

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Cristiano Padiã Fogaça Pereira

**DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA POR RETIRADA E
EXCLUSÃO DE SÓCIO E A CONSEQUENTE APURAÇÃO DE HAVERES À
LUZ DO CPC/2015**

Mestrado em Direito Comercial

São Paulo

2017

Cristiano Padial Fogaça Pereira

**DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA POR RETIRADA E
EXCLUSÃO DE SÓCIO E A CONSEQUENTE APURAÇÃO DE HAVERES À
LUZ DO CPC/2015**

Mestrado em Direito Comercial

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Doutor Marcus Elidius Michelli de Almeida.

São Paulo

2017

Banca Examinadora

“A vida é um permanente equilíbrio. É assim na vida das pessoas, dos professores, dos sábios(...) Metaforicamente, todos estão sempre atravessando uma corda bamba. Às vezes, esta se inclina um pouco para cá, se inclina um pouco para lá, mas o equilibrista sempre procura percorrer o caminho vacilante da corda. A plateia, vendo de baixo, pode achar que o equilibrista está voando. Não tem problema. A vida é feita de algumas ilusões mesmo. Mas o equilibrista tem que saber que está se equilibrando, porque se achar que está voando, ele vai cair (...)

Entretanto, na vida real, nós não temos rede. Ou seja, a vida deve ser vivida, com valores, com determinação, com uma dose de senso de humor, com certa ousadia e com humildade, para não sermos extremistas nas nossas opiniões e condutas que nos poderão derrubar. Devemos ser eternos equilibristas diante das oscilações da vida”.

(Aula Magna de Luís Roberto Barroso, Ministro do STF e Prof. Doutor em Direito Constitucional)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, pelo estímulo, educação e apoio incondicional. À minha esposa, Carla Gregório de Castro, pela compreensão e cumplicidade durante toda minha trajetória no Mestrado e pelo eterno esteio.

Aos meus sócios, Ademar Fogaça e Daniel Moreti, por fomentarem minha dedicação acadêmica. A meus amigos mais próximos e familiares, pela troca de ideias e acalento em horas difíceis.

E, em especial, a meu orientador, Prof. Dr. Marcus Elidius Michelli de Almeida, pelo entusiasmo que imprime a este tema, bem como por sua generosidade em compartilhar conhecimento; à Prof. Dra. Maria Eugênia Finkelstein, por suas colocações pertinentes e cuidadosas sobre o trabalho, que me abriram novos caminhos; e ao Prof. Dr. Armando Luiz Rovai, pela visão crítica que me impulsionou a buscar o aperfeiçoamento. Por fim, ao d. Desembargadores, Dr. Hamid Bdine e ao Prof. Dr. Marcelo Tadeu Cometti, que se dispuseram a examinar com paciência e dedicação este estudo, o que certamente muito o prestigia.

RESUMO

Autor: Cristiano Padial Fogaça Pereira

Título: Dissolução parcial de sociedade limitada por retirada e exclusão de sócio e a consequente apuração de haveres à luz do CPC/2015

O presente estudo percorre as diferentes hipóteses de dissolução parcial de sociedade limitada no direito brasileiro, decorrentes de exclusão e de retirada de sócio, pelas vias judicial e extrajudicial, culminando com a apuração de haveres e as variações de critérios e metodologias que podem orientar tal levantamento contábil, como o fluxo de caixa descontado. O trabalho examina, ainda, os arts. 599 a 609 do CPC/2015 e encaminha-se a uma análise crítica dos critérios utilizados na apuração de haveres à luz de princípios constitucionais aplicados ao direito empresarial e da análise econômica do direito.

Palavras-chave: Dissolução parcial de sociedade limitada. Apuração de haveres. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

Author: Cristiano Padial Fogaça Pereira

Title: Partial dissolution of limited liability companies resulting from the exclusion or withdrawn of an entity member and the consequent property valuation, in accordance with the new Brazilian Code of Civil Procedure.

This essay scrolls through several partial dissolution's possibilities of limited liability companies arising out of exclusion or withdrawn of an entity member, until reaching the corporate property valuation and its different kinds of technical criteria, like the free cash flow analysis. This dissertation text also examines articles from the new Brazilian Code of Civil Procedure, especially the articles 599 to 609. Thus, an issue that involves different kinds of valuation criteria is analyzed by legal theories such as the principle of proportionality and the economic analysis of law.

Keywords: Partial corporate dissolution of limited liability companies. Property valuation. The new Brazilian Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. SOCIEDADE LIMITADA.....	11
2.1. Origem histórica.....	11
2.2. Conceito de sociedade e teoria de empresa	12
2.3. Natureza jurídica do ato de constituição das sociedades.....	18
2.3.1 Da teoria do contrato bilateral	18
2.3.2. Das teorias anticontratalistas	20
2.3.3. Do contrato plurilateral	23
2.3.4. Da teoria da instituição	25
2.4. O conceito de <i>affectio societatis</i> no direito atual.....	29
2.5. Origem e evolução das sociedades limitadas.....	35
2.6. Elementos da sociedade limitada	38
2.7. Personalidade jurídica	42
2.8. Estado Reliberalizante e os princípios constitucionais aplicáveis à atividade empresarial.....	45
3. DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE LIMITADA	52
3.1. Retirada imotivada	56
3.2. Retirada motivada por justa causa	61
3.3. Direito de recesso	63
3.4. Da exclusão de sócio	66
3.4.1. Da exclusão extrajudicial	67
3.4.2. Da exclusão judicial	72
3.4.3. Exclusão de pleno direito	75
3.5. Da apuração de haveres	76
4. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015	81
4.1. Aspectos processuais	81
4.1.1. Objeto da ação	81
4.1.2. Legitimidade ativa	85
4.1.3. Legitimidade passiva	91
4.1.4. Pedido contraposto	95
4.1.5. Da concordância com a dissolução parcial	99
4.2 Decisão inaugural da fase de apuração de haveres e o depósito judicial de parte incontroversa.....	99
4.3. O art. 606, CPC/2015 e os critérios de apuração	105
4.3. Possibilidade de revisão dos critérios de apuração antes da perícia – art. 607, CPC/2015.....	115
4.5. A metodologia do fluxo de caixa descontado	119

4.6. Possibilidade de o sócio, que se pretende excluir, receber dividendos, referentes ao período em que tramita a dissolução parcial em sentido estrito ou ação anulatória de exclusão extrajudicial - Art. 608, CPC	128
4.7. Cláusula de predeterminação de haveres e seu efeito vinculativo não absoluto	133
5. ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA	139
5.1. Conceito de mais-valia empresarial aplicado à avaliação de empresas ..	139
5.1. Caso hipotético: <i>start-ups</i> de tecnologia (questão-problema).....	141
5.3. A análise econômica do direito e a tutela do investimento privado	149
6. CONCLUSÕES	158
7. BIBLIOGRAFIA	160

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de uma análise preliminar a respeito das hipóteses de dissolução parcial de sociedade limitada no direito brasileiro, decorrentes de exclusão e de retirada de sócio, pelas vias judicial e extrajudicial. Como se nota, a dissolução parcial decorrente de morte do sócio não será aqui abordada, em razão de um recorte acadêmico necessário ao deslinde do tema.

O estudo adentra ao exame dos arts. 599 a 609 do CPC/2015, de forma a verificar possíveis acertos ou equívocos cometidos pelo legislador, em especial quanto aos arts. 606 e 607.

Em paralelo, há um exame acerca da apuração de haveres e as variações de critérios e metodologias que podem orientar tal levantamento contábil, como o fluxo de caixa descontado, que é apontado por este trabalho como uma metodologia que pode, em determinados casos, ser incorporada ao balanço de determinação, com sucesso.

O trabalho encaminha-se a uma análise crítica dos critérios utilizados na apuração de haveres em questão-problema formulada, a qual consiste em um caso hipotético envolvendo uma *start-up* fictícia e a exclusão de um sócio fundador.

A solução a ser defendida por este estudo tem apoio em teorias do direito ligadas ao direito constitucional empresarial, bem como à análise econômica do direito.

O cerne da questão a ser depurada reside em como se resolve a colisão de princípios, a saber, a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana, de um lado e, de outro, o *pacta sunt servanda*.

A par disso, pela análise econômica do direito, buscar-se-á perquirir a estrutura de incentivos a que as pessoas respondem, sobretudo o sócio excluído, bem como a respeito das medidas de encorajamento e desencorajamento do Estado no intuito de preservar-se o investimento privado.

2. SOCIEDADE LIMITADA

2.1. Origem histórica

A origem histórica das sociedades com fins econômicos, conforme relata Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹, adveio do Direito Romano, a partir da necessidade de os herdeiros prosseguirem no desenvolvimento das atividades exercidas pelo *pater familias*.

Inicialmente, esses embriões de sociedades formavam-se somente no seio das famílias, de modo que os laços que as uniam eram de sangue. Como relata João Eunápio Borges², dentro de uma mesma família, os parentes somavam esforços e dividiam os frutos do trabalho, fato do qual surgiu a expressão *cum panis* (companhia), ou seja, aquele com quem se divide o pão, sentado à mesma mesa, compartilhando ideais.

Essas uniões de herdeiros formavam, na verdade, uma comunhão, uma vez que ainda não havia um interesse comum a ser perseguido. O fato é que com a morte do *pater familias*, os herdeiros não eram autorizados pelas leis da época a partilhar o patrimônio entre eles, sendo obrigados a administrar os bens em condomínio³.

Segundo João Eunápio Borges⁴, posteriormente, essas sociedades essencialmente familiares começaram a admitir o ingresso de terceiros não-familiares, de forma que passou-se, então, a exigir-se a elaboração de contratos que dessem sustentação aos laços não sanguíneos.

O desenvolvimento mais profundo dessas sociedades, a ponto de realmente assemelhá-las ao conceito moderno, como conhecemos, ocorreu na Idade Média, com a noção de separação entre o patrimônio da sociedade e dos sócios⁵.

¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 3.

² BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 272.

³ Conf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

⁴ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 272.

⁵ Conf. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

Importante inovação surgiu, na França, com o Código Comercial de 1807, eis que a partir de tal diploma legal inaugurou-se o direito comercial em seu aspecto mais objetivo. Isso porque a lei previu condutas que configurariam os atos de comércio, independentemente da pessoa que os realizasse, ou seja, o Código Francês resolveu versar a respeito do direito dos atos de comércio e não o direito dos comerciantes⁶.

Evidentemente, as sociedades mercantis passaram por diversas mudanças ao longo dos séculos, seja no trato da forma como os sócios poderiam ingressar ou retirar-se delas, seja no que concerne à limitação de responsabilidade dos sócios.

A limitação de responsabilidade dos sócios com relação às obrigações assumidas pela sociedade, como ensina Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁷, recebeu um primeiro esboço histórico no século XV com a Banca Di San Giorgio em Gênova, Itália, que teria sido uma das primeiras companhias de ações da história, com limitação de responsabilidade.

O citado autor prossegue relatando que, a partir da tentativa de modelo desenhado pelo Banco de São Jorge, nos séculos XVII e XVIII, surgiram as companhias constituídas, primeiramente, para a exploração do comércio marítimo e, após, para as grandes navegações.

Sendo certo que as companhias apresentavam uma certa dificuldade de constituição, eis que demandavam autorização estatal e um custo elevado, a evolução do capitalismo levou à criação das sociedades de responsabilidade limitada. Como será esmiuçado em capítulo próprio, a origem legislativa das sociedades limitadas surgiu na Alemanha em 1892 e irradiou reflexos no direito português, chegando ao Brasil em 1919⁸.

2.2. Conceito de sociedade e teoria de empresa

Importante, pois, delimitar-se o conceito de sociedade.

⁶ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 30-35.

⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 5

⁸ Decreto-Lei 3.708/1919.

O conceito de sociedade, calcado no relato histórico realizado acima, desaguou na noção estampada no art. 1.363 do Código Civil de 1916, qual seja, a união de pessoas em torno de um fim comum, a ser alcançado mediante a combinação de esforços e recursos.

Atualmente, tal conceito é considerado precário, seja pela falta de alusão à entidade (pessoa jurídica) constituída pelos sócios para a consecução do objeto social, seja em razão da possibilidade de existir sociedade sem união de pessoas, como é o caso da subsidiária integral e da EIRELI.

O conceito hodierno de sociedade deve incluir o fato de que, a partir da constituição da sociedade, surge um novo ente, que é a pessoa jurídica, e que a sociedade persegue um fim econômico. Além disso, fundamental ter em mente que tal ente é sujeito de direitos e obrigações, com patrimônio autônomo, capaz de realizar negócios jurídicos próprios, sem que isso vincule pessoalmente seus sócios.

Ricardo Negrão⁹ define sociedade, da seguinte forma:

Sociedade é o contrato celebrado entre pessoas físicas e/ou jurídicas, ou somente entre pessoas físicas (art. 1.039), por meio do qual estas se obrigam reciprocamente a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilhar, entre si, os resultados.

A finalidade econômica mostra-se imprescindível, eis que outras pessoas jurídicas que não se afiguram sociedades, como fundações, associações, por exemplo, não possuem tal fim.

José Edwaldo Tavares Borba¹⁰ assim leciona:

A sociedade tem na busca do lucro a sua finalidade, que é também a dos sócios. Na associação, ainda que se apure resultado financeiro positivo, este se destinará à manutenção dos fins sociais; na sociedade, a destinação última do lucro é a sua distribuição entre os sócios.

Embora ambas busquem o lucro e sejam sociedades, a sociedade pode ser empresária ou simples, segundo o Código Civil de 2002. Assim, nota-se que, no Brasil,

⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 236.

¹⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 7.

a teoria da empresa passou a ser incorporada pelo referido diploma legal, uma vez que antes de sua vigência havia a sociedade comercial e a sociedade civil.

Rubens Requião¹¹ anota que o conceito jurídico de empresa foi trazido da ciência econômica, o que, segundo o autor, causou desconforto e frustração em parte da doutrina jurídica.

José Edwaldo Tavares Borba¹² narra que o conceito de empresa, no início do século XIX, era baseado na noção de estrutura fundada na organização dos fatores de produção para o desenvolvimento de uma atividade econômica. O autor aponta que pouco antes de 1942, durante os atos preparatórios para o Código Civil italiano, estudiosos como Alberto Asquini e Francesco Ferrara sintetizaram o conceito de empresa para “atividade econômica organizada”.

Nunca é demais frisar que o termo “empresa” refere-se à atividade realizada e o empresário é o agente dessa atividade, podendo ser pessoa física ou jurídica.

No Brasil, o Código Comercial de 1850¹³ foi promulgado com relevante influência do Código Comercial Napoleônico. No entanto, o Código Comercial, em si, não trouxe o conceito de atos de comércio, uma vez que limitou-se a definir que comerciante é aquele que se registra em órgãos próprios do Império. A fim de complementar a correta conceituação, foi editado o Decreto 737 de 1850, o qual carrou ao direito brasileiro o rol dos atos de mercancia¹⁴ e, com isso, a teoria dos atos de comércio.

A teoria da empresa, ao contrário da teoria dos atos de comércio, não tem enfoque na realização de determinados atos, mas debruça-se na realização de uma atividade. Atividade, como é sabido, é o conjunto de atos e também um procedimento organizado que se desenvolve por determinado tempo, tendo no direito comercial,

¹¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 48.

¹² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

¹³ Código Comercial de 1850 – Art. 4º: “Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar de proteção que este Código liberaliza em favor do Comércio, sem que tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”.

¹⁴ Eram considerados atos de mercancia: compra e venda de móveis e semoventes, operações de câmbio, banco ou corretagem, empresas de fábricas, transporte de mercadorias, seguros, fretamentos e contratos relativos ao comércio marítimo, armação e expedição de navios.

portanto, uma finalidade, que vai além da consecução de um único negócio jurídico. Tal teoria surgiu na Itália em razão da elaboração do Código Civil Italiano de 1942.¹⁵

O Código Civil Italiano, elaborado durante o regime fascista na Itália, talvez tenha sido confeccionado com a pretensão de ser um legado daquele Estado totalitário. Algo similar ao Código Civil de Napoleão na França.

A teoria da empresa, como dito acima, já vinha sendo desenvolvida por estudiosos, anos antes da promulgação do *Codice Civile* de 1942¹⁶, diploma legal este que teve o condão de mudar a abordagem do direito comercial, representando uma quebra do paradigma até então vigente, desde o Código Comercial Francês em 1807. Filippo Vassalli, Francesco Ferrara e Alberto Asquini foram os principais responsáveis pelos estudos que antecederam a redação do Código e por sua redação, no papel de supervisores de um colegiado.

A teoria da empresa fundou-se sobremaneira nos conceitos de Cesare Vivante desenvolvidos acerca dos fatores de produção e também nas lições de Alfredo Rocco a respeito da organização do trabalho, conforme relata Sylvio Marcondes¹⁷.

O próprio Alberto Asquini¹⁸, em uma de suas obras, explica que o Código Civil italiano vislumbrou a empresa como um fenômeno poliédrico composto pelas seguintes dimensões: perfil subjetivo (empresário); perfil funcional (empresa como

¹⁵ “Classicamente tem-se definido o Direito Comercial como sendo o direito dos comerciantes e dos atos de comércio. Seria o ramo do direito privado que regularia as relações resultantes da atividade do comerciante no exercício direto ou indireto da sua profissão, além daqueles atos reputados pela lei como comerciais, mesmo que praticados por não comerciantes. Não se restringiu o Direito Comercial a disciplinar mera intermediação de produtos entre produtor e consumidor. Ele contemplou outras atividades conexas, para impor seu campo de incidência a alcançar atividades industriais, de transportes, securitárias, de banco, dentre outras relações de cunho econômico que viessem a integrar a intitulada matéria de comércio, isto é, definidas como comerciais pela lei. (...) O modelo do novo Código Civil brasileiro inspira-se no perfil do Código Civil italiano de 1942, reunindo numa única lei as regras de direito privado (regras civis e mercantis), como reforço à superação da ideia do Direito Comercial como direito dos comerciantes e dos atos de comércio, passando o seu núcleo ser a empresa.” (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 5ª. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 04-05.)

¹⁶ DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 56-57.

¹⁷ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 5.

¹⁸ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (Tradução de Fábio Konder Comparato), *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*. São Paulo: n. 104, p. 109-114.

atividade), perfil patrimonial ou objetivo (empresa como patrimônio ou estabelecimento) e perfil corporativo (empresa como instituição).

Tullio Ascarelli¹⁹ foi fundamental no aperfeiçoamento da teoria de empresa, notadamente na distinção entre sociedade empresária e sociedade simples. O autor italiano, que viveu no Brasil durante o final da Segunda Guerra Mundial, esclareceu que quando a estrutura organizacional de uma atividade suplantar a atividade profissional realizada pelos sócios ou empregados, haverá estrutura de empresa, tratando-se, portanto, de sociedade empresária e não de sociedade simples. Nesse caso, os serviços profissionais tornam-se instrumentos da empresa, como, por exemplo, grandes clínicas de saúde com dezenas de médicos contratados, departamentos especializados etc.

Um dos pilares da teoria da empresa é o princípio da preservação da empresa, consistente na noção de que, justamente por seu aspecto institucional, a empresa tem e deve cumprir uma função social, ou seja, não somente gerar lucros a seus sócios, como também gerar empregos, movimentar a economia e respeitar normas que protegem o meio ambiente. Se a empresa é uma estrutura organizacional, deve ser preservada, quando possível, por conta do interesse público.²⁰

Fábio Ulhoa Coelho²¹ assevera que o princípio da preservação da empresa visa à conservação da atividade empresarial justamente em função dos interesses que giram ao redor dela.

Curiosamente, como será abordado em capítulo próprio, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, embora elaborado quando a teoria da empresa estava em franca expansão, não a observa. Tanto é assim que seu regramento tratava

¹⁹ ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964, p. 175.

²⁰ “A conservação da empresa não diz respeito apenas ao interesse privado dos sócios, mas primordialmente, ao interesse coletivo de fortalecimento da economia com a existência de empresas saudáveis e prósperas. A continuidade do centro de produção de riquezas, portanto, está ligado ao interesse geral quanto ao interesse dos sócios” (WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XIV: livro II, do direito de empresa. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 562).

²¹ “(...) no princípio da *preservação da empresa*, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste (...)” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13).

somente da dissolução total, não havendo previsão legal, naquele diploma, para a dissolução parcial, que é uma homenagem à preservação da empresa. A noção da teoria da empresa, bem como da dissolução parcial – embora tenham sido bastante empregadas pela doutrina e jurisprudência –, somente foram positivadas no Brasil pela atual Constituição Federal e, mais especificamente, pelo Código Civil de 2002.

O Código de Processo Civil de 1973 também não representou uma inovação importante em relação ao anterior, sobretudo nas questões que envolvem o direito de empresa. Ou seja, mantinha-se a ideia de que, em havendo um conflito entre sócio, deveria haver a dissolução total, não havendo, na lei, a possibilidade para a dissolução parcial. Tal fato denota um aspecto individualista tanto do CPC de 1939 quanto do código de 1973.²²

Por estrutura organizacional da empresa entende-se a reunião de pessoas, bens, serviços, departamentos e equipamentos à disposição de determinada atividade, de sorte a produzir um valor agregado que seria impossível existir se um ou mais profissionais exercessem aquela atividade isoladamente.

É exatamente a importância e a complexidade que a estrutura organizacional tem na sociedade frente à atuação dos profissionais que irá diferenciar a sociedade simples da sociedade empresária.

Assim, as sociedades simples são aquelas que não dispõem de estrutura organizacional, ou mesmo dispoem de uma tímida estrutura de organização, dedicam-se a atividades intelectuais, rurais e de pequeno porte, podendo ser registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, sendo que o serviço dos profissionais está em primeiro plano, frente à organização, não havendo, assim, características de empresa.²³

Em outras palavras, nas sociedades simples, a atuação dos profissionais sobrepõe-se em relação à estrutura organizacional. Por exemplo, um consultório

²² O CPC de 1973 não representou uma revolução em relação ao anterior, eis que mantinha um “modelo processual” equivalente ao antecessor. Apresentou “melhor aspecto estético” no tocante a alguns institutos e aperfeiçoou outros, todavia, é reputado como “um Código individualista como o de antes”, pois o estilo de processo e os procedimentos que oferece são os mesmos de outrora. (Conf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24-25.)

²³ DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 50-51.

médico, no qual as consultas sejam sempre realizadas diretamente pelos dois sócios, embora haja pessoal contratado para o apoio administrativo.

As sociedades empresárias, por sua vez, serão aquelas que realizem atividade rural ou profissional (medicina, engenharia etc.) ou empresarial, desde que sua estrutura organizacional se destaque diante da atividade realizada. Tais sociedades devem registrar-se nas Juntas Comerciais.

Importante compreender, portanto, que a empresa revela-se ao mundo jurídico de modo dissociado de seus titulares, sendo, portanto, um ente próprio, sujeito de direitos de obrigações.²⁴

2.3. Natureza jurídica do ato de constituição das sociedades

No Brasil e no direito estrangeiro, há quatro grandes correntes doutrinárias, que tratam da natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades: (i) a corrente do contrato bilateral, que, como o nome sugere, crê na criação da sociedade por meio do contrato social firmado por seus sócios; (ii) as teorias anticontratualistas (que, em verdade, desdobram-se em outras, como teoria do ato coletivo e teoria do ato da sociedade); (iii) a vertente da plurilateralidade e, por fim, (iv) a corrente da instituição.

2.3.1. Da teoria do contrato bilateral

A teoria do contrato bilateral, destaca-se como um conceito muito presente na doutrina desenvolvida nos países de *civil law*, tais como Itália e Portugal.

Na Itália, doutrinadores como Antonio Brunetti²⁵ adotaram a teoria do contrato sinalagmático para explicar a natureza da constituição das sociedades.

Nos contratos sinalagmáticos deve haver não somente a equivalência entre as obrigações das contrapartes como também a interdependências dessas²⁶. Questiona-

²⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito empresarial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 91-92.

²⁵ BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Vol I. Buenos Aires: Librería El Foro, 2003, p. 16-18.

²⁶ "Sinalagma é a dependência recíproca das obrigações, razões por que preferem chamá-la contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas, Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a

se bastante a falta de reciprocidade do contrato social, de modo que este não poderia conter o chamado sinalagma.

Todavia, no contrato social não se vislumbra a interdependência entre as obrigações assumidas pelos sócios, eis que essas não são contrapartida uma das outras.

O argumento central empregado para recusar a validade da teoria do contrato sinalagmático gravita em torno da impossibilidade de se incidir à sociedade a regra da exceção ao contrato não cumprido²⁷.

De fato, conforme exemplifica António Pereira de Almeida, no caso de um dos sócios cometer falta grave, tal fato não autorizará os demais a deixarem de cumprir com suas obrigações sociais²⁸. Assim, se essa falta grave autoriza a exclusão do sócio – tema este sensibilíssimo para o presente trabalho – não se justifica que os demais sócios deixem de exercer o direito de exclusão, a fim de também deixarem de honrar com seus deveres.

Caso os demais sócios pudessem valer-se da *non adimpleti contractus*, ocorreria a dissolução da sociedade, o que é desestimulado em vista de princípios como o da preservação da empresa.

José Edwaldo Tavares Borba²⁹, ao diferenciar o contrato sinalagmático do contrato de sociedade, assim disserta:

No contrato de sociedade não há essa contraposição. Ao invés, as partes se conjugam para um fim comum. Substituindo o sinalagma em que cruzam os interesses, coloca-se a identidade de interesses, instrumentalizada na criação da sociedade.

razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007 p. 71).

²⁷ “*Exceptio non adimpleti contractus*, um fenômeno particular aos contratos sinalagmáticos, permite ao co-contratante, insatisfeito em relação à prestação de que é credor, diferir a execução de sua obrigação até o momento em que a outra parte execute ou se prontifique a executar suas próprias prestações”. (LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol III, 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 32).

²⁸ ALMEIDA, António Pereira de. *O Sociedade Comerciais*. Vol. I, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 24.

²⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

Diante desses aspectos, não concordamos com a teoria do contrato sinalagmático, porquanto essa resta frágil à luz dos questionamentos básicos que se faz a uma situação jurídica a fim de enquadrá-la no sinalagma.

2.3.2 – Das teorias anticontratuais

Convém analisarmos, pois, as teorias denominadas anticontratuais, a começar pela teoria do ato coletivo. Segundo António Pereira de Almeida³⁰, parte da doutrina alemã, ao criticar a concepção contratual de sociedade, destacava o interesse público da empresa. Tal teoria exerceu forte influência em países de origem latina na Europa, notadamente a Itália. Destaca o autor lusitano que em Portugal tal teoria foi defendida por Guilherme Moreira e Barbosa de Magalhães.

A teoria do ato coletivo ou ato unilateral consiste na noção de que a constituição das sociedades decorre de atos praticados por seus sócios, os quais representam um conjunto de manifestação de vontades paralelas, que não se enquadra como verdadeiros contratos.

Léon Duguit foi um dos principais autores a defender a teoria do ato coletivo na França³¹. Segundo o autor, as vontades não se cruzariam como nos contratos, por isso, seriam paralelas, compondo um ato unilateral.

Ao analisar a teoria do ato coletivo, Rubens Requião³² disserta que, à luz dessa corrente, constituída a sociedade, as manifestações dos sócios se amalgamariam, expondo-se perante terceiros como uma só vontade, o que convergiria como vontade da sociedade.

Rubens Requião não concorda a teoria do ato coletivo, uma vez considerar que, na prática, as vontades dos sócios podem intercruzar-se, não sendo necessariamente paralelas, todo o tempo, mesmo unidas em sociedade.

³⁰ ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*. Vol. I, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 26-28.

³¹ COIMBRA DE SOUZA, Paloma R. *Ato coletivo, ato colegial, ato complexo e instituição. Direito Societário Contemporâneo I*. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 31.

³² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 381-382.

António Pereira de Almeida³³ ilustra essa questão de forma imagética, ao apontar que, à luz do ato coletivo, os sócios estariam uns ao lado dos outros e não em posições contrárias, como ocorre nos contratos sinalagmáticos.

A relação jurídica seria concretizada, portanto, entre os sócios, de um lado, e a sociedade de outro, conforme a teoria do ato coletivo. Com efeito, não haveria relação jurídica entre os sócios, para sustentar a existência de um contrato, segundo os defensores dessa teoria. No entanto, parece-nos que os sócios, entre si estariam unidos por um contrato.

A crítica que se faz à teoria do ato coletivo reside em dois pilares:

a) por se tratar de teoria anticontratalista, a teoria do ato coletivo naturalmente objetivaria negar que sociedade tenha natureza jurídica de contrato. No entanto, a nosso entender, a teoria somente é capaz de desconstruir a ideia de que sociedade seja um contrato sinalagmático;

b) mesmo nos contratos sinalagmáticos, em que as obrigações são interdependentes e os interesses opostos (como ocorre no contrato de compra e venda), as partes têm um interesse comum, que é sintetizado no escopo daquele pacto, de forma que também há um evidente encontro de vontades no contrato e, nem por isso, tais contratos constituem sociedades.

De fato, a teoria do ato coletivo não parece sustentar-se. Além da quase utópica afirmação no sentido de que as vontades manifestadas pelos sócios são idênticas e paralelas, também não é verdade que não exista uma relação jurídica entre sócios, no ato da constituição, mas somente entre esses e a sociedade.

Os sócios deliberam a respeito do objeto social, acerca de suas participações, bem como sobre quem será o administrador, se haverá *pro labore* ou não, enfim uma série de questões, que acabam por ser equacionadas até o ato da constituição. Entretanto, isto não significa dizer que sejam vertidas em um único feixe de vontades, homogêneo e pacífico.

É natural a divergência de sócios em decisões que se referem à gestão da atividade prevista no objeto social. As deliberações realizadas em reuniões de quotistas ou em assembleias revelam, muitas vezes, decisões não unânimes. Essa

³³ ALMEIDA, António Pereira. *Sociedades Comerciais*. Vol. I, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, p. 19.

constatação denota que as vontades de sócios podem partir de lados opostos e acabarem por se compor em prol da sociedade, mas demonstra também que essas vontades manifestadas não se dão em uníssono, mediante vetores paralelos.

Outra teoria que representa uma crítica ao contratualismo é a teoria do ato da sociedade. Otto von Gierke, jurista que influenciou com sua doutrina a elaboração do Código Civil Alemão, teceu a chamada teoria do órgão, como assevera o jurista espanhol, Guillermo Hierrezuelo Conde³⁴, a esse respeito:

Gierke defiende su idea de 'organicismo ético y espiritual', que contempla al individuo como integrado constitutivamente en formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad. (...) Además, el Derecho social desbordaría las fronteras nacionales, ya que los pueblos interactúan entre sí y se unen en comunidades que superan el territorio de un Estado. Pero el Estado no es la única forma del 'ser social', ya que también se constituyen asociaciones, familias, agrupaciones profesionales, etc. (...)

En su obra *La teoría de la asociación y la jurisprudencia alemana* considera que la corporación es una persona real colectiva, que estaría integrada por individuos que se unen y se organizan en una existencia corporativa para la consecución de los fines que se persiguen y que trascienden de los estrictamente individuales. En este aspecto ha influido en Georg Jellinek, Bernatzik, e incluso en el español Francisco Giner de los Ríos. Tras la llegada del Estado constitucional y democrático se va imponiendo el principio colaborativo de la *Genossenschaft* (asociación en colaboración), democratizando los órganos centrales y locales, e incluso se expandirá a la empresa capitalista.

Com base nos ensinamentos de Otto von Gierke, parte da doutrina especializada na Europa continental passou a advogar pela ideia de que um contrato é fonte de direitos e obrigações, mas não poderia ser capaz de criar uma sociedade.

A teoria do ato da sociedade, também chamada de teoria do ato complexo, consiste em reconhecer que há vontades diversas e até mesmo antagônicas manifestadas pelos fundadores da sociedade, no entanto, estas acabam por se homogeneizar no intuito de constituir a sociedade. Ocorre uma fusão de vontades, mesmo que distintas, de sorte a se integrarem em um único ato, um ato da sociedade.

Sob o prisma da teoria do ato da sociedade, esta última é que constituiria a si mesma, eis que a constituição da sociedade seria o seu primeiro ato de vontade.

³⁴ CONDE, Guillermo Hierrezuelo. Sobre las teorías sociales de Otto von Gierke, *Revista Europea de Historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*. Baviera, Alemanha, em julho de 2016. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/rehipip/09/otto-von-gierke.html>. Acesso em 30. abr. 2017.

Parece-nos pouco lógico admitir que a sociedade possa criar a si mesma, sem a necessidade de uma interferência de outros agentes externos nesse processo. Do ponto de vista filosófico, soa como algo irracional, similar a acreditar-se na criação espontânea do universo, sem que houvesse o *Big Bang*.

A teoria do ato da sociedade, embora útil ao reconhecer a possibilidade de certa divergência entre as vontades dos sócios, não prosperou, em razão da dificuldade de fundamentar concretamente o ato de constituição das sociedades.

2.3.3. Do contrato plurilateral

Em contraponto às teorias contratual bilateral e anticontratual, exurgiu a teoria da **plurilateralidade**. Tullio Ascarelli³⁵ foi um grande responsável pela elaboração dessa teoria. A plurilateralidade considera o contrato (plurilateral) como nascedouro da sociedade a ser constituída, ao invés do contrato bilateral.

Segundo Ascarelli, as sociedades são constituídas por duas ou mais partes, ao contrário dos contratos bilaterais. Ou seja, nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, como o contrato de compra e venda, pode haver dezenas de partes envolvidas, no entanto, há somente dois polos, o polo comprador e o polo vendedor, mesmo que haja cinco vendedores e três compradores, por exemplo³⁶.

Nas sociedades empresárias isso não ocorre. Pode haver dezenas de sócios ou pessoas, no entanto, não se pode dividi-los em polos ou partes, quando da constituição da sociedade, ou seja, não há “compradores” e “vendedores”, ou polos em contrapartida, todos integrariam o mesmo polo³⁷.

³⁵ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 266.

³⁶ RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 86-97.

³⁷ “Na sociedade, ao contrário, há a possibilidade de uma verdadeira pluralidade de partes: os cinco, dez ou cem sócios, que podem concorrer na constituição de uma sociedade, representam cinco, dez, cem partes, não havendo possibilidade de reagrupá-los em ‘dois’ grupos, em ‘duas’ partes”. (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 267).

Essa concepção nos leva à imagem de uma estrela de diversas pontas, cujo centro é a sociedade constituída e nos extremos situam-se as partes, podendo essas serem duas ou mais de duas, ou apenas uma. Por essa razão, trata-se de um contrato plurilateral. O próprio Ascarelli utiliza a imagem de um círculo para ilustrar tal conceito.

Como sustentáculo da ideia de plurilateralidade encontra-se o conceito de fim comum. Como reflexo dos trabalhos de Tullio Ascarelli desenvolveu-se a teoria do fim comum nos contratos plurilaterais, muito difundida por António de Arruda Ferrer Correia em Portugal³⁸.

Para Ferrer Correia, o fim comum é a característica essencial da sociedade, seja para o atingimento do objeto social (atividade), seja para alcançar o objetivo social (lucro).

José Edwaldo Tavares Borba³⁹ expõe que

a existência de vários polos permite que o vício de uma das adesões não comprometa o contrato como um todo. Essa circunstância significa que ainda que o contrato se mantém aberto, de modo a viabilizar novas adesões e desistências”.

Diversamente dos contratos sinalagmáticos, em que o fim consubstancia-se no negócio jurídico que lhe é subjacente, como a compra e venda, por exemplo, nos contratos plurilaterais, o fim é a atividade econômica a ser realizada e, de forma mediata, o lucro. Ou seja, o fim não é o *quantum* que o sócio integraliza na sociedade, nem a participação que recebe em troca.

José Marcelo Martins Proença⁴⁰ assim preleciona:

Em que pese boa parte da doutrina adotar a teoria contratualista, não está ela livre de críticas. Renato Ventura Ribeiro enumera diferenças entre a exclusão e a resolução por inadimplemento contratual. Defende ele que, nos contratos com duas partes, o inadimplemento de um extingue o contrato, mas, na sociedade com dois sócios, a saída de um deles não impede a continuidade do ente social, justificando-se a dissolução parcial em função da atividade comum.

³⁸ FERRER CORREIA, António de Arruda. *Sociedades Comerciais*. In: *Lições de Direito Comercial II*. Coimbra Coimbra: 1968, p. 31.

³⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

⁴⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. Exclusão de sócio nas Sociedades Limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184-185.

O ponto fraco da teoria do contrato plurilateral revela-se no fato de que essa noção pressupõe a existência de várias partes ou sócios. No entanto, como já dito, a EIRELI e a subsidiária integral vieram a tornar precária tal afirmação teórica.

2.3.4. Da teoria institucional

A vertente **institucional**, por sua vez, defende que a constituição da sociedade não se dá por meio de um contrato, eis que da noção de contrato depreender-se-ia a ideia de que os contratantes devem manifestar atos próprios no sentido de manter a sociedade ativa, quando em verdade a vontade de um sócio não faz extinguir a sociedade.

Fran Martins⁴¹ assim sustenta, no sentido de que as sociedades têm como nascedouro um ato institucional.

A importante diferença entre o cerne contratual na criação da sociedade e o caráter institucional revela-se do fato de que os contratos bilaterais, como vimos, são imbuídos de um intercâmbio de vontades, ao passo que a formação de uma sociedade por instituição assemelha-se a uma reunião ou associação de pessoas com fim comum (mesmo termo utilizado pela teoria da plurilateralidade)⁴².

Outro fator de distanciamento entre as teorias reside na questão de que as teorias contratualistas colocam o foco de atenção nos contratantes, ao passo que a teoria institucional despeja luz sobre a própria sociedade, bem como todos os seus *stakeholders*, tais como empregados, fornecedores, consumidores etc.

