e o alcance das cláusulas contratuais e foi, então, para o seu julgamento, o exame da solução mais conveniente para o caso – a dissolução da sociedade ou a simples apuração dos haveres dos dois sócios, que querem dela retirar-se, forçoso é reconhecer que, opinando pela primeira solução, não mediu as consequências desastrosas, que inevitavelmente trará a liquidação da empresa, tanto para os sócios, como para todos aqueles que trabalham nela.⁶

Havia, no entanto, bastante controvérsia sobre o tema. Waldemar Ferreira entendia que a norma do art. 335, 5, do Código Comercial seria de ordem pública, não podendo ser derogada por disposição contratual e que, como a ninguém é permitido alegar desconhecimento da lei, todos os sócios que decidiam constituir sociedade de pessoas estariam cientes de que qualquer dos sócios poderia, a qualquer tempo, pleitear a dissolução da sociedade constituída por prazo indeterminado.⁷

A partir da segunda metade do século passado, os tribunais passaram, aos poucos, a autorizar a continuação da sociedade com os demais sócios, se houvesse cláusula contratual que o permitisse.⁸ Posteriormente, independentemente da existência de cláusula contratual, passou-se a admitir a retirada de sócio, como alternativa à dissolução total de sociedade, naquilo que a jurisprudência passou a de-

6 VALVERDE, Trajano de Miranda. Parecer: Sociedade Comercial – Dissolução e liquidação – Cláusula contratual que regula a forma para evita-las, se a maioria dos sócios desejar prosseguir em sociedade – critério de apuração dos direitos dos sócios de acordo com o último balanço – desprezo ao pretendido por sócios em minoria, pleiteando a dissolução e liquidação judiciais. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 165, pp. 3-11, jan. 1947, p. 9.

7 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 251.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 59.101/MG. Primeira Turma. Relator Min. Evandro Lins e Silva. Data de Julgamento: 19 out. 1965.

nominar, de forma entendida por muitos como atécnica e imprópria,⁹ de dissolução parcial de sociedade.¹⁰

O direito de retirar-se, a qualquer tempo, de sociedade constituída por prazo indeterminado, com fulcro no disposto no art. 335, 5, do Código Comercial, acabou, então, por se consolidar na jurisprudência, como verdadeiro direito potestativo titularizado por qualquer sócio de sociedade *cum intuitu personae*.

Tamanha foi a difusão da aplicação da dissolução parcial pelos tribunais que autores, como Priscila Corrêa da Fonseca, chegaram a declarar que o art. 15 do Decreto nº 3.708/1919 – que regulamentava o direito de retirada nas sociedades limitadas anteriormente ao advento do Código Civil de 2002 – seria considerado “letra morta”:

[...] Ora, se há possibilidade de, por falta de *affectio societatis*, retirar-se o sócio, recebendo seus haveres a preço de mercado, por que ele vai requerer sua retirada com base no artigo 15, se ele pode receber muito mais se valendo da dissolução parcial, tal qual concebida pelos tribunais? Eu entendo, por esta razão [...] que hoje em dia essa disposição é letra morta. [...].¹¹

Desde então, tal direito tem sido reconhecido sem aparentes questionamentos¹² e sem que sejam ponderados eventuais “propósi-

9 Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Allan Nascimento Turano esclarecem que “a expressão *dissolução parcial* é inadequada. [...] [A] expressão *resolução da sociedade em relação ao sócio* [é] tecnicamente mais apropriada. Isso porque a desvinculação do sócio face à sociedade se opera por meio de resolução do contrato, que se distingue da dissolução” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. *Resolução da Sociedade Limitada em Relação a um Sócio e Ação de Dissolução Parcial*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 18).

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 89.464/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Décio Miranda. Data de Julgamento: 12 dez. 1978; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 24.554/SP. Terceira Turma. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 6 out. 1992; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 61.278/SP. Quarta Turma. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Data de Julgamento: 25 nov. 1997.

11 FONSECA, Priscila Corrêa da. Dissolução Parcial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 57, p. 69-77, jan. 2000, p. 71.

12 A revogação do art. 335, 5, do Código Comercial pelo Código Civil de 2002 não alterou o

tos exclusivamente egoísticos ou especulativos”¹³ que possam estar por trás do ato do sócio retirante.

A controvertida expressão “dissolução parcial de sociedade”, que como visto encontrava apoio na jurisprudência, em parte da doutrina nacional, e mesmo em doutrina estrangeira,¹⁴ veio a ser positivada pelo atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ao contemplar a “ação de dissolução parcial de sociedade”, nos arts. 599 a 609.

O diploma processual incluiu, na chamada ação de dissolução parcial de sociedade, não somente demandas que versassem sobre o direito de retirada, mas as outras modalidades de resolução da sociedade com relação a um sócio, isto é, a morte e a exclusão de sócio. E mais, atribuiu esta mesma denominação a procedimento judicial destinado à mera apuração de haveres do sócio com relação a quem se resolveu o contrato de sociedade.

Assim, com base na terminologia adotada pela lei processual, a resolução da sociedade em relação a um sócio por meio do direito de retirada pode ser objeto de ação de dissolução parcial de sociedade.

3. O caráter excepcional do direito de retirada.

Os sócios, em termos gerais, ao acordarem a celebração do contrato de sociedade, aceitam assumir todos os direitos, deveres e

entendimento jurisprudencial, ainda que as normas que regulam a matéria não sejam as mesmas: (i) a dissolução, de acordo com o art. 1.033, III, do Código Civil, depende de deliberação da maioria absoluta dos sócios, e não mais da vontade de qualquer sócio, como previsto na legislação revogada; e (ii) o art. 1.029, que trata do direito de retirada nas sociedades simples e permite a retirada imotivada de sócio em sociedade por prazo indeterminado não se aplica às sociedades limitadas, que possuem regra específica sobre retirada (art. 1.077).

13 PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 142.

14 Nesse sentido, João Espírito Santo aduz: “entre a dissolução total, provocada por um dos sócios, contra a vontade dos restantes [...] e a dissolução parcial, os legisladores escolheram esta última via [...]” (SANTO, João Espírito. *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 47).

obrigações inerentes à posição de sócio. Ou melhor, pode-se dizer que, por aceitarem assumir tais direitos, deveres e obrigações, celebram o contrato de sociedade.

Assim, quando determinado sócio decide participar de uma sociedade de certo tipo, ele o faz por estar de acordo com aquelas características específicas. O direito de retirada atua como um desses direitos que integram o sistema jurídico da sociedade e que são considerados pelo sócio – que se preocupa com as probabilidades e os mecanismos de desfazimento da relação jurídica que pretende iniciar – ao tomar a decisão de constituir sociedade.

Do mesmo modo, é do conhecimento da coletividade de sócios e dos terceiros que pretendem se relacionar com sociedade de determinado tipo – e assumir os riscos daí decorrentes – que somente naquelas hipóteses excepcionais, definidas em lei, um dos sócios poderá resilir o contrato e causar eventuais perdas financeiras à sociedade, em razão do pagamento de seus haveres.

