

Jurisprudência Comentada

AFFECTIO SOCIETATIS – SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA

CRISTIANO GOMES DE BRITO

Ementa: Comercial – Sociedade anônima familiar – Dissolução parcial – Inexistência de *affectio societatis* – Possibilidade – Matéria pacificada.

I – A 2ª Seção, quando do julgamento do EREsp n. 111.294-PR (rel. Min. Castro Filho, por maioria, DJU 10.9.2007), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*.

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

(STJ, 2ª Seção, EDvResp 419.174-SP (2003/0040911-5), embtes.: Espólio de L. K. e outros, embda.: L. K. S/A Indústria de Borracha, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 28.5.2008, v.u.)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas: Decide a 2ª Seção, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e lhes dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Mins. João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Ari Pargendler e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 28 de maio de 2008 – *Aldir Passarinho Jr.*, relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Jr.: Espólio de L. K. e outros opõem embargos de divergência contra acórdão da egrégia 3ª Turma, de relatoria do eminente Min. Carlos Alberto Menezes Direito, assim ementado (fls. 565):

“Sociedade anônima – Dissolução parcial – Precedentes da Corte.

“1. É incompatível com a natureza e o regime jurídico das sociedades anônimas o pedido de dissolução parcial, feito por acionistas minoritários, porque reguladas em lei especial que não contempla tal possibilidade.

“2. Recurso especial conhecido e provido.”

Sustentam os embargantes que a decisão divergiu de aresto da colenda 4ª Turma, no REsp n. 111.294-PR (rel. para o acórdão Min. César Asfor Rocha), que, ao apreciar a matéria, entendeu possível a dissolução parcial de sociedade anônima familiar, constituída *cum intuitu personae*, quando desaparecida a *affectio societatis*.

Acrescentam que as instâncias ordinárias reconheceram a característica de que a afinidade e o parentesco entre os acionistas foi o fundamento para a constituição da sociedade, tendo cabimento a aplicação do referido instituto.

O recurso foi originalmente admitido para discussão às fls. 603.

A embargada apresentou impugnação a fls. 605-619, no sentido do não-conhecimento dos embargos por inexistência de similaridade com o acórdão paradigmático, porquanto na hipótese dos autos a sociedade foi primordialmente composta por pessoas, depois convertida em sociedade anônima, único momento em que a apuração de haveres poderia ser realizada.

Acrescenta que a perda de confiança entre os acionistas por si só não é suficiente para a dissolução parcial, com apuração de haveres, porque deve estar acompanhada da ausência de proveito econômico.

No mérito, combate a pretensão recursal arguindo que o interesse maior deve ser a preservação da empresa, o que é albergado expressamente pela legislação específica, que veda a possibilidade.

A fls. 627-629 nova decisão em que inadmitido o recurso, por ausência de similitude no que respeita ao tema da distribuição de lucros.

Diante do agravo regimental de fls. 633-654, reconsiderarei o *decisum* para propiciar a análise da matéria pelo Colegiado. É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Min. Aldir Passarinho Jr. (relator): Trata-se de embargos de divergência em que os recorrentes, Espólio de L. K. e outros, buscam a reforma de acórdão da colenda 3ª Turma, relatado pelo ilustre Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que entendeu pela impossibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima familiar, por inaplicável o art. 336 do CComercial, ainda que ausente a *affectio societatis*, porquanto a característica *intuitu personae* não é elemento de sua constituição.

Presentes os pressupostos da espécie, conforme já adiantava o ilustre Relator

originário na 3ª Turma (fls. 561), adentro o mérito da controvérsia.

Com efeito, o próprio acórdão apontado paradigma foi objeto de embargos de divergência nesta colenda 2ª Seção, que adotou o posicionamento sufragado pela egrégia 4ª Turma, no seguinte sentido:

“Embargos de divergência – Questões preliminares – Substabelecimento – Renúncia do advogado substabelecido – Capacidade postulatória do substabelecido – Litisconsórcio passivo – Morte de um dos réus – Ausência de habilitação dos sucessores – Nulidade dos atos praticados após o óbito – Descabimento – Observância do princípio da segurança jurídica – Mérito – Direito comercial – Sociedade anônima – Grupo familiar – Inexistência de lucros e distribuição de dividendos há vários anos – Quebra da *Affectio societatis* – Dissolução parcial – Possibilidade.