Contrapondo-se à visão contratualista do Código Comercial e do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 adotou o princípio da preservação da empresa. Modesto Carvalhosa⁴³ esclarece que o Código Civil trouxe mais ferramentas para a aplicabilidade ao artigo 170, III, da Constituição Federal, ao reconhecer na sociedade

⁴¹ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 30ª ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 203.

⁴² COIMBRA DE SOUZA, Paloma R. *Ato coletivo, ato colegial, ato complexo e instituição*. *Direito Societário Contemporâneo I*. FRANÇA, Erasmo Valladão A. Novaes e França (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 37/38.

⁴³ CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (coord.) *Comentários ao Código Civil*. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 330.

empresária seu caráter de instituição dotada de função social, o que já se via com as sociedades anônimas, conforme disposto nos artigos 116, parágrafo único, e 117, § 1º, *b*, da Lei n. 6.404/1976.

Aliás, registre-se que o princípio da preservação da empresa foi primeiramente mencionado por Cesare Vivante⁴⁴, que demonstrou a necessidade de a sociedade não ser vista apenas pelo prisma e pelo ponto de vista dos interesses individuais de seus sócios, mas também pelos interesses coletivos de um complexo de participantes que se beneficiam de sua atividade.

Assim, ao tratar do surgimento de um novo ente, por meio da instituição, Calixto Salomão Filho⁴⁵ traça interessante caminho de análise desse conceito, por meio da noção de organicismo. Em suma, o autor aponta que a sociedade, como organismo, possui um elemento essencial, que é o centro autônomo de tomada de decisões, do qual decorre a capacidade de assunção de obrigações e titularidade de direitos.

Calixto Salomão Filho relata que o surgimento do termo institucionalismo relacionado às sociedades empresárias deu-se na Alemanha, no primeiro pós-guerra, por meio da construção doutrinária de W. Rathenau:

O autor (W. Rathenau), economista e homem de negócios, influenciado pela gravíssima situação econômica da Alemanha no fim da primeira guerra mundial, identificava em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país (...) Alguns sustentam que o termo (institucionalismo) coincide com o de sociedade por ações, outros que se trata de um conceito jurídico autônomo e externo ao de sociedade. De qualquer forma, é inegável que o recurso ao termo *Unternehmen* (companhia) é útil para o fim de identificar uma 'instituição não redutível ao interesse dos sócios'.

O institucionalismo, portanto, permite que exista o chamado interesse da sociedade ou da companhia, diverso do interesse dos sócios, que seria a essência do contratualismo.

⁴⁴ VIVANTE, Cesare. Trattato di Diritto Commerciale. 4ª ed. v. 2, 1912, p. 441, traduzido por ABRÃO, Nelson. Jurisprudência comentada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: n. 15/16, 1974, p. 132.

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 44.

Nessa linha, Vera Helena de Mello Franco⁴⁶ interpreta W. Rathenau, asseverando que “a grande empresa não é só apenas uma organização de interesses particulares, tutelados pelo direito privado, mas um fator da economia nacional, pertencente à coletividade”.

A citada autora conclui, em seguida, afirmando que essa corrente de pensamento acabou por desaguar na tutela dos trabalhadores e dos consumidores.

Calixto Salomão Filho⁴⁷, na mesma toada, relaciona o institucionalismo com o advento das leis trabalhistas que regularam a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas. Tal apontamento deixa clara a preocupação do perfil institucionalista que passou a reger a Alemanha durante a promulgação da lei societária alemã em 1937.

No entanto, sendo certo que a referida legislação societária foi editada durante o período do nazismo, houve traços autoritários em tais normas, como a supressão de determinados poderes da Assembleia Geral. A promulgação da nova lei societária alemã em 1976 buscou corrigir tais distorções, não só reavivando os poderes que haviam sido subtraídos da Assembleia Geral, como aperfeiçoando o sistema de cogestão de empregados no Conselho de Supervisão das companhias⁴⁸.

Uma conclusão bastante pertinente tecida por Calixto Salomão Filho⁴⁹ a respeito do institucionalismo alemão caminha no sentido de que a busca pelo interesse social nas companhias não elimina a possibilidade de conflitos de

⁴⁶ MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo, RT, 2004, p. 170.

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34-35.

⁴⁸ PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. Especificidades da *Corporate Governance* no Brasil. Florianópolis: Portal Investidura, 2017. Disponível em <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/335682-especificidades-da-corporate-governance-no-brasil>, acesso em 01. maio. 2017. “Em vista do momento histórico por que passava a Alemanha no período do nazismo, a lei societária alemã editada em 1937 tinha nuances ditatoriais, no sentido de retirar alguns poderes da Assembleia Geral e conferir ao chamado Conselho de Supervisão. A reforma societária alemã de 1976 (mesmo ano da LSA no Brasil) buscou corrigir essas arestas autoritárias e não só voltou a conferir poderes à Assembleia Geral (outrora suprimidos), como instituiu um aspecto interessante no conselho de Supervisão: a co-gestão, isto é, a participação dos empregados na gestão das companhias que tivessem mais de 2.000 funcionários. O Conselho de Supervisão alemão pode ser, portanto, a partir de então, um órgão paritário, possuindo representantes dos acionistas e dos empregados, tendo o Presidente o voto de desempate”.

⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37.

interesses, por óbvio. Significa dizer que o interesse da companhia não suplanta os interesses dos acionistas, tornando-os estéreis e cegos à defesa de seus próprios interesses como titulares de ações.

Ao contrário, defende o autor que, no interior dos órgãos societários (como assembleias, reunião de sócios etc.), os interesses contrapostos acabam sendo reforçados e representados por grupos específicos, sem prejuízo do interesse da instituição-empresa.

A nosso sentir, o institucionalismo trouxe grande contribuição à análise da natureza jurídica das sociedades, inclusive acarretando leis societárias carregadas desse interesse social, o que foi bastante salutar. Todavia, a teoria do contrato plurilateral, muito difundida por Tullio Ascarelli, como vimos, também deixou importantíssimo legado ao direito societário, na medida em que direcionou o foco de proteção do direito ao fim comum, encontrado nas sociedades e não nos sócios/contratantes.

Na teoria institucional, não é propriamente o fim comum que caracteriza a sociedade, mas o valor da organização.

É o que Calixto Salomão Filho⁵⁰ denomina de contrato-organização, inspirado em H. Weidemann:

Não há redução no interesse social a uma organização direcionada a simplesmente a obter a eficiência econômica. O objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos entre eles existentes. O interesse social passa, então, a ser identificado como a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas.

Com efeito, o institucionalismo ou a teoria do contrato organização, decorrente do contrato plurilateral, acabam, a nosso ver, integrando-se e complementando-se no sentido de privilegiar a organização da sociedade com um centro de decisões estruturado, ao lado do conceito do institucionalismo que professa uma proteção do interesse social, sem descuidar-se dos interesses e direitos dos sócios.

⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45.

Adalberto Simão Filho⁵¹, ao comentar a teoria do contrato-organização, inclusive acerca da obra de Calixto Salomão Filho, disserta que a ideia do contrato organização ainda superaria a teoria do institucionalismo, uma vez que abarcaria toda a complexidade de inter-relações geradas no exercício das atividades sociais, o que geraria maior lucratividade, eficiência e integração com o meio social em que a empresa está inserida.

2.4. O conceito de *affectio societatis* no direito atual

É célebre a atribuição do conceito de *affectio societatis* a Ulpiano, jurista Romano, falecido em 228 d.C., bem como a importância que tal noção jurídica teve no direito romano e nos séculos seguintes.

Hernani Estrella⁵² esclarece que o Direito Romano promovia um individualismo que foi mantido, de certa forma, até o século XIX, com a aplicação do Código Civil Napoleônico na França. Assim, o Código de Napoleão permitia, em sua redação original, a possibilidade de dissolução total de sociedade por ato unilateral, ou seja, caso um dos sócios entendesse, de boa-fé, que a afeição mútua havia terminado.

Tal possibilidade de dissolução total por ato unilateral passou a ser prevista pelo Código Comercial Brasileiro de 1850 e pelo CPC/1939, sendo posteriormente substituída pela noção do princípio de preservação da empresa. Resta evidente, assim, a força do conceito da *affectio societatis* ao longo da história.

Fundamental, portanto, compreender adequadamente os limites desse conceito. Segundo Waldemar Ferreira⁵³, no direito romano a *societas* reunia diversas pessoas com patrimônios individuais, somando os patrimônios de cada um dos sócios, sem, todavia, constituir uma pessoa jurídica e encontrava no *consortium ercto non cito* sua origem. O *consortium ercto non cito* era um instituto do direito das sucessões que

⁵¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004, p. 28.

⁵² ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 34-36.

⁵³ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1952, p. 52-54.

significava basicamente a união de coisas que não poderiam ser partilhadas e que haviam sido deixadas pelo falecido.

Em suma, mediante o citado instituto, quando havia a morte do *pater familias*, o patrimônio a ele pertencente era transmitido aos herdeiros que passavam a ser coproprietários dos bens, sem jamais poder realizar uma partilha.

Assim, havia uma diferença no direito romano entre a comunhão que se estabelecia na hipótese de herdeiros que passavam a viver tendo bens em condomínio e, de outro lado, sócios de uma *societas* que destinavam seu patrimônio próprio para um empreendimento comum. Na *societas*, os sócios haviam manifestado a intenção de constituir uma sociedade, quando de sua criação. De outro giro, na comunhão, os herdeiros eram levados à condição de co-proprietários e assim deviam permanecer, sem que tivessem alternativa.

Na sociedade, havia a *affectio societatis*, isto é, um espírito de colaboração mútuo em prol da realização do negócio, o que não ocorria na comunhão.

Bem destacam Erasmo Valladão A. Novaes França e Marcelo von Adamek⁵⁴ que Ulpiano utilizou-se da noção de *affectio societatis* para diferenciar a sociedade de direito da mera comunhão de fato.

Comunhão é uma situação de fato e precária, ao passo que sociedade é algo mais perene, além de conter o elemento da autonomia patrimonial, pelo menos, atualmente.

A doutrina apresenta posicionamentos diversos, porém complementares para conceituar a *affectio societatis*. Fábio Ulhoa Coelho⁵⁵ entende que a *affectio societatis* é a “disposição dos sócios em formar e manter a sociedade”. José Waldecy Lucena⁵⁶ defende ser a colaboração ativa entre os sócios. Por outro lado, Luís Gastão Paes de Barros Leães⁵⁷ afirma haver uma reunião entre o conceito da *affectio* e o dever de colaboração dos sócios.

⁵⁴ NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão A.; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societates, um conceito jurídico superado no moderno direito societário*. Direito Societário Contemporâneo I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 134.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 390.

⁵⁶ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 708.

⁵⁷ LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. Resolução de acordo de acionistas por quebra de *affectio societatis*. In: *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 450.

Aparentemente, poder-se-ia imaginar que a *affectio societatis*, se entendida como mera afeição mútua entre sócios, poderia ser algo inútil quando cotejada ao lado da existência do fim comum e do fim social como propulsor da constituição das sociedades. Isso porque poderíamos dizer que o fim comum é algo que nos leva além da *affectio societatis*.

De fato, é sedutora a tese tecida por Erasmo Valladão e Marcelo von Adamek⁵⁸ nesse sentido, pois defendem que a *affectio societatis* é mero traço, entre vários outros, das sociedades e não seu cerne ou seu elemento mais característico. Ou seja, segundo os autores não deveria haver dissolução parcial alicerçada em fim da *afeição social*. Concluem que a *affectio societatis* seria um conceito ultrapassado.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁵⁹ assevera que a aludida expressão latina não é pressuposto e nem causa para a manutenção da reunião dos sócios. Curioso é que o autor reconhece já ter defendido o contrário no passado, mas que recentemente mudou sua posição:

Se o fosse, os sócios em maioria poderiam alijar os detentores da minoria do capital a qualquer tempo, impedindo-os de participar dos bons negócios que se descortinassem para o futuro. Só o motivo justo, devidamente caracterizado, permite a exclusão de sócio; e por motivo justo há de se entender aquele que está a afetar a vida em sociedade.

O autor cita a doutrina francesa para demonstrar que a expressão latina sob enfoque tornou-se arcaica e atualmente atrela-se somente a consentimento.

Não nos parece ser tão singela a questão, com o devido acatamento.

Embora não seja raro encontrar decisões jurisprudenciais, em ações de dissolução de sociedades, que tragam o conceito da *affectio societatis* de forma superficial e sem conteúdo definido como fundamento de decidir, não concordamos com a declaração de que a *affectio* por si só seja um conceito ultrapassado e que deva ser esquecido para fins de análise da possibilidade de dissolução parcial.

⁵⁸ NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão A.; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis, um conceito jurídico superado no moderno direito societário*. Direito Societário Contemporâneo I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 134-135.

⁵⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 54-55.

Com o surgimento da teoria da empresa, do princípio da preservação da empresa e da noção mais clara de fim comum, passou-se a entender que a *affectio societatis* está atualmente ligada à lealdade e colaboração mútua.

José Marcelo Martins Proença⁶⁰, com clareza, assim define:

Voltando à terminologia criticada, é importante ainda notar que a *affectio societatis* é formada por dois elementos: a fidelidade e a confiança. A fidelidade está ligada ao respeito à palavra dada, à vontade expressada por ocasião da constituição da sociedade. A confiança diz respeito à ligação entre os sócios, que devem colaborar para a realização de um interesse comum. Assim, caso algum sócio não cumpra com o seu dever de colaboração ou lealdade para com a sociedade, de forma a impedir ou obstaculizar o desenvolvimento de sua atividade, o sócio prevaricador poderá ser expulso por descumprimento de seus deveres, ocasionando a rescisão do contrato social em relação a ele.

Concordando com a posição do citado autor, entendemos que o desafio atual é mais ressignificar o termo *affectio societatis* do que abandoná-lo. O que houve, em realidade, foi a deturpação ao longo do tempo da noção de *affectio*, por algumas decisões judiciais que a relacionavam com a capacidade de entendimento entre os sócios, do ponto de vista do bom relacionamento pessoal. Isso nunca foi correto, a nosso ver.

A *affectio societatis* é, na realidade, o comprometimento dos sócios com o fim comum, ou seja, a eleição clara de um objeto a ser perseguido pelos sócios, assim como pela forma como agem no sentido de atingir esse intuito, sempre mediante colaboração e lealdade.

Armando Luiz Rovai⁶¹ assim esclarece:

A sociedade limitada, portanto, não é mais formada apenas por pessoas físicas que, por afeição mútua, resolvem associar-se para atingir seus objetivos comerciais. Hoje, de acordo com os princípios que norteiam o Direito de Empresa, o capital prepondera e as associações, mesmo entre pessoas naturais, são frequentes, por conta das trocas que ocorrerão em decorrência da *expertise* e do *know-how* de cada um – trata-se da

⁶⁰ PROENÇA, José Marcelo Martins. *A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual*. Abril de 2011. Disponível em <http://www.approbato.adv.br/blog/?p=13> Acesso em 03. nov.2017.

⁶¹ ROVAI, Armando Luiz. *A Caracterização da justa causa na exclusão de sócio na sociedade empresária do tipo limitada (Aplicação do Art. 1.085 Do Código Civil)*. Disponível em: http://www.damasio.com.br/?page_name=art_049_2006&category_id=339 Acesso em: 30. ago. 2017, p. 04.

preponderância das relações econômicas, pautadas pelo fator capital, em detrimento das ligações afetivas entre pessoas que pactuam interesses em comum.

Sob nossa ótica, a *affectio societatis* não se traduz em mera afeição pessoal entre sócios. Desde o Direito Romano, havia algo maior do que isso, que diferenciava a sociedade da mera comunhão, a saber, a busca por um fim comum. O fato é que era mais fácil recair-se nessa armadilha quando a sociedade de pessoas ainda era muito ligada às figuras dos sócios. A observação de Armando Luiz Rovai é de muita relevância, eis que com a evolução das sociedades de pessoas e do próprio conceito de empresa, atualmente é mais perceptível que é a busca pelo fim comum que une os sócios, nessa troca de aptidões de cada um, sempre em prol do negócio.

Vera Helena de Mello Franco⁶² ensina que o termo “significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinado benefício, e o elemento confiança é da essência da sociedade”.

Discordamos, portanto, do entendimento de que o conceito da *affectio* é ultrapassado e deve ser substituído pela noção de fim comum. Frise-se: entendemos que o conceito de *affectio societatis* foi deturpado ao longo do tempo e deve ser bem compreendido, isto é, como algo que abrange o comprometimento dos sócios com o fim comum, mediante lealdade e colaboração mútua.

Parafraseando Herbert Weidemann, Erasmo Valladão Novaes França e Marcelo von Adamek concluem que no moderno direito societário o fim social é a estrela polar⁶³. O fim comum é, pois, o motor das sociedades, aquilo que motiva a união entre sócios e a organização da sociedade.

Interessante pois, de fato, o fim comum tem contornos de uma referência maior que orienta os sócios na condução da sociedade e que pode ser constatado objetivamente.

Como visto acima, ao lado do fim comum, autores brasileiros como Vera Helena de Mello Franco⁶⁴ destacam a importância dos deveres de lealdade e de

⁶² MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

⁶³ NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão A.; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis, um conceito jurídico superado no moderno direito societário*. Direito Societário Contemporâneo I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 145.

⁶⁴ MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

colaboração, a fim de se poder constituir e manter uma sociedade, embora, mesmo assim, não se desapeguem da ideia da afeição societária.

Lealdade no sentido de que os sócios devem agir de modo íntegro entre si, ou seja, mesmo que tenham interesses distintos, tais diferenças não poderiam se sobrepor ao interesse social; e colaboração, haja vista que na persecução do fim comum, os sócios devem caminhar imbuídos de um espírito de realização conjunta.

Exemplo curioso a respeito da aplicação da expressão latina (*affectio societatis*) surge na obra de António Pereira de Almeida⁶⁵. Ao discorrer a respeito das hipóteses em que o sócio tem direito de exoneração da sociedade, por divergências, o autor aponta situação, prevista no direito português, segundo a qual, ocorrendo comprovada falta grave perpetrada por um sócio, caso a maioria dos demais sócios deliberem por não excluí-lo, o sócio vencido no conclave tem direito à exoneração.

O fundamento dado pelo autor lusitano reside no fato de que teria havido quebra de *affectio societatis*. O que o autor quer dizer com isso, provavelmente, é que houve quebra do dever de lealdade e de colaboração por parte dos sócios que, mesmo cientes da falta grave praticada pelo sócio em questão, deixam de apená-lo com a expulsão. Nossa sugestão a esse propósito reside em não nos limitarmos, como operadores do direito, a apontar a afeição mútua como fundamento, sem esclarecermos seu conceito.

O emprego do termo latino de forma superficial e descontextualizada acaba por se prestar a um infeliz papel de ser panaceia a decisões judiciais e a raciocínios jurídicos desprovidos de ônus argumentativo.

A esse propósito, relevante ressaltar os estudos realizados por Marcelo Guedes Nunes⁶⁶, que resultaram em destacada tese de doutoramento pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, hábil a tratar acerca da aplicação da Jurimetria ao estudo estatístico da dissolução parcial no Brasil. O trabalho de estatística realizado na aludida tese de doutorado levou em consideração acórdãos de 21 (vinte e um) Tribunais Estaduais do país, dos anos de 1997 a 2011.

⁶⁵ ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*. Vol. I, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 400-401.

⁶⁶ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil*. Tese de Doutorado. PUC-SP: 2012.

O estudo de Marcelo Guedes Nunes⁶⁷ aponta que a perda da *affectio societatis*, isoladamente, é utilizada como fundamento de 73,4% das decisões em ações de dissolução parcial no país, e combinada com outras causas representa 85% das decisões. Interessante que, mesmo nas ações de expulsão em que o fundamento deveria ser a falta grave, a perda de *affectio* foi responsável por 70,2% das razões de decidir.

Resta claro, portanto, como a utilização ponderada e sensata da expressão *affectio societatis*, sobretudo em decisões judiciais, contribuiria para a boa aplicação do direito, evitando-se, assim, distorções conceituais e a banalização do instituto da dissolução parcial.

2.5. Origem e evolução das sociedades limitadas

A partir da revolução industrial, por volta de 1840, com o surgimento de grandes empreendimentos industriais e comerciais, as sociedades anônimas já existentes desde o século XVII – cujo ícone foi a Companhia Holandesa das Índias Orientais – passaram a exercer grande influência no mercado. José Edwaldo Tavares Borba⁶⁸ assim demonstra.

Dos modelos de sociedades existentes na época, praticamente somente a sociedade anônima estabelecia responsabilidade limitada aos acionistas. Entretanto, era burocrática e dependia de autorização governamental para funcionar. Outras sociedades, como a sociedade em nome coletivo, apesar de menos burocráticas, não limitavam a responsabilidade dos sócios.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁶⁹ discorre que, em 1862, surgem na Inglaterra as *private companies*, como subespécie das sociedades anônimas públicas, de sorte que não dependeriam de autorização do governo para operar, mas ainda seriam burocratizadas, demandando uma série de registros de atos e atas para sua consecução. No entanto, teriam a garantia da responsabilidade limitada.

⁶⁷ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil*. Tese de Doutorado. PUC-SP: 2012, p. 354-355.

⁶⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 02.

⁶⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 3.

Sobreveio, em 1892, na Alemanha, o modelo das sociedades limitadas, muito como reflexo da inovação britânica, em uma espécie de aperfeiçoamento e aplicação ao direito europeu continental.

Fabio Ulhoa Coelho⁷⁰ esclarece que a sociedade limitada é uma criação alemã do ano de 1892, pois surgiu naquele país como um tipo próprio de organização societária, e não como uma sociedade anônima simplificada.

Rubens Requião⁷¹ assim ratifica: “Afastadas assim as leis inglesas e francesas, com geratrizes da nova espécie de sociedade, essa láurea cabe ao direito germânico que modelou o novo tipo societário”.

Surgiam, então, as sociedades cujo capital social era dividido em quotas, apresentavam possibilidade de livre cessão de quotas salvo disposição em contrato, previam valor mínimo para o capital social, e garantiam aos sócios a responsabilidade limitada ao valor da quota integralizada⁷².

Nessa mesma linha, Portugal, em 1901, adotou modelo similar denominado sociedade por quotas. Como explica Nelson Abrão⁷³, embora o modelo português tenha sido bastante influenciado pela lei alemã, trouxe alguns novos dispositivos, como, por exemplo, a introdução do termo quota como significativo de fração do capital.

No Brasil, em 1919, foi introduzida a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, por meio do Decreto n. 3.708/1919.

Em 1925, na França⁷⁴, criou-se modelo similar prevendo valor mínimo para o capital, responsabilidade limitada dos sócios com indicação dessa condição no nome da sociedade, entre outros termos.

⁷⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 392-394.

⁷¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 310.

⁷² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 3.

⁷³ ABRÃO, Nelson. *Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 6.

⁷⁴ Na França, a Lei das Sociedades Limitadas tornou-se indispensável após a I Guerra Mundial, pois a Alemanha foi obrigada a devolver a região da Alsácia-Lorena à França. Nos territórios devolvidos, a França recepcionou também várias sociedades limitadas estabelecidas sob a Lei Alemã, o que tornou necessária a criação desse tipo societário, a fim de que essas sociedades não restassem como corpos estranhos no sistema jurídico francês. (Conf. LUCENA. José Waldecy. *Das sociedades Limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.9).

Analizando as leis desses e de outros países, José Marcelo Martins Proença⁷⁵ observa que a possibilidade de exclusão de sócio era algo raro nessas sociedades. Em suas palavras:

Dentre as legislações modernas, as primeiras a preverem a exclusão de sócio foram o Código prussiano de 1794 e o Código Civil austríaco de 1811. Referidos diplomas legais autorizaram a exclusão independentemente de previsão contratual sempre que houvesse grave inadimplência e alteração no estado do sócio.

A ausência de possibilidade de exclusão de sócio decorre do fato de que o princípio da preservação da empresa ainda não havia sido desenvolvido pela doutrina internacional, como será demonstrado mais à frente.

Importante, para fins deste estudo, destacar que, no Brasil, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, como era chamado esse tipo societário, até a vigência do Código Civil de 2002, era um modelo societário que se introduziu como solução intermediária entre a sociedade de pessoas pura e a sociedade de capital.

A sociedade limitada recebeu a limitação de responsabilidade dos sócios, que era algo típico da sociedade anônima, e também a divisão do capital em quotas, que era inerente às sociedades de pessoas.

A partir do Código Civil de 2002, a sociedade limitada, além de ter confirmado sua tendência de reunir aspectos de outros tipos societários – como se infere do art. 1.053 que deixa claro que, na omissão, a sociedade limitada será regida pelas regras da sociedade simples – e da sociedade anônima – eis que pode constar em seu contrato social que a lei das S/A disciplinem seus atos em caráter supletivo –, também passou a ostentar condições singulares.

Relevante colacionar a observação de Sérgio Campinho⁷⁶ a respeito da limitação de responsabilidade dos sócios, no sentido de que o contrato social mencionará se a responsabilidade desses será limitada, ou não, ao valor das quotas

⁷⁵ PROENÇA, José Marcelo Martins. Exclusão de sócio nas Sociedades Limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175.

⁷⁶ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006, p. 112.

integralizadas por cada sócio, nos termos do art. 997, VIII, do Código Civil. Nas sociedades limitadas, obviamente a responsabilidade será limitada. Caso os sócios optem pela responsabilidade ilimitada, tratar-se-á necessariamente de uma sociedade simples. No entanto, nada impede que a sociedade simples também opte pela limitação de responsabilidade ao capital efetivamente integralizado pelos sócios.

Assim, em regra, a sociedade limitada tem em sua estrutura uma prevalência do perfil de sociedade de pessoas, porquanto o ingresso de pessoas depende da anuência dos demais sócios, exceto se contiver disposição em contrário do contrato social, permitindo a aplicação de certas normas da lei das S/A, tais como administração composta por diretoria, assembleia geral e conselho fiscal e permitindo a livre cessão de quotas.

Maria Eugenia Finkelstein⁷⁷ leciona que as sociedades limitadas são sociedades nas quais há limitação da responsabilidade dos sócios ao valor de suas contribuições ou à soma do seu capital. São desta categoria a sociedade limitada (Ltda.) e a sociedade anônima (S/A).

Fábio Ulhoa Coelho⁷⁸ destaca que a sociedade limitada no Brasil, em vista da limitação de responsabilidade e da facilidade de se elaborar o contrato social e o registro de ato, comparativamente às companhias, é o tipo societário utilizado por, pelo menos, 90% das sociedades empresárias. Dados recentes indicam que 98,68% das sociedades registradas na Junta Comercial de São Paulo são sociedades limitadas, conforme aponta Mariana Pargendler⁷⁹.

2.6. Elementos da sociedade limitada

As características da sociedade limitada são: divisão do capital em quotas; administração da sociedade exercida por sócio ou não sócio; possibilidade de adoção de normas típicas das sociedades anônimas, mas sem perder seu caráter *intuitu personae*; responsabilidade dos sócios limitada ao capital integralizado, mas todos

⁷⁷ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 376-379.

⁷⁹ PARGENDLER, Mariana. O direito societário em ação: análise empírica e proposições de reforma, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 16, 59, janeiro -março 2013, p. 230.

respondendo solidariamente à integralização do capital social e pela *mais-valia* atribuída aos bens; essa última condição é a mais importante ao presente estudo.

Isto é, a responsabilidade de todos os sócios pela *mais-valia* atribuída aos bens que foram conferidos à formação do capital social. Por *mais-valia* entende-se tudo aquilo que, ao ser conferido a algo ou a alguém, ganha, em razão disso, um valor agregado.

O conceito de *mais-valia* aplica-se à seara societária na medida em que o bem conferido pelo sócio para a integralização do capital social, seja percebido pela sociedade e incorporado no conjunto organizado de bens que compõe a atividade empresária, passando a ter um valor agregado: a *mais-valia* ou o sobrevalor.

O conjunto organizado de bens significa que a reunião de coisas em prol do fim social faz com que aqueles bens tornem-se muito importantes para a atividade empresária, tendo um valor superior à soma dos pertences individualmente considerados.

Logo, em uma sociedade limitada que se dedica à exploração comercial de uma churrascaria, a organização dos bens móveis (mesas, cadeiras, grelhas, geladeiras etc.), dentro de um bem imóvel, com a participação do nome empresarial, *know how* e marca, compõem o estabelecimento empresarial e têm um valor muito superior ao da mera soma dos bens móveis e imóvel.

Há um valor próprio dado ao conjunto organizado de bens, que decorre da atividade em andamento que se desenvolve por determinada sociedade. O conceito assemelha-se à noção de consciência coletiva, conforme descrito pelo sociólogo Émile Durkheim⁸⁰, por meio da qual a somatória das opiniões individuais de cada pessoa é diferente da consciência coletiva daquela comunidade, que tem valor e força próprios.

O art. 1.142 do Código Civil define o estabelecimento empresarial como: “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por

⁸⁰ “Já vimos como em cada uma de nossas consciências existem duas consciências: uma que é comum ao nosso grupo inteiro que, por conseguinte, não somos nós mesmos, mas a sociedade vivendo e agindo em nós; a outra, ao contrário, só representa o que nós somos, naquilo que nós temos de pessoal e distinto, o que faz de nós um indivíduo. A solidariedade que deriva das semelhanças atinge seu *maximum* quando a consciência coletiva abrange exatamente nossa consciência total e coincide em todos os pontos com ela; mas, nesse momento, nossa individualidade é nula”. (RODRIGUES, José Albertino; FERNANDES, Florestan. *Emilie Durkein - Sociologia. Coleção: Grandes Cientistas Sociais*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1981, p. 82)

sociedade empresária”. Maria Eugênia Finkelstein⁸¹ leciona que foi com o advento do Código Civil que o estabelecimento comercial passou a ser positivado no Brasil.

Importante ter em mente que “empresa” refere-se à atividade empresária e não à sociedade. Empresário, por sua vez, é a pessoa física ou jurídica que exerce diretamente a atividade empresária e não o sócio da pessoa jurídica. É o empresário quem dá fluidez à atividade organizada, sendo ele o sujeito do direito comercial.⁸²

Portanto, o conjunto de bens destinado à atividade empresária, como estoque, maquinário, veículos, galpões, marca, sistemas de informática, compõem o chamado estabelecimento empresarial. Tal conjunto de bens é uno e indispensável à atividade.

Curiosamente o conceito de estabelecimento empresarial cunhado pelo Código Civil de 2002, acima transcrito, demorou a ser recepcionado pelo direito brasileiro, como disserta Rubens Requião⁸³.

É possível dividir o estabelecimento empresarial em uma massa de bens corpóreos e incorpóreos. Os corpóreos podem ser os veículos, imóveis, máquinas, estoque etc. Já os incorpóreos são a marca, *know how*, o nome empresarial, o aviamento, o ponto, as patentes etc.

Ricardo Fiuza⁸⁴ assim conceitua:

A partir do capital e do patrimônio realizado na empresa pelo seu titular, são captados e reunidos os recursos humanos, físicos, tecnológicos, assim como os bens incorpóreos e corpóreos, a exemplo do nome empresarial, das marcas e patentes. A forma como esses recursos são reunidos e organizados pelo empresário, que caracteriza o modo como a empresa vai atuar na realização de negócios, representa, exatamente, o **estabelecimento comercial**.

⁸¹ “Até o advento do Código Civil de 2002, o estabelecimento comercial não encontrava amparo na legislação nacional. Era tão somente tratado doutrinariamente, muito embora famosos casos jurisprudenciais tenham discutido a matéria pertinente ao estabelecimento comercial, sendo de se mencionar expressamente o famoso caso que envolveu Conde Álvares Penteado, a Cia. Nacional de Tecidos de Juta e a Cia. Paulista de Aniagem, no início do século passado”. (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5).

⁸² PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direito Comercial 1*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11.

⁸³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284.

⁸⁴ FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. FIUZA, Ricardo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.022.

Importante destacar que estabelecimento e fundo empresarial são sinônimos. Portanto, estabelecimento não pode ser definido como o local onde a atividade se realiza.

Não se pode confundir estabelecimento com aviamento e com clientela, uma vez que esses são somente um dos atributos do estabelecimento, como ressaltam Newton de Lucca e Alessandra de Azevedo Domingues⁸⁵:

Era muito comum, em nosso meio, aludir à antiga Lei de Luvas como sendo uma lei protetora do fundo de comércio. Tal impropriedade era flagrante, porque o que essa lei protegia, na verdade, era o aviamento – ‘resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros’, na famosa explicação do Professor Oscar Barreto Filho -, um dos atributos do estabelecimento.

Não é correto afirmar, destarte, que o estabelecimento empresarial é o local em que se realiza a atividade, pois o estabelecimento é, como visto, o conjunto de bens reunidos para o exercício da atividade.

De fato, esse conjunto organizado de bens possui um sobrevalor. Ao sobrevalor é dado o nome de aviamento. Maria Eugênia Finkelstein⁸⁶ esclarece que aviamento é, portanto, “o grau de eficiência que resulta, para o estabelecimento comercial, de sua organização”.

Waldírio Bulgarelli⁸⁷ assevera que o aviamento é o sobrevalor do estabelecimento que garante ao titular deste, não um direito de propriedade, de uso exclusivo, ou mesmo de titularidade, mas direito de permanência no ponto comercial e de indenização na hipótese de desvalorização do estabelecimento.

Clientela, por sua vez, é o conjunto de pessoas que mantém com o estabelecimento relação contínua para a aquisição de bens ou serviços.

⁸⁵ DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise Crítica da Evolução do Instituto do Estabelecimento Empresarial. , In: FINKELSTEIN Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

⁸⁶ FINKELSTEIN, Maria Eugenia. *Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

⁸⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais: empresa e estabelecimento*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 61.

Há uma certa discussão na doutrina a respeito de ser a clientela uma consequência ou não do aviamento. Maria Eugênia Finkelstein⁸⁸ elucida bem a questão, apontando que embora não exista tal relação de causa e efeito, a clientela pode ser compreendida como a manifestação externa do aviamento.

Esclareça-se que o aviamento não se encontra contido no conceito de estabelecimento. Ademais, o aviamento não pode ser verificado de modo autônomo em relação ao estabelecimento e não tem valor de mercado, não podendo ser alienado ou dado em garantia.

De acordo com Ricardo Negrão⁸⁹, aviamento é atributo do estabelecimento empresarial, resultado do conjunto de vários fatores de ordem material ou imaterial que lhe conferem capacidade ou aptidão de gerar lucros.

É mais uma qualidade e menos um bem. Ou seja, é a capacidade de boa organização presente no estabelecimento, que o valoriza, não podendo ser destacada do estabelecimento, nem elencada como um item que o integra.

Pode-se afirmar, pois, que o aviamento eleva o valor do fundo empresarial ou do estabelecimento.

A clientela também não pode ser considerada um bem, de modo destacado e passível de titularidade por parte da sociedade, tampouco de alienação.⁹⁰

Clientela é, com efeito, uma noção imaterial de um atributo do estabelecimento, consistente em representar um potencial de consumo daquela atividade econômica na comunidade em que está inserida. Mede-se, por meio da clientela, o espectro de alcance da empresa, como atividade, no mercado consumidor.

Conclui-se, pois, que tanto o aviamento quanto a clientela representam a mais-valia da empresa e também atributos do estabelecimento, e não elementos deste.

2.7. Personalidade jurídica

⁸⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugenia. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

⁸⁹ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 108-109.

⁹⁰ Conf. DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise Crítica da Evolução do Instituto do Estabelecimento Empresarial. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44.

A partir do registro do contrato social da sociedade limitada na Junta Comercial, esta passa a gozar de personalidade jurídica, isto é, o ente social passa a ser sujeito de deveres e obrigações perante terceiros, diferentemente da pessoa dos sócios, que podem ser pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas⁹¹.

José Edwaldo Tavares Borba⁹² explica que o conceito de pessoa jurídica foi construído à imagem da pessoa física, pois ambas são sujeitos de direitos e obrigações. A pessoa jurídica, ao ser constituída, ou logo após, recebe os bens conferidos por seus sócios para a formação de seu patrimônio. Assim, segundo esclarece o autor, no exercício de sua atividade, a sociedade realizará negócios, pelos quais apurará lucros e prejuízos, com conseqüente aumento e redução de seu patrimônio, conforme o caso.

Importante realçar que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com os bens particulares de seus sócios.

Na linha de raciocínio analógico acima carregada, assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas também manifestam vontades. No entanto, essas últimas o fazem mediante órgãos deliberativos ou administrativos.

Vera Helena de Mello Franco⁹³ indica que a pessoa moral, como denomina a pessoa jurídica, tem como fundamento a existência de um interesse coletivo, suficiente para expressar-se com um mínimo de organização.

No caso da sociedade limitada, o órgão deliberativo pode ser a assembleia ou a reunião de quotistas. O art. 1.071 do Código Civil estabelece que determinadas matérias atinentes à sociedade limitada dependem de aprovação dos sócios, a saber: aprovação de contas da administração; designação (esta quando feita por ato em separado) e destituição dos administradores; o modo de remuneração dos administradores, quando não previsto em contrato; modificação do contrato social;

⁹¹ Conf. ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*. Vol. I. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 21.

⁹² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

⁹³ “Ora, todo interesse coletivo, distinto dos interesses individuais, exige uma pessoa moral distinta daquela dos indivíduos que a compõem. Tornar-se-ia necessário, então, para que adquirisse corpo, uma organização, órgãos e representantes que a pudessem defender e fazer valer seus atos na vida jurídica” (DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 293).

fusão, incorporação e a dissolução, ou cessação da liquidação; nomeação e destituição de liquidantes; pedido de recuperação judicial ou extrajudicial.

Destaca Maria Eugênia Finkelstein⁹⁴ que “no direito brasileiro, a administração da sociedade limitada pode tanto ser exercida por seus sócios como por administrador não sócio nomeado pelos sócios, no contrato social ou em ato separado”.

Armando Luiz Rovai⁹⁵ ressalta que as matérias elencadas pelo artigo 1.071, CC, compõem temas considerados de maior relevância para os negócios sociais. Não se olvide, ainda, que o art. 1.076 do CC estipula os chamados quóruns especiais para a deliberação de cada matéria.