José Luiz Bulhões Pedreira destaca que o caráter de exceção do direito de retirada se justifica porque o reembolso “põe em risco a continuidade e viabilidade do funcionamento da empresa, cuja preservação é – por motivos de interesse geral, econômico e social – um dos principais objetivos da lei”, de modo que “por ser capaz de prejudicar o interesse geral há de ser interpretado de modo estrito”.¹⁵⁻¹⁶

Pode-se, portanto, afirmar, que o direito de retirada do sócio possui uma dupla função: se, por um lado, (i) permite ao sócio resilir

15 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*: Parte III, Pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. II, p. 340.

16 José Alexandre Tavares Guerreiro também destaca o caráter de exceção do direito de retirada: “Não será supérfluo enfatizar que o recesso é exceção às normas ordinárias que disciplinam as relações entre acionistas e sociedades anônimas, e como exceção deve ser entendido e interpretado.” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Direito de Retirada: um Limite ao Princípio Majoritário na Sociedade Anônima. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 151/152, p. 13-21, 2009, p. 19).

o contrato de sociedade em determinadas situações; por outro, (ii) garante à sociedade, aos sócios e aos demais interessados em sua atividade econômica que, fora das situações taxativamente previstas em lei, um sócio não poderá resilir unilateralmente o contrato e causar o prejuízo financeiro à sociedade – não relacionado ao curso normal dos negócios sociais – que decorre do pagamento do valor de suas quotas ou ações.

É, portanto, fundamental à análise do direito de retirada, ter-se em mente que se trata de direitos atribuídos à posição jurídica de sócio – da qual decorrem, além de outro direitos, deveres e obrigações para com os demais sócios, com a própria sociedade e com terceiros – e que deve ser aplicado tendo em vista a principal motivação de todos os sócios ao constituírem a sociedade, que é o de colaborar para o desenvolvimento de uma atividade econômica, com vistas à obtenção de lucro e posterior partilha entre si.¹⁷

Embora referido como “fenômeno único”,¹⁸ o direito de retirada não é regulado de modo uniforme pela legislação, variando entre

17 Nesse sentido, em parecer sobre direito de retirada nas sociedades anônimas, mas que se aplica sem reparos às presentes constatações, José Luiz Bulhões Pedreira destaca que: “O fim mais importante do modelo legal da companhia é a preservação e expansão da empresa – instituição econômica fundamental da sociedade moderna, de que dependem a economia nacional, a comunidade em que está situada, seus empregados, fornecedores, credores e acionistas. Os interesses de todos os acionistas – controladores e não controladores – precisam ser protegidos a fim de que os empresários e investidores sejam estimulados a criarem e expandirem empresas, mas os instrumentos dessa proteção não de ter por limite o objetivo maior da preservação e expansão da empresa. Por isso, se a conjuntura transforma um dos direitos dos acionistas em fator de estagnação ou destruição da empresa, esse direito deve ser modificado ou eliminado.” (LAMY FILHO; PEDREIRA, op. cit., p. 375-376).

18 A diferenciação do tratamento do direito de retirada em razão das características de cada tipo societário é comum a diversos ordenamentos jurídicos. Jean-Pierre Gastaud, analisando a legislação francesa, destaca que “*sous l'apparence d'un phénomène unique – la possibilité donnée aux membres d'un groupement de s'en exclure – est multiple et diversifiée*” (GASTAUD, Jean-Pierre. *Personnalité Morale et Droit Subjectif*: Essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personifiés. Paris : L.G.D.J., 1977, p. 219).

tipos societários ou mesmo dentro de um mesmo tipo societário, a depender das características particulares da sociedade.

São levados em consideração, alternativa ou conjuntamente, para a previsão do direito de retirada em determinado tipo societário ou para definição de abrangência mais ou menos restrita, fatores como (i) o prazo de duração da sociedade; (ii) a responsabilidade dos sócios perante terceiros por dívidas da sociedade; (iii) a liberdade de cessão das participações societárias (quotas ou ações) entre sócios e a terceiros; e (iv) a possibilidade de se alterar o contrato de sociedade por vontade da maioria.

Inferem-se, assim, do sistema jurídico de cada tipo societário, normas que restringem ou ampliam o direito de retirada dos sócios, tendo em vista todos os outros direitos e obrigações que compõem a posição jurídica de sócio, bem como a proteção dos terceiros que se relacionam com a sociedade dotada de personalidade jurídica.

A título de exemplo, tem-se que, no caso de sociedades com, cumulativamente, sócios de responsabilidade ilimitada, prazo indeterminado de duração e em que há fortes limitações legais ou contratuais à cessão de suas participações societárias, seria possível supor que os sócios, de um modo geral, concordem com direito mais amplo de retirada. Nesta mesma hipótese, mesmo os credores da sociedade tenderiam a aceitar menores restrições ao exercício desse direito, tendo em vista que poderiam cobrar eventuais dívidas diretamente dos sócios, sendo a eles menos relevante a transferência patrimonial que decorreria do pagamento, pela sociedade, dos haveres do sócio retirante.

Já no caso de sociedades cujos sócios possuem responsabilidade limitada e relativa liberdade legal ou contratual para cessão de participações societárias, é natural que exista maior restrição à possibilidade do exercício da retirada, seja em razão da limitação da responsabilidade – que impede (salvo exceções) que os sócios respondam por dívidas sociais – seja porque não há total vedação à cessão de suas participações societárias a terceiros, permitindo ao sócio dei-

zar a sociedade sem que tenha de se desfazer de ativos necessários à sua atividade. Nessa situação, como a principal motivação dos sócios ao celebrar o contrato é a obtenção de lucros, e considerando que o risco de qualquer sócio é limitado à perda dos recursos aportados à sociedade, feriria a natureza do contrato e o interesse social o reembolso a sócio de participações sociais fora de situações excepcionais relacionadas à mudança das bases do negócio.

Do ponto de vista dos credores, estes admitem contratar com sociedade cuja responsabilidade dos sócios é limitada, por levarem em conta não somente os bens e direitos que integram o patrimônio da sociedade, como também o regime jurídico que preza pela intangibilidade do capital social, (i) impedindo a entrega de bens da sociedade aos sócios em prejuízo ao capital social¹⁹ e (ii) determinando sua manifestação (em caso de crédito quirografário) nas hipóteses de redução de capital com entrega de recursos aos sócios.²⁰ Desse modo, o regime jurídico das sociedades cujos sócios possuem responsabilidade limitada somente confere a segurança esperada nas relações com os credores se o direito de retirada for interpretado de forma restritiva.

Para além disso, não se pode olvidar que o direito de retirada é potestativo, de natureza receptícia²¹⁻²².

19 Cf. art. 1.059, do Código Civil.

20 Cf. art. 1.084, do Código Civil.

21 Nesse sentido, aduz Thierry Delahaye: “*Parce que la résiliation unilatérale porte atteinte aux droits du contractant dont elle affecte profondément la situation juridique, elle se classe parmi les actes réceptives, c’est-à-dire, les actes unilatéraux qui doivent être portés à la connaissance d’une autre personne. Il en résulte naturellement que la notification de leurs effets se présente comme un élément constitutif de leur existence*” (DELAHAYE, Thierry. *Résiliation et Résolution Unilatérales en Droit Commercial Belge*: éléments d’appréciation. Bruxelles: Bruylant, 1984, p. 18).