“I – Ocorrida a renúncia por parte dos advogados substabelecidos em data posterior à interposição do recurso pelos advogados substabelecidos, não se há falar em ausência de capacidade postulatória decorrente do substabelecimento.

“II – A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a morte de uma das partes suspende o processo no exato momento em que se deu, ainda que o fato não seja comunicado ao juiz da causa, invalidando os atos judiciais acaso praticados depois disso. Em situações excepcionais, porém, e visando a preservar outros valores igualmente relevantes, justifica-se uma mitigação dos regramentos processuais, uma vez que nem mesmo o sistema de nulidades é absoluto. É o que deve ser aplicado ao caso dos autos, em que o Espólio de um dos recorrentes, alegando haver tomado conhecimento da existência do feito apenas em 2002, comunicara o seu falecimento em 5.2.1993, requerendo a nulidade dos atos processuais praticados após o noticiado óbito. Há, todavia, que ser afastada a alegada nulidade processual, por não ter havido qualquer prejuízo às partes, haja vista que o interesse dos

seus sucessores foi defendido em todos os momentos do processo, já que as petições apresentadas em Juízo foram subscritas pelo mesmo advogado e em nome de todos os litisconsortes passivos da demanda, desde a contestação até a interposição do recurso especial. É de se ter presente que este processo tramita desde 1991, envolvendo questão altamente controversa, cuja decisão de mérito, favorável à apuração de haveres dos sócios dissidentes, já se encontra em fase de execução, não sendo razoável, portanto, a essa altura, declarar-se a nulidade dos atos processuais praticados após o óbito, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica.

“III – É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuitu pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não tem papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas *intuitu personae*. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas.

“Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a

que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o art. 206, II, ‘b’, da Lei n. 6.404/1976, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.

“A regra da dissolução total, nessas hipóteses, em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa, preocupação, inclusive, da nova Lei de Falências – Lei n. 11.101/2005, que substituiu o Decreto-lei n. 7.661/1945, então vigente –, devendo-se permitir, pois, a dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo. A solução é a que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, para evitar a descontinuidade da empresa, que poderá prosseguir com os sócios remanescentes.

“Embargos de divergência improvidos, após rejeitadas as preliminares” (EResp n. 111.294-PR, rel. Min. Castro Filho, m.v., DJU 10.9.2007).

Portanto, considerou-se preponderante para as sociedades anônimas familiares pequenas e médias a existência da *affectio societatis*, sem a qual presume-se que o clima beligerante entre os acionistas atua contra a preservação da empresa e torna-se obstáculo à consecução de seu objeto social, que não poderá ser cumprido.

Acresça-se que a distribuição de lucros ou dividendos ficou relegada ao plano de mera consequência da dissolução, pois, apesar de presente no recurso especial-paradigma, não foi mencionada como condicionante adicional quando do julgamento do mesmo processo em embargos de divergência.

Transcrevo do voto do Relator do precedente indicado acima, por muito elucidativo a esse respeito, o seguinte excerto:

“Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não me parece possa essa circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o art. 206, II, ‘b’, da Lei n. 6.404/1976, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos.

“Não se desconhece que, em regra, a possibilidade de dissolução parcial, com a consequente apuração de haveres dos sócios dissidentes, é incompatível com esse tipo de sociedade, porque própria tal iniciativa das sociedades de pessoas e na sociedade por cotas. Todavia, na espécie, assim como asseverou o acórdão embargado, penso que a regra da dissolução total em nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país, razão pela qual sou a favor de que o rigorismo legislativo ceda lugar ao princípio da preservação da empresa, norteador, inclusive, da nova Lei de Falências – Lei n. 11.101/2005 –, que substituiu o Decreto-lei n. 7.661/1945, então vigente.

“Destarte, na hipótese, diante das especificidades do caso concreto, tenho que a aplicação da dissolução parcial, com a retirada dos sócios dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo, é a solução que melhor concilia o interesse individual dos acionistas retirantes com o princípio da preservação da sociedade e sua utilidade social, para que não haja a necessidade

de solução de continuidade da empresa, que poderá prosseguir com os sócios remanescentes.”