Esse cuidado do Código Civil com a deliberação de matérias sensíveis ao bom andamento da sociedade limitada revela como as pessoas jurídicas devem ser encaradas como um ente próprio, distinto das pessoas dos sócios e administradores.

Nesse sentido, Cesare Vivante⁹⁶ ensina: “a sociedade é, portanto, uma pessoa jurídica que tem um conteúdo real, ou seja, uma vontade própria e organizada para a defesa de seu próprio escopo. A lei a reconhece, mas não a cria”.

Também no mesmo trilhar, José Lamartine Corrêa de Oliveira⁹⁷ assim cunhou a respeito da personalidade jurídica das sociedades:

No plano ontológico, são verdadeiras pessoas, são verdadeiros sujeitos de direito, embora sua personalidade não seja idêntica mas meramente analógica à do ser humano. (...) O Estado reconhece e declara realidade que preexiste a tal declaração (...).

Essa distinção entre as personalidades garante à pessoa jurídica uma autonomia patrimonial, de sorte que as dívidas por ela contraídas não possam atingir o patrimônio pessoal dos sócios, salvo situações excepcionais. Da mesma forma, a

⁹⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

⁹⁵ ROVAI, Armando Luiz. Deliberação nas sociedades limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149.

⁹⁶ “La società è quindi una persona giuridica che há un contenuto reale, cioè una volontà propria organizzata a difesa del proprio scopo. La legge la riconosce ma non la crea”. (Tradução livre de VIVANTE, Cesare. *Tratatto di Diritto Commerciale*. Vol II. Milão: 1906, p. 04).

⁹⁷ CORRÊA DE OLIVERA, José Lamartine. Personalidade jurídica da sociedade irregular, *Revista Jurídica Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Porto Alegre: 1967. p. 155-156.

pessoa jurídica tem legitimidade para figurar em ações judiciais, ativa ou passivamente, sem que isso afete a esfera jurídica de seus sócios.

Infere-se, portanto, que a sociedade passa a dispor de titularidade negocial, titularidade processual e titularidade patrimonial, como bem elucida Fábio Ulhoa Coelho⁹⁸.

A par do registro, a sociedade limitada deve ter efetiva atividade empresária, uma vez que caso não se constitua no endereço de sua sede, informado à Junta Comercial e aos entes tributantes, correrá o risco de ver sua personalidade jurídica desconsiderada por credores, em ações judiciais, com fulcro no art. 50, do Código Civil, atingindo-se os bens pessoais dos sócios.

José Edwaldo Tavares Borba⁹⁹ faz referência a Kant ao dizer que enquanto “o homem é um fim em si mesmo”, a sociedade é um instrumento do homem, ao qual deve servir. Ou seja, embora a sociedade tenha personalidade jurídica, fins, patrimônio e vontade próprios, não poderá ser um fim em si mesma, de sorte que deverá propiciar distribuição de lucros aos sócios.

Razoável concluir-se também que, na hipótese de dissolução parcial, deverá a sociedade pagar o valor justo ao sócio que se desliga, a título de haveres, porquanto a sociedade é um instrumento do homem e não o contrário.

2.8. Estado Reliberalizante e os princípios constitucionais aplicáveis à atividade empresarial

A noção de autonomia da vontade e livre iniciativa surgiu no direito com a eclosão do liberalismo no mundo durante o século XVIII, em meio à revolução industrial¹⁰⁰.

A livre iniciativa tem por objetivo manter as relações empresariais e civis afastadas do protecionismo do Estado ¹⁰¹. A livre iniciativa e, em especial, a livre

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-16

⁹⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

¹⁰⁰ Conf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

¹⁰¹ DE ALMEIDA. Marcus Elidius Michelli. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.96.

concorrência, é que possibilita a otimização dos recursos econômicos, bem como o equilíbrio daquilo que conhecemos como “preços justos”¹⁰².

No entanto, a força obrigatória dos contratos decorrente da autonomia de vontade não poderia ser absoluta e passou a encontrar relativizações. De certa forma, esse relativismo, além de confirmar que não há princípio absoluto no direito, é explicado pelo dirigismo estatal nos contratos (começo do século XX, após a crise de 1929) segundo o qual o Estado no intuito de promover os valores constitucionais, passa a limitar a liberdade contratual¹⁰³.

O *Welfare State* é um modelo de bem-estar social que surgiu com força, em contraposição ao modelo liberalista puro. Nesse cenário, o Estado passava a desempenhar funções que não lhe seriam típicas, com o intuito de promover o bem-estar social.

O Estado Social ou Estado de Providência desaguou no socialismo, o qual acabou por demonstrar-se fracassado na década de 1980.

Em suma, o modelo liberal privilegiava a liberdade e a livre iniciativa, ao passo que o modelo de bem-estar social buscava garantir a igualdade, mas retirava a liberdade da economia. Era preciso encontrar-se um equilíbrio, porquanto não seria conveniente nem um extremo, nem o outro, isto é nem o Estado inerte e permissivo demais, nem o Estado sobrecarregado com funções que não lhe são inerentes e que intervinha por demais na economia.

Surge, então, um modelo equilibrado, o chamado Estado Reliberalizante¹⁰⁴.

Também chamado “Estado Neoliberal” decorreu sobremaneira da teoria defendida por Milton Friedman¹⁰⁵, quando o “Estado de Bem-Estar Social” havia se

¹⁰² “Compete ao Estado garantir que a livre concorrência impere nos mercados, coibindo os abusos eventualmente perpetrados pelos agentes econômicos, bem como as práticas que visem eliminar ou restringir a concorrência”. (FINKELSTEIN. Maria Eugênia. *Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15).

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7

¹⁰⁵ “A existência de um mercado livre não elimina, evidentemente, a necessidade de um governo. Ao contrário, um governo é essencial para a determinação das ‘regras do jogo’. E um árbitro para interpretar e pôr em vigor as regras estabelecidas. O que o mercado faz é reduzir sensivelmente o número de questões que devem ser decididas por meios políticos e, por isso, minimizar a extensão em

transformado num Estado estatizante e hipertrofiado. A redução do tamanho do Estado passou a impor-se, desde então, de modo que este deveria exercer função mais restrita, sobretudo quanto à economia.

A função das leis, a partir da Constituição Federal de 1988¹⁰⁶, passou a ser a de garantir as liberdades, uma vez que a liberdade desmedida, por mais paradoxal que possa parecer, acaba por oprimir o homem e não libertá-lo. Não por acaso sobrevieram o Código de Defesa do Consumidor em 1990 e a Lei dos Juizados Especiais em 1995.

Tal movimento legislativo foi acompanhado também pela Revolução Tecnológica¹⁰⁷, que acarretou forte impacto na economia mundial, bem como na globalização.

Diante desse quadro, quando sócios invocam a validade de determinada cláusula do contrato social estão a socorrer-se da *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade. Ou seja, o texto clausulado pelos sócios anteriormente, em manifestação de sua vontade à época, teria valor no futuro. Mas isso ocorreria independentemente das circunstâncias existentes no tempo futuro?

Surge daí a necessidade de analisar-se o princípio da boa-fé objetiva, da vedação ao enriquecimento sem causa e da dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, importante diferenciar-se boa-fé objetiva e subjetiva. A boa-fé subjetiva envolve o íntimo do ser humano, ou seja, a existência de boa-fé subjetiva depende do real querer do agente quando da exteriorização de sua vontade: sua intenção – dentro de sua capacidade intelectual – de não prejudicar a outra parte. Já a boa-fé objetiva diz respeito às noções de consideração com o outro, honestidade e lealdade no trato entre indivíduos.

que o governo tem que participar diretamente do jogo”. (FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Artenova, 1985, p. 10-12).

¹⁰⁶ “Vale destacar, porém, que a livre iniciativa não implica uma liberdade plena e sem finalidade, ao contrário, essa liberdade deve buscar sempre realizar a justiça social e o bem-estar social, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal de 1988”. (DE ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 97).

¹⁰⁷ “Este modelo de produção é um modelo que deu certo; veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra teve um incremento, e na Segunda Guerra Mundial se solidificou”. (RIZZATO NUNES, Antonio Luiz. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59).

Miguel Reale¹⁰⁸ ensinava que a boa-fé subjetiva é atitude psicológica, ao passo que a boa-fé objetiva é uma noção que regula o comportamento leal entre os indivíduos.

A boa-fé objetiva no direito dos contratos, portanto, depende da conduta que o homem médio (*pater familiae*) teria diante da contratação, segundo os usos e costumes do local, agindo com lealdade, probidade e honestidade. A conduta pressupõe colaboração mútua e preocupação com a posição alheia, tomando por base os padrões comuns de eticidade esperados. A boa-fé objetiva tem especial importância no contrato social, em que os fins entre os sócios são comuns, ou seja, trabalharem em conjunto e perceberem um percentual dos frutos da empresa, em estado de extrema colaboração.

Segundo Judith Martins-Costa¹⁰⁹, a boa-fé objetiva surge em nosso direito, por construção da doutrina e jurisprudência, antes mesmo da vigência do CC/2002, por influência do Código Civil alemão, que estabelece que os contratos devem ser celebrados e cumpridos com lealdade e colaboração recíproca. Raul Etcheverry¹¹⁰, jurista argentino, também define a boa-fé no ambiente empresarial como sendo um modo de proceder moral no trato da sociedade com terceiros.

¹⁰⁸ “Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigorante, *v.g.*, em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma *exigência de lealdade*, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como *normativa de comportamento leal*. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’. REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Agosto de 2003. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> Acesso em 05. Nov. 2017.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo*. Para o Congresso “A formação do sistema jurídico latino-americano”, abril de 2001, p. 361. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834> Acesso em 05.nov. 2017.

¹¹⁰ “La buena fe en materia mercantil se proyecta en una dimensión específica en el que hacer frente al consumidor; así, junto a la tutela del interes general, aparece el concepto de buena fe comercial o moral comercial, que importa un standard aplicable a la actuación del empresario frente a los consumidores, a sus acreedores y a los terceros.” (ETCHEVERRY, Raul Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Parte general*. Buenos Aires: Astrea 2010, p. 110-115).

A boa-fé objetiva é estabelecida no Código Civil em diversos artigos na forma de cláusula geral, como os arts. 112111 e 422112, CC. O art. 422, inclusive, ao preconizar que os contratantes devem manter boa-fé objetiva também quando da execução do contrato, representa um limite ao *pacta sunt servanda* levado às últimas consequências.

Quase como decorrência da noção de boa-fé objetiva pode-se encontrar a vedação ao enriquecimento sem causa, mesmo porque, como dito, além da lealdade, boa-fé pressupõe colaboração mútua.

A vedação ao enriquecimento sem causa encontra-se insculpida no art. 884, CC que prevê: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Locupletar-se às custas de outrem, sem causa, portanto, é certamente uma afronta à boa-fé objetiva, na medida em que representa total desrespeito à noção de lealdade e colaboração. O enriquecimento sem causa é a prevalência do interesse pessoal sobre o coletivo e, o mais grave, ferindo direitos alheios com a intenção de obter vantagem, atingindo até mesmo a dignidade das pessoas.

A dignidade da pessoa humana, por fim, desnecessário dizer que é o princípio central de nossa Constituição Federal (art. 1º, III, CF) do qual decorrem vários outros. A dignidade da pessoa humana, em suma, pode ser definida como a noção que impede a utilização do ser humano como mero instrumento de outros, lição esta aprendida a duras penas na Europa e Estados Unidos, por conta da Segunda Guerra, e no Brasil e outros países da América Latina, em vista das ditaduras militares na segunda metade do século XX¹¹³.

¹¹¹ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

¹¹² Art. 422. Os contratantes serão obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹¹³ “A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do

Não se alegue que a dignidade da pessoa humana visa a proteger somente o tratamento degradante ao ser humano. Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁴, professor da PUC/RS, assim esclarece:

(...) implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, **além de promover e propiciar sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e a vida em comunhão com os demais seres humanos**, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (grifou-se)

Diante disso, na atualidade o grande desafio nas relações societárias é equacionar os vetores decorrentes dos princípios em jogo: de um lado, a autonomia de vontade e, de outro, a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana.

Quer nos parecer que, como corolário dessa equação entre princípios e direitos fundamentais acima relacionados, surge a função social¹¹⁵ da empresa como grande vetor capaz de orientar o intérprete na busca da equidade. André Ramos Tavares¹¹⁶ ensina que o conceito de função social da empresa compreende também os benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade. Assim, a

Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados (...). Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada aos principais documentos internacionais, como a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inúmeros outros tratados e pactos internacionais, passando a desempenhar um papel central no discurso sobre direitos humanos. Mais recentemente, recebeu especial destaque na Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000, e no Projeto de Constituição Europeia, de 2004.”. (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 3-5. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em 23. jul. 2017).

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2015, p. 70-71.

¹¹⁵ “Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e o desenvolvimento socioeconômico do país, deve ser preservada sempre que possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que a CF, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III) (...) ou função social da empresa”. (CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. A. 73, nº. 4, out/dez. 2007, p. 40).

¹¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*. São Paulo: Método, 2013, p. 93.

noção de função social é o que dá sentido aos “demais deveres constitucionais da empresa”, como verdadeiro “instituto heurístico”, nas palavras do citado autor, isto é, um guia repleto de intuição que deve comandar os objetivos dos diversos atores no ambiente empresarial.

A propósito da função social, Fábio Konder Comparato¹¹⁷ afirma que esse princípio traz um poder-dever do sujeito de exercer a atribuição não somente em razão do interesse subjetivo e próprio, mas também – e principalmente – em vista do interesse objetivo e de terceiros.

Assim, a função social da empresa vai ao encontro da teoria institucional da sociedade, de que já tratamos neste estudo, isto é, a razão de ser da sociedade limitada deve transcender os interesses dos sócios e da própria atividade econômica realizada, alcançando todos os stakeholders.

¹¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção, *Revista de Direito Mercantil*, 1986, p. 71-79.

3. DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE LIMITADA

É possível que o sócio desligue-se da sociedade limitada, sem que essa seja encerrada. É a chamada dissolução parcial, que foi uma criação da doutrina e da jurisprudência, como será a seguir explicitado, com o fim de permitir que um sócio se retirasse da sociedade sem pôr fim à ela, prestigiando o princípio da preservação da empresa.

O termo dissolução parcial foi muito criticado por parte da doutrina que considerava tratar-se de um paradoxo, eis que dissolução de algo somente poderia ser total. De toda a sorte, o termo foi absorvido pelo direito brasileiro e é largamente utilizado.

A título de ilustração, Hernani Estrella¹¹⁸ assim se pronunciou, em obra datada de 1960, atualizada recentemente por Roberto Papini, a respeito da impropriedade da nomenclatura:

Inexato se nos afigura, pois, assemelhar qualquer desses casos de afastamento de sócio (lato sensu) à dissolução, ainda que a esta se agregue o restritivo parcial... Sabemos que muitas leis, copiosa e autorizada doutrina e, igualmente, a maioria dos julgados adotam tal qualificativo. Isso não obstante, continuamos, como já ficáramos alhures, insubmissos. (...) É, ainda, emitir, data vênia, conceito desprovido de sentido, por isso que, conforme argutamente observou Umberto Navarrini, é inconcebível a dissolução parcial do ente coletivo.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que disciplinou pela primeira vez as hipóteses de dissolução parcial, esta era permitida, em razão de criação doutrinária e pretoriana, com base no Código Comercial e no Código de Processo Civil de 1939, por analogia, pois este tratava da dissolução total.

Com o advento do Código Civil atual, o direito de empresa passou a ser tratado com maior acuidade. Os artigos 1.028 a 1.032 tratam da “resolução da sociedade em relação a um sócio”. O termo resolução também não é apropriado tecnicamente porquanto remete à ideia de extinção, da mesma forma que dissolução.

¹¹⁸ ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 67.

Registre-se, a propósito, que a expressão “dissociação” foi utilizada pelo saudoso professor Alberto Gomes da Rocha Azevedo¹¹⁹, inclusive no título de sua clássica obra.

Modesto Carvalhosa¹²⁰ ensina o que se entende por dissolução parcial:

A dissolução parcial nada mais é do que a resolução, ou mais precisamente, a resilição do contrato de sociedade com relação a um ou mais sócios, em razão da verificação de causas pessoais capazes de provocar a extinção do vínculo contratual societário que o vincula ao corpo social. E o fundamento dessa resolução parcial do contrato de sociedade é a necessidade da preservação da empresa, razão pela qual a sociedade permanece a despeito do desligamento de um de seus sócios.

Celso Barbi Filho¹²¹ salienta que o verbo resolver, na teoria geral dos contratos, tem a conotação de extinção contratual em razão da culpa de uma das partes, o que torna ainda mais indesejável o emprego do termo pelo Código Civil, eis que a dissolução parcial não depende necessariamente de culpa, como será demonstrado a seguir, neste estudo.

Foi mencionado anteriormente neste estudo, quando tratávamos da importância da *affectio societatis* no Código Napoleônico, que, segundo esse Código, a sociedade por prazo indeterminado poderia ser dissolvida por vontade de um dos sócios somente. De fato, tal comando influenciou o Código Comercial brasileiro, datado de 1850, hoje revogado pelo Código Civil de 2002, exceto em sua parte que trata de direito comercial marítimo.

Prova disso é que o art. 335 do Código Comercial preconizava que a sociedade poderia ser dissolvida, se por prazo indeterminado, também por vontade de um sócio.

¹¹⁹ ROCHA AZEVEDO, Alberto Gomes. *Dissociação da sociedade mercantil*. São Paulo: Resenha Universitária, 1975, p. 10-15.

¹²⁰ CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (coord.) *Comentários ao Código Civil*. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 354.

¹²¹ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamento, 2004, p. 235-240.

O Decreto-Lei n. 3.078/1919 estabelecia em seu art. 15¹²², com redação ainda vaga, a possibilidade de o sócio que divergir de alteração contratual retirar-se da sociedade, por recesso.

Paralelamente, o Código de Processo Civil de 1939 dispunha sobre o rito processual para a dissolução total de sociedades. Entretanto, o Código de Processo Civil de 1973, que não tratava da dissolução de sociedades, manteve os artigos 655 a 674 do diploma processual de 1939 por expressa previsão de seu art. 1.218, VII.

No entanto, como o CPC de 1939 tratava apenas de regras para a dissolução total, a jurisprudência e a doutrina nacionais, em prol da preservação da empresa, passaram a aceitar a aplicação de tal regramento também para a dissolução parcial de sociedades.

Note-se que havia um esforço interpretativo que dependia da aplicação de artigos ainda em vigor de um Código ultrapassado, bem como da exegese trazida pelos entendimentos pretorianos e doutrinários. Importante ressaltar que, embora diga-se e repita-se na doutrina que a dissolução parcial foi uma construção pretoriana, ela surgiu antes na doutrina por volta de 1960¹²³ e passou a ser incorporada pela jurisprudência, com robustez, em meados dos anos 1980¹²⁴.

Convencionou-se denominar de “construção da jurisprudência”, uma vez que as decisões judiciais passaram a cristalizar aquele posicionamento, consubstanciando-se o entendimento da dissolução parcial, no mundo prático, como aplicação do direito às questões concretas e não somente como teses acadêmicas.

Curioso que a falta de lei a respeito da dissolução parcial era um fato que colidia com a já consagrada noção de que o princípio da preservação da empresa era

¹²² “Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contracto social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contrahidas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social”. (Decreto-Lei 3.078/1919, Art. 15.)

¹²³ “O princípio da preservação da empresa, esculpido na doutrina e na jurisprudência principalmente a partir dos anos 1960, recomenda a dissolução parcial da sociedade limitada, como forma de resolver conflitos entre sócios, sem comprometer o desenvolvimento da atividade econômica, sem sacrificar empregos, reduzir o abastecimento do mercado de consumo ou prejudicar pessoas direta ou indiretamente beneficiadas com a empresa” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 475).

¹²⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Dissolução parcial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158-160.

um pilar da teoria da empresa. Em que pese tais institutos tivessem sido consagrados desde 1942 na Itália, no Brasil, somente foi bem cunhado no direito positivo em 2002, pelo Código Civil. Mesmo porque o referido Código, conhecido como Código Reale, permaneceu por décadas no Congresso Nacional, em seu trâmite legislativo.

Com o advento do Código Civil de 2002, os artigos 1.029 a 1.032 passaram a tratar da resolução da sociedade em relação a um sócio, ou seja, dissolução parcial.

Além do regramento acerca da dissolução parcial, o Código Civil, em seus artigos 1.028 a 1.032, definiu critério de apuração de haveres no caso de omissão do contrato social.

Nesta esteira, divergências que diziam respeito à condição do sócio, seus atos ou estado, como ensina José Waldecy Lucena¹²⁵, deixaram de ser causas dissolutórias da sociedade e passaram a caracterizar-se como justa causa para a exclusão de sócio. E, frise-se, com o advento do Código Civil, tal transformação que teve início com a jurisprudência e doutrina passou a cristalizar-se no direito positivo.

Todavia, não havia ainda um regramento processual próprio para a ação de dissolução parcial, pelos motivos acima elencados. Ou seja, o direito material tornou positivada a possibilidade de dissolução parcial com o Código Civil de 2002, mas o direito processual ainda não ostentava positivação a respeito.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 599 a 609, a dissolução parcial e seu regime processual passaram a ter previsão legislativa específica. No entanto, como veremos a seguir, tais regras contidas no CPC/2015 tratam mais a respeito de direito material do que de direito processual propriamente.

A questão processual trazida pelo Código Processual de 2015 será analisada no próximo capítulo deste trabalho. Por sua vez, os aspectos materiais serão enfrentados doravante, com a ressalva de que não será tratada a dissolução parcial por morte de sócio, em razão do recorte acadêmico deste estudo.

Resta evidente que a dissolução parcial ocorrerá, como bem destaca o professor Marcelo Guedes Nunes¹²⁶, quase sempre quando houver “crise política” na

¹²⁵ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.786.

¹²⁶ “(...) A crise política não tem relação com a situação econômico-financeira e patrimonial de uma sociedade, mas com o funcionamento de seus mecanismos internos de decisão. A sociedade pode ter caixa para pagar suas dívidas, estar atuando em um mercado em expansão com crescimento de vendas e apresentar ativo superior ao passivo, mas, ainda assim, estar ameaçada por uma grave desinteligência entre sócios ou administradores, capaz de paralisar a atividade de produção de bens e

sociedade, ou seja, divergências graves internas quanto à condução do negócio ou o descumprimento de obrigações dos sócios, mesmo que a empresa esteja bem do ponto de vista financeiro, econômico e patrimonial.

Beatriz Trovo¹²⁷ afirma que “dissolução parcial é responsável pela superação dos problemas existentes entre os sócios, sem o comprometimento da existência da sociedade e da preservação da atividade econômica por ela explorada”. Sem dúvida, a dissolução parcial homenageia o princípio da conservação da empresa.

Além do princípio da preservação da empresa, anote-se que os princípios da função social da empresa¹²⁸ e da livre associação¹²⁹ também são pilares importantes para a teoria da empresa e para dar sustentação à dissolução parcial.

No entanto, há a possibilidade de retirada imotivada de sócio, que será examinada no próximo tópico.

3.1. Retirada imotivada

O art. 1.029, *caput*, 1ª parte, do Código Civil estabelece que, nas sociedades simples por prazo indeterminado, o sócio pode retirar-se a qualquer momento, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Tal regramento é aplicável supletivamente às sociedades limitadas, a não ser que o contrato social adote a lei das sociedades anônimas supletivamente ou traga cláusulas em sentido específico sobre o tema.

serviços. (NUNES, Marcelo Guedes. Tese de Doutorado: Jurimetria aplicada ao direito societário: um estudo estatístico da dissolução de sociedade no Brasil, PUC-SP, 2012, p. 294-295.)

¹²⁷ TROVO, Beatriz. Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio no Código Civil de 2002, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, p. 259, jul./set. 2005.

¹²⁸ A propriedade privada dos meios de produção é inerente à atividade explorada pelo empresário, todavia, pelo disposto na Carta Magna, esse direito restou subordinado à sua função social, que consiste em uma forma de relativizar, em prol dos interesses público, econômico e social, o direito de propriedade que, anteriormente, era visto como absoluto, exclusivo e perpétuo. (ARMANI, Wagner José Penereiro. *Dissolução parcial de sociedade profissional*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC-SP, 2017, p. 76)

¹²⁹ A liberdade de associação, para ser plena, deve não somente assegurar que pessoas interessadas em se unir em torno de objetivos comuns lícitos possam fazê-lo, sem encontrar óbices na ordem jurídica (inciso XVIII), mas também vedar que alguém seja compelido a associar-se contra sua vontade, ou que não consiga dissociar, quando quer (inciso XX). Essa última faceta da liberdade associação, no entanto, assume contornos específicos, quando diz respeito às sociedades empresárias. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial. Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.162.)

Há uma divergência doutrinária acerca da necessidade, ou não, de que a manifestação de vontade de retirar-se da sociedade esteja acompanhada de boa-fé e respeite a função social do contrato.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹³⁰, Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹³¹ e Adalberto Simão Filho¹³², por exemplo, ao referirem-se à manifestação do sócio pela saída imotivada não fazem menção alguma ao aspecto subjetivo, bastando que o sócio retirante atenda às formalidades legais.

Alfredo de A. Gonçalves Neto inclusive afirma claramente que se trata de um direito potestativo do sócio que pode ser exercido sem qualquer condicionante, na sociedade por prazo indeterminado, desde que feita a notificação nos termos da lei.

Aqueles que defendem ser necessária a análise do elemento subjetivo, ou seja, a conduta do sócio e a situação da sociedade, tais como Mauro Rodrigues Penteado¹³³, asseveram que as cláusulas gerais do Código Civil, que tratam da boa-fé na execução dos contratos (art. 422) e também da função social do contrato (art. 421, do mesmo diploma legal), levam à interpretação sistemática do art. 1.029, de modo que há sim condicionantes.

O autor acima citado argumenta que as cláusulas gerais acima referidas têm aplicação indispensável à luz do sistema do Código Civil, de forma que, caso não respeitadas a boa-fé e a função social do contrato, os demais sócios podem questionar a validade da manifestação de vontade.

De fato, quase nada subsiste no Código Civil sem a observação, em perspectiva, da boa-fé e da função social como horizontes.

Nesse diapasão, pondera-se, portanto, que a retirada de sócio eivada de má-fé poderia consubstanciar, por exemplo, abuso de direito. O abuso de direito, conceito que tem complexa definição, é a utilização de uma prerrogativa, revestida de forma lícita, todavia, tendo como exclusivo intuito causar dano a outrem e não unicamente

¹³⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Durclerc. Curso de Direito Comercial. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 343.

¹³¹ GONCALVES NETO, Alfredo de Assis. Lições de Direito Societário. 2ª ed. São Paulo, 2004, p. 136/137

¹³² SIMÃO FILHO, Adalberto. *A nova sociedade limitada*. São Paulo: Manole, 2004, p. 194.

¹³³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Dissolução parcial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 89-91.

um benefício àquele que exerce o direito. Abuso de direito relaciona-se ao conceito de ato emulativo, conforme leciona Marcus Elidius Michelli de Almeida¹³⁴.

Isso não quer dizer que a retirada do sócio deixe de ser um direito potestativo deste, pois, caso contrário, estar-se-ia obrigando o sócio a manter-se vinculado à sociedade eternamente, como relembra Roberta de Oliveira e Corvo Ribas¹³⁵.

A linha que divide o ato abusivo e o exercício regular do direito pode ser tênue, como ensina Caio Mário da Silva Pereira¹³⁶, uma vez que o exercício de um direito, de forma lícita, pode causar dano a outrem e não caracterizar-se abuso de direito, pois o intuito não era o dano. Todavia, se a intenção que move o ato for acarretar prejuízo a terceiro, aí estaremos diante do abuso de direito.

Essa régua de conduta certamente envolve a análise de aspectos nem sempre evidentes, a uma primeira vista. No caso da retirada imotivada de sócio de sociedade por prazo indeterminado, fundamental observar-se se a saída voluntária da sociedade causa dano patente à pessoa jurídica, bem como se está sendo manifestada em represália a alguma conduta anterior ocorrida.

Exemplo disso é o sócio que, ciente da celebração de contratos e assunção de dívidas que a sociedade dificilmente poderia honrar, às vésperas do vencimento das obrigações sociais em questão retira-se da sociedade, a fim de receber seus haveres e deixar a pessoa jurídica à mingua frente aos credores, prejudicando assim os sócios remanescentes.

Interessante analisar que, em Portugal, a retirada imotivada em sociedade limitada depende do atendimento a requisitos mais restritos. Só ocorrerá em casos

¹³⁴ “Portanto, para a ocorrência do ato emulativo, seria necessário que o ato praticado estivesse amparado, em tese, por um direito; que do exercício do ato houvesse necessariamente um dano a terceiro; e que o resultado obtido, ou seja, o dano causado não fosse útil para o causador, e mais, que a realização do ato, e o objetivo atingido, tivesse ocorrido em razão da exclusiva intenção do agente”. (DE ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.48).

¹³⁵ “A Revolução Francesa, por meio de seus ideais, reforçou as bases para o desenvolvimento da matéria. Um de seus princípios elementares – o da liberdade, pressupunha que ninguém deveria estar obrigado eternamente. De forma a compatibilizar a liberdade de um sócio para deixar o quadro social e o interesse social de preservação da atividade da empresa, o Código Napoleônico veio a flexibilizar a obrigatoriedade da dissolução total frente a determinados casos”. (CORVO RIBAS, Roberta de Oliveira e. *Causas de Dissolução Parcial da Sociedade Empresária Limitada*. Portal Migalhas, 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150512-05.pdf> . Acesso em 03. nov. 2017).

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol.1. Introdução ao direito civil; Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 673.

em que o contrato social vede a cessão de quotas e desde que transcorridos dez anos do ingresso do sócio na sociedade. António Pereira de Almeida¹³⁷ esclarece que o prazo trazido pela lei portuguesa é o limite máximo, mas nada impede que o contrato social estabeleça prazo menor.

Fundamental salientar ainda a existência da posição de Fábio Ulhoa Coelho¹³⁸ a respeito da possibilidade de retirada imotivada. O autor diferencia as sociedades limitadas por prazo indeterminado e que acatam supletivamente as regras das sociedades simples, daquelas que adotam a lei da sociedade anônima de forma supletiva ou possuem prazo determinado, ou seja, o que ele denomina de sociedades de vínculo instável e de vínculo estável, respectivamente. Tal distinção feita pelo autor é bastante conhecida e difundida pela doutrina.

Nas sociedades de vínculo instável, o sócio pode retirar-se a qualquer momento, desligando-se das obrigações assumidas pelo contrato social, por ser da índole dessas sociedades, que têm o regramento das sociedades simples em si, a livre cessibilidade de quotas. Fábio Ulhoa Coelho não faz aqui nenhuma condicionante. Nas de vínculo estável, por serem regidas supletivamente pela Lei 6.404/1976 ou por possuírem prazo determinado, defende o professor que o sócio somente pode retirar-se quando divergir de alteração contratual, fusão ou incorporação aprovadas pela maioria de sócios em conclave, à luz do art. 1.077, Código Civil.

Registre-se, ainda, que Haroldo Malheiros Durclerc Verçosa¹³⁹ entende que o art. 1.029 que trata da retirada imotivada não se aplica às sociedades limitadas, mas somente às sociedades simples, de modo que o sócio da sociedade limitada somente pode retirar-se a justo motivo, à luz do art. 1.077 do Código Civil. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca¹⁴⁰ discorda dessa assertiva, contrapondo que as regras de sociedade simples aplicam-se por força do art. 1.053 às sociedades limitadas, na omissão do regramento dos arts. 1.052 e 1.084.

¹³⁷ ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 401.

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478/479

¹³⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Durclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 238.

¹⁴⁰ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31.

Sob nosso ponto de vista, a posição de Fábio Ulhoa Coelho é bastante elucidativa nesse sentido, ao trazer os conceitos de vínculo estável e instável. A ponderação que fazemos a esse respeito refere-se à necessidade de que a retirada imotivada não esteja eivada de má-fé e tampouco comprometa a função social da sociedade, em vista das cláusulas gerais do Código Civil.

No tocante à previsão insculpida no art. 1.029 do Código Civil, no sentido de que o sócio que se retira deve notificar os demais sócios, com sessenta dias de antecedência, a jurisprudência (inclusive do Superior Tribunal de Justiça) já vinha consolidando entendimento majoritário no sentido de que esse prazo deveria ser respeitado pelos demais sócios, a fim de, nesse período, promoverem a alteração contratual para registrar a saída do sócio¹⁴¹. Ou seja, a data-base para a apuração de haveres seria o momento do recebimento da notificação, por interpretação pretoriana, eis que não havia uma norma legal tão específica a esse respeito.

Entretanto, posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 605, II, estabeleceu expressamente que a data-base para dissolução parcial da sociedade, na hipótese de retirada, será o sexagésimo dia após o recebimento, pela sociedade, da notificação enviada pelo sócio que pretende desligar-se. Em outras palavras, o art. 605, II do CPC/2015 buscou esclarecer a regra de direito material contida no Código Civil, no entanto, contrariou aquilo que a jurisprudência havia consolidado, em entendimento majoritário.

A respeito do entendimento de que, embora o sócio envie notificação manifestando seu desligamento da sociedade, este somente se concretizaria após sessenta dias contados do recebimento, a crítica que se faz é de que os sócios remanescentes podem, durante tal prazo e já sem a presença do sócio retirante, alterar o destino da atividade empresarial e modificar documentos contábeis, prejudicando aquele que ainda conserva seu *status socii*¹⁴².

¹⁴¹ “A data-base para apuração dos haveres coincide com o momento em que o sócio manifestar vontade de se retirar da sociedade limitada estabelecida por prazo indeterminado”. (STJ, Recurso Especial n. 1371843/SP, 3ª Turma, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 26.03.2014).

¹⁴² “E ainda sobre esse mesmo dispositivo (591 do Projeto de CPC): no inciso II, ele fala que a data da resolução da sociedade será, na retirada imotivada (...), o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante. Ou seja, sabendo que as relações estão esgarçadas, os sócios remanescentes terão mais 60 dias para fazer e acontecer com a escrituração contábil nesse período. (...) A solução aventada no Projeto é pouco feliz, porque joga mais um ônus no ‘colo do sócio’ que sai, que, de regra, é o minoritário”. (RESTIFFE, Paulo Sérgio).

Com efeito, defendemos que, em que pese a previsão do CPC/2015, a data-base para a apuração de haveres no caso de retirada seja o momento da comunicação inequívoca feita pelo sócio retirante. Não sendo o sócio obrigado a permanecer associado (art. 5º XVIII, CF), não soa constitucional obrigá-lo a manter seu *status socii*, mesmo contra sua vontade, já devidamente manifestada¹⁴³.

Outro aspecto previsto no art. 605, II trata a respeito do meio de manifestar a vontade de retirada, ou seja, a notificação a ser enviada pelo sócio retirante. O art. 1.029, CC faz alusão a que a notificação será aos sócios remanescentes e o art. 605, II CPC/2015 alude a uma notificação a ser remetida à sociedade.

Entendemos como acertada a alteração promovida pelo CPC/2015, uma vez que o sócio retira-se *da sociedade*, de forma que a ela deve comunicar. Todavia, considerando que se pode alegar a existência de conflito entre normas (art. 1.029 CC e art. 605, II, CPC/2015), sendo certo que uma não revogou expressamente a outra, o mais acertado seria entender, na prática advocatícia, que um dispositivo complementou o outro, isto é, a notificação deverá ser feita à sociedade e aos sócios remanescentes, evitando-se, assim, alegação de vício.

3.2. Retirada motivada por justa causa

Nas sociedades por prazo determinado, a retirada do sócio somente é aceita caso fundamentada por justa causa e mediante autorização judicial. Assim estabelece expressamente o art. 1.029, *caput, in fine*, do CC¹⁴⁴.

Projeto de Novo CPC – o procedimento especial de dissolução parcial de sociedade ou lição de como piorar por não saber melhorar. Portal Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI122853,11049-O+Caranguejo+e+o+Projeto+de+Novo+CPC+o+procedimento+especial+de> Acesso em 10. nov. 2017).

¹⁴³ A respeito do prazo de sessenta dias para a caracterização do afastamento do sócio que se retira de modo imotivado, vislumbramos ainda que há, na prática, uma tendência de algumas sociedades concordarem com o pedido de afastamento, sem que o prazo de sessenta dias precise ser respeitado, de forma que a dissolução parcial fica, desde pronto, formalizada por alteração ao contrato social, pagando a sociedade os haveres, conforme balanço de determinação no prazo previsto em contrato. Para algumas sociedades, é mais conveniente afastar desde logo um sócio insatisfeito, em vez de prolongar a sensação de descontentamento mútuo e deixar com que o sócio retirante ajuíze ação de dissolução parcial cumulada com apuração de haveres. Este tema não se circunscreve exatamente no escopo deste estudo, todavia, registramos aqui que merece apreciação pelos estudiosos da matéria.

¹⁴⁴ “Permite-se, assim, a solução do vínculo societário, relativamente a um só sócio, sem o recurso à ficção ou à teoria da preservação da empresa, reservando-se esta como meio de defesa perante a possibilidade do pedido de dissolução (judicial) total, advindo de qualquer sócio descontente ou mal-

Neste caso, por depender da chancela do Judiciário e em linha com tal exigência, o art. 605, IV, do CPC/2015 estabelece que a data-base será o trânsito em julgado da decisão que deferir a dissolução parcial.

Alfredo A. Gonçalves Neto¹⁴⁵ aponta que o contrato social poderá trazer hipóteses de justa causa para tal retirada espontânea.

Sérgio Campinho¹⁴⁶ considera que a falta de *affectio societatis* poderia ser justa causa. O autor sustenta que a discordância do sócio retirante com a forma de condução dos negócios sociais seria motivo justo.