22 Nessa linha, veja-se: “A resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado produz seu efeito liberatório por força da própria declaração de vontade da parte. Mas essa declaração de vontade, que consubstancia a denúncia do contrato é uma declaração receptícia de vontade, isto é, para valer deve ser dirigida à outra parte [...]” (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Direito*

Desse modo, também por ser modalidade de rescisão unilateral de contrato, o direito de retirada possui natureza excepcional, sendo permitido seu exercício somente nos casos em que a lei ou o contrato social (quando a lei o autoriza) o previrem. Raúl Ventura destaca que o caráter de excepcionalidade é reconhecido nos ordenamentos jurídicos italiano e portugueses:

O art. 240º, nº 1, começa por dispor que um sócio pode exonerar-se [isto é, retirar-se] nos casos previstos na lei e no contrato (de sociedade). Tal como em Itália é opinião generalizada perante o art. 2228º Cod. Civile, o referido preceito deve ser contido nos precisos limites da sua letra, não podendo ser invocado direito de exoneração que não se enquadre em caso previsto na lei ou no contrato. O motivo é a excepcionalidade do termo voluntário de uma vinculação contratada.²³⁻²⁴

É de se concluir, portanto, que a natureza jurídica do contrato de sociedade, as consequências patrimoniais do direito de retirada e sua característica de direito potestativo de rescindir contrato unilateralmente demandam que seu exercício seja permitido apenas em situações excepcionais que se adequem às hipóteses taxativamente previstas na legislação societária, notadamente nos arts. 1.029 e 1.114 do Código Civil, aplicáveis às sociedades simples; arts. 1.077 e 1.114, do Código Civil, que regulam a retirada nas sociedades limitadas; e arts. 136-A, 137, 221, 230, 236, par. único, 252, §§ 1º e 2º, 256, §2º, 264, §3º, e 270, par. único da Lei nº 6.404/1976, e art. 599, §2º, do Código de Processo Civil, aplicáveis às sociedades por ações.

Comercial: Textos e Pretextos. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 83) e permite ao sócio, nos casos e na forma prevista em lei, rescindir voluntária e unilateralmente seu vínculo contratual com a sociedade.

23 VENTURA, Raúl. *Comentários ao Código das Sociedades Comerciais*. Sociedades por Quotas. Coimbra: Almedina, 1989, v. II, p. 15.

24 Confira-se: “*Dans les droits des obligations, la résiliation unilatérale constitue un mode anormal de dissolution des contrats. Elle n'existe en principe que quand la loi l'autorise.*” (DELAHAYE, op. cit., p. 17)

4. A irrelevância da alegação de quebra de *affectio societatis* para a resolução da sociedade em relação a um sócio.

O contrato de sociedade é plurilateral, além de oneroso e simplesmente consensual.²⁵ Por ser modalidade de negócio jurídico, sujeita-se aos requisitos de validade previstos no art. 104, do Código Civil.²⁶ Assim, o simples consenso, não viciado, entre partes capazes (ou devidamente assistidas ou representadas, se relativamente ou absolutamente incapazes), com vistas a celebrar contrato de sociedade com objeto lícito e possível, é suficiente o nascimento de obrigações, deveres e direitos relativos à posição jurídica de sócio.

Em determinadas situações, as dificuldades para se diferenciar o contrato de sociedade de outros institutos jurídicos, como o da comunhão, ou mesmo de outros contratos (*v.g.*, mandato, comissão, prestação de serviços, mútuo), levaram à busca de elementos que caracterizassem de forma específica a sociedade.

Uma das possíveis soluções para sanar essa dificuldade foi encontrada no Direito Romano, mais precisamente nos dizeres de Ulpiano, localizados no Livro XVII do *Digesto* de Justiniano, que asseverou “bem se pode ter comunhão onde não se pretendeu contrair sociedade” (*cum non affectione societatis incidimus in communione*) e “quando o ato se pratica com ânimo societário, tem cabida a ação emergente da sociedade” (*si animo contrahendae societatis in actum sit, pro socio esse actionem*).²⁷⁻²⁸ Essas passagens revelariam

25 GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 393.

26 Não há impedimento a que incapaz celebre contrato de sociedade, desde que sejam atendidos os requisitos do art. 974, §3º, do Código Civil: “Art. 974. [...] § 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade; II – o capital social deve ser totalmente integralizado; III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais”.

27 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 32-33.

28 TCHOTOURIAN, Ivan. *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*. Paris: L.G.D.J., 2011, p. 2.

que, mais do que o simples consentimento – essencial a todo e qualquer contrato – a caracterização do contrato de sociedade dependeria da efetiva vontade de os contraentes colaborarem com o objetivo comum, para que os resultados almejados fossem obtidos e partilhados. Esse ânimo foi denominado *affectio societatis*.

O conceito se desenvolveu na França, vindo, posteriormente, a ser importado por outros ordenamentos jurídicos, dentre os quais o brasileiro, muito embora não haja qualquer referência legislativa, aqui ou alhures, a dita expressão.

Edmond-Eugène Thaller, em obra publicada nos primeiros anos do século XX, definia *affectio societatis* como “*l’estime mutuelle des membres, qui se considèrent comme des égaux*”.²⁹ Maurice Cozian e Alain Viandier asseveram que a *affectio societatis* “*est plus un sentiment qu’un concept juridique*”,³⁰ observando que sua intensidade varia de acordo com as características da sociedade, sendo mais viva nas sociedades ditas *de pessoas*, e exprimindo “*la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d’égalité, au succès de l’entreprise commune*”.³¹ Noção similar é defendida por Isaac Halperin, que entende ser “*la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada*”.³² Orlando Gomes a caracteriza como “vontade de coopera-

29 THALLER, Edmond-Eugène. *Traité Élémentaire de Droit Commercial, à l’exclusion du Droit Maritime*. 3. ed. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904, p. 149.

30 Tradução livre: “É mais um sentimento que um conceito jurídico”.

31 COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*. 10. ed. Paris: Litec, 1997, p. 75.

32 HALPERIN, Isaac. *Curso de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, v. I, p. 243. Em seguida, o professor argentino esmiúça o conceito proposto: “*a) colaboración activa, concretada no sólo en los aportes de cada uno de los socios, sino también por su actuación en la administración y gobierno de los intereses sociales; con este rasgo, se diferencia de la indivisión o condominio, del préstamo con participación en las utilidades, de los contratos de edición, de compraventa y de locación. Esta colaboración exige la conducta leal del socio, traducida no sólo en el respeto del interés social (deber de abstenerse de decidir u obrar contra ese interés), sino también el de sacrificar el interés propio o ajeno, cuando esa abstención no se cumpla [...] b) jurídicamente igualitaria, esto es, los socios deben hallarse en su actuación en un mismo plano jurídico, sin subordinación de los unos a los otros, cualquiera que sea la medida del interés de cada uno, en el capital o en el haber social; con él, se distingue de todas*

ção, de realização, em comum, de um fim preestabelecido, indispensável a que a sociedade tenha existência real”.³³

José Xavier Carvalho de Mendonça tratou a *affectio societatis* como uma vontade de cooperação ativa dos sócios, que constituiria uma especialização do consentimento inerente a todo e qualquer contrato:

O elemento intencional, o consentimento dos contratantes sobre certo objeto é condição da existência de todos os contratos. Certo é que se o especializa aqui, exigindo que os contratantes manifestem claramente a intenção de formar a sociedade. Melhor e mais exato será dizer que os sócios devem manifestar a vontade de cooperar ativamente para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade. [...].³⁴⁻³⁵

A análise da doutrina clássica nacional sobre a *affectio societatis* revela que os autores entendem-na como instrumento eficiente na distinção entre a sociedade e outros institutos jurídicos, ainda que

las relaciones jurídicas en que media subordinación, tal como la locación de servicios con habilitación; c) interesada, que resulta del fin, que es obtener beneficios a distribuir (ya sea por utilidades o ganancia, o por economía de gastos), esto es, un propósito de especulación en sentido amplio, el sometimiento al alea común de los negocios sociales. Con esto, se diferencia de la mera asociación” (HALPERIN, op. cit., p. 245).