Assim, tem-se que a impessoalidade, com preponderância do capital, própria das sociedades anônimas, cede espaço nas empresas familiares regidas pela Lei n. 6.404/1976, como no caso concreto, nas quais deve coexistir com a *affectio societatis*.

Ante o exposto, conheço dos embargos e dou-lhes provimento para julgar procedente o pedido, admitindo a dissolução parcial de L. K. S/A, com retirada dos acionistas dissidentes, após a apuração de seus haveres em função do valor real do ativo e passivo, invertida a sucumbência.

É como voto.

VOTO

O Sr. Min. João Otávio de Noronha:

Sra. Ministra Presidente, de rigor, entendo que as sociedades anônimas não foram constituídas e vocacionadas para esse tipo de dissolução. A lei prevê o direito de retirada nas hipóteses expressamente estabelecidas no art. 77 da Lei das S/A, e o faz em *numerus clausus*.

E assim o digo porque a natureza da Lei das S/A, ou seja, a natureza jurídica das empresas constituídas sob a forma de sociedade anônima é muito diversa da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e, no presente caso, as empresas, ainda que de capital fechado, assumem a natureza jurídica de sociedade anônima: com natureza institucional, e não meramente contratual.

Mas, tendo em conta o precedente desta Seção e atento a que devemos proporcionar ao jurisdicionado segurança jurídica – que importa, a meu ver, observância das regras jurisprudenciais que decorrem de interpretação da lei já manifestada pelo Tribunal –, prefiro me curvar ao posicionamento e acompanhar o Sr. Ministro Relator, conhecendo dos embargos

de divergência e dando-lhes provimento para julgar procedente a ação de dissolução parcial.

COMENTÁRIOS de

Cristiano Gomes de Brito

Trata-se de embargos de divergência, previstos tanto para o STJ quanto para o STF, conforme disposição do art. 546, I e II, do CPC, sempre que a decisão de uma das Turmas desses Tribunais, em recurso especial ou extraordinário, divergir do julgamento que já tenha sido dado por outro órgão fracionário ou pelo Plenário do Tribunal.

In casu, o EDvREsp 419.174-SP, da 2ª Seção do STJ, foi admitido porque a 2ª Seção do Tribunal, quando do julgamento dos EREsp 111.294-PR (rel. Min. Castro Filho), adotou o entendimento de que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*, julgando procedente a ação de dissolução parcial. A 4ª Turma, no REsp 111.294-PR (rel. Min. César Asfor Rocha), ao apreciar a matéria, entendeu possível a dissolução parcial de sociedade anônima familiar, constituída *intuitu personae*, quando desaparecida a *affectio societatis*. De forma diversa, a 3ª Turma, no REsp 419.174-SP (rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito), decidiu ser incompatível com a natureza e o regime jurídico das sociedades anônimas o pedido de dissolução parcial feito por acionistas minoritários, porque reguladas em lei especial que não contempla tal possibilidade.

Visando a pôr uma “pá-de-cal” sobre o tema – isto é, uniformizar a jurisprudência do próprio STJ –, a Corte entendeu que é possível a dissolução de sociedade anônima familiar quando houver quebra da *affectio societatis*.

De forma sintética, os julgados que admitem a dissolução parcial se alicerçam no fato de que há elevado grau de iliquidez das ações, impedimento da circulação das ações, capital fechado, pequeno número de acionistas, falta de poder deliberativo das

ações e, ainda, quando há o rompimento da *affectio societatis*.

Esse conjunto de circunstâncias, principalmente a quebra da *affectio societatis*, acarreta o congelamento do capital investido pelo acionista, em face da absoluta iliquidez das ações, a justificar a dissolução parcial da companhia como alternativa de tutelar os interesses da minoria, dentro da construção elaborada para as sociedades limitadas.

De outro lado, as decisões que inadmitem a dissolução fundam-se no argumento de que a dissolução parcial viola disposição literal de lei, cria nova modalidade de direito de recesso, possibilita a exclusão de acionista, causa instabilidade nas relações de poder nas companhias, e a dissolução da sociedade está estritamente prevista no art. 206 da Lei das S/A.