Pensamos que a divergência capaz de gerar tal resultado deve dar-se de modo inequívoco, apontando para uma brusca alteração nos rumos da sociedade, não podendo ser qualquer dissonância banal e corriqueira no dia a dia da empresa.

A justa causa não poderá, no entanto, calcar-se em mera ruptura de *affectio societatis*, sem que esta venha acompanhada de um motivo mais concreto. Alfredo A. Gonçalves Neto¹⁴⁷ aponta que, caso assim não fosse, não haveria distinção prática entre a retirada de sócio na sociedade por prazo determinado e na sociedade por prazo indeterminado. Erasmo Valladão Novaes França e Marcelo Von Adamek¹⁴⁸ assim se filiam também.

Na Itália, o sócio pode retirar-se por justa causa quando houver má gestão ou ato de deslealdade do administrador que frustre a fidúcia nele depositada. Note-se que na Itália o direito de recesso e o direito de retirada por justa causa confundem-se.

Gian Franco Campobasso¹⁴⁹ assevera que:

humorado. Por outro lado, em se considerando a hipótese de solução parcial, com retirada voluntária de sócio, a necessidade de apreciação judicial fica reservada à hipótese de sociedade por prazo determinado. (DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de direito comercial*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 274).

¹⁴⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 3, p. 136-137.

¹⁴⁶ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225.

¹⁴⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 249-251.

¹⁴⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*, *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo: janeiro de 2008, p. 126-127.

¹⁴⁹ “Se a sociedade é por prazo determinado, a retirada é permitida por lei apenas se o sócio suscitar uma justa causa (art. 2285, parágrafo segundo). Isto é, de acordo com um entendimento bastante restritivo da jurisprudência, quando o recesso constituir em reação a um comportamento ilegítimo de

Se la società è a tempo determinato, il recesso è ammesso per legge solo se sussiste una giusta causa (art. 2285, 2° comma). Cioè, secondo un atteggiamento piuttosto restrittivo della giurisprudenza, quando il recesso costituisce reazione ad un illegittimo comportamento degli altri soci tale da incrinare la reciproca fiducia (ad esempio, amministrazione disonesta o disordinata; compimento di operazioni particolarmente rischiose).

Em suma, a expressão justa causa é deveras ampla e subjetiva, de sorte que cabe ao Poder Judiciário analisar, em ação de dissolução proposta pelo sócio retirante, se se trata de justa causa ou não.

3.3. Direito de recesso

O Código Civil indica, em seu art. 1.077 o direito de recesso para as sociedades limitadas. Terá espaço o direito de recesso quando o sócio não concordar com deliberação de alteração ao contrato social, fusão, incorporação e transformação do tipo societário (caso em que o contrato social estabelecer quórum inferior a 100% para tal ato).

O dispositivo do Código Civil estabelece, ainda, que o sócio dissidente terá prazo de 30 (trinta) dias para apresentar notificação, a contar da realização da reunião de quotistas ou assembleia que deliberar pelo ato contra o qual o sócio diverge.

O art. 605, III do CPC/2015 versa sobre o direito de recesso, considerando que a data-base para a saída do sócio, nessa hipótese, dá-se no dia do recebimento, pela sociedade, de notificação do sócio dissidente.

Em Portugal, o Código das Sociedades Comerciais¹⁵⁰ aponta, entre as causas para o recesso: a alteração de objeto social, mudança de sede para exterior, aumento de capital por terceiros e não exclusão de sócio que comete ato reconhecido como falta grave.

No Brasil, conforme Fábio Ulhoa Coelho defende, e já fora anteriormente apontado, as chamadas sociedades de vínculo estável têm como motivo para a

outros sócios, tais como, atos que venham a minar a confiança recíproca (por exemplo, administração desonesta ou desorganizada; realização de operações especialmente arriscadas)". (CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale – Diritto Delle Società*. 9ª ed. Turim: UTET Guiridica, 2015, p. 110). Em tradução livre.

¹⁵⁰ Art. 240, n. 1 e art. 229, n. 1 do Código de Sociedades Comerciais.

retirada motivada de sócio, a divergência quanto à deliberação da maioria dos sócios acerca de alteração contratual, fusão ou incorporação, nos termos do art. 1.077 do CC.

Entende-se aqui que a retirada em trinta dias deve dar-se preferencialmente mediante notificação extrajudicial fundamentada, na qual restem claras as razões da divergência, bem como a aplicabilidade do art. 1.077, a fim de que a sociedade não confunda a manifestação de vontade do dissidente com a mera retirada imotivada, por mais que já tenha constado em ata de reunião a existência de voto vencido.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca¹⁵¹ explana que o direito à retirada motivada ou recesso é, na verdade, um poder ou um direito potestativo, uma vez que não cabe à sociedade questioná-lo. Em tendo havido a divergência quando à alteração ao contrato social, nas hipóteses legais, não cabe à sociedade discordar do recesso manifestado. Na mesma linha, a autora também recomenda que a comunicação a respeito da retirada motivada dê-se mediante notificação escrita, conforme o art. 1.029 recomenda que se faça a retirada imotivada, até mesmo para fins de data-base do desligamento, o que será importante posteriormente para a apuração dos haveres.

Por essa razão é que a lei não exige que o recesso seja submetido ao Judiciário. Significa dizer, o direito ao recesso opera-se mediante notificação extrajudicial somente.

O art. 1.077 do Código Civil é mais específico do que era o art. 15 do Decreto Lei n. 3.708/1919, no entanto, não é perfeitamente preciso, conforme destaca Evy Cynthia Marques¹⁵², o que deixaria em aberto, por exemplo, a questão consistente em saber se somente o sócio que foi voto vencido na deliberação poderia retirar-se da sociedade ou se os sócios ausentes ou que se abstiveram também têm o direito.

Priscila M. P. Corrêa da Fonseca expõe que o sócio, mesmo tendo votado favoravelmente à alteração do contrato social ou a favor da fusão, por exemplo, poderá dela divergir e lançar mão da retirada motivada caso posteriormente convença-se do caráter pernicioso daquela deliberação para a sociedade. Da mesma forma, o

¹⁵¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31, p. 28 e 34.

¹⁵² MARQUES, Evy Cynthia. Direito de retirada de sócio de sociedade simples/civil e sociedade limitada no direito comparado e no Brasil. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 257.

sócio que se abstém de votar também faria jus ao direito de retirada motivada posteriormente, sob a ótica da autora.

A mesma autora relata que boa parte da doutrina italiana, país em que nasceu o direito de recesso, também entende que todo e qualquer sócio pode divergir da deliberação após a reunião, mesmo que tenha votado a favor. Destaca que a parte da doutrina italiana que sustenta entendimento diverso o faz com base no *venire contra factum proprium*.¹⁵³

No Brasil, outra voz de relevo que traça entendimento diverso é Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁵⁴, que assevera que somente o sócio que votou favoravelmente em razão de ter incorrido em erro, dolo, fraude ou simulação por terceiros, no ato do conclave, poderá valer-se da retirada motivada.

Concordamos com o entendimento defendido por Haroldo Malheiros Verçosa, por ter respaldo lógico e jurídico. Todavia, o erro a que o autor faz menção não precisaria ter sido inculcado dolosamente por terceiro. Isto é, na hipótese de deliberação que envolva fatos sobremaneira complexos, como análise detalhada de documentos ou cláusula especialmente sofisticada do ponto de vista jurídico, o sócio poderá alegar que não entendeu adequadamente o teor do ato que apoiou, quando da deliberação, mesmo que não tenha havido influência maliciosa de terceiro.

José Edwaldo Tavares Borba¹⁵⁵ defende que têm legitimidade para exercer o recesso os sócios que não contribuíram para a decisão tomada que aprovou a alteração contratual em questão, mesmo que ausentes ao conclave deliberativo ou aqueles que se abstiverem da votação.

¹⁵³ “Vedação da atuação contrária a um fato próprio já praticado que inculca expectativa de efeitos a outrem de boa-fé”. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, *A Extinção do Contratos por Incumprimento do Devedor*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Aide, 1991, p.352)

¹⁵⁴ “No segundo caso somente serão admitidos o arrependimento e o recurso ao direito de recesso caso o sócio demonstre que seu voto foi proferido favoravelmente à deliberação, com a qual passou a não concordar, em virtude de ter sido induzido a erro ou mediante dolo, fraude, simulação ou coação práticos por terceiros. Evidentemente, se ele agiu com conhecimento de causa não poderá, depois, alegar a própria torpeza para mudar de lado e locupletar-se às custas da sociedade”. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 135).

¹⁵⁵ “Ainda que a decisão tenha sido tomada em assembleia geral, não apenas os que discordarem expressamente, mas igualmente os ausentes e os que se abstiverem, todos poderão ser considerados dissidentes, sendo esta inclusive a norma interpretativa constante do § 1º do art. 137 da Lei nº. 6404/76, que, por analogia, deve ser aplicada à sociedade limitada”. (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128).

3.4. Da exclusão de sócio

A exclusão de sócio deve ser sempre motivada pelos demais sócios, podendo dar-se pela via extrajudicial ou judicial, conforme o caso.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁵⁶ descreve didaticamente que, na exclusão judicial ou extrajudicial, não podem ocorrer decisões discricionárias:

o que se dá, afinal, é uma específica distribuição do ônus da prova: na extrajudicial, o expulso deve provar que não descumpriu nenhuma de suas obrigações de sócio, se pretender se reintegrar à sociedade; na expulsão judicial, cabe aos remanescentes provar a culpa do sócio cuja expulsão pleiteiam.

José Marcelo Martins Proença¹⁵⁷ se dispôs a analisar o fundamento teórico da exclusão de sócio. Encontra o autor como pressuposto para a exclusão o fato de que a sociedade possui natureza institucional e não contratual. Em suas palavras:

A teoria do poder corporativo disciplinar (ou teoria institucional ou teoria cultural, como também são conhecidas) baseia-se na soberania estatutária para justificar a exclusão. De acordo com ela, a sociedade é um ente com poder disciplinar próprio. Considerando que a sociedade é um ente diverso da figura dos seus sócios, possuindo natureza institucional e não contratual, a ela não se aplica a teoria geral de resolução dos contratos, ficando a exclusão representada pelo exercício do poder disciplinar da sociedade, aproximando-se do poder de polícia da administração pública. (...) O instituto da exclusão tem a finalidade de proteger a sociedade e não o interesse público, ou, em outras palavras, a sociedade possui a faculdade de excluir, podendo optar ou não pela exclusão, conforme lhe forma mais conveniente, enquanto o Estado possui o poder-dever de exercer o poder de polícia.

Sem dúvida, a noção de que a sociedade tem natureza institucional, de modo que os interesses coletivos e o fim comum devem prevalecer sobre os interesses individuais dos sócios, propicia à sociedade a exclusão de sócio, obviamente mediante adequada deliberação, uma vez que não seria possível aplicar-se, por exemplo, a exceção ao contrato não cumprido.

¹⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 417.

¹⁵⁷ PROENÇA, José Marcelo Martins. Exclusão de sócio nas Sociedades Limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

3.4.1. Da exclusão extrajudicial

O art. 1.085 versa a respeito da exclusão extrajudicial do sócio minoritário que esteja “pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade” e que venha dar causa a uma justa causa. É imprescindível, conforme previsto no dispositivo legal, que haja previsão no contrato social a respeito da possibilidade de exclusão administrativa.

Antonio José Avelãs Nunes¹⁵⁸, célebre autor português, acredita que todos os contratos sociais contêm de modo implícito a cláusula de exclusão administrativa, pois esta decorreria da exceção ao contrato não cumprido. Não nos parece razoável o entendimento, uma vez que a exceção ao contrato não cumprido é, como já demonstrado anteriormente, premissa típica dos contratos sinalagmáticos. O contrato de sociedade é plurilateral ou de natureza institucional, mas jamais bilateral.

Os sócios representantes de mais de 50% do capital social poderão deliberar em reunião, especialmente convocada para tal fim, acerca da expulsão do sócio faltoso, de sorte que, uma vez aprovada a exclusão, será alterado o contrato social, desde que a exclusão extrajudicial por falta grave, repita-se, esteja prevista no referido ato constitutivo.

A referência ao voto de sócios que representem a maioria do capital social revela um cuidado do Código Civil com a elaboração de uma decisão democrática no âmbito da sociedade, evitando-se que um sócio majoritário que detenha isoladamente 40% do capital exclua os demais, ou então impondo-se que se possa excluir extrajudicialmente o sócio majoritário.

O ato de inegável gravidade deve ser entendido como ato que coloque em risco o desenvolvimento da atividade, como ressaltam Marcus Elidius Michelli de Almeida e Armando Luiz Rovai¹⁵⁹.

¹⁵⁸ AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 67.

¹⁵⁹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; ROVAI, Armando Luiz. Problemas societários e exclusão extrajudicial, *Valor Econômico – Legislação e Tributos*. São Paulo: 09/01/2015.

Vera Helena de Mello Franco¹⁶⁰ narra que atualmente diversos Códigos Civis ou Comerciais, pelo mundo, preveem a possibilidade de exclusão de sócio por falta grave.

Já se discutiu a respeito de ser vedado, nas hipóteses de sociedades de dois sócios, que o majoritário exclua o minoritário, pois o art. 1.085 faria menção a “quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social”, o que significaria que um sócio isoladamente que detenha mais de 50% não poderia excluir um minoritário, eis que a lei alude a “sócios”.

Não concordamos com tal exegese, uma vez que tal entendimento restritivo não é claro da leitura do dispositivo legal. Não se desconhece que, na Itália, há expressa previsão legal que obriga, na sociedade de dois sócios, que a exclusão de um seja somente via judicial, com base no art. 2287, § 3º do *Codice Civile*. Todavia, o fato é que o art. 1.085 do CC não é explícito nesse ponto.

Como se vê, embora a decisão seja extrajudicial, o sócio excluindo terá amplo direito de defesa na reunião de sócios, podendo consignar em ata as razões pelas quais entende não ser cabível sua expulsão. A exclusão opera-se a partir da deliberação social, cabendo ao sócio excluído, caso queira, questionar judicialmente a expulsão.

Exemplo disso é a possibilidade de o sócio excluído ingressar com ação judicial, a fim de demonstrar não ter praticado “ato de inegável gravidade”¹⁶¹. Nessa hipótese, o sócio excluído pode intentar pedido de urgência, no sentido de requerer sua imediata reintegração à sociedade, caso fique demonstrado, *primo aspectu*, tratar-se de ato meramente emulativo, por exemplo.

Embora os contratos sociais possam impor quóruns de unanimidade para determinadas alterações, não seria possível impor unanimidade para a exclusão de

¹⁶⁰ “Com esse entendimento, acatando a exclusão como modo de solução parcial do vínculo societário, é a manifestação da maioria dos códigos modernos, como fazem o Código Civil italiano, que cuida do tema no seu art. 2.286, sob a rubrica ‘Dello scioglimento del rapporto sociale limitatamente a uno socio’; o Código federal suíço das Obrigações (...) ou o Código Comercial alemão, quando disciplina a dissolução e a exclusão sob o mesmo título IV, mas em artigos diversos (arts. 133 e 140 (...)). (DE MELLO FRANCO, Vera Helena. *Manual de Direito Comercial*. Vol 1. São Paulo: RT, 2004, p. 278).

¹⁶¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 59.

sócio, por motivos lógicos. Caso assim não fosse, a exclusão de sócio extrajudicial não ocorreria na prática.

Cabe acrescentar que o mais comum é verificar, na prática, a existência de contratos sociais que não preveem a possibilidade de exclusão extrajudicial. Ou seja, caso os sócios, no momento da confecção do contrato social, não queiram permitir a exclusão extrajudicial, o acertado é não fazer constar cláusula nesse sentido nos atos constitutivos, eis que exigir unanimidade para tal deliberação afigura-se cláusula de validade questionável.

Armando Luiz Rovai¹⁶² esclarece que a possibilidade de exclusão extrajudicial não foi criada pelo Código Civil de 2002.

Vale dizer que o expediente de exclusão extrajudicial não é uma novidade no sistema societário, pois era possível efetuar exclusões societárias baseando-se no poder decisório da maioria dos sócios, desde que não houvesse cláusula específica que vedasse tal procedimento – Lei n. 8.934/94 e Decretos n. 1.800/96 e 3.708/19.

Interessante, no entanto, que o sistema societário acatava a possibilidade de se excluir o sócio minoritário toda vez que não houvesse previsão contratual em contrário e pelo simples fato de não mais haver afeição entre os sócios – *affectio societatis*.

Armando Rovai¹⁶³ aponta, ainda, que havia “certa dose de imoralidade” no Decreto n. 3.708/1919, uma vez que pelo simples estado desigual de poder de controle societário e pela quebra da *affectio*, poderia um sócio ser excluído de uma sociedade sem qualquer justificativa e seus haveres seriam deixados em tesouraria, conforme sua participação social.

Por sua vez, Fábio Konder Comparato¹⁶⁴ ensina que a exclusão extrajudicial teve mesmo que ser contida e restrita a casos específicos, no entanto, frisa o autor

¹⁶² ROVAI, Armando Luiz. Deliberação nas sociedade limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161-162.

¹⁶³ ROVAI, Armando Luiz. Deliberação nas sociedade limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161-162.

¹⁶⁴ “Suprimir-se a possibilidade de eliminação de sócio, sem previsão legal ou contratual, é reduzir as soluções jurídicas para o abuso, prevaricação, a desonestidade do sócio, ou a incompatibilidade superveniente de sua permanência na sociedade (por exemplo, em razão de condenação criminal por delito de natureza econômica) a duas apenas: recesso e a dissolução total da sociedade” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 144).

que a exclusão judicial – que será a seguir explorada – passou a ser importante instrumento para coibir atitudes desonestas e abusivas por parte de sócios.

José Marcelo Martins Proença¹⁶⁵ complementa que “em razão dessa omissão (no Decreto n. 3.708/19), a matéria acabou sendo orientada pelo art. 339 do Código Comercial, que exigia ‘justa causa’ ou ‘causa justificada’ para a exclusão do sócio”. O Código Civil de 2002 inverteu a lógica, exigindo previsão expressa em contrato, bem como utilizando a expressão “ato de inegável gravidade” – além da justa causa –, o que tornou mais criteriosa a exclusão extrajudicial.

Importante compreendermos, ainda, o que seriam atos de inegável gravidade, bem como a justa causa.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁶⁶ destaca que os atos que ensejam justa causa decorrem do descumprimento do dever de lealdade que os sócios devem ter em relação aos demais sócios e à própria sociedade, que seria traduzido por uma “noção geral de colaboração para o sucesso do empreendimento comum”. Assim, nota-se que a falta grave não fica somente ligada à gestão do negócio, mas principalmente a não praticar atos que sejam prejudiciais aos interesses comuns.

Roberta de Oliveira e Corvo Ribas¹⁶⁷ acrescenta que “cabe ainda observar que o ato de inegável gravidade deve ser imbuído de culpa do sócio a ser excluído.”

O conceito de ato de inegável gravidade é vago, como destaca Manuel Pereira Calças¹⁶⁸:

Nosso Código, ao prever a possibilidade da exclusão judicial de sócio que praticar falta grave no cumprimento de suas obrigações, institui mais um conceito legal indeterminado, conferindo ao juiz a competência para estabelecer quais faltas serão consideradas graves para autorizar a exclusão judicial daquele.

¹⁶⁵ PROENÇA, José Marcelo Martins. Exclusão de sócio nas Sociedades Limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179.

¹⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 129.

¹⁶⁷ CORVO RIBAS, Roberta de Oliveira e. *Causas de Dissolução Parcial da Sociedade Empresária Limitada*. Portal Migalhas, 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150512-05.pdf>. Acesso em 03. nov. 2017:

¹⁶⁸ PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Sociedades Simples. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118

O elemento subjetivo consubstanciado na conduta do sócio é fundamental para a caracterização da falta grave no caso de exclusão extrajudicial. Mesmo porque no dia adia empresarial, o sócio pode cometer erros estratégicos escusáveis, no entanto, caso venha a agir de modo totalmente divorciado da noção de colaboração e com vistas ao interesse comum, terá cometido ato de inegável gravidade. Ou seja, a culpa do sócio a que fazemos referência deve ser aquela decorrente da negligência para com os interesses comuns da sociedade.

A propósito do ato de convocação para assembleia ou reunião de quotistas em que se tratará da deliberação acerca da exclusão de sócio, Manoel de Queiroz Pereira Calças¹⁶⁹ assim leciona:

A exclusão só poderá ser deliberada em assembleia ou reunião de sócios especialmente convocada para tal finalidade, cientificando-se previamente o sócio, de molde a conferir-lhe a possibilidade de exercitar seu direito de defesa. Para ensejar ao sócio o direito de se defender, alvitramos ser de rigor que da convocação do sócio para a reunião ou assembleia deverá constar qual o ato considerado de inegável gravidade que coloca em risco a continuidade da empresa que lhe está sendo imputado. Ademais, poderá ele comparecer acompanhado de advogado, ou fazer-se representar por advogado, conforme prevê o Estatuto da Advocacia (artigo 7º, VI, d, da Lei nº 8.906/94, e artigo 1.074, § 1º, do Código Civil de 2002).

Nota-se importante alerta feito pelo autor, consistente na recomendação de que a convocação para o conclave em que será deliberado a respeito da exclusão de sócio já contenha qual foi o ato praticado que levou à justa causa, na visão dos demais sócios.

Em sentido contrário, Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁷⁰ argumenta que o direito à defesa seria ato meramente pro forma, uma vez que se a maioria já decidiu por excluir aquele sócio, suas justificativas não os sensibilizarão.

Entendemos que a cautela que venha a propiciar a ampla defesa contribui para a lisura do procedimento extrajudicial, de sorte que ouvir os contra-argumentos

¹⁶⁹ PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. A sociedade de responsabilidade limitada no novo código civil: dos sócios e da desconsideração da personalidade jurídica na sociedade limitada. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* Belo Horizonte, 36 (66): 33-60, jul./dez.2002, p 46.

¹⁷⁰ “Parece-me, de todo modo, extremamente infeliz a previsão de exercício de direito de defesa, já que as deliberações sociais representam, pura e simplesmente, a somatória das vontades da maioria exigida para tomá-la e não um julgamento”. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 3, p. 300-301)

do sócio que se pretende excluir é até mesmo uma postura eticamente recomendável¹⁷¹.

3.4.2. Da exclusão judicial

A exclusão judicial, prevista pelo art. 1.030 do Código Civil, deve ocorrer por meio de ação a ser movida pela maioria dos demais sócios, em hipóteses de falta grave no cumprimento das obrigações sociais ou por incapacidade superveniente.

Ao estabelecer que o quórum de deliberação será a “maioria dos demais sócios”, o Código Civil permite que o sócio majoritário seja excluído da sociedade judicialmente, bastando, para tanto, que haja maioria entre os demais sócios.¹⁷²

Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁷³ pondera que, em regra, as obrigações sociais do sócio são precipuamente as contribuições com a formação do capital social. No entanto, quando se tratar de inadimplemento na integralização da quota, aplicar-se-á a exclusão de pleno direito, conforme tópico seguinte.

O autor ressalta que o contrato social pode prever outras obrigações aos sócios, tais como não participar de outra sociedade de mesmo objeto ou não exercer ofícios fora do ambiente da sociedade. O descumprimento de tais obrigações pode ser consideradas como falta grave.

Assim como ocorre na retirada por justa causa, aqui também não se pode alegar a quebra da *affectio societatis* de forma genérica para sustentar o motivo justo. Este é o entendimento da jurisprudência^{174 175}.

¹⁷¹ “Parece-nos claro que ele deva ser informado, uma vez que a finalidade deste dispositivo é possibilitar o direito de defesa deste sócio”. (FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 135).

¹⁷² FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 133.

¹⁷³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 3, p. 137.

¹⁷⁴ Enunciado 67 aprovado em Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal.

¹⁷⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação 0063118-24.2012.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 24.06.2015.

Renato Ventura Ribeiro¹⁷⁶ salientou que a existência de falta grave ou ato danoso não significa dizer que seja necessária a prova de culpa do sócio. De fato, não cabe interpretação nesse sentido, sendo certo que a norma legal não menciona o caráter subjetivo da conduta do sócio, mas sim a gravidade do ato e do dano. No mesmo sentido, Antonio José Nunes Avelãs¹⁷⁷ também aduz.

No direito italiano, o entendimento é bastante similar ao exigir-se fato grave para a exclusão judicial. Gian Franco Campobasso¹⁷⁸ elucida que a exclusão de sócio dá-se em hipóteses de:

(...) gravi inadempienze degli obblighi che derivano dalla legge o dal contratto sociale. (...) Fra i fatti che legittimano l'esclusione può ricomprendersi anche (...) sistematica e ingiustificata opposizione ad ogni operazione sociale quando ciò paralizza l'attività della società.

É o chamado comportamento obstrutivo sistemático.

A respeito de quais seriam os fatos a caracterizar falta grave, assim Manoel de Queiroz Pereira Calças¹⁷⁹ disserta:

Nosso Código, ao prever a possibilidade da exclusão judicial de sócio que praticar falta grave no cumprimento de suas obrigações, institui mais um conceito legal indeterminado, conferindo ao juiz a competência para estabelecer quais faltas serão consideradas graves para autorizar a exclusão judicial daquele.

Armando Luiz Rovai¹⁸⁰ traz particular contribuição a respeito da discussão sobre em que consiste a justa causa. Defende o autor que a justa causa do Direito Societário caracteriza-se pela ausência de tolerância entre os sócios e o surgimento

¹⁷⁶ RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de Sócios nas Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 197-198.

¹⁷⁷ AVELÃS, Antonio José Nunes. *Direito de exclusão de sócio nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 250-252.

¹⁷⁸ CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale – Diritto delle Società*. Turim: UTET Giuridica, 2015, p. 111. Em tradução livre: "(...) violações graves de obrigações previstas em lei ou no contrato social. (...) Entre os fatos que justificam a exclusão pode compreender-se a oposição sistemática e injustificada a qualquer ação social, quando isso paralisa as atividades da sociedade".

¹⁷⁹ PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Sociedade Simples. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

¹⁸⁰ PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Sociedade Simples. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164-166.

do estado de prepotência, isto é, a partir do momento em que um dos sócios deixa de tentar convencer objetivamente os demais acerca de suas razões e passa a tentar impor seus argumentos de forma a presumir-se superior intelectualmente. Tal desajuste geraria um conflito que poderia revestir-se de justa causa.

De modo similar, Marcelo Fortes Barbosa Filho¹⁸¹ assim argumenta: “o afastamento do sócio meramente inoportuno é vedado, não bastando, para efetivar a exclusão, uma simples discordância genérica ou o surgimento de desavenças individuais”.

Por fim, importa destacar como se dá a contagem dos votos no conclave que irá deliberar pelo ajuizamento da ação de exclusão.

A regra de contagem aponta para o cômputo de votos de acordo com a participação societária de cada sócio votante. Na hipótese de empate na deliberação social para exclusão de sócio, José Marcelo Martins Proença¹⁸² afirma que:

Há a possibilidade de aprovação da matéria “por cabeça”, ou seja, por quantidade de sócios, para o caso de empate na deliberação tendo como base a participação do capital social. Trata-se da previsão do art. 1.010, parágrafo segundo, do Código Civil”.

Todavia, o próprio autor destaca ainda que, caso a sociedade tenha vínculo estável, ou seja, seja regida pela lei das sociedades por ações, aplica-se a regra do art. 129, § 2º da LSA.

Manuel Pereira Calças¹⁸³, nesse mesmo trilhar, ressalva que:

Se a sociedade for regida supletivamente pela Lei das sociedades por ações, em caso de empate deverá ser observado o art. 129, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações, não incidindo a regra do desempate que favorece a deliberação tomada pelo maior número de sócios.

Realizada a exclusão do sócio, a sociedade promove a liquidação da quota do sócio excluído, nos termos do art. 1.031 CC, bem como à luz do regramento do

¹⁸¹ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência. Coordenação de Cezar Peluso. Ed. Manole, 2007, p. 904/905.

¹⁸² PROENÇA, José Marcelo Martins. Ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas. São Paulo: abril de 2011. Disponível em <http://www.approbato.adv.br/blog/?p=139>. Acesso em 05. nov. 2017.

¹⁸³ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 124.

Código de Processo Civil de 2015, o qual será percorrido no capítulo seguinte deste estudo.

3.4.3. Exclusão de pleno direito

A exclusão de pleno direito é tratada pelo art. 1.030, parágrafo único do Código Civil e também recebeu influência do *Codice Civile* italiano, que trata de igual matéria em seu art. 2.288.

Em ambos os códigos, são similares as hipóteses, a saber, a declaração de falência do sócio excluindo e a liquidação de sua quota por credor particular, quer dizer, que não seja um credor da sociedade.

Pela expressão “de pleno direito” ou *di diritto* entende-se que o sócio é excluído extrajudicialmente, dada a constatação objetiva da gravidade de sua condição.

Interessante ponderação a respeito faz Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁸⁴ ao afirmar que a falência de sócio não deveria ser motivo para a exclusão de pleno direito, desde que os demais sócios o aceitassem na sociedade, por entender que sua falência não compromete a empresa, no sentido de atividade. De fato, não há razão para uma exclusão de pleno direito, a não ser que a quota do sócio fosse liquidada pelo credor falimentar.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁸⁵ pondera que a expulsão de sócio falido ou insolvente deve ser entendida como uma medida destinada a tutelar o interesse de terceiros e a proteção da sociedade, e, portanto, incorreto seria reputá-la como detentora de uma “natureza sancionadora”.

Outra causa de exclusão de pleno direito é a situação do sócio remisso, ou seja, que não integraliza o montante faltante da quota que subscreveu após o decurso de trinta dias a partir da notificação realizada pela sociedade para tanto. A previsão encontra-se no art. 1.004, parágrafo único do CC.

¹⁸⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 137.

¹⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Volume 2: direito de empresa. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 447.

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

Na liquidação da quota de sócio remisso, a sociedade deve deduzir dos possíveis haveres desse sócio o valor decorrente de perdas e danos causados pela mora.

José Marcelo Martins Proença¹⁸⁶ destaca que a exclusão, nessas hipóteses, também é extrajudicial e deve ser operacionalizada por meio da “alteração do contrato social, assinada por qualquer número de sócios, devendo, para fins de registro, fazer acompanhar dos documentos que comprovem a falência do sócio excluído ou o requerimento judicial de liquidação de quotas”.

3.5. Da apuração de haveres

A apuração de haveres é o levantamento do valor que cabe ao sócio retirante ou excluído, em razão de sua participação societária. Hernani Estrella¹⁸⁷, em clássica definição, assim traçou: “operar a transmutação do direito patrimonial e abstrato de sócio (enquanto jungido ao contrato), convertendo-o normalmente em prestação pecuniária exigível”.

No caso de retirada ou exclusão de sócio, este tem direito ao reembolso corresponde à sua participação societária, o qual será calculado por meio do balanço de determinação a ser levantado pela sociedade, salvo disposição em contrário no contrato social.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto¹⁸⁸ ressalta que “apuração de haveres” e “liquidação da quota de sócio” não são expressões sinônimas. Isso porque a primeira refere-se ao cálculo dos haveres a serem pagos, ao passo que a segunda expressão

¹⁸⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins. Exclusão de sócio nas Sociedades Limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

¹⁸⁷ ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 116.

¹⁸⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 312.

alude a todo o procedimento que tem por finalidade transformar o direito de participação societária do sócio em obrigação pecuniária exigível.

Nesse mesmo sentido, Mauro Rodrigues Penteado¹⁸⁹ observa que a utilização do termo “liquidação” para a dissolução parcial, embora costumeiro, é tecnicamente incorreto, porquanto não se liquida a sociedade. Essa segue em operação, ao contrário do que ocorre na dissolução total.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁹⁰ afirma que a apuração de haveres depende de levantamento contábil para reavaliação do valor de mercado da sociedade, dos bens componentes do patrimônio social, inclusive incorpóreos e do passivo da pessoa jurídica, sendo projetado o valor do acervo remanescente caso fosse a sociedade dissolvida naquele momento.

Não concordamos, com o devido acatamento, com a afirmação de que a apuração de haveres deve dar-se como se de dissolução total se tratasse, conforme será mais bem detalhado no tópico 4.3 deste estudo.

No que tange à apuração do valor dos haveres, Marcelo Fortes Barbosa Filho¹⁹¹ assim apregoa:

Pretende-se, portanto, preservar a sociedade e, mais ainda, em benefício da coletividade, possibilitar a continuação da atividade empreendida e a correspondente geração de riquezas.

Sendo certo que a intenção da dissolução parcial é permitir o desligamento de um sócio justamente para que a empresa seja conservada, não faz sentido apurar haveres pela mesma análise que seria feita na hipótese de dissolução total, quando a empresa é encerrada.

¹⁸⁹ “(...) embora não haja, na hipótese um procedimento liquidatório normal; como sublinhou o Tribunal de Justiça do Paraná, ‘na eufemística denominação dissolução parcial (...) não há que se falar em liquidação e conseqüentemente em liquidante, pois com a simples retirada de alguns sócios, a sociedade continua em funcionamento normal, estatutário, não entrando em liquidação’”. (PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Dissolução Parcial*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158.)

¹⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 469.

¹⁹¹ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência*. PELUSO, Cezar (coord.). Barueri: Manole, 2007, p. 957.

O art. 1.031 do Código Civil¹⁹² preceitua em seu *caput* que o balanço especialmente levantado para o fim de apuração de haveres deverá levar em consideração a data do desligamento do sócio como **data-base** para o cálculo. O termo balanço especialmente levantado não é o mais correto, eis que balanço especial significa somente um balanço ordinário levantado para a data do afastamento do sócio.

O balanço de determinação¹⁹³ deve levar em consideração os bens materiais e imateriais, tangíveis e intangíveis, o aviamento (*goodwill*) da sociedade e não somente os ativos e passivos convencionalmente carregados a um balanço contábil ordinário. Mauro Rodrigues Penteado¹⁹⁴ já assim alertava, ao apontar que a jurisprudência recomendava a inclusão dos intangíveis e do fundo empresarial no cômputo dos haveres.

Priscila M. P. Correa da Fonseca¹⁹⁵ chama atenção para o fato de que a apuração de haveres, mesmo com a consagração do art. 1.031 do Código Civil, vinha sofrendo, por parte da jurisprudência, uma utilização de certa forma tendenciosa, mesmo que de modo involuntário, no sentido de tentar-se punir o sócio excluído, com um cálculo não muito favorável a ele, bem como beneficiar-se, como que por compaixão, os herdeiros do sócio falecido na apuração de haveres.

Tal constatação revela a necessidade de adotar-se critérios objetivos para a apuração de haveres, a fim de não se deixar engendrar por influências ideológicas ou pessoais, que venham a turvar o cálculo do reembolso.

¹⁹² Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. - § 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota. - § 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

¹⁹³ (...) O balanço de determinação é o levantado para a finalidade específica de se determinar o valor da quota reembolsável ao sócio desligado. Seu objetivo especial distingue-o dos demais, pela busca da aferição mais real e individualizada possível dos valores de um ativo não-realizado, deles deduzindo-se um passivo não-solucionado. O balanço que, pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, deve ser considerado na apuração de haveres da dissolução parcial é o de determinação (BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 483).

¹⁹⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Dissolução Parcial*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 158. O autor cita o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de 10.12.1996, publicado na RDM 111:197-202, 198, com comentários de Renato Luís Bueloni Ferreira.

¹⁹⁵ FONSECA, Priscila M. P. Correa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 195.

Quanto à importância de o juiz definir, já no despacho inaugural de ação de dissolução parcial em sentido estrito (ou na fase de apuração de haveres da ação de dissolução em sentido amplo), a data-base, conforme previsto pelo art. 606 CPC/2015, tal fato já era recomendável, antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, pelo que vale transcrever os ensinamentos de Alberto Gomes da Rocha Azevedo¹⁹⁶:

Em seus efeitos, o recesso é instantâneo e total. Importando na modificação ou na extinção da relação jurídica não opera sucessiva ou delongadamente. Instantâneo é, em consequência, irrevogável. (...) Opera *ex nunc*, isto é destituído de efeito retroativo.

Assim, a previsão do Código Civil e do art. 606, CPC/2015, a respeito da forma de cálculo da apuração de haveres, veio a consolidar entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca da data-base. Foi importante, ainda, para ratificar a noção de que não bastaria um balanço patrimonial ordinário da sociedade, o qual a contabilidade está habituada a promover regularmente. É necessário promover um balanço de determinação.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 606, define que a apuração de haveres será feita por balanço de determinação (confirmando o que a doutrina e jurisprudência já firmavam), e avaliando-se os bens tangíveis e intangíveis, a preço de saída. A alusão a “preço de saída” é importante uma vez que o art. 1.031 do CC fazia referência ao balanço especial, o qual costuma utilizar o valor de aquisição dos bens.

A inclusão dos bens a preço de saída pode dar a falsa impressão de que o balanço de determinação fará um levantamento do valor da empresa como se se tratasse de dissolução total. Não é verdade, uma vez que a previsão acerca da inclusão dos intangíveis no balanço de determinação denota que se deve reputar que a empresa permanecerá em funcionamento.

¹⁹⁶ ROCHA AZEVEDO, Alberto Gomes da. *Dissociação da sociedade mercantil*. São Paulo: Resenha Universitária, 1975, p. 85-86.

Martinho Maurício Gomes de Ornellas¹⁹⁷, especializado em avaliação de empresas, observa que, por meio das demonstrações contábeis da sociedade, o profissional responsável pela elaboração do balanço de determinação, confecciona o documento observando as determinações que comandam a resolução de sociedade, procedendo a ajustes técnicos e avaliatórios extracontábeis, de modo que os elementos patrimoniais reflitam os respectivos valores líquidos de realização na data do evento. Aponta, ainda, que a metodologia utilizada na elaboração do balanço de determinação está prevista pelo Conselho Federal de Contabilidade, como veremos mais à frente.

197 ORNELLAS, Martinho Maurício Gomes de. *Avaliação de Sociedades: Apuração de Haveres em Processos Judiciais*. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 25-30.

4. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

4.1. Aspectos processuais

4.1.1. Objeto da ação

O Código de Processo Civil, em seus artigos 599 a 609, trata do procedimento previsto para a ação de dissolução parcial de sociedade¹⁹⁸.

O art. 599 inicia estabelecendo que a ação de dissolução parcial poderá ser proposta isoladamente, em conjunto com a ação de apuração de haveres ou a ação de apuração de haveres poderá ser proposta isoladamente.

Isso justifica-se uma vez que o sócio excluído (ou a sociedade, no caso de sócio retirante) pode concordar com o desligamento do sócio e entender por bem questionar somente a apuração de haveres.

Por outro lado, pode suceder que o desligamento do sócio seja um fato controverso entre as partes do processo, ao passo que a consequente apuração de haveres seja um fato incontroverso, pois as partes aceitam a previsão contratual, por exemplo, de modo que a ação seria unicamente de dissolução parcial.

Ademais, pode ocorrer de a ação cumular ambos os pedidos, de dissolução parcial e de apuração de haveres.

A nosso sentir, o art. 599, *caput* e seus incisos não atendem o que preconiza a boa técnica legislativa. O inciso I trata da dissolução parcial e o inciso II da apuração de haveres, sendo que eles estão ligados pela partícula “e”, de modo que quando o jurisdicionado for lançar mão da ação que contenha pedidos cumulados terá que fazer menção a ambos os incisos.

Todavia, o inciso III trata da possibilidade de se ajuizar a ação de dissolução parcial ou a ação de apuração de haveres, independentemente, de modo que o

198 “A chamada dissolução parcial, como bem reconhecem a doutrina e a jurisprudência, ainda que, por vezes com críticas com relação à nomenclatura que acabou sendo consagrada pelo CPC de 2015, tem como finalidade preservar a sociedade para os demais sócios, resolvendo-a e, relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, e quantificar os haveres respectivos”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 490)

jurisdicionado, quando for ajuizar somente uma das ações, fará alusão ao inciso I ou II e necessariamente também ao III, para justificar a possibilidade de independência.

Seria mais lógico se os incisos I e II estivessem ligados pela partícula “ou” e o inciso III contivesse a partícula “e”. Assim, o jurisdicionado lançaria mão somente de um inciso, conforme o caso.

O art. 599, *caput*, inciso I refere-se à sociedade empresária contratual ou simples, objetivando que tanto uma quanto outra possam ser objeto de ação de dissolução parcial. O termo “contratual” faz alusão às sociedades em comandita simples, em nome coletivo e às limitadas. As sociedades simples seriam as cooperativas e as simples propriamente ditas, pois o dispositivo legal utiliza a expressão “simples” em sentido amplo¹⁹⁹.

O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal aponta que a petição inicial deverá ser instruída com o contrato social consolidado. Certamente a juntada de contrato social consolidado e de última alteração não consolidada não deverão levar ao indeferimento da inicial, pois tal seria um excesso de rigor processual.

O comando do parágrafo primeiro quer evitar que se instrua a petição inicial somente com uma alteração contratual não consolidada e desacompanhada do contrato social, de modo que não se permita saber, por exemplo, qual a distribuição do capital social, qual a regra para pagamento de haveres, quem exerce a administração etc.

O parágrafo segundo do art. 599 trata da dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado. Curiosamente houve uma referência ao conteúdo do art. 206, II, “b” da Lei da S/A²⁰⁰, que trata acerca da dissolução total ou extinção da companhia de capital fechado.

¹⁹⁹ “São sociedades empresárias contratuais a sociedade limitada, em nome coletivo e em comandita simples. Apenas esses três tipos societários, entre as empresárias, podem ser objeto de ação de dissolução parcial. No campo do direito civil, as sociedades simples também podem ser dissolvidas parcialmente por essa via judicial, mas convém atentar que o CPC-projetado emprega a expressão em seu sentido largo, de categoria equivalente à de sociedade não-empresária. Vale dizer, a cooperativa também pode ser objeto de dissolução parcial judicial”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 150. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05. nov. 2017).

²⁰⁰ Julgamento de Recurso Especial em que se permitiu, em ação de dissolução parcial, a possibilidade de citação de sociedade anônima de capital fechado, dispensando-se a citação dos sócios. Matéria que

Como é sabido, a Lei das sociedades por ações não prevê a possibilidade de dissolução parcial de sociedade anônima. A jurisprudência tem admitido tal instituto em casos em que se demonstre que a S/A de capital fechado é *intuitu personae* e não meramente *intuitu pecuniae*.

A exigência de que a ação de dissolução parcial seja movida por acionista que detenha, no mínimo, 5% do capital social e que comprove que a companhia não pode mais preencher seu fim, que são requisitos para dissolver a sociedade, parece ter sido uma solução encontrada pelo legislador para inaugurar a previsão legal para a dissolução parcial, utilizando-se de uma das hipóteses existentes para a dissolução total. Parece-nos que o legislador preferiu salvaguardar o princípio da preservação da empresa, permitindo que, embora parte legítima para postular pela dissolução total da companhia, o acionista descontente possa dissolvê-la parcialmente²⁰¹.

Entretanto, se a companhia não pode mais preencher seu fim, qual a razão de preservá-la, em sua atividade? Há quem defenda que o dispositivo deve ser questionado quanto a sua aplicação²⁰².

Ademais, os artigos 599 e 600 do CPC dão tratamento unitário aos dois tipos de ação: a dissolução parcial em sentido estrito, quando se tem por objeto sentença com cunho constitutivo negativo (dissolução parcial da sociedade) e a dissolução parcial em sentido amplo, que nada mais é do que a apuração de haveres. Essa cumulação de ritos, embora não esteja em linha com as recomendações da doutrina

extrapola os limites do presente estudo, todavia, merece apreciação aprofundada pelos estudiosos do tema. (STJ, REsp 1400264, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.10.2017).

²⁰¹ “Diante de uma grave desinteligência, e caso o valor patrimonial da sociedade seja insuficiente para motivar uma retirada, os sócios insatisfeitos têm duas alternativas: requerer a expulsão dos demais ou pedir a dissolução total da sociedade. Caso não haja elementos minimamente críveis para a expulsão, existe uma propensão de os sócios pleitearem a dissolução total para, no curso do processo, buscar um acordo ou, no limite, promover a destruição do valor da sociedade e impedir que os demais sócios se apropriem com exclusividade do excedente(...) O problema é que, caso o ativo seja insuficiente para pagamento do passivo (o que se espera de uma sociedade em que a totalidade dos sócios reconhece a sua inviabilidade futura), o liquidante estará obrigado a confessar a falência (artigo 1103, VII do CC e 210, VI, da LSA). Assim, a dissolução total é evitada por precipitar a entrada em estado falimentar”. (A respeito da cultura da dissolução total no país: NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil*. Tese de Doutorado: PUC-SP: 2012, p. 301.)

²⁰² ARRUDA, Pablo Gonçalves e. *A dissolução (total e parcial) no novo CPC*. Portal Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234881,71043-A+dissolucao+total+e+parcial+de+sociedade+no+novo+CPC> . Acesso em 05. Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil. nov. 2017.

clássica processual, servem bem ao fim de tutelar o direito material em questão, a despeito de formalidades processuais.

A sentença em ação de dissolução parcial e apuração de haveres deverá decretar o desligamento do sócio, bem como traçar os parâmetros para o cálculo dos haveres, a ser realizado em liquidação de sentença²⁰³.

Celso Barbi Filho²⁰⁴ faz importante advertência:

Penso que as questões sobre a forma de apuração dos haveres que não restarem debatidas na fase cognitiva e, portanto, deixarem de constar da sentença, podem ser discutidas na liquidação do julgado, inexistindo, por lógica, preclusão desses elementos, essenciais ao deslinde do feito.

Conforme apontado em capítulos anteriores, o rito da ação de dissolução parcial antes da vigência do CPC/2015 foi uma criação pretoriana e doutrinária. Assim, o processo dividia-se em primeira fase, que era a fase de conhecimento sob procedimento ordinário, e a segunda fase, consistente na liquidação de sentença (apuração de haveres).

Havia uma discussão a respeito da cumulação de pedidos. Cássio Scarpinella Bueno²⁰⁵ destaca que prevalecia na doutrina o entendimento de que a cumulação seria própria e sucessiva, porquanto o primeiro pedido tendia à decretação da dissolução parcial e o segundo, que somente seria apreciado, se o primeiro fosse acolhido, objetivava a apuração de haveres.

Marcus Elidius Michelli de Almeida²⁰⁶ defendia ser possível, mesmo antes da vigência do CPC/2015, a cumulação alternativa de pedidos, a saber: a dissolução total ou a dissolução parcial com apuração de haveres.

Os intensos debates a respeito da cumulação de pedidos foram sepultados com o advento do CPC/2015. Novamente, o Código de Processo Civil de 2015 buscou

²⁰³ SPINELLI, Luís Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 501.

²⁰⁴ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. São Paulo: Mandamento, 2004, p. 390.

²⁰⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de Direito Comercial*. Vol 8. São Paulo: Saraiva, p. 393.

²⁰⁶ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Sociedade Limitada: Causas de dissolução parcial e apuração de haveres In Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 556.

atender aos anseios práticos do dia a dia forense, tendo em vista que a cumulação de pedidos é algo bastante corriqueiro, inclusive, muitas vezes, com a veiculação de reconvenção, como apontado por Marcelo Guedes Nunes²⁰⁷ em seu estudo jurimétrico acerca do tema.

4.1.2. Legitimidade ativa

O art. 600 do CPC preconiza quem pode propor ação de dissolução parcial de sociedade, ou seja, versa sobre a legitimidade ativa para o exercício da ação.

Como já dito, revela-se da leitura do artigo 600 que o legislador acabou por tratar da dissolução parcial em sentido estrito e da dissolução parcial em sentido amplo, sem se preocupar em diferenciar os institutos claramente no decorrer das preceituações legais, ou seja, como se fossem iguais. Vale dizer que a ação de dissolução parcial em sentido estrito é aquela que tem por escopo a desconstituição do vínculo contratual, ao passo que a dissolução parcial em sentido amplo refere-se somente à apuração de haveres em situações nas quais a dissolução, por exclusão ou retirada, já tiver ocorrido.

Caso a sociedade ajuíze ação de expulsão de sócio, e, no entanto, deixe de formular pedido expresso acerca da apuração de haveres, o sócio não precisará necessariamente veicular reconvenção nesse sentido, uma vez que a apuração dos haveres é consequência natural da dissolução parcial²⁰⁸.

Marcelo von Adamek²⁰⁹ também já defendeu de que não é necessário que o sócio, que a sociedade pretende excluir, proponha reconvenção:

A apuração de haveres do excluído em sede de liquidação é efeito da desconstituição do vínculo societário, decorrente da exclusão, e, portanto, independe de reconvenção.

²⁰⁷ NUNES, Marcelo Guedes. Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil. Tese de Doutorado. PUC-SP: 2012, p. 277-278.

²⁰⁸ SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 498-499.

²⁰⁹ ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócio por falta grave no regime do Código Civil, *Revista de Direito Mercantil*, nº. 158, abril 2011, p. 131.

Em vista do escopo do presente estudo, os incisos I, II e III do art. 600, que se referem à morte de sócio e o ingresso ou não de seus sucessores não serão apreciados aqui.

Passa-se, portanto, à análise do inciso IV do art. 600, o qual versa sobre a legitimidade ativa do sócio que exerceu direito de retirada ou de recesso, caso os demais sócios não tenham providenciado a alteração ao contrato social de forma consensual, no prazo de dez dias.

A crítica de lavra de Erasmo Valladão A. Novaes França e Marcelo V. von Adamek²¹⁰ dirige-se especificamente ao inciso IV do art. 600, em vista de este representar grave ingerência em regra de direito material. Apontam os coautores que o inciso em questão autoriza o sócio retirante a propor a ação de dissolução parcial, na hipótese de os demais sócios não celebrarem alteração ao contrato social dentro do prazo de dez dias.

Na realidade, a fim de formalizar seu desligamento da sociedade, basta que o sócio retirante notifique a pessoa jurídica acerca de sua retirada e averbe o ato na Junta Comercial, conforme preceitua o art. 1.032 do Código Civil. Inclusive, tal conduta, consoante frisa o dispositivo legal em questão, é suficiente para resguardar o sócio retirante do início do decurso do prazo de dois anos para sua responsabilidade perante terceiros.

Dessa forma, razão assiste à dupla de autores acima mencionada quando expressam inconformismo com relação ao inciso IV do art. 600 do CPC/2015. Isso porque a redação do dispositivo legal sob enfoque dá a entender que o sócio retirante teria interesse de agir em ajuizar ação de dissolução parcial, caso os sócios remanescentes recusem-se em firmar alteração contratual tratando de sua saída. Mas isso não é verdade.

A nosso ver, a ação de dissolução parcial proposta com tal finalidade correrá sério risco de ser extinta sem resolução de mérito com relação a tal pleito. Caso, nessa demanda, o sócio retirante cumule pedido também de apuração de haveres, tal pedido poderá ser apreciado, todavia, o libelo consistente em propugnar pela dissolução não terá a mesma sorte. Em suma, o mais acertado, a nosso sentir, é o sócio retirante

²¹⁰ Conf. FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da Ação de dissolução Parcial de Sociedade – comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 36-37.

ajuizar somente ação de apuração de haveres (*ex vi* art. 599, III, CPC), após ter promovido a averbação extrajudicial perante a Junta Comercial.

O inciso V do art. 600, por sua vez, trata a respeito da possibilidade de a sociedade, quando não couber a exclusão extrajudicial de sócio, ajuizar ação de dissolução parcial para a expulsão deste. Ou seja, resta consagrado pela lei que a sociedade tem legitimidade ativa para ajuizar ação de dissolução parcial e não os sócios desta.

A divergência de entendimento era forte no sentido de preceituar-se se a legitimidade ativa caberia à sociedade ou aos sócios em razão da redação do art. 1.030 do Código Civil, que estabelece que a exclusão judicial dependerá de iniciativa da maioria dos demais sócios. Autores como Alfredo de Assis Gonçalves Neto²¹¹, Fran Martins²¹², Jorge Logo²¹³ e Haroldo Malheiros Durclerc Verçosa²¹⁴ defendiam que o art. 1.030 refere-se ao modo de deliberação dos sócios *interna corporis*, para autorizar o ajuizamento de ação de exclusão a ser movida pela sociedade.

Outros autores, como José Marcelo Martins Proença²¹⁵ e Fábio Ulhoa Coelho²¹⁶, entendiam que a legitimidade passiva, antes da vigência do CPC/2015 logicamente, era dos sócios, em razão da redação do art. 1.030 CC.

A questão ficou superada com a boa iniciativa do inciso V, ao esclarecer que cabe à sociedade tal demanda. No entanto, o mesmo inciso encerra uma segunda parte não tão esclarecedora, em sua redação.

Ao manifestar que a sociedade será parte legítima no polo ativo para ajuizar ação de exclusão judicial sempre que não couber a exclusão extrajudicial, a lei

²¹¹ “A deliberação sobre a exclusão de sócio é da sociedade, por meio dos demais sócios em maioria de capital, pois, da mesma forma que na retirada, p que se está a romper é a relação jurídica entre sócio e sociedade. Ela é a titular do direito de excluir. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. São Paulo, 2004, p. 302-303.)

²¹² MARTINS, Fran. *Direito Societário*. São Paulo: Forense, 1984, p. 263)

²¹³ “(...) a ação ordinária será proposta pela sociedade contra o sócio, após deliberação da maioria dos sócios” (LOBO, Jorge. *Sociedades Limitadas*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 248).

²¹⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiro Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 157.

²¹⁵ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90.

²¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 479-480.

transmite a ideia de que, quando for possível a exclusão extrajudicial, não caberá intentar-se a exclusão judicial.

Já havia um debate na doutrina e na jurisprudência nesse aspecto, antes do advento do CPC/2015. Havia quem defendesse não haver interesse de agir para a ação de exclusão judicial, quando cabível a via extrajudicial, como Priscila M. P. Correa da Fonseca,²¹⁷ e Fábio Ulhoa Coelho²¹⁸, e outros entendiam que não haveria prejuízo em autorizar-se a via judicial, pois aumentaria a possibilidade de defesa do sócio excluindo, bem como poderia servir a aclarar questões nebulosas sob o crivo do Judiciário, como Erasmo Valladão Novaes França e Marcelo von Adamek²¹⁹.

Parece-nos que a redação do inciso V, nesse particular, não foi clara o suficiente, a ponto de dizermos se houve a intenção manifesta de resolver a polêmica ou se se tratou de mera obscuridade involuntária. Talvez o intuito fosse prever que caberá à sociedade a propositura da ação de exclusão de sócio e não que essa ação somente terá lugar, caso não seja cabível a via extrajudicial.

Uma vez que a afirmação do inciso V do art. 600 não é peremptória nesse diapasão, considera-se ainda que é defensável a ideia de que a sociedade tem interesse de agir para a exclusão judicial, mesmo se cabível a via extrajudicial.

O inciso VI do art. 600 preceitua acerca da possibilidade de o sócio excluído ingressar com ação de dissolução parcial em sentido amplo, ou seja, buscar a apuração de seus haveres, eis que a dissolução parcial já se deu por vontade dos demais sócios extrajudicialmente.

Ademais, caso o sócio entenda ter sido excluído de forma injusta pelos sócios remanescentes, de forma extrajudicial – quando o contrato autorizara expulsão administrativa –, poderá ingressar com ação anulatória da aludida deliberação. Ou seja, o sócio excluído pode concordar com a expulsão e mover ação com base no art. 600, VI, CPC para buscar seus haveres ou ajuizar ação anulatória do ato.

²¹⁷ FONSECA, Priscila M. P. Correa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p.61.

²¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 151-152 Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05. nov. 2017).

²¹⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da Ação de dissolução Parcial de Sociedade – comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p.41.

Tal ação anulatória já era aceita pela jurisprudência e continua sendo admitida, com a vigência do CPC/2015, muito embora não haja previsão expressa para tal. O Superior Tribunal de Justiça²²⁰ decidiu, inclusive, no Recurso Especial 1459190/SP, em 15.12.2015, acerca do prazo de prescrição para o ajuizamento de tal demanda.

O parágrafo único do art. 600 traz uma inovação ao mencionar que o cônjuge ou o companheiro de sócio poderá requerer a apuração de haveres da parte correspondente à sua meação, quando do término do relacionamento. Em uma análise açodada poderia não fazer muito sentido tal previsão legal, na medida em que o consorte do sócio não possui *status socii*, ou seja, não ostenta condição de sócio.

No entanto, a previsão do parágrafo único faz referência à ação de apuração de haveres e não à dissolução parcial, o que conduz ao entendimento de que o objeto

²²⁰ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. SOCIEDADE LIMITADA. EXCLUSÃO DE SÓCIO MINORITÁRIO. PRAZO DECADENCIAL DE TRÊS ANOS PARA ANULAÇÃO DA ASSEMBLEIA. DECISÃO DA MAIORIA DOS SÓCIOS, REPRESENTATIVA DE MAIS DE METADE DO CAPITAL SOCIAL. QUORUM DE DELIBERAÇÃO EM QUE NÃO PODE SER COMPUTADA A PARTICIPAÇÃO, NO CAPITAL SOCIAL, DO SÓCIO EXCLUENDO.

1. O prazo decadencial para exercício do direito à anulação da deliberação de exclusão de sócio minoritário de sociedade limitada é de 3 anos, nos termos do art. 48 do Código Civil. 2. Após sólida construção doutrinária e jurisprudencial que autorizava a exclusão de sócio minoritário, sempre tendo em mira o princípio da preservação da empresa e a manutenção de vínculo harmonioso entre os sócios, a matéria veio a ser regulada expressamente no novo Código Civil e, especialmente no que toca à sociedade limitada, regulamentada em seu art. 1.085. 3. Do excerto, verifica-se a imposição de requisitos formais e materiais para expulsão extrajudicial de sócio minoritário: i) deliberação da maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social; ii) colocação da sociedade em risco pela prática de atos de inegável gravidade; iii) previsão expressa no contrato social; e iv) cientificação do excluendo. 4. Em regra, o direito de sócio participar nas deliberações sociais é proporcional à sua quota no capital social. Por outro lado, o § 2º do art. 1.074 do Código Civil veda expressamente, com fundamento no princípio da moralidade e do conflito de interesses, que sócio participe de votação de matéria que lhe diga respeito diretamente, como sói a exclusão de sócio, haja vista que atinge diretamente sua esfera pessoal e patrimonial. 5. Nessa linha, para fins de quórum de deliberação, não pode ser computada a participação no capital social do sócio excluendo, devendo a apuração se lastrear em 100% do capital restante, isto é, daqueles legitimados a votar. 6. Na hipótese, a exclusão foi aprovada por unanimidade, mas, apesar de reconhecer isso, o Tribunal de origem entendeu pela ilegalidade da deliberação ao fundamento de que os sócios votantes eram detentores do percentual de 79,58% do capital social, inferior aos 85% exigidos pelo contrato social. 7. Nesse contexto, todavia, excluindo-se as quotas representativas de 20,413% do capital da ora recorrida, percebe-se que houve unanimidade dos sócios votantes representativos, por causa da exclusão desta, de 100% do capital social legitimado a deliberar. 8. Portanto, presentes todos os requisitos legais, sendo o expulso sócio minoritário, havendo cláusula permissiva no contrato social com convocação de reunião dos sócios especialmente para tal finalidade, tendo havido a cientificação do excluendo e com conclave realizado com sócios titulares de mais de metade do capital social, necessário reconhecer a legitimidade da deliberação de exclusão. 9. Recurso especial provido”.

(Superior Tribunal de Justiça, R.Esp. 1459190/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15.12.2015, DJe 01.02.2016)

não é a liquidação da quota, mas somente a estimativa de valoração da participação societária do divorciando. Significa dizer que a apuração de haveres não fará constituir um crédito do cônjuge contra a sociedade, mas somente uma avaliação da quota do sócio, a fim de que tal valor ingresse no bojo da distribuição da partilha do extinto casal.

Em sentido contrário, defende Fábio Ulhoa Coelho, na direção de que a ação cabível é de fato uma dissolução parcial²²¹. Não nos parece admissível tal entendimento, com o devido acatamento, porquanto se assim pretendesse o legislador deveria ter mencionado acerca do cabimento de ação de dissolução parcial e não expressamente “apuração de haveres”.

A intenção da lei é garantir ao ex-companheiro ou ex-cônjuge a possibilidade de calcular o valor real das quotas e evitar que seu cônjuge ou companheiro (sócio), por ocasião do fim da união, apresente um mero balanço ou balancete ordinário da sociedade, para fins de calcular sua meação, sem elaborar um balanço de determinação.

A inovação inculpada pelo parágrafo único é, portanto, pertinente e frutífera. Antes do advento do CPC/2015, havia notícia de decisões judiciais que julgavam extinta a ação proposta por ex-consorte de sócio contra a sociedade, por falta de interesse de agir. Também havia o risco de decisões, apontando para o outro extremo, que viessem a incluir o ex-consorte na sociedade, como se passasse a ostentar 50% das quotas do sócio.

Erasmu Valladão A. Novaes França e Marcelo V. von Adamek²²² criticam a redação do parágrafo único em questão, por entenderem que o dispositivo legal não

²²¹ “Finalmente, o cônjuge ou companheiro do sócio (art. 586, parágrafo único), ao término do casamento, união estável ou convivência, poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, caso não queira dela fazer parte e seja tal pedido compatível com o regime de bens do vínculo familiar desfeito. Quer dizer, se após o divórcio ou o desfazimento da união estável ou convivência, tinha um ex-cônjuge ou ex-companheiro direito à parte das quotas sociais tituladas pelo outro (de acordo com o direito de família), então estará legitimado para a ação de dissolução parcial de sociedade. Mas se, por força do regime de bens, não titula o ex-cônjuge ou ex-companheiro nenhum direito sobre as quotas sociais do outro, é evidente que não estará cumprida a condição para sua legitimação ativa”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 152 Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05. nov. 2017).

²²² Conf. NOVAES FRANÇA, Erasmu Valladão; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da Ação de dissolução Parcial de Sociedade – comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 44-45.

se coaduna com o art. 1.027 do Código Civil. Não concordamos com tal interpretação tecida pelos autores.

O entendimento dos referidos comercialistas caminha no sentido de que, ao passo que o art. 1.027 do CC não autorizaria que o consorte de sócio ajuíze ação desde logo contra a sociedade, o art. 600, parágrafo único do CPC assim permite. No entanto, entendemos que o art. 1.027 quer vedar que o consorte de sócio, no momento do divórcio, ajuíze ação contra a sociedade objetivando a dissolução parcial. O art. 600, parágrafo único do CPC, por sua vez, permite o ajuizamento da apuração de haveres, que não terá cunho condenatório ou (des)constitutivo contra a sociedade, mas somente declaratório, a ser empregado contra o sócio, na partilha.

Não vislumbramos, pois, uma revogação, sequer parcial, do art. 1.027 CC, mas sim uma adequada compatibilização entre os dispositivos.

Enfim, a conclusão lógica a que se chega a propósito da legitimidade ativa é de que somente o sócio poderá ingressar com ação de dissolução parcial. Alfredo de Assis Gonçalves Neto²²³ esclarece que o cessionário de quotas não aceito pela sociedade ou o espólio de sócio falecido não poderão ingressar com ação dissolutória calcados em expectativa de direito, porquanto não possuem *status* de sócio.

4.1.3. Legitimidade passiva

O art. 601 do CPC traz uma certa contradição entre seu *caput* e seu parágrafo único, na medida em que o *caput* aponta que devem ser citados a sociedade e seus sócios na ação de dissolução parcial e o parágrafo único assevera que, caso todos os sócios sejam citados, a sociedade não precisa compor a relação processual.

Ora, primeiramente o dispositivo legal estabelece que sociedade e sócios devem ser citados. Depois, faz uma permissão, no sentido de que a citação de todos os sócios consistiria fato capaz de isentar o autor da ação da obrigatoriedade de citar a sociedade e que, mesmo assim, esta estaria obrigada pela sentença que adviesse.

E o contrário, isto é, caso somente a sociedade seja citada, estarão os sócios dispensados da citação? O artigo não resolve essa questão, porquanto, *a priori*, pelo *caput*, tanto sociedade quando sócios devem ser citados.

²²³ Conf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 189, p. 336-337.

O resultado da previsão legal, ora sob comento, é que os sócios acabarão quase sempre sendo arrolados no polo passivo de ações de dissolução parcial e de apuração de haveres.

Ademais, caso os sócios não fossem obrigatoriamente incluídos no polo passivo da referida ação, esses não carregariam o ônus de terem contra si uma ação judicial, estampada em suas certidões forenses pessoais, em toda e qualquer ação de dissolução parcial em sentido amplo.

Parte legítima é aquela que deverá sujeitar-se aos efeitos da decisão. Nesse sentido, a sociedade, e somente ela, deveria figurar no polo passivo de ação que objetive somente a apuração de haveres.

Esse era o entendimento de Hernani Estrella²²⁴, antes da vigência do CPC/2015:

Averiguado que, em virtude da saída de sócio e ulterior apuração dos haveres, pode surgir um crédito em dinheiro, conviria indagar, agora, quem, em tal hipótese, seria o sujeito devedor. (...). Assim, ter-se-á de estabelecer inicialmente se, concluída a apuração, resultou débito ou crédito, pois, como se sabe e já foi, aliás, evidenciado (...), é provável ocorrer tão completa equivalência entre ativo e passivo da sociedade, no momento considerando, que inexistia devedor ou credor. Em tal situação, obviamente, a pergunta perderia todo o interesse. Mas, na generalidade dos casos, ao contrário, o processo de liquidação da quota do ex-sócio é positivo, isto é, traduz a existência de um crédito a seu favor. **Nestas condições, atenta a estrutura binária da relação obrigacional, a face oposta desta é ocupada pelo sujeito devedor, que vem a ser a sociedade.** Isto se explica se reembolso ao sócio egresso redunde, afinal, na restituição, por parte da sociedade, do contingente de capital como decorrência lógico do atributo da personalidade jurídica, em razão do qual é juridicamente possível essa contraposição de interesses entre a entidade coletiva e os seus membros. (grifou-se)

Alfredo de Assis Gonçalves Neto²²⁵ também opinou nesse sentido, antes da promulgação do CPC/2015, sendo até mais rígido, por defender que mesmo na ação de dissolução parcial em sentido estrito, somente a sociedade deve figurar como ré:

A jurisprudência de nossos tribunais mostra a tendência de exigir a presença da sociedade e dos demais sócios no polo passivo da relação processual, embora existam decisões conflitantes (...). Essa orientação prevalecente, a meu ver, decorre das disposições do Código de Processo Civil de 1939,

²²⁴ ESTRELLA, Hernani. O. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 201-204.

²²⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 337-338.

nesse ponto ainda em vigor, que, sem a visão dos efeitos da personificação e dos diversos tipos societários, bem como da função que a sociedade visa preencher no ordenamento jurídico, prevê a oitiva dos interessados no prazo de 48 horas, quando se tratar de dissolução de pleno direito, ou de 5 dias, quando disser respeito à dissolução contenciosa (art. 656, §§ 1º e 2º). A solução, então, foi entender que, dentre os interessados, além dos sócios, está a sociedade, pois não faz sentido a citação daqueles sem que esta participe da relação processual que visa precisamente, a sua extinção.

Entendo, porém, que a ação deve ser dirigida exclusivamente contra a sociedade. Ela – e apenas ela – é que irá sofrer os efeitos da sentença dissolutória, sendo dela, portanto, o interesse em resistir à pretensão ajuizada. Os sócios podem ser interessados, como o indica a lei processual, mas não são partes, tanto que não podem estar sujeitos aos efeitos da sentença. Não se pode olvidar que, na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios vai até o valor do capital social e cessa totalmente com sua integralização. Consequentemente, não poderia ser eles obrigados ao pagamento de haveres, que são dívidas vinculadas ao patrimônio social. Figurando como réus na relação processual, ficariam sujeitos à execução, em solidariedade com a sociedade – o que contrariaria o regime jurídico do tipo societário em análise. (grifou-se)

Realmente, é a sociedade quem deveria constar no polo passivo de ação de retirada de sócio, uma vez que é com ela que se rompe o vínculo societário, bem como ela é quem será condenada a pagar haveres, se o caso.

De fato, já havia decisões de relevo, na direção de que os sócios devem compor o polo passivo (litisconsórcio necessário) e que a sociedade poderia também integrar a relação processual, se assim desejasse, dentre as quais destaca-se o acórdão de lavra do E. Ministro Carlos Menezes Direito, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 735207/BA²²⁶, dando conta de que a citação de todos os sócios dispensaria a citação da sociedade:

Dissolução de sociedade. Participação dos sócios remanescentes como litisconsortes passivos necessários. Ausência de litisconsórcio passivo necessário em relação à sociedade. Precedentes da Corte. 1. **Dúvida não há na jurisprudência da Corte sobre a necessidade de citação de todos os sócios remanescentes como litisconsortes passivos necessários na ação de dissolução de sociedade.** 2. Embora gerasse controvérsia entre as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte, a Terceira Turma tem assentado que não tem a sociedade por quotas de responsabilidade limitada qualidade de litisconsorte passivo necessário, podendo, todavia, integrar o feito se assim o desejar. 3. Recurso especial conhecido e provido.

²²⁶ STJ, REsp 735207/BA, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 07.08.2006, p. 221.

Importa colacionar outro entendimento do STJ²²⁷, mais recente:

(...) Na ação para apuração de haveres de sócio, a legitimidade processual passiva é da sociedade empresarial e dos sócios remanescentes, em litisconsórcio passivo necessário. III - A falta de citação do litisconsorte necessário inquina de nulidade, desde a origem, o processo originário, matéria a ser apreciada, inclusive, de ofício. Em casos que tais, 'os atos nulos pleno *iure* jamais precluem, não se sujeitando à coisa julgada, porque invalidam a formação da relação processual, podendo ser reconhecidos e declarados em qualquer época ou via.

Diante disso, observa-se que a redação conferida ao art. 601 do CPC/2015 provavelmente teve a intenção de consolidar um entendimento jurisprudencial bastante difundido, segundo o qual haveria o litisconsórcio passivo necessário entre sociedade e sócios. Entretanto, o parágrafo único do mesmo art. 601 buscou fazer uma concessão e permitir que, na realidade, tal litisconsórcio fosse somente facultativo, sendo essencial a citação dos sócios e dispensável a da sociedade, em consonância também com entendimentos pretorianos acima citados.

A nosso ver, trata-se de artigo, embora bem-intencionado, que restou contraditório entre si.

²²⁷ "(...) Contudo, quanto à tese da que o fenômeno da preclusão não pode alcançar a alegada nulidade do ato citatório, com razão a recorrente. Isso porque, como ato essencial ao devido processo legal, à garantia e segurança do processo como instrumento de jurisdição, a citação deve observar os requisitos legais, sob pena de nulidade quando não suprido o vício, o qual deve ser apreciado em qualquer época ou via. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COMERCIAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A SOCIEDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. I - Consoante dispõe o artigo 535 do CPC, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejuízo da causa. II - Na ação para apuração de haveres de sócio, a legitimidade processual passiva é da sociedade empresarial e dos sócios remanescentes, em litisconsórcio passivo necessário. III - A falta de citação do litisconsorte necessário inquina de nulidade, desde a origem, o processo originário, matéria a ser apreciada, inclusive, de ofício. Em casos que tais, 'os atos nulos pleno *iure* jamais precluem, não se sujeitando à coisa julgada, porque invalidam a formação da relação processual, podendo ser reconhecidos e declarados em qualquer época ou via.' (REsp 147.769/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 14.2.00). IV - Agravo Regimental improvido" (AgRg no REsp 947.545/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/2/2011, DJe 22/2/2011 - grifou-se). " A citação é o ato pelo qual se chama ao juízo o réu ou interessado para defender-se. É condição indispensável para validade da relação processual; a sua ausência ou nulidade, se não suprida, torna viciado o processo, fato este que pode ser reconhecido a qualquer tempo, e até mesmo de ofício. (REsp 152.023/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.03.2000, DJ 02.05.2000)". (STJ, REsp 1335170, relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, publicado em 02.10.2012).

O parágrafo único veio a cristalizar uma regra de saneamento do processo, já empregada pela jurisprudência. Ou seja, a regra do *caput* deve ser aplicada sempre, de molde que a sociedade e os sócios componham o polo passivo, todavia, acaso esta não possa ser citada, considerar-se-á convocada para a relação processual, com a citação de todos os sócios. Ou seja, no Distribuidor Forense, a sociedade deve ser apontada como ré e as eventuais certidões obtidas em nome dela por terceiros indicarão a existência da ação.

O que se dispensa é a citação e não a alocação da sociedade como ré.

Cássio Scarpinella Bueno²²⁸ também entende dessa forma. Defende o autor que “neste caso – e não em outros – os sócios agirão em nome próprio e também em nome da sociedade. Por isso, aliás, o complemento regrado de a sociedade ficar sujeita não só à eficácia do que decidido, mas também à coisa julgada (...)”.

4.1.4. Pedido contraposto

O art. 602 do CPC/2015 traz a possibilidade expressa de a sociedade poder formular pedido contraposto em ação de apuração de haveres manejada por sócio.

Ou seja, a sociedade, uma vez citada, poderá não apenas requerer que os haveres a serem pagos ao sócio sejam arbitrados em valor inferior ao postulado pelo requerente, como também poderá pleitear pelo recebimento de valores, a título de perdas e danos, por prejuízo causado por sócio que se desligou, que serão compensáveis com os haveres a serem pagos.

Em realidade, tal procedimento já era admitido antes do CPC/2015, por meio de reconvenção formulada em ações de apuração de haveres.

Exemplo do pedido feito como reconvenção é o julgado abaixo transcrito, que trata de ação de apuração de haveres movida por sócio retirante, na qual foi formulada reconvenção pela sociedade, alegando que o sócio havia desviado recursos da pessoa jurídica:

Mister ressaltar, que a aludida sentença não acolheu pela procedência da reconvenção de fls. 52/55, a qual tratava, resumidamente, sobre a existência de vultoso desvio de fundo financeiro da empresa, corroborado por laudo

²²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 8. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 405-406.

pericial apresentado às fls. 604/667, que constatou tais operações financeiras como legítimas bem como existência de crédito a favor do requerente da demanda, não havendo prova, portanto, de que o ora reconvinde tivesse se apropriado de valores ou beneficiado terceiros em prejuízo da empresa.²²⁹

O dispositivo legal sob enfoque tratou de disciplinar a possibilidade de pedido contraposto por quem sofrer ação de apuração de haveres. Apesar de o art. 602 referir-se somente à sociedade, o sócio também poderá lançar mão do pedido contraposto, em razão do princípio da isonomia.

Embora a reconvenção fosse aceita anteriormente à positivação do pedido contraposto pelo art. 602, em vista da incerteza a respeito do procedimento aplicável à própria ação de dissolução parcial, alguns juízes aplicavam o rito especial previsto pelo CPC/1939, concedendo prazo de cinco dias para defesa; alguns poucos aplicavam o rito sumário; e outros tantos magistrados aplicavam o rito ordinário, o que dava direito à reconvenção.

Essa confusão acerca do cabimento de reconvenção, causava alguns percalços aos jurisdicionados, eis que caso a ação fosse processada pelo rito sumário ou pelo rito especial do CPC/1939, o requerido não poderia, em tese, propor reconvenção. É o que se infere do julgado abaixo, de lavra do Desembargador Ricardo Negrão²³⁰:

Prazo de 15 dias consignado no mandado de citação. Inexistência, ademais, do prazo de cinco dias no rito sumário (CPC, art. 277). Audiência de conciliação não designada no despacho inicial. Presunção de que ação foi iniciada pelo rito ordinário. Inércia do recorrente em oferecer reconvenção.

²²⁹ TJSP, Apelação 9096199- 53.2008.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 08.05.2013.