33 Idem, p. 393.

34 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 22-23.

35 Esse entendimento parece ser similar ao de Georges Ripert e René Roblot, que não veem a *affectio societatis* como uma característica particular do consentimento, mas como um consentimento que declara o *conhecimento da natureza* do contrato de sociedade: “*À la vérité, il n’y a pas là un caractère particulier du consentement. Tout se ramène à dire, comme le disait d’ailleurs le droit romain impérial, qu’il faut l’animus contrabendae societatis. On pourrait en dire autant pour tous les contrats: le consentement doit être donné en connaissance de la nature du contrat conclu*” (RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de Droits des Affaires*. Les Sociétés Commerciales. Atualizado por GERMAIN, Michel; MAGNIER, Véronique. Paris: L.G.D.J., 2011, t. II, p. 26).

existam divergências sobre sua conceituação (ou mesmo sobre sua existência). Assim, Rubens Requião sustenta que “é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato ou presumida”.³⁶ Do mesmo modo, Waldemar Ferreira destaca a necessidade de investigar o ânimo (*affectio*) dos contraentes para se definir a exata natureza no negócio jurídico contratado:

Casos existem, assim na prática do comércio, como na do pretório, em que insta entrar no exame do ânimo dos contraentes a fim de dizer da natureza da relação jurídica entre eles engajada. Demasia não haverá em que, na apreciação de contrato de locação de serviços, propenda um dos contraentes pela existência de contrato de sociedade. Ou mesmo que o coobrigado em títulos cambiários aceitos ou emitidos por sociedade se inculque sócio, por ser ela sociedade de fato. Hipóteses são essas de não difícil ocorrência e que ensejam a verificação do ânimo de contrair sociedade mercantil para a existência desta.³⁷

Em tese na qual buscou uma “definição de *affectio societatis* no momento da constituição de uma sociedade”, Ivan Tchotourian destaca a importância da ideia de *affectio societatis* para identificar sociedades não personificadas, como as sociedades em comum e em conta de participação:

Au regard de la “société en participation”, l’affectio societatis est un criterium de qualification qui est, dans maintes affaires, combiné avec d’autres. Le composant de l’affectio societatis qui ressort de la construction juridique est le rôle de chacune des parties. Par conséquent, le domaine de la société en participation laisse une place à l’affectio societatis des associés qui recouvre deux visages: une

36 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 289.

37 Ibidem, p. 34-35.

collaboration active à la gestion des affaires sociales et une acceptation des aléas de l'entreprise. Au regard de la "société créée de fait", l'affectio societatis est également un des éléments servant à la qualification d'une telle structure sociale. Après s'être montrée relativement souple en la matière, la Cour de cassation impose dorénavant aux juges du fond de vérifier que les partenaires ont conclu un contrat de société. L'affectio societatis est définie comme l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à l'entreprise commune. La participation à la poursuite d'un objectif commun atteste de la présence de l'affectio societatis. [...] Au regard de la "société en formation", l'affectio societatis présente la particularité d'être à la fois un "critère de qualification externe" et un "critère de qualification interne". En tant que "critère de qualification externe", l'affectio societatis est prise en compte avec les autres éléments du contrat de société pour déterminer le point de départ de la société en formation et pour tracer la frontière entre le contrat de société et les figures juridiques que sont le projet de société ou les pourparlers. En tant que "critère de qualification interne", l'affectio societatis est un instrument juridique efficace dans la démarcation entre société en formation e société en participation [...] L'intention de renoncer à l'immatriculation de la société est liée à l'augmentation de l'intensité de l'affectio societatis, augmentation elle-même en lien avec le début d'une activité sociale. [...].³⁸

A despeito de a *affectio societatis* ter surgido como elemento que auxiliaria na identificação do contrato de sociedade e na sua distinção de outros contratos e institutos jurídicos, doutrina e jurisprudência, com o passar dos anos, ampliaram a importância desse conceito, pontuando que compreenderia não somente o ânimo de se as-

38 TCHOTOURIAN, Ivan. *Vers une Définition de L'Affectio Societatis Lors de la Constitution d'une Société*. Paris: L.G.D.J., 2011, p. 481-482. O autor, ainda que entenda ser a *affectio societatis* "une notion à contenu variable ou à contenu pluriel" (idem, p. 609), acaba por defini-la como "la volonté d'intégrer un groupement, doté ou non de la personnalité juridique, et dans lequel chacun collaborera activement avec les autres membres ou organes à la marche de l'affaire, à la réalisation d'un objectif économique nouveau et commun, en même temps que chacun contribuera aux risques de l'entreprise" (Ibidem, p. 610).

sociar, mas também o de permanecer associado. Passou-se a se admitir a dissolução ou a resolução da sociedade em relação a um ou mais sócios (inclusive em situações envolvendo companhias fechadas), nos casos de simples desaparecimento (ou, como se costuma referir, a quebra) da *affectio societatis*, independentemente da verificação de qualquer situação prevista em lei.³⁹

Haissa Vivi Zangali e Paula Thieme Kagueiama realizaram, no ano de 2012, levantamento dos acórdãos proferidos nas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, com vistas a mapear a utilização da *affectio societatis* como fundamento jurídico para autorizar a resolução do contrato de sociedade com relação a um sócio.⁴⁰ Segundo referida pesquisa, dos 77 (setenta e sete) acórdãos que mencionavam *affectio societatis*, em 10 (dez) deles essa noção foi considerada decisiva na solução dos julgados. Em metade desses acórdãos, foi suficiente a simples alegação de quebra de *affectio societatis*, desacompanhada de qualquer outro argumento (como, por exemplo, a ocorrência de justa causa ou de falta grave) para a permissão de retirada do sócio. São dados que preocupam, por revelarem atuação do Poder Judiciário descolada do ordenamento jurídico vigente.

39 Confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça que admitem a dissolução parcial de sociedade, por simples quebra de *affectio societatis*, a despeito da inexistência de qualquer dispositivo legal que o autorize: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 90.995/RS. Terceira Turma. Relator: Min. Cláudio Santos. Data de Julgamento: 5 mar. 1996; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1079763/SP. Segunda Seção. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 25 abr. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1303284/PR. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 13 mai. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.400.264/RS. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 24 out. 2017. Na doutrina, cite-se o posicionamento de Sérgio Campinho: “A *affectio societatis* [...] uma vez desaparecendo, legítima a dissolução parcial da pessoa jurídica [...]” (CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 219).

40 KAGUEIAMA, Paula Thieme; ZANGALI, Haissa Vivi. A Consistência na Utilização da *Affectio Societatis* nos Julgados Referentes à Dissolução Parcial e à Exclusão de Sócio das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial (TJSP). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, p. 207-225, set./dez. 2012.