Todavia, ao decidir que é possível a dissolução de sociedade anônima quando houver quebra da *affectio societatis*, o STJ, com a devida vênia, abre precedente perigoso na estrutura societária das anônimas, que, numa espécie de freios e contrapesos, têm medidas compensatórias em face do poder de controle do acionista majoritário em face dos minoritários – v.g., os direitos essenciais dos acionistas que não podem ser suprimidos nem pelo estatuto, nem pela assembléia, uma vez que estabilizam as relações de poder na sociedade.

O primeiro impedimento quanto à adoção deste instituto nas sociedades anônimas é a ausência de *affectio societatis* entre os acionistas, pois a natureza capitalista que os marca é de índole legal e cogente, sendo, portanto, inafastável pela simples vontade dos contratantes.

Importa relembrar, mesmo que de forma sintética, que nas sociedades *intuitu personae* os caracteres individuais e subjetivos de cada sócio – v.g., reputação, capacidade de administração – constituem fator determinante de sua criação e funcionamento e são a base da própria existência da sociedade; ou seja, os sócios

criam e dirigem a sociedade, em razão dos recíprocos conhecimento e confiança.

Do outro lado estão as sociedades de capital, cujo fator determinante de criação é a contribuição pecuniária dos participantes, importando apenas a contribuição para o capital social, daí a livre cessibilidade das ações e a total desconsideração da morte, interdição ou falência do sócio.

Essa é a tradicional classificação de sociedade de pessoas e de capital. É bem verdade que essa classificação é muito criticada, pois é desprovida de qualquer critério científico, uma vez que todas as sociedades têm traços decorrentes das pessoas que as integram e dos capitais que as viabilizam.

Nas sociedades tidas como de capital as contribuições pecuniárias dos sócios, o *intuitu pecunae*, prevalecem em detrimento da pessoa dos sócios, deixando mitigados, ou sem valor considerável, seus atributos pessoais, a exemplo das sociedades anônimas.

Tal fato ocorre porque vigora o princípio da livre circulação das ações, sendo que o acionista pode alienar suas ações independentemente da concordância dos demais acionistas ou de previsão no estatuto social, o que é incompatível com a *affectio societatis*.

Nas sociedades anônimas não há impedimento para a circulação das ações, pois o art. 36 da Lei das S/A dispõe que o estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas. O que há é somente a possibilidade de uma limitação, que se consubstancia, em geral, no direito de preferência para aquisição das ações dos demais acionistas, e, como está previsto na lei, tal restrição deve estar minuciosamente regulamentada no estatuto social.

Por outro lado, nas sociedades institucionais e capitalistas, como é o caso das sociedades anônimas, sempre existiram remédios legais próprios para a livre entrada e saída dos sócios, indispensáveis aos próprios fins do modelo corporativo de harmonização entre acionistas investidores e gestores, como a venda de ações, o direito de recesso, o resgate e a amortização destas.

Bem verdade que, apesar de grande parte da doutrina afirmar que as companhias são de capitais, pois os atributos pessoais dos acionistas não influem na sociedade, esse entendimento deve ser recebido com reservas, uma vez que os acionistas também levam em consideração os atributos pessoais dos demais acionistas, que influenciarão na administração da sociedade, refletindo-se diretamente nos lucros da sociedade.

O acionista, ao subscrever e integralizar sua parte na constituição da sociedade ou ao adquirir ações no mercado secundário, analisa não só a expectativa de lucro da sociedade, como também o detentor do poder de controle na companhia, justamente para avaliar como e por quem a empresa será administrada – fatores de grande repercussão direta em seus lucros.

Desta feita, os atributos pessoais dos controladores influenciam no sucesso ou no fracasso na emissão de ações; e, por tal razão, dizer que nas sociedades anônimas não se levam em conta os atributos pessoais dos acionistas é fazer tábula rasa da realidade.

Todavia, deve-se ressaltar que a sociedade anônima, mesmo admitindo-se os caracteres da sociedade de pessoas, mantém-se sob a égide da Lei 6.404/1976, inclusive no que tange ao dividendo obrigatório, ao recesso do acionista nos casos expressos, não se importando institutos inerentes à sociedade de pessoas, decorrentes da *affectio societatis*.

Isso porque o regime jurídico de constituição e dissolução das companhias

é estabelecido pela Lei 6.404 e pelos estatutos sociais, sendo que a Lei das S/A desenvolveu mecanismos próprios (hipóteses restritas de recesso, complexidade da administração, direitos essenciais dos acionistas etc.) que bloqueiam e impedem que elementos e valores subjetivos – v.g., a *affectio societatis* – desequilibrem as relações de poder entre os acionistas e entre estes e a sociedade.