²³⁰ RECONVENÇÃO. Rito aplicável. Alegação de que adoção do rito sumário no despacho inicial impediu oferecimento da reconvenção, defendendo o recorrente a conversão do rito para ordinário - Concessão de cinco dias para contestar. Erro material evidente, que não cerceou direito do recorrente de oferecer contestação. Prazo de 15 dias consignado no mandado de citação. Inexistência, ademais, do prazo de cinco dias no rito sumário (CPC, art. 277). Audiência de conciliação não designada no despacho inicial. Presunção de que ação foi iniciada pelo rito ordinário. Inércia do recorrente em oferecer reconvenção - Hipótese, ademais, em que indeferimento dos pedidos de conversão do rito e de reabertura de prazo para oferecimento de reconvenção não foi atacado oportunamente pela via recursal adequada - Preclusão temporal do direito à ação reconvenicional. Improcedência do pedido de declaração de que foi o recorrente quem se retirou da sociedade. Preliminar rejeitada Apelação improvida (TJSP, Apelação 0102366-75.2009.8.26.0011, 2ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Ricardo Negrão, j. 08.04.2013).

No caso específico do aresto acima colacionado, o requerido confundiu-se com o rito eleito pelo magistrado e deixou de opor reconvenção. Todavia, após a apresentação de contestação, deu-se conta de que o rito era o ordinário e tentou oferecer reconvenção, a qual foi considerada intempestiva, porquanto havia ocorrido a preclusão.

A própria formalização feita pelo CPC/2015, de que a ação de dissolução parcial deve respeitar o procedimento comum, já deixaria suficientemente claro que seria cabível reconvenção. No entanto, o art. 602, a fim de afastar qualquer dúvida, autoriza expressamente tal pleito e na forma de pedido contraposto.

É pertinente a positivação realizada. É sempre salutar poupar a proliferação de recursos desnecessários que, além de sufocar o Judiciário, colocam em risco o direito material dos jurisdicionados.

Note-se que a reconvenção tratada aqui consiste em veicular pedido contraposto que ultrapasse o pedido pela mera apuração de haveres, conforme acima explicitado, isto é, na hipótese de a sociedade reconvir, não somente para divergir do *quantum* a ser pago ao sócio a título de reembolso, como também para reclamar valores desviados pelo sócio excluído ou em razão de perdas e danos causados por ele.

O pedido contraposto é um expediente bastante útil em demandas dessa natureza. Isso porque não raras vezes a sociedade empresária e os demais sócios possuem motivos para endereçar demandas perante o Judiciário contra determinado sócio, porém não o fazem, por vezes, por motivos morais, no intuito de evitar o confronto; ou por falta de provas; ou mesmo pela crença de que isso pode não ser produtivo.

Na medida em que o sócio ajuíza ação de apuração de haveres, a sociedade sente-se liberada para conduzir o assunto ao Judiciário, pois a situação já ganhou a esfera de litígio.

É algo similar à lógica do recurso adesivo. Ou seja, a parte “A” em determinado processo decide por não recorrer, porquanto prefere que a decisão de primeira instância, mesmo que de procedência parcial, transite em julgado, sem mais delongas e seja possível realizar logo o lucro obtido. Ao passo que a parte contrária (“B”) lança mão do recurso e sabe-se que o processo aguardará por mais alguns anos

pelo julgamento em segunda instância, então “A” entende por bem interpor recurso adesivo ao recurso de “B”, para também buscar a reforma do julgado em seu favor.

Talvez isso decorra de mecanismos psicológicos do ser humano em momentos de disputa, similar ao que ocorre na “teoria dos jogos de soma-zero”, na qual o ganho de uma parte representa a perda da outra, em igual proporção, de sorte que os indivíduos ou jogadores, em tais situações de conflito e de risco, sempre querem minimizar suas perdas, mais do que maximizar seus ganhos, agindo sem colaboração entre eles²³¹.

Todavia, não há necessidade de o réu veicular reconvenção na hipótese de pretender requerer contra o autor a fixação de apuração de haveres diverso do quanto pleiteado na inicial. Sendo a apuração de haveres uma ação de caráter dúplice tal pedido é inerente à contestação do réu, desde que esta conteste o valor que o autor entende devido.²³²

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça Paulista, por acórdão de lavra do Desembargador Ricardo Negrão²³³, assim pontificou:

Direito potestativo da ré excluída ao recebimento dos haveres. Desnecessidade do pedido reconvenicional. Constatação, ademais, de que o autor se propôs, no curso da lide, ao pagamento dos haveres.

E mais²³⁴:

Havendo quebra da *affectio societatis*, sua solução é a dissolução, seja total seja parcialmente. Não havia, pois, necessidade de oferta de reconvenção, posto que se reconhece, nas ações de dissolução societária, natureza dúplice.

Não obstante, caso o autor da ação de dissolução parcial não especifique pedido por apuração de haveres, limitando-se apenas ao pleito de dissociação parcial,

²³¹ Para ler mais a respeito: FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 35.

²³² NOLASCO, Alexandre Linares. Aspectos práticos da dissolução parcial da sociedade limitada. In: *O Direito de empresa nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 88.

²³³ TJSP, Apelação 0101528-30.2007.8.26.0003, Rel. Des. Ricardo Negrão, 2ª Câmara. Reservada de Direito empresarial, j. 25.02.2013.

²³⁴ TJSP, Apelação 100.531-4/7, Rel. Des. Mohamed Amaro, j. 14.12.2000.

entende parte da doutrina que o réu deverá ajuizar ação própria de apuração de haveres.²³⁵

4.1.5. Da concordância com a dissolução parcial

Estabelece o art. 603 do CPC/2015 que, havendo concordância do réu com relação ao pedido de dissolução parcial, o juiz a decretará, passando à fase de apuração de haveres. O parágrafo primeiro destaca, ainda, que, nessa hipótese, não haverá condenação em honorários advocatícios e as custas serão rateadas entre as partes.

Produtiva essa previsão legal, na medida em que estimula o réu, seja ele a sociedade, ou o sócio a ser excluído, a anuir com o pedido inicial, quando não tiver insurgência concreta a opor ao pedido inicial. Ou seja, é diferente da situação em que o réu tem receio de concordar com o pleito inicial e ser condenado ao ônus de sucumbência.

A norma em questão tem o intuito de evitar uma injusta condenação em sucumbência, bem como coibir defesas procrastinatórias. Isso porque, se o réu na ação tem conhecimento de que provavelmente será derrotado, teme arcar com a iminente condenação em sucumbência, muitas vezes pode optar por procrastinar o feito, relegando sua condenação por anos a fio.

Essa lógica processual remete, sob nossa ótica, à previsão de que, na ação de Execução de Título Extrajudicial (art. 827, §1º, CPC²³⁶), caso o devedor deposite judicialmente o valor devido, arcará somente com 50% dos honorários advocatícios. Ou seja, representa uma tendência processual moderna, no sentido de premiar-se o litigante ético e transparente e não somente punir o litigante de má-fé.

4.2 Decisão inaugural da fase de apuração de haveres e o depósito judicial de parte incontroversa

²³⁵ RIBEIRO. Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 313.

²³⁶ Art. 827. Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.

§ 1º No caso de integral pagamento no prazo de 3 (três) dias, o valor dos honorários advocatícios será reduzido pela metade.

O art. 604, do CPC/2015²³⁷, estabelece o rito para a fase de apuração de haveres na ação de dissolução parcial de sociedade. Tal dispositivo aponta como deve se dar o despacho inaugural do juiz para a fase de apuração de haveres (ou na ação de dissolução parcial em sentido estrito), ou seja, o juiz deverá: (i) fixar a data da resolução da sociedade, a chamada data-base; (ii) identificar os critérios de apuração de haveres previstos no contrato social, bem como (iii) nomear perito para a realização de laudo técnico.

No que se refere à data da resolução da sociedade, o que se encontra previsto no inciso I, do art. 604, CPC/2015, importante frisar que reconhecimento de tal momento, a ser feito pelo juiz, é fundamental ao início da apuração de haveres. Trata-se de um critério essencial, conhecido como data-base.

Antes de dar início à fase de apuração de haveres, o Magistrado da causa deverá fixar, de forma clara e inequívoca, qual é a data-base para a apuração, significa dizer, em que data a sociedade foi parcialmente dissolvida, de fato. Além disso, deverá identificar quais os critérios previstos no contrato social para a realização da apuração²³⁸.

A propósito da fixação da data-base, o art. 605 do CPC preconiza como deverá ser tal data identificada, conforme cada caso. Aponta o artigo que no caso de retirada imotivada do sócio, a data de afastamento será o sexagésimo dia a contar da notificação enviada à sociedade. Aliás, tal regra já foi questionada neste estudo anteriormente (item 3.1), por entendermos que o correto seria a data da notificação.

No caso de recesso, o art. 605, III preconiza que a data de afastamento será o dia da notificação feita pelo sócio à sociedade, provavelmente por entender que esta independe de alteração ao contrato social, sendo direito potestativo.

²³⁷ Art. 604 – Para apuração dos haveres, o Juiz:

I - fixará a data da resolução da sociedade;

II - definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social; e

III - nomeará o perito.

²³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Ação de dissolução parcial de sociedade. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 149. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1> . Acesso em 05. nov 2017.

Na hipótese de retirada por justa causa ou de exclusão judicial, o art. 605, IV, estabelece que a data será o trânsito em julgado de decisão que decretar a dissolução parcial. Isso porque, no caso de exclusão judicial, até então, em vista da não concordância do sócio excluendo com relação a seu afastamento da sociedade, não havia consenso em relação à dissolução parcial.

Essas datas devem ser bem fixadas pelo Magistrado, nos termos do art. 604, I, CPC, antes do início da apuração de haveres, por se tratar de critério básico.

Além da fixação da data-base, o magistrado deverá estabelecer os critérios de apuração de haveres, a princípio, conforme previsto em contrato social. Embora seja essencial ao deslinde da apuração de haveres, caso o juiz não fixe os referidos critérios, abre-se oportunidade às partes no processo para reflexão a respeito da melhor estratégia processual, isto é, interpor recurso ou deixar o processo fluir.

É algo similar ao que tratamos neste estudo no item que versa sobre o pedido contraposto. Caso a parte acredite que o juiz determinará a realização de perícia com base em critérios, de certo modo implícitos, de apuração de haveres e que esses a favorecem, então, provavelmente não interporá embargos de declaração ou agravo de instrumento.

A opção por não recorrer teria fundamento na crença da parte de que a perícia tenha início, apresente valor que lhe seja conveniente e a outra parte é que estaria às voltas com a necessidade de impugnar o laudo pericial, com o risco de que seja considerada preclusa sua oportunidade de agravar.

Aliás, a designação ou não de perito – também prevista no dispositivo legal sob comento – é outro elemento essencial que deve ser incluído na decisão inaugural da apuração de haveres.

O art. 604, parágrafo primeiro, do CPC/2015²³⁹ dispõe que o juiz deverá determinar que a sociedade ou os sócios remanescentes depositem judicialmente a parte incontroversa.

²³⁹Art. 604 – Para apuração dos haveres, o Juiz:

(...)

§1º -O juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos.

(...)

§ 3º- Se o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa.

Novamente, o legislador refere-se à sociedade e aos sócios remanescentes de modo a criar certa confusão interpretativa. Considerando que nas sociedades limitadas, e mesmo nas ilimitadas, existe separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus sócios, não faz sentido apontar que os sócios poderão efetuar o depósito da parte incontroversa.

O valor incontroverso pode decorrer, como o próprio parágrafo terceiro dispõe, de predeterminação no contrato social. A predeterminação significa que o contrato social contém cláusula que especifica concretamente como será calculado o reembolso do sócio, ou até mesmo que indique o valor e a forma de pagamento.

A iniciativa trazida pelo art. 604, §1º a respeito do depósito do incontroverso é louvável e pretende evitar atos procrastinatórios no processo, como bem estaca Fábio Ulhoa Coelho²⁴⁰:

Esta é uma novidade de extraordinário alcance, que visa impedir o uso estratégico da ação de dissolução parcial da sociedade (isto é, seu uso com o desiderato de protelação do pagamento do reembolso). Quando as partes divergem sobre o valor deste, o litígio versa evidentemente sobre a diferença entre o ofertado pela sociedade e o pretendido pelo sócio desvinculado ou seus sucessores. A parte incontroversa dos haveres deve ser, assim, desde logo, disponibilizada ao credor (art. 588). Prevendo o contrato social, por exemplo, o parcelamento do pagamento dos haveres, deverá ser observada essa condição contratual (art. 588, § 2º).

Pode ocorrer de o sócio que se desliga discordar de tal cláusula contratual e objetivar receber haveres em patamar superior. Nesse caso, a sociedade deve depositar, *ab initio*, na ação de apuração de haveres, o valor previsto contratualmente.

Relevante questão que surge é: caso a ação em curso trate da dissolução parcial e posterior apuração de haveres, haverá uma fase inicial no processo, a fim de se discutir a possibilidade ou não da dissolução. Após, superado esse ponto, é que se inicia a discussão sobre apuração de haveres, em etapa similar à liquidação de sentença. O rito estabelecido para a ação de dissolução parcial em sentido amplo é um procedimento especial criado pelo CPC/2015.

²⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 152 Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05. nov. 2017.

Com efeito, podem ter decorrido anos desde o ajuizamento da ação até o trânsito em julgado da decisão que decreta a dissolução, de modo que o momento para pagamento do incontroverso ficou postergado no tempo. Caso o contrato social estipule que o pagamento dar-se-á em doze parcelas mensais²⁴¹, poderá a sociedade depositar de forma fracionada nos autos?

Certamente que não. Considerando que já se passaram anos desde o desligamento do sócio da sociedade, esta já poderia (e deveria) ter provisionado o valor a ser eventualmente pago, tornando desnecessária a cláusula que lhe confere o pagamento parcelado. A par disso, o sócio que deixa a sociedade já teria aguardado por tempo demais, durante o andamento do processo, sendo que receber o valor do incontroverso de outra forma, que não à vista, seria um abuso.

Todavia, se não houver cláusula de predeterminação de valores e os haveres forem totalmente desconhecidos por ambas as partes, pois ainda pendente de avaliação judicial, não há que se exigir o depósito porquanto não há valor incontroverso. A não ser que, no caso de expulsão de sócio, a sociedade já tenha elaborado o balanço de determinação e este aponte o valor do reembolso.

Assim já era o entendimento da jurisprudência antes mesmo da vigência do CPC/2015 e assim permanece sendo, após a entrada em vigor do diploma legal²⁴².

O prazo contratual previsto para o pagamento dos haveres do sócio que se retira da sociedade supõe *quantum* incontroverso; se houver divergência a respeito, e só for dirimida em ação judicial, cuja tramitação tenha esgotado o aludido prazo, o pagamento dos haveres é exigível de imediato.

Após a vigência do CPC/2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim já decidiu, com voto de lavra do Eminentíssimo Desembargador Hamid Bdine²⁴³:

²⁴¹ Art. 609. Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 2º do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Importante ressaltar que o art. 609, do CPC/2015 estabelece que o contrato social poderá prever a forma de parcelamento dos haveres, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro da sociedade, prevalecendo o prazo de 90 dias previsto pelo art. 1031, CC, na hipótese de silêncio do contrato social nesse sentido.

²⁴² STJ, Terceira Turma, REsp 1.371.843/SP, min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.03.2014, DJe 26.03.2014.

²⁴³ “Verifica-se que a retirada se deu em 16 de junho de 2008 de acordo com a ata de exclusão, que revogou poderes da apelante. (fls. 222/235 dos autos principais). Portanto, segundo a regra contratual,

Do exame dos autos, considerando o tempo de retirada da apelada da sociedade e a ausência de pagamento dos haveres, decorreu tempo suficiente para a empresa se preparar para a satisfação de tal crédito, de forma a não se cogitar em risco à sua sobrevivência e concluindo-se que não deve ser aceito o parcelamento da dívida, cujo pagamento deverá ser realizado no prazo de 5 dias, de acordo com a decisão anterior à reconsideração (fls. 690).

Por outro lado, se não existir cláusula de predeterminação de haveres no contrato social, entretanto, houver manifestação nos autos, por parte da sociedade, do *quantum* entende devido pagar ao sócio, a sociedade deverá depositar tal valor por caracterizar-se como o valor incontroverso.

Por força do art. 1.031, § 2º do Código Civil, na falta de disposição contratual em contrário, o prazo para pagamento do reembolso do sócio em dinheiro é de noventa dias, contados a partir da liquidação ou da apuração dos haveres. Assim, entendemos que, respeitado esse prazo legal e não havendo disposição em contrário no contrato social, a sociedade deverá depositar o valor incontroverso nos autos.

Igual raciocínio aplica-se quando analisamos se a sociedade poderia pagar de forma parcelada, conforme contrato social, o saldo final (deduzido o valor incontroverso já pago), a que for condenada por decisão transitada em julgado. Obviamente que, se já decorrido o prazo de doze meses, previsto em contrato – por exemplo –, por conta do curso processual, a sociedade deverá depositar o saldo à vista, conforme orientação clara da jurisprudência atual.

os apelantes deveriam iniciar o pagamento de haveres em setembro de 2008 e sua conclusão deveria ser até setembro de 2011, ou, por outro lado, se analisado a partir da data incontroversa, a da formalização da retirada da sócia, em 17 de novembro de 2010, conforme 6ª alteração do contrato social (fls. 472/506 dos autos originais). Ora, não há razão para que sejam observados os limites do contrato social, considerando o longo período transcorrido entre a saída da apelada da sociedade e o início do pagamento pelos apelados, sobretudo, se os devedores não justificam a necessidade de se assegurar o equilíbrio do fluxo de caixa mediante pagamento antecipado.

Nesse sentido: ‘Ademais, a longa duração do processo destrói a razão do pagamento diferido possibilitado pelo contrato social. A sociedade e os sócios remanescentes tiveram tempo bastante para preparar-se para o pagamento’. (Ap. n. 0098876-45.1999.8.26.0577, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 25.11.2015) (...)”

(TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo 2184067-13.2016.8.26.0000, rel. Des. Hamid Bdine, j. 08.02.2017).

Nesse sentido, Priscila Corrêa da Fonseca²⁴⁴ e Arnaldo Wald²⁴⁵ assim também entendem, por defenderem que o pagamento deve ser à vista, a despeito de cláusula contratual em sentido contrário, sempre que o desenrolar do processo ultrapassar o prazo contratual ou quando a cláusula afigurar-se abusiva.

4.3. O art. 606, CPC/2015 e os critérios de apuração

A apuração de haveres sob a égide do CPC/1973 dependia, conforme já exposto neste estudo, das previsões do CPC/1939, que haviam sido mantidas em vigor pela promulgação do CPC/1973. O rito trazido pelo CPC/1939 fazia alusão à dissolução total, com nomeação de liquidante, de sorte que a doutrina e a jurisprudência passaram a consagrar o método de realização da apuração na dissolução parcial “como se de dissolução total se tratasse”.

Priscila M. P. Correa da Fonseca²⁴⁶ salienta que os sócios devem buscar o que está previsto na lei a respeito de apuração de haveres somente na ausência de previsão contratual correspondente. Significa dizer que, se o contrato social contiver cláusula de predeterminação de haveres, esta deverá ser aplicada. Caso não contenha valor predeterminado, mas contenha a fórmula que delineie os critérios necessários para a realização do cálculo, também estes terão aplicação.

No silêncio contratual, os sócios devem lançar mão da previsão legal, ou seja, elaborar o balanço de determinação. À época da vigência do CPC/1973, a única regra escrita a respeito do tema era a Súmula 265 do Supremo Tribunal Federal, de 1963, fixada à época que essa Corte Suprema ainda julgava questões infraconstitucionais, a qual estipulava que: “na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retira”.

²⁴⁴ FONSECA, Priscila M.P. Correa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio no novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 244-245.

²⁴⁵ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. XIV: livro II, do direito de empresa. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 242.

²⁴⁶ FONSECA, Priscila M.P. Correa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 194-197.

Posteriormente, o próprio STF decidiu, em 1979, ao julgar o Recurso Extraordinário 89.464-SP²⁴⁷, que a apuração de haveres dar-se-ia pelo rito da dissolução total e de forma bastante abrangente, na busca do valor justo.

Com a promulgação da CF/1988, o Superior Tribunal de Justiça²⁴⁸, assumindo a função de uniformizador da jurisprudência nacional, decidiu em 1993 que:

Na sociedade constituída por sócios diversos, retirante um deles, o critério de liquidação dos haveres, segundo a doutrina e a jurisprudência, há de ser, utilizando-se **o balanço de determinação, como se tratasse de dissolução total**. (grifou-se)

Assim, o balanço contábil ordinário ou o balanço especial não serviriam para a apuração de haveres, sendo necessário elaborar-se o balanço de determinação. E, mesmo assim, tal balanço, caso não aprovado pelo sócio excluído ou retirante, não teria eficácia.

Hernani Estrella²⁴⁹ conceitua o que são balanços especiais e ordinários:

Num exercício de classificação, pode-se dizer que os balanços patrimoniais são ordinários e extraordinários. O balanço ordinário é o levantado no término do exercício social, para atender a legislação comercial e, por vezes, também a tributária. Os balanços extraordinários são levantados durante o exercício social e se dividem em duas espécies: especial e de determinação. A diferença entre as espécies de balanços extraordinários está no seguinte: no balanço especial, preservam-se os mesmos critérios de avaliação dos bens do ativo e passivo adotados no balanço ordinário; no balanço de determinação, alteram-se esses critérios.

²⁴⁷ “COMERCIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA. PEDIDA A DISSOLUÇÃO TOTAL POR SOCIO DISSIDENTE, NÃO É POSSIVEL, EM PRINCÍPIO, DECRETAR A DISSOLUÇÃO PARCIAL, COM SIMPLES APURAÇÃO CONTABIL DOS HAVERES DO AUTOR. ADMITIDA QUE SEJA A DISSOLUÇÃO PARCIAL EM ATENÇÃO A CONVENIÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DO EMPREENDIMENTO, DAR-SE-A ELA MEDIANTE FORMA DE LIQUIDAÇÃO QUE A APROXIME DA DISSOLUÇÃO TOTAL. NESSE CASO, DEVE SER ASSEGURADA AO SOCIO RETIRANTE SITUAÇÃO DE IGUALDADE NA APURAÇÃO DE HAVERES, FAZENDO-SE ESTA COM A MAIOR AMPLITUDE POSSIVEL, COM A EXATA VERIFICAÇÃO, FÍSICA E CONTABIL, DOS VALORES DO ATIVO”. (STF, Recurso Extraordinário n. 89.464/SP, Relator Ministro Cordeiro Guerra, 1979).

²⁴⁸ STJ, R.Esp. n. 35.702-0/SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 13.12.1993.

²⁴⁹ ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 116-117.

A diferença entre o balanço especial e o balanço de determinação deve-se ao fato de que o balanço especial equivale a um balanço ordinário levantado *especialmente* para uma determinada data, sendo que os valores dos bens são lançados pelo valor de aquisição, como no balanço ordinário.

No balanço de determinação, embora também elaborado para a data do evento (dissolução parcial), os elementos são indicados pelos valores de saída. O valor de saída empregado no balanço de determinação tem por finalidade simular que todos os bens que compõem o ativo da sociedade seriam alienados a terceiros, portanto, o valor de mercado deve guiar a avaliação.

Assim define Martinho Maurício Gomes de Ornellas²⁵⁰:

Balanço patrimonial elaborado para a data do evento, no qual os elementos patrimoniais são avaliados e consignados a valores de mercado. É utilizado para determinar o montante dos haveres do sócio retirante ou falecido.

Além disso, o balanço de determinação deverá incluir itens como bens intangíveis e o *goodwill* da sociedade.

Esse é o balizamento dado também pela doutrina italiana²⁵¹:

Il valore della quota è determinato in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento del rapporto (art. 2289, 2° comma), tenendo però conto anche dell'esito delle eventuali operazioni ancora in corso (art. 2289, 3° comma). Ed è pacifico che per legge la situazione patrimoniale della società va determinata attribuendo ai beni il loro valore effettivo (e non quello prudenziale risultante dal bilancio di esercizio), nonché tenendo conto del valore di avviamento dell'azienda sociale e degli utili e delle perdite sulle operazioni in corso.

²⁵⁰ ORNELLAS, Martinho Maurício Gomes de. *Avaliação de sociedades – Apuração de haveres em processos judiciais*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 83.

²⁵¹ “O valor da quota é determinado com base na situação patrimonial do balanço da empresa no dia em que ocorreu o afastamento do sócio (art. 2289, segundo parágrafo), mas tendo em conta o resultado de sucesso de eventuais operações ainda em curso (art. 2289, 3 parágrafo). E não se contesta que, por lei, a situação patrimonial expressa no balanço da sociedade deve ser determinada mediante a atribuição aos ativos de seu maior valor efetivo (e não o resultado conservador das demonstrações financeiras), bem como tendo em conta o valor do *goodwill* da empresa e o dos ganhos e perdas decorrentes das operações em andamento.” (CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale – Diritto Delle Società*. 9ª ed. Turim: UTET Guiridica, p. 113. Em tradução livre)

A doutrina²⁵² e a jurisprudência²⁵³ há décadas têm se manifestado no sentido de que a avaliação da apuração de haveres na dissolução parcial deve ser a mais próxima da realidade possível. Pode-se dizer que, no intuito de perseguir os critérios mais próximos da realidade, a maioria dos julgados tem lançado mão do balanço de determinação, desenvolvido por peritos contábeis, os quais declaram ter atingido o valor real que a sociedade obteria caso seus bens fossem vendidos a terceiros.

É de relevo destacar acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵⁴, em 1994, no qual o Tribunal entendeu que a apuração de haveres deve buscar valor “justo e real da participação societária, como se dissolução total se tratasse”.

Martinho M. Gomes de Ornellas²⁵⁵ disserta que o justo e real valor da sociedade, em vista da jurisprudência consolidada pelo STJ, significa buscar-se (i) o valor de mercado dos bens patrimoniais (valor real) e (ii) o valor justo capaz de impedir enriquecimento sem causa dos sócios remanescentes.

O art. 1.031 do CC/2002 passou a apontar que o balanço a ser levantado seria um balanço especial, de sorte que o art. 606, CPC/2015 representa uma inovação no direito positivo ao afirmar que o balanço a ser elaborado é o de determinação, “tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”.

Visando a busca de um valor mais próximo da realidade, os peritos já deviam levar em consideração, antes da égide do CPC/2015, na confecção do balanço de determinação, todos os bens e direitos que compõem o ativo, tais como tangíveis e

²⁵² FONSECA, Priscila M. P. Correa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 198

²⁵³ TJRJ, Apelação 1992.001.05838, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 23.03.1993 e STJ, Recurso Especial 60.513-0-SP, 3ª Turma, rel. Min. Costa Leite, j. 06.06.1995.

²⁵⁴ “Por outro lado, para determinar-se o justo e real valor da participação societária em causa, torna-se mister a produção de prova pericial determinada pelo juízo, não calhando a alegação de contrariedade ao art. 668 (CPC/1939), que se refere à modalidade de pagamento. O art. 15 do Decreto 3708/19 é inteiramente estranho ao debate”. (STJ, R.Esp. nº. 40426/SP, Min. Rel. Costa Leite, j. 03.05.1994).

²⁵⁵ ORNELLAS, Martinho Maurício Gomes de. *Avaliação de sociedades – Apuração de haveres em processos judiciais*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

intangíveis, entretanto, a partir do novel diploma processual, a questão restou positivada.

O fato de que essa construção pretoriana já existia depreende-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁶, que se pronunciou com grande clareza, antes da vigência do CPC/2015.

Todavia, dentro da elaboração do balanço de determinação, poderá haver metodologias diferentes que diversifiquem o resultado de tal documento, como o fluxo de caixa descontado²⁵⁷.

Note-se que o fluxo de caixa descontado vai ao encontro do quanto traçado por parte da doutrina italiana ao levar em conta as *operazioni in corso*, ou seja, as operações em andamento na atividade da sociedade, bem como as receitas e prejuízos delas decorrentes.

Embora o fluxo de caixa descontado seja uma demonstração contábil diversa do balanço de determinação, já há Resolução do Conselho Federal de Contabilidade, sob número 1121/08²⁵⁸, nos números 53 e 54, no sentido de admitir plenamente o

²⁵⁶ Melhor explicando, o valor patrimonial é obtido dividindo-se o patrimônio líquido da sociedade pelo número de quotas. O valor do patrimônio líquido, por sua vez, irá variar conforme o critério adotado para elaboração do balanço. Por isso, na dissolução parcial, deve-se utilizar um levantamento do balanço que confira ao patrimônio líquido – e, por conseguinte, ao valor patrimonial – um valor real. Esse balanço, de acordo com os referidos precedentes, seria justamente o de determinação, que se contrapõe ao: (i) balanço periódico ou ordinário (reflete o valor patrimonial contábil, retratando a situação patrimonial da sociedade no encerramento do exercício social, sendo utilizado sobretudo para fins fiscais); (ii) balanço especial (reflete o valor patrimonial contábil em data presente, sendo utilizado para atualização do ativo e do passivo em virtude de fatos contábeis verificados ao longo do exercício social); (iii) balanço de cessão (reflete o valor patrimonial – econômico – de alienação da sociedade, sendo influenciado pelos interesses que envolvem a negociação entre comprador e vendedor); e (iv) balanço de liquidação (reflete o valor patrimonial real para fins de encerramento da sociedade, com exclusão de bens intangíveis, que só existem com a empresa em funcionamento). O balanço de determinação utiliza um critério diferenciado de avaliação do ativo, que permite uma apuração fidedigna do patrimônio líquido. Os demais balanços, tendo em vista os objetivos a que se prestam, induzem distorções que comprometem a exatidão do valor patrimonial. (STJ, Recurso Especial 1335619, 3ª Turma, relator para acórdão: Min. João Otávio de Noronha e Relatora sorteada: Min. Nancy Andrighi, v. por maioria, j. 27.03.2015, trecho do voto da Min. Nancy Andrighi).

²⁵⁷ SPINELLI, Luís Felipe. Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 507.

²⁵⁸ N.53 - O benefício econômico futuro embutido em um ativo é o seu potencial em contribuir, direta ou indiretamente, para o fluxo de caixa ou equivalentes de caixa para a entidade. Tal potencial pode ser produtivo, quando o recurso for parte integrante das atividades operacionais da entidade. Pode também ter a forma de conversibilidade em caixa ou equivalentes de caixa ou pode ainda ser capaz de reduzir as saídas de caixa, como no caso de um processo industrial alternativo que reduza os custos de produção.

N.54 - A entidade geralmente usa os seus ativos na produção de mercadorias ou prestação de serviços capazes de satisfazer os desejos e necessidades dos clientes. Tendo em vista que essas mercadorias

conceito de fluxo de caixa para avaliação do valor real de empresas, de sorte que o fluxo de caixa descontado pode integrar o balanço de determinação. Ou seja, não são métodos excludentes, ao contrário, o *free cash flow* (FCF) ou fluxo de caixa descontado e o balanço de determinação, de modo que o fluxo de caixa descontado é uma rubrica a ser consignada no balanço de determinação.

Quanto maior o valor da rubrica “fluxo de caixa descontado” no bojo do balanço de determinação obviamente tanto maior será sua relevância no computo final dos haveres. Se o FCF for inexpressivo, não exercerá grande reflexo no cálculo. No entanto, a despeito de seu valor ser ou não proporcionalmente alto no contexto do balanço, tal rubrica poderá ali ser alocada sempre.

A fim de esclarecer, convém trazer à baila clara definição de fluxo de caixa descontado de Wilson Alberto Zappa Hoog²⁵⁹:

O produto contábil fluxo de caixa descontado é uma tecnologia científica contábil que tem por objeto a movimentação do caixa, e, por objetivo, a mensuração monetária do saldo de caixa pelo sistema denominado regime de caixa em um longo período, normalmente de cinco a dez anos. Demonstra esta tecnologia o saldo final de caixa a valor presente por uma taxa de desconto igual ao dobro da taxa de remuneração do capital investido, taxa média ponderada de juros entre o capital próprio e o de terceiros, conhecida como taxa de atratividade. Tem por função 'ser um instrumento de gestão', revelar pelo demonstrativo a situação projetada do caixa, que procura avaliar, assim, apenas o negócio retorno do capital e o valor estimado da perpetuidade do negócio, o resultado futuro, entendendo-se este negócio como o objeto social de uma sociedade, 'empresa', uma ou mais atividades (...)

Hernani Estrella²⁶⁰, que estudou a fundo a doutrina italiana, como Antonio Brunetti e Michelle Giorgianni, aduz que o balanço de determinação, no Brasil como na Itália, sofre de deficiências de ordem técnica e subjetivas, de sorte que dificilmente a sociedade logrará apontar o *valor real* da quota que leva ao reembolso do sócio que se desliga. Assim professa o autor:

ou serviços podem atender aos seus desejos ou necessidades, os clientes se dispõem a pagar por eles e contribuir assim para o fluxo de caixa da entidade. (Conselho Federal de Contabilidade, Resolução n. 1.121/08)

²⁵⁹ HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Resolução de sociedade e avaliação do patrimônio na apuração de haveres*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104-107.

²⁶⁰ ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 142-143.

É que devendo a sociedade continuar operando normalmente, afastada está a hipótese de liquidação geral do patrimônio. Por conseguinte, ter-se-á de recorrer a estimativas conjecturais e reconstruir a quota com elementos aproximativos.

O fluxo de caixa descontado incluído, como rubrica, no balanço de determinação é uma forma consistente de se atingir o valor justo e real dos haveres.

Ressalte-se que o art. 606, do CPC/2015 veio a cristalizar o entendimento já presente na doutrina e jurisprudência acerca da importância do balanço de determinação. O parágrafo único do art. 606, por sua vez, aponta que sempre que for necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

O art. 604, II do mesmo diploma legal confirma ainda o posicionamento já consagrado pela doutrina de que o critério de apuração de haveres que deve prevalecer preferencialmente é aquele definido em contrato, de modo que, no silêncio deste, o magistrado definirá de acordo com o art. 606.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁶¹, antes da vigência do CPC/2015, já caminhava na direção de admitir que a apuração de haveres para dissolução parcial deveria levar em conta o *goodwill*²⁶² ou o aviamento da sociedade.

²⁶¹ DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COM APURAÇÃO DE HAVERES. Insurgência que se circunscreve à indenização do fundo de comércio em sociedade empresária de cabelereiro. O fundo empresarial (*goodwill*) normalmente deve compor o valor dos haveres do sócio retirante, pois constitui ativo intangível, mas economicamente mensurável. Impossibilidade de considerar valores indevidamente desviados no cálculo do *goodwill* e no cálculo dos valores dos haveres, pois presume-se que o sócio retirante participou da movimentação financeira ou ao menos dela teve ciência, conforme cláusula quinta do estatuto social que estabelece a necessidade da assinatura de pelo menos dois sócios para movimentar a conta da sociedade. Provimento do recurso do autor, para condenar os réus ao pagamento dos haveres do sócio retirante.

(TJSP, Apel. 9195265-40.2007.8.26.0000, 6ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgada em 13/09/2012, registrada em 16.09.2012).

²⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Comercial*. Vol 1. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 99-100: “O valor agregado ao estabelecimento é referido, no meio empresarial, pela locução inglesa *goodwill of a trade*, ou simplesmente *goodwill*. No meio jurídico, adota-se ora a expressão fundo de comércio (derivado do francês *fonds de commerce*, e cuja tradução mais ajustada seria, na verdade, fundos de comércio), ora aviamento (do italiano aviamento), para designar o sobrevalor nascido da atividade organizacional do empresário. Prefiro falar em fundo de empresa, tendo em vista que o mesmo fato econômico e suas repercussões jurídicas se verificam na organização de estabelecimento de qualquer atividade empresarial”.

Há inclusive decisões da jurisprudência que deixam claro que o aviamento é um aspecto do fundo empresarial e que deve compor o cômputo dos haveres, sob pena de enriquecimento sem causa da sociedade²⁶³.

A definição de *goodwill* dada por Marcelo Monteiro Perez e Rubens Famá²⁶⁴ é bastante elucidativa:

Se a expectativa de retorno se situar abaixo deste padrão julgado razoável, o valor da empresa poderá inclusive não atingir o patrimônio líquido a preços de mercado. Assim, uma empresa somente tem seu valor fixado acima do valor de mercado de seu patrimônio líquido se possuir um *Goodwill*, uma mais-valia, ou seja, alguma vantagem competitiva que permita produzir um retorno acima dos resultados operacionais mínimos do seu setor de atuação. Conforme a teoria de finanças, pode-se considerar como *Goodwill* o conjunto de características, qualidades e diferenciais de uma empresa expressos através de sua capacidade futura de produzir riquezas. São exemplos de características que compõe o *Goodwill*: marcas registradas, *market share*, conhecimento organizacional, qualidade dos processos internos, Know-How técnico do corpo funcional, credibilidade de mercado, etc. (...)

Tecnicamente, a bibliografia considera *Goodwill* como sendo a diferença entre o Valor Econômico da Empresa e seu Valor Patrimonial a valores de mercado. (grifou-se)

Em sentido contrário, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca²⁶⁵ pontua, afirmando que o aviamento não deve compor o balanço de determinação.

²⁶³ Não olvido que em sociedades de prestação de serviços médicos se afigura essencial a atividade personalíssima dos sócios, seu carisma, sua competência profissional, sua capacidade de atrair novos clientes. De outro lado, porém, seria ingenuidade acreditar que, em prestação de serviços para dezenas de planos de saúde, a medicina de massa não conte o bom nome da clínica e o fato de ser credenciada pelas operadoras, estimulando os segurados a ali procurar atendimento... Claro que o autor pode e aparentemente já se estabeleceu em nova clínica e, eventualmente, credenciou-se junto a planos de saúde. Isso, porém, não apaga a clientela fiel que deixou e que continua a procurar a antiga clínica Centrocor, fiada em recomendações, em boas experiências anteriores, na localização, enfim, naquilo que a doutrina chama de aviamento, elemento integrante do fundo de comércio, com valor econômico apreciável e que deve compor os haveres do sócio retirante. (cfr. Ferri, *La societá*, p. 238, *Itet*, Turim, p. 239). (grifou-se) (TJSP, Apelação 9057207-91.2006.8.26.0000, Rel. Des. Luís Francisco de Aguiar Cortez).