A necessidade de se utilizar a concepção de *affectio societatis* para caracterizar o contrato de sociedade e, como isso, distingui-lo de outros contratos é deveras questionável, ante a existência de definição legal do instituto (art. 981, do Código Civil),⁴¹ que permite atingir o mesmo resultado. Contudo, eventual divergência seria mais acadêmica do que efetivamente prática, pois o entendimento da *affectio societatis* como vontade de se reunir em grupo a fim de colaborar com a realização de certa atividade econômica e participar de seu resultado, ou, ainda, como qualquer outra variação similar dessa noção, apenas reforçará a compreensão da própria definição de contrato de sociedade positivada na legislação.

O mesmo não se pode dizer, todavia, do entendimento de que a falta de continuidade de *affectio societatis*, após a válida constituição da sociedade, seria requisito hábil a autorizar o desfazimento do liame contratual que vincula os sócios, mesmo à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido.

O Código Civil dispõe, em diversos artigos, sobre as hipóteses de dissolução da sociedade (arts. 1.033, 1.034, 1.035, 1.044, 1.051, 1.087) e de resolução da sociedade em relação a um sócio (arts. 1.004, parágrafo único; 1.026, parágrafo único; 1.028; 1.029; 1.030 e parágrafo único; 1.077; 1.085).

Nos arts. 1.029, *caput*, primeira parte, e 1.077, permite-se, respectivamente, ao sócio de sociedade simples, constituída por prazo indeterminado, e de sociedade limitada, em razão de alteração contratual, que se retirem voluntariamente da sociedade. Presume-se

41 Como também definia o art. 1.363, do Código Civil de 1916 (“[c]elebram contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”). Código Comercial de 1.850, ainda que não trouxesse definição única do contrato de sociedade, esta podia ser extraída das normas gerais e deveres e obrigações dos sócios (arts. 300 a 310 e 329 a 334) e da conceituação de cada um dos tipos societários: em comandita (arts. 311 e seguintes), em nome coletivo (art. 315 e seguintes), de capital e indústria (arts. 317 e seguintes), em conta de participação (arts. 325 e seguintes).

que, nesses casos, se o sócio opta por se retirar é por não mais ter ânimo de permanecer associado. A resolução do contrato de sociedade em relação ao sócio não decorre, todavia, de uma verificação prévia da *psiqué* do sócio, com vistas a revelar falta de *affectio societatis*, mas sim, de situações típicas e objetivamente determináveis, como o prazo de duração, no caso de sociedade simples, ou a alteração contratual, no caso de sociedade limitada.⁴²

Ainda que o Código se valha de conceitos abertos em alguns dos dispositivos que tratam da resolução do contrato de sociedade, como “justa causa” (ar. 1.029, *in fine*; art. 1.085, *in fine*), “falta grave” (art. 1.030), “atos de inegável gravidade” (art. 1.085) e “inexequibilidade do fim social” (art. 1.034, II), a significação de referidas expressões deverá ser realizada por meio de dados objetivos e não de condições psicológicas de um ou outro sócio, sob pena de se atribuir potestatividade exacerbada (i) ao direito de se retirar da sociedade, (ii) ao poder de dela excluir alguém, ou mesmo (iii) de dissolvê-la, o que implicaria o esvaziamento desses comandos legais e a institucionalização do abuso de direito como se conduta lícita fosse.

Em se entendendo pela utilidade da noção de *affectio societatis*, melhor seria que seu uso ficasse restrito à verificação da celebração do contrato de sociedade, sem, contudo, exercer influência sobre sua manutenção.

Permitir que o estado mental de cada sócio autorize a rescisão do contrato de sociedade, independentemente de causa legal que o justifique, além de não ter embasamento legal, contraria a segurança jurídica que deve amparar as relações contratuais e é temerário à economia nacional, que tem nas sociedades um importante veículo para o desenvolvimento das atividades econômicas. Sobre o assunto, são pertinentes as observações de Sophie Schiller:

42 Hipóteses essas que, ainda assim, sujeitam-se a limites, por força de normas como a do art. 187 do Código Civil.

Enfin, d'après l'analyse étymologique de ses termes, il semble que l'expression ne doive être appréciée qu'au moment de la conclusion du contrat. [J. M. de Bermond de Vault] explique que dans l'expression "affectio societatis", le terme important est "affectio" que Cicéron définissait comme une altération temporaire, une modification. "L'affectio est une modification soudaine de l'esprit ou du corps due à certaines causes, telles la joie, le désir, la crainte, le chagrin, la maladie, la faiblesse et des autres qui relèvent du même genre". Il s'agit donc d'une modification et elle ne pourrait, dans ce sens, que s'appliquer à celui qui entre en société à l'instant précis où il envisage d'entrer dans la société. Plus tard, cette disposition psychologique pourra d'atténuer, voire disparaître sans que l'existence d'une société soit réellement en cause. Cet auteur conclut que la notion doit être analysée "à l'aube de la création sociale." Comme critère de détermination du contrat de société, l'affectio societatis ne doit ainsi être exigée qu'au moment de la conclusion du contrat. [...].⁴³

É necessário, portanto, seja para justificar a resolução da sociedade em relação a um sócio, seja para admitir a própria dissolução da sociedade, a ocorrência de causas concretas e objetivas (como, por exemplo, ilícitos cometidos, descumprimento de obrigações de sócio etc.), relacionadas a alguma *fattispecie* legal, dissociados de fatores simplesmente subjetivos.

Nesse sentido, adverte Alfredo de Assis Gonçalves Neto que o desfazimento do liame societário demanda a ocorrência de uma causa legal, não se justificando por simples perda da *affectio societatis*:

Para os defensores dessa orientação doutrinária, a *affectio societatis* seria mais do que a simples manifestação da vontade das partes em contratar, caracterizando-se por um estado de ânimo continuativo de conviver em sociedade com outrem. Ocor-

43 SCHILLER, Sophie. *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés: les connexions radicales*. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 79-80.

re que no ambiente obrigacional são encontradiços negócios jurídicos nos quais está presente essa mesma ideia de continuidade. A intenção ou o ânimo de celebrar um contrato e a ele permanecer vinculado não é peculiar ao contrato de sociedade, mas inerente a todo e qualquer contrato de duração, isto é, aos contratos normativos de modo geral (como o de fornecimento, de distribuição etc.) e àqueles cuja execução se protraí no tempo, ditos de execução continuada (como o de construção, de locação de coisas etc.). Ora, isso nada mais é do que a manifestação inequívoca da vontade de se obrigar nos termos e na extensão definidos pelas partes no acordo de suas vontades, segundo os parâmetros da liberdade de contratar – ou seja, o consentimento. [...] Por essa razão foi que asseverei ser a *affectio societatis* um nada jurídico. ‘Não é pressuposto algum, nem mesmo para a manutenção da sociedade entre seus sócios ao longo de sua existência’. Não é credencial para autorizar o desfazimento do negócio jurídico societário nem para fundamentar o desligamento de um sócio. O consentimento é dado em relação ao todo ajustado e continuará produzindo seus efeitos enquanto não houver uma causa legal de rompimento da palavra então empenhada. A questão, portanto, não está em analisar se houve ou não perda da *affectio societatis* para justificar o desfazimento do liame societário, mas em averiguar se está presente uma causa legal que o autorize.⁴⁴