Oportuno lembrar que a sociedade anônima é um tipo societário institucional, em que as relações e vínculos entre os sócios não são regidos pelos princípios do direito contratual. Seus atos constitutivos são uma deliberação dos fundadores, manifestada em assembléia-geral ou escritura pública, fundando uma instituição à qual os futuros acionistas subscritores irão aderir, sem nada contratarem entre si. Por isso, sua criação e seu funcionamento dependem do cumprimento de regras estritas emanadas da lei e dos estatutos, restringindo-se o consentimento dos acionistas à aceitação de uma disciplina legal e estatutariamente imposta, com o escopo de manter permanentemente o equilíbrio de forças.

Como modelo institucional, a companhia foi concebida para a segurança do capital investido, insuscetível de estar à mercê das insatisfações pessoais dos acionistas minoritários.

As relações de poder nas companhias são instáveis, devido ao conflito de interesses dos acionistas. Contudo, independentemente desses embates, como modelo institucional, a Lei das S/A previu que essas relações fossem equilibradas como numa balança. De um lado, os acionistas majoritários, detentores do poder de conduzir a sociedade, haja vista o princípio majoritário das deliberações sociais. De outro, os acionistas minoritários, detentores do capital, mas que não comandam o destino da sociedade.

Esse equilíbrio é alcançado por meio dos direitos essenciais do acionista, que, de acordo com a melhor doutrina, são fi-

xados taxativamente na lei, formando um sistema de tipicidade fechada – dentre eles, o direito de recesso nos casos previstos em lei.

Por tal razão, a lei assegura aos acionistas direitos essenciais, com o objetivo de garantir a estabilização nas relações de poder na sociedade, representando garantias de manutenção da posição acionária.

Ao se adotar o rol objetivo dos direitos essenciais, visou-se justamente a evitar que questões subjetivas, de caráter vago, não mensurável, fossem capazes de interferir nas relações de poder nas companhias, razão pela qual pode-se dizer que a existência da *affectio societatis* nas sociedades anônimas vai de encontro ao seu caráter institucional.

Interpretando de forma sistêmica a Lei das S/A, vê-se claramente que este foi o escopo do legislador. Tanto é que na lei não há qualquer menção a direito do acionista com fundamento subjetivo, como retirar-se da companhia por quebra da *affectio societatis*.

Ao se permitir a dissolução parcial de uma companhia por simples quebra da *affectio societatis*, abre-se uma fenda nas estruturas da sociedade anônima, inserindo em seu arquétipo direito decorrente de elementos subjetivos.

Dentre os direitos essenciais dos acionistas, previstos no art. 109 da Lei das S/A, está o de se retirar da sociedade nos casos estabelecidos no art. 137 da Lei das S/A, em rol também taxativo – o que exclui interpretações extensivas, não se encontrando como causas ensejadoras do direito de retirada a quebra da *affectio societatis*, a iliquidez das ações, o capital fechado, o pequeno número de acionistas ou a falta de poder deliberativo das ações.

Destaca-se que a Lei das S/A adotou um regime próprio para os casos de dissolução, com o seu complexo procedimento, elencando as causas e os legitimados para requerê-la, podendo a sociedade ser dissolvida, nos termos do art. 206, de pleno

direito, por decisão judicial ou por decisão de autoridade administrativa competente.

Por fim, mister se faz ressaltar que tais argumentos cedem apenas a uma exceção: nos casos em que a companhia não puder preencher seu fim. Isto porque o art. 206, II, "b", da Lei das S/A dispõe que a companhia será dissolvida, por decisão judicial, quando provado que não pode preencher seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% ou mais do capital social.

Como o intuito e fim social de uma sociedade comercial é o lucro, inexistindo este, facultado é a qualquer dos sócios requerer em juízo a dissolução da sociedade, podendo considerar-se esta facultade um instrumento de proteção dos interesses da minoria.

Dessa forma, se a sociedade não puder preencher seu fim, a Lei das S/A expressamente dá ao acionista a faculdade de requerer sua dissolução parcial, haja vista o princípio da preservação da empresa.