²⁶⁴ PEREZ, Marcelo Monteiro; FAMÁ, Rubens. Avaliação de empresas e balanço de determinação, *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo, vol. 10, nº 4, p. 47-59, outubro a dezembro de 2003 (revisto em 2006), p. 109. Disponível em http://contadoresforenses.net.br/lista_trabalhos_tec/trabalhos_tec/Metodos%20de%20avaliacao%20de%20empresas%20e%20o%20balanco%20de%20determinacao.pdf. Acesso em 17. jul. 2017

²⁶⁵ Em sentido contrário: “Não se nega, entretanto, que, em determinadas empresas independentemente da natureza da atividade aí desenvolvida -, os bens imateriais, ou alguns deles, podem não apresentar qualquer significado econômico, da mesma forma, aliás, como, em algumas sociedades, certos bens materiais podem até inexistir ou não representar qualquer expressão pecuniária. **Desse modo, assim como o ponto comercial pode, em certas empresas, não representar qualquer valor, o próprio aviamento, quando consequência exclusiva das qualidades personalíssimas de algum dos sócios, não deve integrar os haveres do dissidente,**

Sob nosso sentir, cada atividade econômica poderá demandar uma análise própria acerca do cálculo de apuração de haveres, ou seja, uma metodologia capaz de trazer, ao cálculo, o maior valor para aquela atividade. Entendemos também que o valor do aviamento deve ser levado em consideração e integrar o balanço de determinação, podendo ser calculado pelo fluxo de caixa descontado.

Divergimos, porém, da ideia trazida pelo acórdão do TJ/SP em nota de rodapé número 265 (apelação 9057207-91.2006.8.26.0000), no sentido de que se o aviamento depende exclusivamente do carisma e competência de um dos sócios, de uma sociedade prestadora de serviços, esse elemento não deverá compor o reembolso do sócio que se desliga.

Isso porque o aviamento pertence à sociedade e não ao sócio. Se somente um dos sócios possui a competência específica que propicia a mais-valia à sociedade, isso decorre do entendimento de todos os sócios que, ao se reunirem em sociedade, certamente levaram em consideração que um deles possuía carisma e competência ímpares, o outro uma destacada capacidade de organizar a atividade empresarial, um outro era hábil administrador das finanças da sociedade etc.

Tais habilidades de cada sócio compõem o *goodwill* da sociedade e não de seus respectivos titulares, quando se trata de elaborar o cálculo do valor da pessoa jurídica e a parte que caberá ao sócio que se desliga.

Fosse a competência de um dos sócios assim tão importante frente às qualificações dos demais sócios, a estipulação das participações societárias no ato da constituição da sociedade, ou posteriormente em alteração contratual, deveria ter levado em consideração tal predicado. Todavia, deixar de incluir esse *goodwill* na apuração de haveres e justificar que a habilidade pertence ao sócio e não sociedade não nos afigura razoável.

O aviamento deve compor o cálculo de haveres na dissolução parcial, sobretudo agora à luz do CPC/2015, de modo que o perito judicial deverá traçar o

sob pena de locupletamento ilícito deste às custas da eficiência ou capacidade daquele. É o caso de certas empresas prestadoras de serviços nas quais o elemento primordial e mais significativo reside na confiança que a clientela deposita no sócio. Nestas, os demais bens integrantes do ativo, e mesmo os intangíveis (marca, ponto etc.), pouco ou nenhum valor apresentam se comparados com as qualidades do sócio prestador dos serviços. A rentabilidade, em tais espécies de atividades, encontra-se, assim, diretamente ligada à pessoa do sócio que executa e desenvolve os serviços". (CORREA DA FONSECA, Priscila M. P. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 233-234).

balanço de determinação, levando em conta ativos e passivos, tangíveis e intangíveis, *goodwill* etc. Nesse levantamento, poderá inclusive valer-se da metodologia do fluxo de caixa descontado, com o escopo de ter em mente a real capacidade econômica da empresa, ou seja, ao invés de simular que a sociedade encerrará suas atividades e liquidará seus bens, o perito deve ter em conta que a atividade irá permanecer e simular qual valor seria atribuído pelos sócios na hipótese de venda da empresa ou de venda da quota do sócio retirante.

O art. 606 estabelece que os sócios têm liberdade para definir o critério de apuração que constará no contrato social e prevalecerá em eventual ação judicial de apuração de haveres. Luís Felipe Spinelli²⁶⁶ alerta que a liberdade contratual é salutar, nesse aspecto, no entanto, pode encontrar limites:

Tal liberdade é digna de elogios pois, assim, os sócios podem escolher a forma de apuração dos haveres mais adequada com a atividade desenvolvida pela sociedade e com a sua estrutura patrimonial. (...) De qualquer forma, a liberdade outorgada pelo legislador deve ser utilizada dentro de certos limites, devendo o método adotado para a apuração de haveres guardar relação com o desempenho econômico da sociedade, não se podendo utilizar um valor fixo ou arbitrário, sob pena de existir verdadeiro enriquecimento sem causa da pessoa jurídica ou do excluído.

Celso Barbi Filho²⁶⁷ assim também aduz que o sócio excluído poderá demonstrar que a cláusula contratual que impõe forma de apuração de haveres o prejudica, eis que não corresponde à realidade da atividade prestada pela sociedade, podendo, então, ser invalidada.

Assim, é de analisar se, mesmo quando o contrato social prevê a apuração de haveres pelo balanço de determinação puro e simples, é possível lançar mão do fluxo de caixa descontado, a fim de se buscar atingir o valor mais próximo da realidade para os haveres, dada a atividade realizada pela sociedade, ou se essa previsão já deveria ter sido feita pelos sócios no contrato social.

Fábio Ulhoa Coelho²⁶⁸ assim preleciona:

²⁶⁶ SPINELLI, Luís Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 508.

²⁶⁷ BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Dissolução parcial de sociedades limitadas. Belo Horizonte: Mandamento, 2004, p. 320-322.

²⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 148. Disponível em

Caso o contrato social defina que a quota será avaliada pelo valor econômico, este trabalho pode ser feito não apenas pelo contador, como também por outros profissionais especializados em avaliação de ativos, que dominem a metodologia do fluxo de caixa descontado ou outra destinada a estimar o valor das quotas numa negociação racional e livre (são, normalmente, engenheiros, financistas, economistas e contadores mais bem preparados).

O autor, portanto, admite a utilização do fluxo de caixa descontado, desde que o contrato social permita a utilização do valor econômico das quotas. Caso contrário, na visão do doutrinador, se o contrato social fizer alusão ao balanço patrimonial de determinação, a apuração de haveres deve se restringir ao valor patrimonial.

Divergimos nesse aspecto, por defender que a busca pelo valor justo e real perpassa pela utilização do fluxo de caixa descontado, a fim de se visar a conhecer plenamente o *goodwill* da sociedade, a despeito de o contrato social autorizar a utilização do valor econômico ou não.

4.3. Possibilidade de revisão dos critérios de apuração antes da perícia – art. 607, CPC/2015

Pode haver divergência entre sócio e sociedade quanto aos critérios aplicáveis à apuração de haveres, em razão de o sócio que se desliga da sociedade, por exemplo, entender que a cláusula que fixa os critérios para a apuração de haveres afigura-se abusiva. Nesse trilhar, o art. 607²⁶⁹ do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que o critério de apuração poderá ser revisto pelo juiz, antes do início da perícia.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05. nov. 2017.

²⁶⁹ Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

Art. 607. A data da resolução e o critério de apuração de haveres podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo antes do início da perícia.

Sendo certo que o art. 604 CPC/2015²⁷⁰ determina que, na falta de previsão contratual específica, a apuração de haveres deverá ser realizada por balanço de determinação, incluindo tangíveis e intangíveis, a *revisão* de que trata o art. 607 somente pode ser no sentido de se optar por critério diverso.

Não faria sentido defender-se que a revisão concedida pelo juiz, antes do início da perícia, seria para fins de alterar termo inicial de juros, por exemplo. “Revisão” significa dar um outro olhar sobre algo, um novo exame, de modo que somente pode denotar uma mudança efetiva dos critérios de apuração de haveres.

Caso contrário, a lei teria utilizado expressão mais tênue, como “realização de ajustes nas diretrizes do cálculo”, por exemplo, mas não *revisão* dos “critérios de apuração de haveres”, que é justamente a expressão empregada pelo art. 604, II e do *caput* do art. 606 do CPC.

Além disso, se se tratasse de mera mudança de diretrizes de cálculo (encargos, termo inicial etc.) não haveria razão de ser para o artigo, tamanha a redundância. Ora, como a lei não contém palavras inúteis, a interpretação que resta é somente uma - ao menos, à luz de nossa compreensão -, a saber, existe a possibilidade de o juiz rever, incluir algo ou modificar os critérios de apuração de haveres até o início da perícia.

Caso o contrato social não estabeleça qual o critério de apuração de haveres (art. 604, II) a ser utilizado, o juiz estabelecerá como critério o balanço patrimonial, incluindo tangíveis, intangíveis etc. conforme art. 606, *caput*, CPC. Ora, portanto, até o início da perícia, o juiz poderá conferir uma nova visão a respeito desse critério, modificando-o, de sorte a alterar ou complementar o critério de apuração que constará do balanço de determinação.

Essa regra insculpida pelo art. 607, CPC/2015 é de extrema valia. Isso porque caso os sócios tenham estabelecido cláusula contratual que não represente a justa forma de apuração de haveres, o juiz poderá, até o início da perícia, rever tal critério de cálculo, adequando-o à realidade da empresa.

²⁷⁰ Art. 604. Para apuração dos haveres, o juiz:

I - fixará a data da resolução da sociedade;

II - definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social; e

Sérgio Campinho²⁷¹ assim ensina:

Não se pode validar regra que conspire para o enriquecimento ilícito da sociedade em prejuízo do sócio. Interpretação contrária viria a representar uma involução na matéria, eis que a jurisprudência de há muito condena qualquer método de apuração de haveres que não se faça segundo balanço especial de determinação que reflita os valores reais e atualizados do ativo, sem qualquer sanção aos sócios ou a seus sucessores ou cônjuge, com a inclusão de todos os bens corpóreos e incorpóreos da sociedade.

A razão para tal *revisão de critérios* poderia ser, v. g., o fato de o juiz convencer-se de que de a sociedade em questão não possui patrimônio expressivo em seu balanço ordinário mas, ao mesmo tempo, possui robusta movimentação em seu caixa, com enorme potencial de geração de novos negócios. Ou seja, possui relevante *goodwill*. Nesse caso, a metodologia correta para a apuração de haveres seria o fluxo de caixa descontado.

Isto é, nessa hipótese, a revisão judicial implicaria em determinar que o *free cash flow* integrasse o balanço de determinação.

Wilson Alberto Zappa Hoog²⁷² assim delinea:

Corroborando este ponto, temos Zdanowicz que afirma: 'Fluxo de caixa descontado - Uma forma prática de analisar as alternativas de investimentos de uma empresa é através do fluxo de caixa descontado, também denominado de fluxo de caixa líquido'. O autor, em sua obra, trata o fluxo de caixa descontado sempre como alternativa de decisão do investimento com taxa de atratividade mínima, concluindo sempre se o investimento é ou não atrativo, portanto, avaliando o negócio, e não como meio de avaliação da sociedade ou de estabelecimento (...). Este método, fluxo de caixa descontado, é útil e necessário para a perícia contábil quando busca mensurar um lucro cessante, energia de valor econômico, ou seja, o fruto econômico do estabelecimento empresarial, 'lucratividade', ou estimar o retorno econômico pelo uso de uma marca.

De outro giro, caso o contrato social estabeleça o fluxo de caixa descontado como técnica, por si só, de apuração de haveres, excluindo o balanço de determinação, o juiz poderá rever a decisão, com base no art. 607 CPC/2015, de modo

²⁷¹ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2006, p. 130-131.

²⁷² HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Resolução de sociedade e avaliação do patrimônio na apuração de haveres*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104-107.

a determinar que o balanço de determinação seja o grande contorno a emoldurar o fluxo de caixa descontado, ali consignado.

Fábio Ulhoa Coelho²⁷³, como já citado no tópico anterior, admite a utilização do fluxo de caixa descontado como critério de apuração de haveres. No entanto, o autor defende que a apuração de haveres deve refletir valor patrimonial das quotas e não valor econômico. Isso porque, segundo o autor, o valor econômico deve ser utilizado na venda e compra de quotas, pois compreende o lucro e o risco do negócio a que o adquirente estará subordinado. Assim, não faria sentido que o sócio excluído ou retirante recebesse haveres que contemplam o lucro futuro, se o sócio não estará exposto ao risco correspondente.

No entanto, sendo certo que o fluxo de caixa descontado é metodologia que pode integrar o balanço de determinação, o cálculo de haveres realizado por esse critério, atinge valor patrimonial e não valor econômico, de modo que estaria isento às críticas de Fábio Ulhoa Coelho.

O art. 607 do CPC/2015 representa, portanto, relevante avanço na seara da apuração judicial de haveres, na medida em que não acorrenta a atuação do magistrado sob os limites de uma decisão concedida anteriormente, autorizando-o a rever sua própria determinação, no intuito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional.

Importante notar que, em vista da previsão legal expressa, tal revisão não representa afronta à coisa julgada ou à segurança jurídica. Também não há que se

²⁷³ “Quando a participação societária é objeto de negociação entre partes racionais e livres, atribuem-lhes os contratantes um preço em montante que tende a se aproximar do valor econômico. Esse valor, contudo, não é necessariamente o mais adequado quando a obrigação de pagar pelas quotas não deriva de negociação racional e livre, visando a assinatura de um contrato de compra e venda; mas, sim, de um fato jurídico de natureza não contratual (retirada, exclusão ou morte de sócio). Neste último caso, o melhor critério de avaliação das quotas é o patrimonial. A avaliação das quotas pelo valor econômico, no momento da dissolução parcial da sociedade, não é o mais apropriado, por conduzir a distorções irremediáveis nos fundamentos econômicos da própria figura do investimento em atividade econômica. Explico. Como o valor econômico tenta captar o quanto os sócios lucrarão com a sociedade no futuro, fixado determinado prazo para o cálculo, o pagamento do reembolso a partir desse critério implicaria a estranha noção de alguém que lucra com determinada empresa sem correr risco nenhum. Se a sociedade fica obrigada a pagar àquele que a deixa o mesmo valor que receberia caso não a deixasse, o lucro em investimento empresarial passa a não depender mais do risco, e isto é uma distorção profunda no conceito. Se lucro é o retorno da disposição de alguém em assumir certo risco, ele não pode desvincular-se dos reveses que o risco empresarial embute”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 145. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05. nov. 2017).

falar em violação ao princípio da vedação de as partes serem surpreendidas no curso do processo.

Conhecedoras do rito da ação sob comento, as partes estarão cientes de que podem postular revisão dos critérios até o início da perícia, ou que o estabelecimento do critério *initio litis* não dá como favas contadas que a apuração ocorrerá naqueles exatos moldes.

Caso o art. 607 não tivesse sido promulgado, talvez a revisão dos critérios de apuração de haveres no curso do feito, não fosse expediente bem visto, por poder ser encarado como uma surpresa para as partes. No entanto, sua explícita prescrição permite ao magistrado, com tranquilidade, rever os contornos da apuração.

Pode ocorrer também a um magistrado que o ideal seja a fixação de critérios básicos de apuração de haveres no início da lide e, após, com a vinda de outros documentos em sede de dilação probatória, tais critérios sejam complementados e aprofundados, por força da inteligência do art. 607.

De todo modo, os operadores do direito deverão ter em mente que a decisão pode ser revista, para fins de mera complementação da metodologia a ser empregada no balanço de determinação. Assim, a consciência de que, até o início da perícia, há espaço para alterações significativas, pode (e deve) guiar as estratégias processuais de cada parte, as expectativas a respeito de possível acordo ou o planejamento acerca da interposição ou não de recursos.

4.5. A metodologia do fluxo de caixa descontado

Em vista da relevância da matéria, faz-se necessário destinar tópico ao conceito de fluxo de caixa descontado, o qual é uma metodologia bastante utilizada para o cálculo do valor de uma sociedade empresária nas hipóteses de venda.

Os autores especializados em avaliação de empresas Roy Martelanc, Rodrigo Pasin e Francisco Cavalcante²⁷⁴ ensinam que o fluxo de caixa descontado é a forma mais apropriada para avaliação de empresas atualmente.

²⁷⁴ MARTELANC, Roy; PASIN, Rodrigo; CAVALCANTE, Francisco. *Avaliação de empresas: um guia para fusões & aquisições e gestão de valor*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008, p. 237.

Marcelo Monteiro Perez e Rubens Famá²⁷⁵ em artigo sobre o tema, assim ensinam:

Considerado o método de avaliação que atende com maior rigor aos enunciados da teoria de finanças, pois revela a efetiva capacidade de geração de riqueza de uma empresa, esta metodologia vem sendo amplamente adotada pelos mercados financeiros e de capitais e pelas empresas em processos de fusões e aquisições. A fundamentação conceitual deste método baseia-se na teoria de que o **valor de um negócio é função dos benefícios futuros que ele irá produzir, ou seja, sua capacidade de geração de riqueza futura, mantido o grau de risco de seus ativos operacionais.**

O cálculo inicia-se com a elaboração da projeção do fluxo de caixa da empresa, para os exercícios futuros. Em geral, a projeção refere-se aos próximos quatro exercícios. Feita a projeção para os exercícios futuros, deve-se trazer a valor presente os números de cada ano, de modo a retirar os juros incidentes. Em média, divide-se os valores anuais por 1,12 multiplicando-se o resultado pelo número de anos, de sorte a deduzir os juros de 1% ao mês.

Chega-se, assim, à soma do fluxo de caixa projetado, a valor presente. Sobre esse montante desconta-se, ainda, o risco de atividade e o custo de oportunidade. Ou seja, de modo mais simplista projeta-se o fluxo futuro e desconta-se o tempo e o risco.

Como dito anteriormente, o fluxo de caixa descontado decorre do conceito de *free cash flow*, conforme leciona abaixo Pamela P. Drake²⁷⁶, o qual leva em

²⁷⁵ A essência deste método consiste em projetar futuros fluxos de caixa operacionais e trazê-los a valor presente, por uma taxa de desconto apropriada, que mensure o risco inerente a estes fluxos e o custo de oportunidade dos capitais. (...) São variáveis chave neste método de avaliação: o fluxo de caixa operacional, o horizonte de projeção deste fluxo, o valor residual da empresa ou valor da perpetuidade. (PEREZ, Marcelo Monteiro; FAMÁ, Rubens. Avaliação de empresas e balanço de determinação, *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo, vol. 10, nº 4, p. 47-59, outubro a dezembro de 2003 (revisto em 2006), p. 52. Disponível em http://contadoresforenses.net.br/lista_trabalhos_tec/trabalhos_tec/Metodos%20de%20avaliacao%20de%20empresas%20e%20o%20balanco%20de%20determinacao.pdf, acesso a em 16. jul. 2017).

²⁷⁶ (Fluxo de caixa descontado ou líquido = fluxo de caixa projetado – gastos (taxa de desconto). Isso representa a flexibilidade financeira da companhia, ou seja, os fundos representam a habilidade em aproveitar as oportunidades de investimentos, para além dos investimento planejados. No entanto, considerando que os gastos com capital de boa parte das companhias costumam ser muito irregulares (quer dizer, oscilam substancialmente ano a ano), deve-se ter cautela ao interpretar a variação ano-a-ano no FCF, que é devida unicamente à oscilação do fluxo de caixa.

(DRAKE, Pamela Peterson. *What is free cash flow and how do I calculate it?* Florida Atlantic University. Disponível em <http://educ.jmu.edu/~drakepp/general/FCF.pdf> . Acesso em 05. nov. 2017).

consideração a variação de fluxo de caixa que regularmente ocorre ano a ano em uma sociedade, bem como o desconto dos custos da operação:

Free cash flow = CFO (cash flow) – expenditures.

This represents the financial flexibility of the company; that is, these funds represent the ability to take advantage of investment opportunities beyond the planned investments. However because capital expenditures for many companies tend to be “lumpy” (that is, vary significantly from year to year), caution should be applied in interpreting the year-to-year variation in FCF that are due solely to the lumpiness of cash flow.

A respeito da forma técnica e prática de se calcular o *goodwill*, é pertinente recorrermos à leitura de Priscila M. P. Correa da Fonseca²⁷⁷, nesse aspecto:

A fórmula (...) tem outra variante, usualmente denominada de Método de Nova Iorque, na qual se utilizam os lucros líquidos médios dos últimos cinco anos:

$$G = (LLM - RA - (i \cdot AT)) \cdot F$$

Em que:

G = valor do goodwill

LLM = lucro líquido médios dos últimos cinco anos

RA = remuneração da administração

i = taxa de juros aplicável ao capital imobilizado em ativos tangíveis

AT = ativos tangíveis

F = fator multiplicativo para a obtenção do goodwill

Wagner José P. Armani²⁷⁸, em tese de doutoramento, assim demonstra:

Após, é necessário apurar o período de projeção que compreende a quantidade de intervalos de tempo (anos, trimestres, meses etc.) sobre os quais podemos projetar os fluxos de caixa, sendo que, na prática, esses períodos variam entre cinco a dez anos, bem como o valor da perpetuidade – aquele que o negócio possuirá após o período de projeção. E, por fim, a taxa de desconto. O fluxo de caixa e o valor de perpetuidade são apresentados a valor presente, mediante uma taxa de desconto que funcione como o custo de oportunidade.

Valor econômico da empresa = valor presente dos fluxos de caixa + valor residual ou valor da perpetuidade + valor de mercado dos ativos não operacionais. (grifos nossos)

²⁷⁷ FONSECA, Priscila M. P. Correa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 237.

²⁷⁸ “Para fins de avaliação, é utilizado o fluxo de caixa livre, que é gerado pela sociedade após as deduções dos impostos, investimentos permanentes e variações esperadas no capital circulante líquido e que deve ser apurado antes do pagamento das dívidas. (...) o resultado do fluxo de caixa livre seria o valor total do empreendimento, desconsiderando apenas os aspectos relacionados com seu financiamento”. (ARMANI, Wagner José Penreiro. *Dissolução parcial de sociedade profissional*. Tese de doutorado. PUC-SP, 2017, p. 201).

Atualmente, conforme destaca o sítio eletrônico da Endeavor.org.br²⁷⁹, por exemplo, há diversos softwares respeitáveis que promovem o cálculo do fluxo de caixa descontado ou FCF, de modo rápido, pelo menos para que se tenha uma noção básica do valor de avaliação da empresa.

Obviamente cabe aos sócios de uma sociedade incluírem os valores com extrema cautela e precisão, a fim de que o cálculo do FCF seja fidedigno.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo antes da vigência do CPC/2015, já vinha produzindo interessantes julgados, que aceitavam o fluxo de caixa descontado como metodologia a guiar a apuração de haveres^{280 281}.

A razão de decidir dos acórdãos acima transcritos faz referência à análise do valor da sociedade, sobretudo decorrente do fato de permanecer em atividade e possuir negócios em curso. O fluxo de caixa descontado encontra lugar na apuração de haveres, revelando-se um importante contraponto à ideia de que o balanço de determinação levantará o valor da empresa, enquanto detentora de ativos e passivo,

²⁷⁹ Sítio eletrônico de Endeavor. Disponível em <https://endeavor.org.br/fluxo-de-caixa-descontado/> Acesso em 15. ago. 2017.

²⁸⁰ SOCIEDADE. Dissolução parcial cumulada com apuração de haveres. Fundo de comércio. Apuração do respectivo valor. Laudo pericial que expressamente reconheceu que a empresa estava em funcionamento, de forma que a avaliação deve considerar a capacidade futura de gerar dinheiro pelo seu desempenho operacional e não pela venda de seus ativos tangíveis e intangíveis. Sentença que acolheu as conclusões do I. Perito. Inconformismo dos apelantes ao defenderem que o valor do fundo fosse calculado em data anterior, no exato momento em que o sócio manifestou sua vontade de deixar o quadro societário. Ausência de elementos suficientes para tanto. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP, Apel. n. 9176090-07.2000.8.26.0000, 1ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Hélio Faria, j. 08.11.2011, registro em 10.11.2011.).

²⁸¹ DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE - Apuração de haveres - Inocorrência de cerceamento defensivo - Apuração determinada pelo método do fluxo de caixa descontado (Goodwill), visando à aferição do potencial de geração de riqueza da empresa - Cabimento - **Laudo pericial que se pautou nos elementos econômicos e financeiros da empresa, incluindo trabalho de projeção futura** - Valor apurado que não destoava do porte econômico-financeiro da empresa, merecendo prevalecer as conclusões da prova pericial, tal como reconhecido em primeiro grau - Constatação de erro na sentença, contudo, quanto ao número de quotas do sócio retirante, indicada em menor quantidade - Necessidade de sua adequação ao número apontado expressamente em alteração contratual trazida aos autos - Pagamento dos haveres que deve ser mantido na forma parcelada, eis que assim prevista contratualmente - Juros de mora devidos a partir da sentença e não da citação - Precedentes do C. STJ - Verbas sucumbenciais que devem ser carreadas integralmente à ré, eis que o autor não sucumbiu na demanda - Recurso do autor provido parcialmente, desprovido o da ré. (TJSP, Apel. 0019707-13.2007.8.26.0000, 6ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 18.03.2010, registro em 29.03.2010).

como se estivesse às vésperas da liquidação. Todavia, como a sociedade permanece em operação, assim deve ser encarada.

Marcus Elidius Michelli de Almeida²⁸² em relevante artigo a esse respeito, assim leciona:

É inegável que a empresa possui um valor de mercado deveras superior ao que consegue obter numa simples análise contábil como se dissolução total fosse. A propósito, é oportuna a manifestação de Rocco, quando menciona que a partir do momento em que 'a organização dos vários elementos da produção atinge um certo grau de eficiência, o valor do complexo organizado é superior ao da soma dos diferentes elementos que o compõem'. A apuração deve ser sempre da forma mais ampla possível, levando em conta o fundo de comércio, os bens corpóreos e incorpóreos, o *goodwill* da empresa. (...) No nosso entender, é necessário que o aplicador da lei, seja ele juiz, advogado, árbitro ou perito, volte os olhos para outros critérios de avaliação que representem o valor real e justo da sociedade, que muitas vezes pode ser apurado pelo critério de avaliação de empresa com base no **fluxo de caixa descontado** trazido a valor presente. É cristalino, em toda a literatura contábil e econômica, que o critério de fluxo de caixa descontado é hoje o melhor método para encontrar o valor da empresa, sendo uma tecnologia científica contábil.

Bastante pertinentes são as observações feitas pelo autor, no sentido de que deve-se buscar o valor mais justo e real para a sociedade, de modo bastante abrangente, no momento da apuração de haveres. Além disso, sensata a colocação de que o fluxo de caixa descontado, em certos casos, deve compor o balanço de determinação sem jamais substituí-lo.

É elucidativa a lição de Carlos Felisberto Garcia Martins²⁸³, especialista em contabilidade e em avaliação de empresas, nesse particular tema:

²⁸² “O entendimento de que o fluxo de caixa pode ser utilizado para a apuração dos haveres parece-nos acertado, tendo em vista que esse método aponta o valor do ativo da empresa, que é um dos elementos do balanço de determinação, e tem por finalidade apurar o valor da empresa da forma mais justa possível, conforme bem aponta Martins: ‘Na elaboração do balanço de determinação, o perito deve buscar um valor econômico justo para a empresa avaliada; em decorrência disto é possível a aplicação do balanço de determinação juntamente com o fluxo de caixa descontado, método amplamente utilizado em negociações de fusão e aquisições, que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa. A tarefa mais complexa para o perito avaliador é determinar o valor do goodwill não adquirido, que será evidenciado no balanço de determinação, que pode ser apurado via fluxo de caixa descontado, que apura o valor da empresa de forma global, refletindo o valor dos intangíveis, que contribuiram para a geração de lucros e fluxos de caixa futuros.’” (ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Sociedade Limitada: Causas de dissolução parcial e apuração de haveres. In: *Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 551-552).

²⁸³ MARTINS, Carlos Felisberto Garcia. *Avaliação de empresas em apuração de haveres judiciais*. 18º Congresso Brasileiro de Contabilidade. Anais dos trabalhos científicos. Gramado/RS: 2008, p. 1.

A conclusão é de que, também na apuração de haveres, não existe melhor método, mas sim aquele que melhor se adapta à realidade da empresa a ser avaliada, com intuito de buscar solucionar, de modo mais justo possível, o litígio objeto de avaliação. O balanço de determinação avalia os ativos líquidos individualmente ao valor de mercado, quanto o fluxo de caixa descontado pode avaliar o conjunto como um todo, revelando a efetiva capacidade de geração de lucros.

Limitar a forma de realizar-se a apuração de haveres, tendo como base sempre e somente o valor dos ativos e passivos no balanço de determinação “puro”, a despeito de qual seja a atividade e da sociedade em questão, é fechar os olhos para a realidade.

Tomemos por base uma sociedade que não possua ativos tangíveis e que seus intangíveis restrinjam-se à marca, ainda em consolidação. No entanto, essa sociedade possui uma importante reputação no mercado, embora nova, pois reconhecidamente promissora.

A realização da apuração de haveres unicamente pelo “clássico” balanço de determinação, mesmo com o cômputo dos intangíveis, como recomendam o CPC/2015 e a jurisprudência atual, atingiria um valor provavelmente módico ao sócio que se desliga, ao passo que, se os sócios estivessem de acordo com a venda da sociedade no mercado, seu valor econômico seria muito superior.

Por que isso ocorre? Sucede porquanto, por ocasião da negociação de venda, a sociedade seria avaliada muito provavelmente pelo fluxo de caixa descontado, que é o método consagrado para fins de fusão e aquisição²⁸⁴.

No entanto, para a elaboração do balanço de determinação, da forma tradicional, o valor, com base no ativo e passivo da empresa, seria inferior. Não nos olvidamos da lição de Fábio Ulhoa Coelho²⁸⁵ no sentido de que o valor econômico utilizado de *forma pura* como critério de apuração de haveres pode causar distorções. O fato é que a forma de apuração de haveres deve ser o balanço de determinação –

²⁸⁴ NAKAMURA, Wilson Toshiro. Fusões, aquisições e avaliação de empresas. In: SHENG, Hsia Hua (coord.). *Introdução às finanças empresariais*. Série GVLaw. São Paulo: FGV, 2012, p. 310.

²⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 145. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05.11.2017.

critério patrimonial –, no entanto, podendo conter, em seu contexto, o fluxo de caixa descontado.²⁸⁶

Importante ressaltar aqui que não consideramos que os haveres devam ser calculados por idêntico método que seria empregado para avaliação da empresa na hipótese de venda. Isso porque para uma possível venda, provavelmente seria utilizado o fluxo de caixa descontado puro e simples. Defendemos que o fluxo de caixa descontado seja incluído como mais uma rubrica do balanço de determinação.

Assim, o valor apurado por esse critério não seria o mesmo apurado para a venda da empresa, no entanto, aproximaria o balanço de determinação o máximo possível da realidade. É medida de rigor que a sociedade seja avaliada da forma mais justa e real possível.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive levando em conta, como parte de sua fundamentação, o artigo acima citado de lavra do Prof. Marcus Elidius Michelli de Almeida, julgou recurso, no qual prevaleceu o entendimento de que o fluxo de caixa descontado pode ser aplicado em apuração de haveres. No aresto sob enfoque (Recurso Especial Nº 1.335.619 – SP), o STJ iniciou destacando duas questões centrais:

a) na dissolução parcial de sociedade limitada, deve prevalecer o critério de apuração de haveres previsto no contrato social ou é admissível a escolha de outro para determinação do valor efetivo da empresa?

e

b) pode ser utilizada a metodologia do fluxo de caixa descontado para se calcular esse valor?

No julgado em tela, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, manifestou-se a fim de admitir critério diverso daquele previsto no contrato social na hipótese de o sócio retirante não concordar com o resultado obtido. Além disso, com alicerce em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, asseverou que o balanço de determinação é o melhor critério a ser utilizado na apuração dos haveres. Quanto à metodologia a ser empregada na realização do tal balanço, aceitou a utilização do

²⁸⁶ BERTONCINI, Rodrigo Junqueira; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: aspectos destacados de direito material, *Revista de Direito Privado*, v. 70, out. 2016, p. 211-236.

fluxo de caixa descontado, eis que esse método permite estabelecer o valor patrimonial real da empresa.

A respeito da não vinculação do sócio dissidente à cláusula que impõe a forma de cálculo dos haveres, a Ministra Nancy Andrighi²⁸⁷ assim fundamentou:

Nesse contexto – em respeito à premissa adrede fixada, de preservação da sociedade e do montante devido ao sócio dissidente – mesmo que o contrato social eleja critério para a apuração de haveres, este somente prevalecerá caso haja a concordância das partes com o resultado alcançado. Havendo dissenso, faculta-se a adoção da via judicial, a fim de que seja determinada a melhor metodologia de liquidação, hipótese em que a cláusula contratual somente será aplicada em relação ao modo de pagamento.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva divergiu da relatora, sob fundamento de que, no âmbito do direito societário, deve-se prestigiar o princípio do *pacta sunt servanda*, de modo a impor a adoção do critério contratado se inexistem vícios que maculem a avença. Além disso, discordou também do uso da metodologia escolhida pela relatora por considerá-la sujeita a relevante grau de incerteza e subjetividade.

O Ministro João Otávio de Noronha²⁸⁸, por sua vez, acompanhou o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, assim tendo fundamentado, em seu voto de destacada repercussão:

Quanto ao uso da metodologia do fluxo de caixa descontado, trago a lume as considerações do Professor Marcus Elidius Michelli de Almeida registradas

²⁸⁷ STJ, Recurso Especial 1335619, 3ª Turma, relator para acórdão: Min. João Otávio de Noronha e Relatora sorteada: Min. Nancy Andrighi, v. por maioria, j. 27.03.2015.

²⁸⁸ Estabelecidas, pois, as premissas de que doutrina e jurisprudência já estão pacificadas quanto à necessidade de utilização do balanço de determinação em situações da espécie, bem como de que a lei não cuidou dos critérios contábeis para sua realização, permanece a polêmica no que diz respeito a duas outras questões: a) quais elementos devem ser considerados como ativos da sociedade para fins de avaliação?; e b) qual a metodologia a ser usada para a precificação dos haveres do sócio retirante? No que diz respeito ao primeiro aspecto, a controvérsia principal está em definir se os bens materiais ou incorpóreos, bem assim os intangíveis, haverão de ser levados em conta na aferição dos haveres. Verifico, no entanto, que o recurso especial não trata da matéria, razão pela qual deixo de abordar tão instigante tema. Quanto ao uso da metodologia do fluxo de caixa descontado, trago a lume as considerações do Professor Marcus Elidius Michelli de Almeida registradas no artigo Sociedade Limitada: causas de dissolução parcial e apuração de haveres, em que o articulista não só defende a utilização do referido método como o mais justo para definir o valor devido ao sócio retirante mas também corrobora o entendimento adotado pela eminente relatora de que tal critério pode perfeitamente se compatibilizar com o levantamento de balanço de determinação. (STJ, Recurso Especial 1335619, 3ª Turma, relator para acórdão: Min. João Otávio de Noronha e Relatora sorteada: Min. Nancy Andrighi, v. por maioria, j. 27.03.2015)

no artigo Sociedade Limitada: causas de dissolução parcial e apuração de haveres, em que o articulista não só defende a utilização do referido método como o mais justo para definir o valor devido ao sócio retirante mas também corrobora o entendimento adotado pela eminente relatora de que **tal critério pode perfeitamente se compatibilizar com o levantamento de balanço de determinação**. (grifos nossos)

No caso dos autos, o contrato social previa, para a hipótese de exclusão de sócio, o levantamento de um balanço de determinação, ajustado a valores de mercado, para apuração de seus haveres e, pelo relato do sócio que se desligou, havia uma série de operações em andamento, no momento da dissolução parcial.

De fato, se o próprio RE 89.464, julgado em 1979 pelo STF, responsável por instituir o balanço de determinação no direito pátrio, esclarecia que o valor apurado deveria ser **real** e alcançado dentro do princípio de igualdade e da forma mais abrangente possível, certamente a utilização do FCF está em linha com tal entendimento pretoriano e, de forma alguma, o contraria.

Não há razão para não se admitir, portanto, a metodologia do fluxo de caixa descontado, eis que ela está em consonância com a criação pretoriana do balanço de determinação.

Por fim, fundamental rememorarmos que, conforme anteriormente citado, a Resolução n. 1121/08²⁸⁹, do Conselho Federal de Contabilidade, nos números 53 e 54, é no sentido de admitir plenamente o conceito de fluxo de caixa para avaliação do valor real de empresas, de modo que o fluxo de caixa descontado pode compor o balanço de determinação.

²⁸⁹ N.53 - O benefício econômico futuro embutido em um ativo é o seu potencial em contribuir, direta ou indiretamente, para o fluxo de caixa ou equivalentes de caixa para a entidade. Tal potencial pode ser produtivo, quando o recurso for parte integrante das atividades operacionais da entidade. Pode também ter a forma de conversibilidade em caixa ou equivalentes de caixa ou pode ainda ser capaz de reduzir as saídas de caixa, como no caso de um processo industrial alternativo que reduza os custos de produção.