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira colocam-se, do mesmo modo, contra a concepção da *affectio societatis* como requisito para a manutenção do contrato de sociedade, eis que entendimento dessa natureza faria com que a obrigação de cooperar dos sócios tivesse natureza puramente potestativa:

É próprio da sociedade que os sócios, ao consentirem no contrato, contraíam a obrigação de coo-

44 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer sobre a possibilidade de, com fundamento no desaparecimento da *affectio societatis*, serem dissolvidas parcialmente sociedades limitadas e anônimas constituídas por membros de duas famílias. Curitiba, mar. 2014. Disponível em “<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-sociedades.pdf>”. Acesso em: 7 jul. 2017.

perar para o fim comum durante o prazo nele ajustado, embora o conteúdo dessa obrigação varie bastante segundo o tipo de sociedade. A idéia de que a *affectio societatis* é requisito para a continuidade da existência do contrato, e não apenas para sua formação, implica tornar a obrigação de cooperar sujeita à condição resolutiva de ato de vontade ou do estado de espírito dos contratantes: se qualquer sócio, alegando cessação da disposição de continuar a sociedade, puder se liberar da obrigação contraída de cooperar, a obrigação é puramente potestativa.⁴⁵

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira von Adamek publicaram artigo sobre o tema, com bastante repercussão no meio jurídico. Nele, os autores criticam a aplicação “acrítica e abusada” da noção de *affectio societatis*, decorrente, em boa parte, de “imobilismo intelectual”, pois seria “incompatível com a evolução da ciência jurídica universal”.⁴⁶ Afirmam que o conceito de *affectio societatis* seria “desprezado pelas obras de direito societário mais conhecidas na Itália, Espanha ou Portugal” e “completamente abandonada na Alemanha e na Suíça”, reconhecendo que “tão-somente no Direito Francês” se encontrariam maiores referências ao assunto, mas que, mesmo assim, lá o conceito não seria aplicado com a “abrangência e amplitude de autêntica panaceia com que amiúde desponta em julgados de nossos tribunais”.⁴⁷ Asseveram os autores que:

O quadro torna-se ainda mais nefasto quando se constata que a noção de *affectio societatis* é manejada pelos tribunais, sem qualquer sistematicidade e carregada de um incompreensível empirismo, para justificar soluções as mais díspares possíveis entre si, notadamente em matéria de dissolução

45 LAMY FILHO; PEDREIRA, op. cit., p. 35.

46 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; e ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio Societatis: Um Conceito Jurídico Superado no Moderno Direito Societário pelo Conceito de “Fim Social”*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

47 Idem, p. 31-32.

parcial de sociedade *lato sensu* (retirada, exclusão e dissolução em sentido estrito), com total alheamento de outros temas fundamentais envolvidos na questão, como os de juízo de proporcionalidade e de análise de imputação de responsabilidade pela quebra de eventuais deveres de sócio. [...] [A] verdade é que a *affectio societatis* também não é elemento essencial para a manutenção da sociedade – como não o é, de regra, para qualquer outro contrato em que não se admita o arrependimento. [...] Efetivamente, o desaparecimento da intenção de contratar por parte de um dos contratantes, de regra, não interfere na sociedade. [...] No mais, se o desaparecimento da *affectio societatis* fosse fonte do direito de auto ou heterodesvinculação de sócio, ter-se-ia que forçosamente admitir que: (i) a exclusão não dependeria de falta grave (CC, arts. 1.030 e 1.085) e poderia se dar pela simples vontade da maioria e, inversamente, (ii) o direito de retirada não poderia ter quaisquer condicionantes (CC, arts. 1.029 e 1.077; e Lei de S/A, art. 137).⁴⁸⁻⁴⁹

48 Idem, p. 33-40. Entende de forma similar João Eunápio Borges: “Manifestado este [o consenso], inicialmente, em forma regular, como em qualquer contrato, produz desde logo a plenitude de seus efeitos. Mesmo que venha a faltar posteriormente aquele estado de ânimo continuativo que caracterizava a *affectio*” (BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 266).

49 Jonathas Lima Soler também conclui pela impropriedade de se analisar questões de retirada ou exclusão de sócios com base em *affectio societatis*: “[...] a *affectio societatis* como elemento nuclear da sociedade apresenta, entre outros, os seguintes problemas: (i) não traz a segurança jurídica que se espera de um conceito jurídico, em razão da subjetividade que carrega, da impossibilidade de ser auferida objetivamente e da criação de real direito potestativo ao sócio que requer a dissolução parcial da sociedade; (ii) também não pode ser considerada como causa do contrato de sociedade, pois os sócios não teriam se reunido pela simples intenção, sentimento ou vontade que tinham de estarem juntos (isso, caros leitores, é amor ou amizade), mas sim em razão de um escopo comum, a ser realizado por um objeto social e com fundamento em uma finalidade social; e (iii) não guarda aspectos funcionais inerentes ao que se entende como elemento central do instituto, como o estabelecimento de diretrizes e normas que digam respeito à conduta dos administradores e sócios, necessárias para a vida societária. [...] É necessário, por outro lado, que se exija a comprovação do descumprimento de algum dever inerente aos sócios, alguma falta grave cometida por esses ou o exaurimento ou a impossibilidade do preenchimento do fim social para que se exclua o sócio ou dissolva parcialmente a sociedade” (SOLER, Jonathas Lima. A quebra da *affectio societatis* na exclusão de sócios e dissolução parcial de sociedades. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 957, p. 177-199, jul. 2015, p. 196-197).

Vê-se, desse modo, que vem ganhando coró em autorizadas vozes da doutrina nacional o acertado entendimento de que a existência de *affectio societatis* é de todo irrelevante na verificação das condições legais para resolução da sociedade em relação a um sócio.

O desaparecimento da *affectio societatis*, por se relacionar a estado anímico de certa pessoa em determinado momento, jamais pode ser visto, do ponto de vista jurídico, como causa para aplicação de normas que regem o contrato de sociedade, mas sempre como consequência de algum ato ou fato. Deve-se indagar se esse ato ou fato que levou à quebra da *affectio societatis* é relevante, do ponto de vista jurídico, para dar ensejo à resolução da sociedade, mas não perquirir se ela (a *affectio*) está presente. Interessa, assim, a *causa* da perda da *affectio*, mas não propriamente a *affectio* em si.

Ora, como corretamente apontam Maurice Cozian e Alain Viandier, “*on en appelle à l'affectio societatis en cas de doute ou de crise, c'est-à-dire dans des situations pathologiques*”.⁵⁰

Quando os sócios convivem em harmonia, é possível que se passem longos períodos sem qualquer preocupação acerca das obrigações e deveres por eles assumidos em decorrência de cláusulas contratuais e normas legais. Servem-se de aconselhamento jurídico, quando muito, em situações perante terceiros ou no cumprimento de requisitos legais, como a realização de assembleia ou reunião anual de sócios.

Após a constituição formal da sociedade, a verificação da existência ou não de *affectio societatis* somente ganha relevo quando há conflito entre sócios. É justamente nesse momento que se deve procurar dar o máximo de efetividade às normas válidas do ordenamento jurídico, pois foram criadas justamente para esse fim. Desse modo, é

50 COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*. 10. ed. Paris: Litec, 1997, p. 75.

completamente descabida qualquer resolução de conflito que abandone as regras específicas aplicáveis às hipóteses de dissolução de sociedade ou de sua resolução em relação a sócios e as substitua por uma cláusula geral aplicada a toda e qualquer situação de *quebra de affectio societatis*.

Eduardo Goulart Pimenta faz precisa análise sobre esse ponto, destacando, ademais, a importância do princípio da preservação da empresa e sua prevalência sobre a ausência de *affectio societatis*:

Será mesmo que se pode e deve colocar não só a constituição, mas a própria preservação da sociedade sobre este elemento anímico de natureza e aferição tão subjetiva e fluida? A preservação do quadro societário (e muitas vezes da própria empresa) pode ficar condicionada ao grau de harmonia na convivência entre os integrantes da sociedade? [...] Neste sentido é de se perguntar se a notória função social da empresa privada pode – e, mais do que isso, deve – ficar dependente do bom relacionamento entre os sócios da sociedade empresária. O direito societário precisa, como salientado, oferecer instrumentos e formas de se permitir a manutenção da sociedade – e da empresa – mesmo em situações nas quais os seus sócios não mantenham um bom relacionamento entre si. [...] É quando falta a *affectio societatis* que o direito societário deve oferecer soluções eficientes de modo a permitir à sociedade e à empresa permanecerem em funcionamento, preferencialmente com o quadro de sócios e o patrimônio intactos. Resta constatar também que a dissolução parcial da sociedade, frequentemente empregada como forma de proteção da sociedade contra a divergência entre seus sócios, mostra-se insuficiente uma vez que acarreta necessariamente o desfalecimento do patrimônio da sociedade para a realização do pagamento dos haveres do(s) sócio(s) afastado(s).⁵¹

51 PIMENTA, Eduardo Goulart. A *affectio societatis* nas companhias fechadas. In: SILVA, Alexandre Couto. *Direito Societário: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 333.

Conclui-se, portanto, que a noção de *affectio societatis* não deve ser levada em consideração nas situações de dissolução de sociedade ou de resolução de sociedade em relação a um sócio, as quais são admitidas tão somente se estiver presente alguma das *causas legais* que as autorizem.

5. A adequada fundamentação constitucional do direito de retirada e a irrelevância da alegação de “liberdade de associação” para a resolução da sociedade em relação a um sócio.

O atendimento à função social é dever imposto a qualquer o titular de direito, que deve exercê-lo tendo em conta sua finalidade, sem perder de vista os interesses juridicamente protegidos de terceiros. Desse modo, sempre que terceiros sofram prejuízos em decorrência do exercício de direitos, deve-se ponderar se o prejuízo é decorrência inevitável do exercício do direito segundo sua função social.

A função social da propriedade dos bens de produção possui fundamento constitucional, por força do disposto no art. 5º, inciso XXIII, e 170, III, da Constituição, que determinam, respectivamente, que “a propriedade atenderá a sua função social” e que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” observado, dentre outros princípios, o da “função social da propriedade”.

O contrato de sociedade é celebrado necessariamente para o exercício de atividade econômica (art. 981 do Código Civil) e, em decorrência do exercício dessa atividade, promove-se crescimento econômico, em proveito não somente dos sócios, como também de quem se relaciona com a sociedade, e mesmo de quem se beneficia, por exemplo, com os tributos arrecadados em razão da atividade por ela desempenhada.

O relevante papel da atividade exercida pela sociedade e os diversos interesses de terceiros, que não são partes no contrato, justificam a grande preocupação existente em preservá-la. A função social do contrato de sociedade (e dos bens de produção por ela utilizados) confunde-se, assim, com esse relevante papel econômico-social que desempenha.

Não é possível, assim, pensar em fundamento constitucional que possa justificar a retirada de sócio, que não passe pela compreensão da função social da sociedade e dos diversos princípios e regras constitucionais que amparam essa função.

Apesar disso, há quem procure interpretar a Constituição “aos pedaços”⁵² e extrair da regra constante do seu art. 5º, XX,⁵³ um passe livre para saída de qualquer sociedade, a despeito da legislação que regula o direito de retirada em cada tipo societário específico e das demais regras e princípios constitucionais pertinentes à questão. Essa interpretação é equivocada, por diversos motivos a seguir expostos.

Em primeiro lugar, o princípio constitucional da liberdade de associação possui aplicação restrita às associações, assim entendidas como a “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos” (art. 53 do Código Civil), que não se confundem com as socieda-

52 Não levando, portanto, em consideração as lições de Eros Roberto Grau: “Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo [...] Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. [...] A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional. [...] No contexto linguístico é discernida a *semântica* dos enunciados normativos. Mas o *significado normativo* de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do *sistema*, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131-132).

53 Arnaldo Wald, ao comentar o art. 1.029 do Código Civil, assevera que “tal faculdade [de retirada voluntária da sociedade de prazo indeterminado] decorre, como já referido, do disposto no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal e do princípio da autonomia da vontade, que determina que ninguém pode ser obrigado a manter-se vinculado contra a sua vontade, por tempo indeterminado” (WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*: Livro II – Direito da Empresa. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. XIV, p. 228).

des. Essa questão é explorada de forma precisa por Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

Na falta de norma legal que fundamente a tese da dissolução parcial por vontade potestativa do sócio, alguns raros doutrinadores têm sustentado que ela encontra suporte, também, no art. 5º, inc. XX, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.” Ouso divergir radicalmente desse entendimento. Esse enunciado está inserido no texto constitucional que trata da liberdade de associação, delimitado pelos incisos XVII a XXI desse mesmo artigo, o qual, como sabido, não diz respeito minimamente ao exercício da atividade econômica, do qual se ocupa a Constituição nos arts. 170 e ss., que tratam da ordem econômica e financeira em nosso País. [...] A Constituição Federal de 1988, como sobressai dos trabalhos dos constituintes, teve em conta, claramente, assegurar a liberdade plena de associação, à luz das normas restritivas então existentes, as quais, como visto, não se referiam a entidades cujos fins fossem a exploração da atividade econômica (sociedades e sentido estrito). [...] O art. 5º, XX, da Constituição, portanto, não está a autorizar o recesso, mas o desligamento de um associado filiado a uma associação, do qual não decorre, como contrapartida, qualquer direito patrimonial (CC, art. 61). A ser observado esse comando constitucional pelas sociedades, as disposições sobre direito de recesso contidas na legislação ordinária seriam inconstitucionais e as companhias, mesmo abertas, proporcionariam a seus acionistas o reembolso das ações sempre que, no mercado, elas estivessem cotadas por valor inferior ao do seu patrimônio líquido.⁵⁴

54 GONÇALVES NETO, op. cit., p. 35-38. No mesmo sentido: SANTOS, Paulo de Moraes Penalva; e SANTOS, Guilherme Moulin Penalva. Inaplicabilidade dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação para fundamentar a dissolução de sociedades. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; e ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. (Org.). *Lei das S.A. em seus 40 Anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 563-583.

O mesmo entendimento é compartilhado por Henrique Cunha Barbosa:

Ora, se não se dispõem os defensores de tal ideia a uma leitura histórica da regra constitucional em tela, basta ao aplicador proceder à exegese sistemática do próprio artigo 5º da Carta (e seus incisos vizinhos) para se perceber com clareza que os preceitos ali contidos – e interligados – têm por finalidade inequívoca a proteção de direitos de ordem totalmente diversa, especialmente os de natureza política, social e religiosa. Da mesma maneira, aos que tentam lançar mão do inciso II daquele artigo, basta lembrar que, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o sócio de fato não era obrigado a compor a sociedade, mas ao fazê-lo, optou por naturalmente se sujeitar às normas legais em vigor (art. 1.077), que disciplinam de modo claro e incontestado quando e como se poderá abandonar o empreendimento.⁵⁵

Em segundo lugar, ainda que o art. 5º, XX, da Constituição fosse aplicável às sociedades, ele não poderia ser analisado isoladamente, impondo-se sua consideração em conjunto com o disposto no art. 5º, inciso XXIII (função social da propriedade) e 170, III (livre iniciativa, valorização do trabalho, existência digna e função social da propriedade).

Considerando-se o impacto financeiro negativo que o direito de retirada causa à sociedade, por obrigar o pagamento de haveres ao sócio retirante, resultando em sua descapitalização e em prejuízos para o negócio desenvolvido e para todos os nele envolvidos, normalmente a proteção aos direitos (e aos sujeitos de direito) afetados com a saída do sócio é muito mais relevante do que a proteção ao

55 BARBOSA, Henrique Cunha. Dissolução Parcial, Recesso e Exclusão de Sócios: Diálogos e Dissensos na Jurisprudência do STJ e nos Projetos de CPC e Código Comercial. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. (Coord.). *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 363.

direito individual do sócio de se retirar, cujo não atendimento resultará apenas na necessidade de que permaneça como sócio até que surja um comprador para suas quotas ou uma causa legal que o autorize a deixar a sociedade.

Em suma, se pudesse ser reconhecido um direito fundamental ao sócio de não permanecer associado (art. 5º, XX, da Constituição), esse direito deveria ceder, na ponderação entre os dois, ao outro direito fundamental, que corresponde ao exercício da propriedade sobre as quotas ou ações da sociedade, segundo sua função social (art. 5º, XXIII, da Constituição).

Sobre esse ponto, confirmam-se as considerações de Gustavo Tepedino, ao contrapor a função social da propriedade à liberdade individual:

Diante de tais considerações, não se pode objetar que a função social, como elemento interno do domínio, restringiria a liberdade individual, visto que, a rigor, as liberdades constitucionais não podem ser tomadas isoladamente, já que inseridas na legalidade constitucional.⁵⁶

Como terceiro argumento hábil a afastar a utilização isolada do art. 5º, XX, da Constituição como fundamento para o direito de retirada, é de se destacar que cada tipo societário possui regras específicas acerca da vinculação e desvinculação dos sócios ao contrato de sociedade, que são elaboradas tendo em vista uma série de fatores, todos ponderados em razão das particularidades das diversas espécies de sociedade. As regras existentes na legislação infraconstitucional não violariam o comando do art. 5º, XX, ainda que fosse aplicável às sociedades, mas apenas o especializariam, regulamentando-o.

56 TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*: Direito das Coisas – Arts. 1.196 a 1.276. São Paulo: Saraiva, 2011, v. XIV, p. 247-248.

Os dispositivos legais que regem a matéria, seja no Código Civil, seja na Lei das Sociedades por Ações, não violam qualquer preceito constitucional, não se tendo notícia, até hoje (ainda que a Lei das Sociedades por Ações tenha sido promulgada há mais de quarenta anos), de qualquer alegação de sua inconstitucionalidade.⁵⁷ São, portanto, normas válidas e eficazes.

Não seria, ademais, razoável fazer uso do inciso XX do art. 5º, da Constituição, para subverter o sistema jurídico de sociedades, conferindo a seu sócio um direito à imediata liquidez das quotas ou ações que possui, em prejuízo da sociedade, dos demais sócios e dos terceiros que com ela se relacionam. Essa ampla e irrestrita liberdade de retirada, que dispensa até mesmo a existência de um comprador (haja vista ser o direito exercido contra a – e em prejuízo da – sociedade) proporcionaria ao sócio de qualquer sociedade liquidez quase comparável ao de acionista de companhia aberta listada em bolsa de valores com ações com alto grau de negociabilidade.

Carece, assim, de qualquer utilidade o recurso ao disposto no art. 5º, XX, da Constituição, como justificativa ao exercício do direito de retirada. Pelo contrário, a referência a esse dispositivo, descolada das normas de direito infraconstitucional que regem a matéria, acaba por subverter todo o sistema pensado pelo legislador e que justifica a retirada de sócio em cada ocasião.

Os dispositivos constitucionais que determinam o atendimento à função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III) são o real fundamento do direito de retirada, como um dos diversos direitos que – juntamente com obrigações e deveres – formam a posição jurídica de sócio e permitem do desenvolvimento da atividade econômica pela sociedade.

57 Aliás, como ensina Luís Roberto Barroso: “não devem juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para a preservação da norma” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300).

6. Conclusão.

As demonstrações realizadas, neste artigo, acerca do sistema jurídico das sociedades – que impõe que a interpretação de suas normas seja voltada ao objetivo maior de desenvolvimento e preservação das atividades econômicas por elas exercidas – levam necessariamente à conclusão de que as hipóteses legais de exercício de direito de retirada devem ser analisadas de forma restritiva.

O caráter excepcional do direito de retirada não admite que, à falta de normas específicas e objetivas que permitam seu exercício,⁵⁸ recorra-se a alegações como quebra de *affectio societatis* ou garantia de liberdade de associação para permitir a rescisão unilateral do contrato de sociedade.

A quebra de *affectio societatis* não deve ser levada em consideração nas situações de resolução de sociedade em relação a um sócio, inclusive no que diz respeito à retirada de sócio, que somente poderá ser validamente admitida se estiver presente alguma das *causas legais* que a autorizem.

Do mesmo modo, é inadequado o recurso ao argumento de liberdade de associação para fundamentar o direito de retirada, tendo em vista que (i) o princípio constitucional da liberdade de associação possui aplicação restrita às associações; (ii) ainda que o art. 5º, XX, da Constituição fosse aplicável às sociedades, ele não poderia ser analisado isoladamente, impondo-se sua consideração em conjunto com o disposto no art. 5º, inciso XXIII (função social da propriedade) e 170, III (livre iniciativa; valorização do trabalho; existência digna; e função social da propriedade); e (iii) cada tipo societário possui regras específicas acerca da vinculação e desvinculação dos sócios ao contrato de sociedade, que são elaboradas tendo em vista uma série de fato-

58 E, mesmo que tenha havido adequada subsunção a qualquer das hipóteses legais, não se pode esquecer de que o exercício da retirada de sócio deve ser realizado de boa-fé e em momento oportuno, sob pena de violação dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

res, todos ponderados em razão das particularidades das diversas espécies de sociedade, de modo que, mesmo que se entendesse pela aplicação do art. 5º, XX, da Constituição à hipótese, não se poderia cogitar de violação deste dispositivo, mas tão somente de sua adequada regulação pela legislação infraconstitucional.

Espera-se, portanto, que o presente estudo contribua para uma análise mais aprofundada sobre o tema por parte dos tribunais, de modo a evitar possível perpetuação de entendimento que não somente está dissociado da correta exegese das normas jurídicas aplicáveis, como é claramente nocivo à economia nacional.