N.54 - A entidade geralmente usa os seus ativos na produção de mercadorias ou prestação de serviços capazes de satisfazer os desejos e necessidades dos clientes. Tendo em vista que essas mercadorias ou serviços podem atender aos seus desejos ou necessidades, os clientes se dispõem a pagar por eles e contribuir assim para o fluxo de caixa da entidade. (Conselho Federal de Contabilidade, Resolução nº. 1.121/08)

4.6. Possibilidade de o sócio, que se pretende excluir, receber dividendos, referentes ao período em que tramita a dissolução parcial em sentido estrito ou ação anulatória de exclusão extrajudicial - Art. 608, CPC

Como é sabido, a ação de dissolução parcial pode referir-se à dissolução parcial em sentido estrito ou somente à apuração de haveres.

Em se tratando da primeira hipótese, em que a sociedade pretende excluir um sócio judicialmente, em razão da prática de falta grave, eis que o contrato social não permite a expulsão extrajudicial, o requerido na ação poderá contestar, impugnando que tenha perpetrado ato dessa gravidade. Assim, o sócio, cuja exclusão se busca, poderá pleitear pela preservação do vínculo societário, negando a existência de tal falta.

Situação similar também será aquela na qual o sócio é excluído extrajudicialmente e ajuíza ação anulatória dessa deliberação social, a fim de ser reintegrado à sociedade.

Nesses casos, a ação de dissolução parcial em sentido estrito, ou a ação anulatória, poderá levar anos para ser dirimida e até que se dê a prestação jurisdicional. Assim, a questão que se coloca é se o sócio poderá receber dividendos, *pro labore*, ter direito a voto etc.

Injusta seria a situação se, ao final dessa demanda, o juiz julgasse a ação de dissolução improcedente e o sócio fosse mantido nos quadros sociais, mas deixasse de receber os dividendos a que teria direito durante o período em que a ação transcorreu.

Fábio Ulhoa Coelho²⁹⁰, analisando o tema, assim leciona, fazendo menção ao direito inglês:

²⁹⁰ “Nesse sentido, se a ação versa sobre a ocorrência ou não da dissolução parcial, enquanto não decidida a controvérsia, permanecem válidos e eficazes os termos do contrato social. Isso significa que o sócio continua tendo direito ao recebimento de lucros (se distribuídos estes) e *pro labore* (se contemplado com seu pagamento, no contrato social), bem como de participar das deliberações sociais e fiscalizar a gestão da empresa. (...) Como a demanda, nesse exemplo, tem por objeto a desconstituição ou permanência do vínculo contratual, enquanto não decidida, as partes são ainda obrigadas nos termos do contrato social. (...) Se, no final, o resultado não lhe é favorável (ao sócio), os valores que recebeu da sociedade, a partir da citação, podem ser compensados do reembolso”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 483-484).

Havendo litígio, é quase certo que anos se passarão até que o assunto seja resolvido. Pois então, durante esse prazo, o sócio, em relação ao qual a sociedade foi dissolvida, ou o sucessor do sócio morto, tem quais direitos perante a sociedade? Pode reclamar sua parte nos lucros, continuar recebendo *pro labore*, intervir nas decisões sociais etc.? Na Inglaterra, por exemplo, os membros desligados da *partnership* podem optar, enquanto se processa a avaliação de sua participação societária, entre continuar recebendo sua parte nos lucros sociais, ou a juros, à alíquota de 5% ao ano, sobre a parte do patrimônio social correspondente à sua parte. (...)

O art. 608²⁹¹ do CPC/2015 tem o condão de pacificar parcialmente essa questão. Estabelece o *caput* do dispositivo em tela que até a data da dissolução, ou seja, o trânsito em julgado de decisão decreta a dissolução parcial em caso de exclusão (*ex vi* art. 605, IV, CPC), o sócio excluindo tem direito ao recebimento dos dividendos e do *pro labore*, caso seja administrador.

Referido dispositivo legal passa a prestigiar, portanto, o entendimento construído pela doutrina, no sentido de que o sócio excluindo ainda tem direito ao *pro labore* e aos dividendos até que a dissolução judicial se opere, mediante trânsito em julgado do *decisum*.

Todavia, é de se notar que, não raras vezes, o sócio excluído pela sociedade pode acabar afastado das atividades sociais, por força de decisão judicial antecipatória, isto é, antes mesmo do trânsito em julgado, o sócio é proibido de ingressar na sede social e conseqüentemente de realizar seu trabalho como administrador. Por essa razão que dissemos que o art. 608 pacificou *parcialmente* a questão.

Na hipótese de o juiz entender que o afastamento físico do sócio das atividades cotidianas da sociedade é medida de rigor e determiná-lo, portanto, em sede de tutela provisória na ação de dissolução parcial, o excluindo não poderá votar nas deliberações sociais e não fará jus ao *pro labore*, a que teria direito pelo contrato social em situações normais. No entanto, caso a decisão provisória seja revertida, ao final do processo, por sentença, caberá ao sócio excluindo o recebimento do *pro labore* naquele período, em que ele foi mantido afastado, contra sua vontade?

²⁹¹ Art. 608. Até a data da resolução, integram o valor devido ao ex-sócio, ao espólio ou aos sucessores a participação nos lucros ou os juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade e, se for o caso, a remuneração como administrador.

Parágrafo único. Após a data da resolução, o ex-sócio, o espólio ou os sucessores terão direito apenas à correção monetária dos valores apurados e aos juros contratuais ou legais.

Entendemos que o sócio não fará jus ao *pro labore*, nem mesmo retroativamente, mediante eventual prolação de sentença que entenda por não excluí-lo, eis que, no curso do deslinde processual, havia razão jurídica para que o magistrado o mantivesse afastado, sem poder desenvolver suas atividades na sociedade. O mesmo ocorre em ação anulatória de exclusão extrajudicial julgada procedente.

Por essa razão, a decisão de afastamento liminar deve ser alicerçada em indícios robustos de que o sócio que se pretende excluir representa um risco às atividades da sociedade, de sorte que sua participação em deliberações seria contraproducente e, da mesma forma, sua presença física na rotina da empresa e sua atuação como gestor só trariam desarmonia à sociedade.

José Waldecy Lucena²⁹² sustenta que em hipóteses em que a atitude renitente do sócio, a fim de obstaculizar as atividades societárias, tais como votar contrariamente a uma proposta de essencial aumento de capital de que a sociedade tanto necessita, somente por espírito emulativo, faz tornar mais danosa para a sociedade a manutenção do referido sócio no ambiente social do que o prejuízo que se causa a ele com seu afastamento.

Interessante notar que o raciocínio do aludido autor vem carregado do princípio da proporcionalidade e de uma sensível ponderação de valores jurídicos.

Quanto à participação em deliberações, é de se perguntar se poderá o sócio excluindo comparecer às reuniões ou às assembleias, sem direito a voto, e obter cópia das atas e das demonstrações financeiras, como forma de resguardar seus interesses patrimoniais.

Priscila M. P. Correa da Fonseca²⁹³, acerca do tema, assevera que são pertinentes as salvaguardas acautelatórias no sentido de fiscalizar atividades administrativas, evitar malversação dos recursos ou bens da sociedade, evitar a prática de atos tendentes a dificultar o regular levantamento, bem como para o fim de assegurar a permanência do sócio excluído na sociedade até o pagamento dos haveres. Em outras palavras, o sócio excluindo, mesmo se houver sido afastado por

²⁹² LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 756.

²⁹³ Cf. FONSECA, Priscila M. P. Correa da. *Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 188/190.

tutela provisória da sociedade, poderá acompanhar as assembleias ou reuniões de sócios, sem direito a voto, com o intuito de fiscalização.

Em suma, concluímos que, sendo o *pro labore* o direito à remuneração inerente àquele sócio que exerce função rotineira para a atividade social cotidiana com expressa previsão em contrato social, a falta dessa atividade, mesmo que por imposição judiciária, retira do sócio o direito à remuneração em questão.

Situação diversa ocorre, sob nossa ótica, com o direito à percepção dos dividendos, uma vez que esses são inerentes ao *status socii*, isto é, enquanto não for determinado o afastamento incontroverso do sócio por decisão transitada em julgado, a condição de sócio permanecerá e com ela o direito aos lucros e resultados.

Por igual razão, a manutenção do direito a acompanhar, sem direito a voto, os conclaves e obter cópias de atas e de demonstrações financeiras faz parte da condição de sócio, mesmo que temporariamente afastado.

A perda do direito ao recebimento de dividendos ocorre apenas quando se verificar o afastamento definitivo.

Outra questão que se aventa, nos Tribunais, é a forma de pagamento dos dividendos, ou seja, esses devem ser pagos no curso da ação de dissolução parcial, ao longo de ação anulatória da exclusão extrajudicial, ou somente retroativamente, por ocasião da sentença que reintegra o sócio à sociedade?

Convém citar o seguinte julgado²⁹⁴:

²⁹⁴ “O d. Magistrado, por meio das decisões que são objeto do presente recurso, deferiu a tutela de urgência, daí para permitir que o agravante participasse das reuniões sociais, mas sem direito a voto ou manifestação, podendo requerer cópia das atas e fazer pedidos de esclarecimentos; mas rejeitou os pedidos de obtenção das contas e demonstrações financeiras e, o depósito judicial anual dos dividendos que seriam devidos ao agravante. No agravo de instrumento nº 2023155-13.2014, a Turma julgadora entendeu por negar provimento ao recurso da, aqui, agravada, mantendo a permissão para que o agravante participasse das reuniões sociais, mas o fez com observação, para que essa presença não fosse pessoal, mas por representante, a fim de evitar conflitos entre os sócios. Nesse vértice, prepondera que a alegação da agravada de que a exclusão extrajudicial tem eficácia plena e imediata foi mitigada naquele julgamento. Isso porque, a ação anulatória serve para permitir ao excluído provar que seu agir não foi contrário à sociedade e nem mesmo representou dano de gravidade a esta. Pois, o que se dá, afinal, é uma específica distribuição do ônus de prova: na extrajudicial, o expulso deve provar em juízo que não descumpriu nenhuma de suas obrigações de sócio. Na expulsão judicial, cabe aos remanescentes provar a culpa do sócio cuja expulsão pleiteiam’. (FABIO ULHOA COELHO, Curso de direito comercial - sociedades, SP: Saraiva, 2012, p. 449/450). (...) Por isso, emprestando utilidade a esse direito, a decisão agravada deve ser reformada, franqueando-se ao agravante as contas e demonstrações do ano de 2013, com antecedência de 10 (dez) dias da reunião que for designada”.

(TJSP, Agravo de Instrumento n. 2034871-37.2014.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Teixeira Leite, v.u., 24.04.2014).

Por outro lado, a decisão não merece reparo no que diz respeito ao depósito dos dividendos. Defende o agravante que poderá ser "longo e tormentoso o trâmite burocrático que terá de ser enfrentado, após a reintegração do agravante à sociedade, para o recebimento desses valores". Todavia, como se sabe, "a simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas" (STJ-1ª T., R.Esp 113.368-PR, rel. Min. José Delgado, j. 7.4.97). (...)

Contudo, é incontroversa a saúde econômico-financeira da agravada e a possibilidade de futuro acerto dos lucros e dividendos não recebidos, caso a ação anulatória seja julgada procedente.

Como se vê, a jurisprudência já vinha caminhando no sentido atualmente cristalizado pelo art. 608, CPC/2015, vale dizer, para entender que a percepção dos dividendos, nas situações acima delineadas, é direito do sócio excluendo. Entretanto, a questão consistente em saber se o pagamento ocorrerá retroativamente ou ao longo do processo, dependerá da comprovação do *periculum in mora*.

Significa dizer que o pagamento no curso do feito somente será autorizado judicialmente se houver risco de a sociedade não poder fazê-lo, após a sentença, ou até mesmo se o sócio estiver exposto ao perigo de, em não recebendo, experimentar grave desamparo financeiro.

Em outras palavras, o sócio excluendo somente fará jus ao recebimento dos dividendos mês a mês, no curso da ação, excepcionalmente e mediante farta comprovação da urgência.

Quanto ao pagamento retroativo, é de se questionar como incidem os juros de mora. O parágrafo único do art. 609²⁹⁵ do CPC/2015 estabelece que, após a data da resolução, ou seja, o trânsito em julgado na ação de exclusão judicial, aplicam-se juros e correção monetária.

²⁹⁵ Art. 609 (...) Parágrafo único - Após a data da resolução, o ex-sócio, o espólio ou os sucessores terão direito apenas à correção monetária dos valores apurados e aos juros contratuais ou legais.

O Superior Tribunal de Justiça²⁹⁶, no tocante ao termo inicial dos juros de mora, definiu que este deve ser a data da citação inicial. O termo da correção monetária deve ser a data do laudo ou balanço de determinação.

Nesse sentido, Alexandre Linares Nolasco²⁹⁷ defende que a compensação devida a sócio em virtude do lapso decorrido entre seu pleito de retirada e a satisfação dos haveres deve ser acrescida de correção monetária e de juros, estes desde a citação. O autor destaca, ainda, que isso não significa que o sócio que se desliga sofrerá efeitos negativos (ou positivos) dos resultados sociais havidos após a dissolução.

4.7. Cláusula de predeterminação de haveres e seu efeito vinculativo não absoluto

Até então, vimos que quando houver previsão no contrato social a respeito da forma de pagamento dos haveres (à vista ou em determinado número de parcelas), esta deverá ser observada, nos termos do art. 609, CPC/2015. Ademais, o contrato social pode trazer quais os critérios técnicos devem ser utilizados na elaboração do balanço de determinação.

É de se acrescentar, ainda, que o contrato social pode conter cláusula que estabeleça uma fórmula para a realização mais objetiva da conta aritmética que leva ao reembolso do sócio.

Hernani Estrella²⁹⁸ narra que o Código Comercial de 1850 foi editado por inspiração vinda das nações europeias, como Portugal, as quais estavam buscando

²⁹⁶ “Na ação de apuração de haveres resultante de dissolução parcial da sociedade, os juros incidentes sobre o montante da condenação fluem a partir da citação inicial”. (STJ, Recurso Especial 564.711/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 27/6/2007, DJ 27/8/07).

²⁹⁷ NOLASCO, Alexandre Linares. Aspectos práticos da dissolução parcial de sociedade limitada. *In O Direito de empresa nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 94.

²⁹⁸ “Graças a semelhante franquia, desenvolveu-se e aprimorou-se a prática contratual, sufragada pela doutrina e sancionada pelos tribunais, mercê da qual a convenção predeterminadora dos haveres de sócio falecido ou despedido substituiu as formalidades ordinárias da avaliação e partilha, pelo simples balanceamento do ativo e passivo da sociedade, ou pelo que de balanço anterior, aprovado, conste ou possa apurar-se. Nesse sentido, orientaram-se a doutrina e a jurisprudência pátrias, ambas acordes em reconhecer legitimidade e força vinculativa à estipulação, mesmo quando, pela morte de sócio, concorra à herança de herdeiro menor. A respeito deste, inclusive, a estipulação e partilha (arts. 344 a 348 e 353)”. (ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2010, p. 86).

codificações mercantis que trouxessem normas homogêneas para a Europa continental. O autor descreve que embevecido nessa intenção, o legislador do Código Comercial brasileiro perseguiu a ideia de trazer ao país normas que aproximassem o velho e o novo mundo, numa conotação de regras comerciais internacionais.

Na Espanha, a Lei de Sociedades permite que o contrato social contenha cláusula pré-determinadora dos haveres, de forma que os sócios e a sociedade tenham um acordo prévio nesse sentido. É o que relata Francisco Javier Santas²⁹⁹.

Em Portugal, como relata António Pereira de Almeida³⁰⁰, existe a possibilidade de o contrato social estabelecer cláusula de predeterminação dos haveres e, no caso específico de exclusão de sócio, pode haver cláusula própria prevendo um reembolso menor do que o normal, a título de cláusula penal.

A fórmula de predeterminação pode ser, pois, a menção de que o último balanço patrimonial aprovado pelos sócios será a referência ao cálculo de haveres.

Estrella ainda expunha, antes da vigência do CPC/2015, que a cláusula de predeterminação poderia apontar uma fórmula, ou até mesmo um valor nominal fixado anualmente³⁰¹:

Não raro, também, a quantia a pagar ao sócio despedido ou a seus sucessores é antecipadamente fixada: valor nominal de sua parte no capital, com ou sem abatimento, e certa percentagem sobre o resultado provável das operações em curso, correspondente a determinado período. Em termos mais precisos, estabelece-se um preço certo por antecipação, quaisquer que sejam as mutuações que o estado patrimonial da sociedade venha a sofrer. Pode, ainda, clausular-se que o valor seja fixado anualmente, ao fim de cada exercício por deliberação majoritária. E, finalmente, é possível estabelecer-se que, embora prefixado o valor, fique à opção dos sócios sobrevivente ou remanescentes optar entre pagá-lo ou dissolver a sociedade, procedendo-se a sua liquidação.

Nessa hipótese, devemos nos perguntar se a cláusula contratual merecerá aplicação haja o que houver, a despeito das circunstâncias de fato que envolvem a sociedade ou não. Isto é, o efeito vinculativo da cláusula contratual é absoluto?

²⁹⁹ SANTAS, Francisco Javier Framiñan. *La exclusión del sócio em la sociedad de responsabilidad limitada*. Granada, Comares, 2005, p. 56-60.

³⁰⁰ ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedade Comerciais*. Vol. I. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 408.

³⁰¹ ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 88.

Na hipótese de a cláusula predeterminadora mostrar-se absolutamente divorciada da realidade patrimonial da sociedade no momento do afastamento do sócio, a sociedade e os sócios não ficam adstritos a ela.

Hernani Estrella³⁰² também destaca que o quanto clausulado deve servir de referência à apuração dos haveres, ao lado das disposições legais e da situação real da sociedade, de sorte que, em havendo dissídio, o juiz deverá supri-lo, não de modo arbitrário, mas respeitando o espírito do contrato, com equilíbrio e equidade.

Sérgio Campinho, por sua vez,³⁰³ defende que não se deve prestigiar cláusulas que levem ao enriquecimento sem causa da sociedade, eis que a jurisprudência há muito condena métodos de apuração de haveres que não conduzam ao cálculo do valor justo cabível ao sócio.

De fato, não há razão para que prevaleça, a qualquer custo, o estabelecido em cláusula de predeterminação, sob pena de cometer-se abuso de direito. Significa dizer que, ficar adstrito à cláusula contratual, fechando os olhos à realidade da sociedade, caracteriza uma interpretação míope do verdadeiro intuito do contrato, o qual é tentar mitigar os litígios entre os sócios, oferecendo uma solução equilibrada para o conflito.

Deve prevalecer, para tanto, a boa-fé objetiva (art. 422, CC³⁰⁴), na medida em que os sócios remanescentes não podem apoiar-se no quanto fora clausulado, mesmo que a realidade aponte, com veemência, para outro sentido, diametralmente oposto.

Trata-se de abuso de direito, isto é, o apego excessivo à força vinculativa das cláusulas contratuais, com o intuito de causar prejuízo a outrem, desconsiderando que essas cláusulas foram traçadas sob a visão momentânea da realidade e com o intuito de colaborar na solução de conflitos, dando um norte aos sócios e não como uma solução heterônoma e impositiva.

302 ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 95.

303 CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 5ª. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 130-131.

304 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nesse caminho, Renato Ventura Ribeiro³⁰⁵ indicou que se deve analisar a base objetiva do contrato social, a fim de respeitar-se a função social do contrato:

Atualmente a teoria da base objetiva do negócio encontra esforço no princípio da função social do contrato. A noção de função social indica um poder-dever do sujeito de exercer a atribuição não somente no interesse subjetivo ou próprio, mas no interesse objetivo, ou seja, de terceiros. A função social do contrato indica, portanto, que o contrato é celebrado não só no interesse próprio do contratante. Havendo modificação na base negocial, o contrato pode deixar de satisfazer o interesse pretendido pelo contratante, o que exige sua revisão ou resolução por não cumprimento de sua função social.

Nota-se, portanto, que a cláusula de predeterminação de haveres presta-se a refletir situação que imperava à época da celebração do contrato social, no entanto, em havendo alteração da base negocial, poderá haver revisão de critério pré-fixado.

No tópico anterior, mencionamos que o Supremo Tribunal Federal editou Súmula 265 em 1963 a respeito da dissolução parcial e, em 1979, julgou o Recurso Extraordinário 89.464-SP, quando a Suprema Corte tratava também de questões infraconstitucionais, no qual definiu que a apuração de haveres dar-se-ia pelo rito da dissolução total e de forma bastante abrangente na busca do valor justo.

No mesmo recurso, o Min. Moreira Alves salientou em seu voto que o art. 15 do Dec. n. 3.708/1919 confere ao sócio dissidente a possibilidade de retirar-se, possibilidade essa que ele só utilizará se verificar que o valor dos bens, constante do balanço social, corresponde exatamente à realidade.

José Waldecy Lucena³⁰⁶, a esse propósito, ao comentar esse julgado, assevera que:

A apuração de haveres, na forma do último balanço aprovado, somente terá lugar se as partes envolvidas o aceitarem, isto é, em solução extrajudicial. Judicialmente, mediante ação do interessado, inconcorde com o último balanço, a apuração será sempre efetuada na forma indicada pela Corte Excelsa. (...) O primeiro modo de pagamento dos haveres, previsto no art. 668, do Código Processual de 1939, isto é, 'o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social', há de ser interpretado na forma supraexposta.

³⁰⁵ RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.169.

³⁰⁶ LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 980-984.

O Superior Tribunal de Justiça³⁰⁷ pronunciou-se recentemente a respeito, decidindo que a cláusula de predeterminação não pode prevalecer sobre os princípios gerais do direito.

A par disso, Erasmo Valladão Novaes França e Marcelo V. von Adamek³⁰⁸ observam que tal cláusula predeterminadora dos haveres não pode promover o enriquecimento sem causa, violar a boa-fé objetiva, nem afrontar princípios basilares do direito societário, como o que veda o pacto leonino, por exemplo. Ressaltam ainda os autores que a doutrina e a jurisprudência pátrias não se enfronharam suficientemente no tema.

O STJ³⁰⁹ também, em data mais distante, havia decidido no sentido que a cláusula contratual deve ser aplicada, salvo se houver alguma circunstância prática que afaste sua incidência.

Conjugando os arestos, que representam com razoável fidelidade o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, ratificamos o quanto exposto acima, no diapasão em que a cláusula de predeterminação dos haveres deve ter eficácia, desde que não venha a perpetrar, no caso concreto, enriquecimento sem causa, afronta à boa fé-objetiva ou aos princípios gerais do Código Civil e do direito

³⁰⁷ A apuração de haveres - levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade - se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, **desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito**. Assim, somente ante o silêncio da avença societária ou de posterior acordo entre os sócios a esse respeito, é que têm lugar os parâmetros estabelecidos pela lei, que podem, ainda, ser afastados pela sentença (art. 668 do Código de Processo Civil de 1939, em vigor por força do art. 1.218, VII, do CPC vigente).

(STJ, AG 1.416.710-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, v. u., 03.04.2014, DJe 25.04.2014)

³⁰⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão A. Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Da Ação de dissolução Parcial de Sociedade – comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 58/59.

³⁰⁹ 1. A ausência de intimação para oferecer contestação à reconvenção não ensejou qualquer prejuízo ao autor reconvinado, isto porque o pedido formulado na reconvenção foi atendido na própria ação de dissolução proposta pelo reconvinado, decretada a dissolução, apenas, parcial da sociedade. Não há, portanto, ofensa ao artigo 316 do Código de Processo Civil. 2. (...) **3. Conforme jurisprudência desta Corte, a regra geral é a de que os haveres do sócio que se retira da sociedade devem ser pagos na forma prevista no contrato, salvo se existente alguma peculiaridade com força para afastar este entendimento, o que não ocorre no presente caso.** (grifou-se) 4. Os paradigmas que servem de apoio ao dissídio devem estar no especial, apresentados de forma regular, não servindo, para tanto, paradigma posteriormente juntado. (...)

(REsp 450.129/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 08.10.2002, DJ 16.12.2002, p. 327)

societário, eis que, nesses casos, haveria grave abuso de direito por parte de quem invoca a aplicação vinculativa do texto clausulado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo³¹⁰ já se manifestou também no sentido de relativizar a cláusula de predeterminação:

Ação de liquidação de cotas sociais cumulada com apuração de haveres - Reconhecimento de haveres pela sentença com base em laudo do perito judicial - **Necessidade de verificação do valor efetivo da empresa** - levantamento que não pode ficar limitado à mera indenização do patrimônio líquido da sociedade - Consideração de lucros futuros e apuração do real valor econômico da empresa perante o mercado - Base de cálculo que deverá ser o saldo real contábil - **Cláusula contratual que não obriga o sócio retirante a aceitar reembolso dos haveres pelo balanço especial** - Débito decorrente de auto de infração que deverá ser apurado em liquidação de sentença - Incidência de juros moratórios a partir da citação - Majoração de honorários advocatícios determinada - Recurso dos autores provido em parte, desprovido o dos réus.

Nítida, pois, a possibilidade de revisão da cláusula de predeterminação de haveres, se comprovado o enriquecimento sem causa dos sócios remanescentes ou da sociedade (ou do sócio que se desliga), bem como o excessivo apego à *pacta sunt servanda* como forma de abuso de direito.

³¹⁰ TJSP, Apel. 9218426-16.2006.8.26.0000, 1ª Câmara. Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. 05/10/2010, registro em 19/11/2010.

5. ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA

5.1. Conceito de mais-valia empresarial aplicado à avaliação de empresas

Conforme dissertado anteriormente, o conceito de *goodwill* tecido por Marcelo Monteiro Perez e Rubens Famá relaciona-se com a noção de mais-valia, de sorte que o *goodwill* será apurado com base no *quantum* o valor econômico da sociedade puder exceder seu valor patrimonial total, ou seja, o máximo de valor que a sociedade puder ter, acima da soma de seus ativos.

Esse *quantum* é a mais-valia ou, em outras palavras, o valor agregado do empreendimento.

Marcus Elidius Michelli de Almeida³¹¹ assim reflete acerca do tema: “a apuração deve ser sempre da forma mais ampla possível, levando em conta o fundo de comércio, os bens corpóreos e incorpóreos, o goodwill da empresa”.

Rubens Requião³¹² também ensina no sentido de que “os bens corpóreos e incorpóreos conjugados no fundo de comércio não perdem cada um deles sua individualidade singular, embora todos unidos integrem um novo bem”.

Nem sempre o valor global da empresa (enquanto atividade) será superior à soma dos ativos individualmente. Obviamente, porque o valor global da empresa somente será superior à soma dos ativos quando houver mais-valia. Se não houver a mais-valia, significa que a sociedade é mais valiosa por ser proprietária de determinados bens do que por desenvolver uma atividade atraente ao mercado e que tenha grande capacidade de geração de caixa.

Exemplo de uma sociedade que não possui nenhum *goodwill*, isto é, a soma dos seus bens individualmente é superior à sua capacidade de geração de caixa, é a *holding* imobiliária pura, que não realiza, portanto, outra atividade a não ser venda e locação de bens próprios.

Em geral, uma sociedade desprovida de mais-valia, como uma *holding* imobiliária, não se torna atraente a interessados em adquirir suas quotas ou em

³¹¹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Sociedade Limitada: Causas de dissolução parcial e apuração de haveres* In *Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 551/552.

³¹² REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 185.

investir capital na mesma, pois não há valor agregado decorrente da atividade. O investidor pode preferir adquirir imóveis diretamente, uma vez que somente terá interesse em tornar-se sócio de empresas que possuam uma destacada capacidade de gerar riquezas.

De outro giro, há sociedades que dispõem de um *goodwill* bastante alto e distinguido, vale dizer, pois a diferença entre a soma dos bens individualmente considerados é muitíssimo inferior ao valor global da empresa. Isso ocorre pois o complexo organizado de bens, incrementado pelo valor agregado da mais-valia, faz determinadas sociedades serem valiosas no mercado.

Eldon Hendriksen e Michael van Breda³¹³ assim dissertam:

Quando o preço de compra de um negócio em marcha excede o total da avaliação de todos os seus ativos individuais, exceto o *goodwill*, pode-se assumir que este excedente representa o pagamento destes atributos intangíveis específicos.

Exemplo que ilustra com substância tal lógica são as *start-ups*, ou seja, sociedades com pouco tempo de existência, que contêm em sua atividade forte ligação com tecnologia de ponta e propõem dar uma solução inovadora e em escala a problemas atualmente existentes em nossa sociedade. Em geral, essas sociedades, na referida fase inicial, ainda dependem de capital intensivo a ser captado por investidores ou no mercado de capitais.

As *start-ups*, em regra, não possuem ativos tangíveis, mas somente uma ideia promissora e um sistema inovador ainda a ser plenamente desenvolvido mediante o ingresso de capital de investimento.

Outra atividade que se encontra em situação similar são os restaurantes (exceto redes de franquia), uma vez que consistem em sociedades que têm como ativos mesas, cadeiras, fornos industriais, geladeiras, máquinas e utensílios, mas sobretudo clientela, a marca e o aviamento. Assim, resta evidente que, nesse caso, o conjunto organizado de bens, acrescido pelo *goodwill* vale substancialmente mais do que a soma dos bens que compõem o ativo da sociedade.

³¹³ HENDRIKSEN, Eldon; VAN BREDA, Michael F. *Accounting theory*. Pennsylvania State University: Irving 1992, p. 640.

Difícilmente alguém faria uma oferta de aquisição por empresa se os bens valiosos desta forem os tangíveis e intangíveis em questão, desacompanhados da capacidade de geração de caixa, isto é, da mais-valia.

Por essa razão, o método atualmente mais utilizado para avaliação de sociedades para fins de fusões e aquisições é o fluxo de caixa descontado³¹⁴, eis que tal metodologia é capaz de mensurar justamente a capacidade de obtenção de novos negócios ao longo dos anos. Com isso, o interessado em investir pode analisar quanto pode valer seu investimento, de acordo com a probabilidade de retorno, bem como qual esse prazo.

A depender da atividade da empresa, a apuração de haveres por meio unicamente do balanço de determinação, sem o emprego do fluxo de caixa descontado, não leva em consideração a mais-valia do negócio, limitando-se à soma dos bens tangíveis e intangíveis, pelo valor de saída (de venda de cada item), de modo que se assemelha à valoração da empresa caso essa fosse ser liquidada e encerrar suas atividades.

Por mais que se incluam os valores da marca e os aspectos do fundo empresarial, entre outros intangíveis, simula-se o encerramento da atividade e isso faz com que o sobrevalor futuro seja aniquilado.

Ousamos dizer que o *goodwill* está para a atividade empresarial assim como o talento e a força de vontade estão para o homem.

Por essas razões, é recomendável que os contratos sociais de *start-ups* contenham em suas cláusulas de apuração de haveres a elaboração de balanço de determinação pela metodologia do fluxo de caixa descontado, o que nada mais é do que o reconhecimento antecipado da melhor forma de avaliar tal espécie de empresa³¹⁵.

5.1. Caso hipotético: *start-ups* de tecnologia (questão-problema)

³¹⁴ SPINELLI, Luís Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 506.

³¹⁵ ROSOLEN, Marcela; DUARTE, Camila. *Apuração de haveres no novo CPC demanda maior atenção ao contrato social de start-ups*. Disponível em <http://www.derraik.com.br/apuracao-de-haveres-no-novo-cpc-demanda-maior-atencao-ao-contrato-social-de-startups/>. Acesso em 05. nov. 2017.

Ingressando exclusivamente no exemplo dado no tópico anterior, a respeito das *start-ups*, imaginemos a constituição de uma típica sociedade desse modelo, contendo três sócios, que possuem 33,33% do capital social cada. A sociedade tem como nome fantasia “Smart-Walk”.

A atividade (fictícia) dessa sociedade consiste em uma plataforma digital que possibilita que pessoas que possuem cães em suas casas façam contato com passeadores de cachorros que estejam mais próximos de suas residências, por meio de um aplicativo de celular. Ou seja, a sociedade possui uma solução digital para uma questão atual e passível de ser multiplicada em escala.

A intenção dos três sócios sempre foi desenvolver essa plataforma digital ao máximo de sua capacidade, atrair a atenção de investidores e receber capital intensivo, ao ponto de poderem decidir se vendem totalmente suas participações a investidores, ou somente parte delas e mantêm-se na sociedade, mesmo que com participação menor.

Assim, sempre houve um consenso: alienariam quotas para recuperar o investimento que teriam com o árduo desenvolvimento da ideia, a dedicação e abnegação, as noites em claro longe da família etc. Essa era a norma, o lema dos sócios, desde a fundação. E obviamente que a venda das quotas seria feita pelo maior valor possível.

Também era consensual a noção de que um dos sócios, *Pablo*, teria de dedicar-se muito no início, pois seria o técnico responsável pelo desenvolvimento da plataforma digital e seu aperfeiçoamento.

Embora envolvidos por uma ideia promissora, os três sócios ainda não tinham total consciência de até que ponto aquela atividade poderia levá-los, como é comum nesse início de empreendimento.

Assim, contrataram um escritório de contabilidade bastante modesto que elaborou um contrato social sem grandes pretensões para a sociedade, ou seja, um contrato simplório que aquele contador apresenta para qualquer sociedade limitada que o procure, seja uma padaria, uma grande revendedora de peças de automóveis ou essa *start-up* de tecnologia.

Esse contrato social padronizado contém cláusula que estabelece como dar-se-á a dissolução parcial, apontando simplesmente que essa será realizada mediante balanço de determinação, a preço de saída dos bens.

Quando a atividade empresarial começou a ganhar espaço perante o mercado consumidor, a sociedade buscou um investidor-anjo junto a incubadoras de novas empresas, que ingressou como sócio, com 40% de capital, de modo que os fundadores passam a ter 20% cada. Destaque-se que Pablo foi voto vencido na deliberação a respeito do aumento de capital e ingresso de novo sócio. Embora pela Lei Complementar 155/2016 o investidor-anjo pudesse ser um sócio sem participação no contrato social da *start-up*, optaram por darem participação societária a ele que, por sua vez, concordou em assumir responsabilidades inerentes à qualidade de sócio³¹⁶.

³¹⁶ Lei Complementar 155/2016:

(...)

“Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 1º As finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos deverão constar do contrato de participação, com vigência não superior a sete anos.

§ 2º O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou por pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

§ 3º A atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente por sócios regulares, em seu nome individual e sob sua exclusiva responsabilidade.

§ 4º O investidor-anjo:

- I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa;
- II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;
- III - será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos.

§ 5º Para fins de enquadramento da sociedade como microempresa ou empresa de pequeno porte, os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade.

§ 6º Ao final de cada período, o investidor-anjo fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, conforme contrato de participação, não superior a 50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 7º O investidor-anjo somente poderá exercer o direito de resgate depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte de capital, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, e seus haveres serão pagos na forma do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, não podendo ultrapassar o valor investido devidamente corrigido.

§ 8º O disposto no § 7º deste artigo não impede a transferência da titularidade do aporte para terceiros.

§ 9º A transferência da titularidade do aporte para terceiro alheio à sociedade dependerá do consentimento dos sócios, salvo estipulação contratual expressa em contrário.

§ 10. O Ministério da Fazenda poderá regulamentar a tributação sobre retirada do capital investido.”

“Art. 61-B. A emissão e a titularidade de aportes especiais não impedem a fruição do Simples Nacional.”

“Art. 61-C. Caso os sócios decidam pela venda da empresa, o investidor-anjo terá direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios regulares.”

A empresa dispõe de uma plataforma digital que congrega os passeadores de cachorros, alguns poucos funcionários, entre programadores e empregados da área administrativa, uma sala comercial alugada, poucos *notebooks*, mesas e cadeiras. Não possui em seu ativo máquinas, veículos, equipamentos nem tampouco um espaço de treinamento para passeadores, assim como a empresa Uber que não é proprietária de veículos e não possui motoristas como seus empregados.

A sociedade tinha boa perspectiva de crescimento e iniciou um projeto de busca de investidores de capital intensivo, que, como é sabido, costumam exigir participação de 51% ou mais do capital social, para aportarem grandes recursos. A fim de agradar futuros investidores e por sugestão do investidor-anjo, a sociedade alterou os rumos previstos na ideia original no tocante a questões técnicas da plataforma *on line*, o que causou uma certa instabilidade entre os três sócios fundadores.

Insatisfeito com a mudança na ideia original, Pablo, que é um dos sócios fundadores e o responsável pelo desenvolvimento técnico da plataforma, diverge da mudança proposta, mas é voto vencido em reunião de quotistas em que o assunto é deliberado.

Após a deliberação por maioria, os sócios insistem que Pablo, como o responsável técnico, dedique-se com a abnegação a que vinha trabalhando até então, para reformular totalmente a plataforma. Pablo não consegue promover a reformulação no ritmo esperado, o que é interpretado pelos demais sócios como má vontade e falta de empenho.

Os sócios deliberam pela exclusão extrajudicial de Pablo da sociedade com base em cláusula contratual. Alegam que a falta de empenho, em momento crucial da sociedade, caracterizaria ato de inegável gravidade. Pablo é expulso da sociedade e esta apresenta-lhe o balanço de determinação, apontando que seu reembolso será R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Nesse trilhar, Pablo encomenda a elaboração de um estudo, por meio do fluxo de caixa descontado e aponta que o valor da empresa equivale a dois milhões de reais

“Art. 61-D. Os fundos de investimento poderão aportar capital como investidores-anjos em microempresas e empresas de pequeno porte.”

e sua participação corresponde a R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), portanto. O fluxo de caixa descontado, se incluído no bojo do balanço de determinação, levaria à conclusão de que a participação de Pablo equivale a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Em vista da existência de valores tão distantes, estabelece-se o dissídio entre a sociedade e o sócio Pablo.

A avaliação de uma sociedade deve ser realizada pelo método que lhe confira o maior valor possível, desde que de modo fundamentado e justo. Se fossem vender uma participação societária no mercado, os sócios certamente lançariam mão do *free cash flow*. Todavia, para fins de apuração de haveres utilizam o balanço de determinação puro e simples, como se de dissolução total se tratasse.

O fato de a sociedade não estar prestes a encerrar suas atividades, ao contrário, ser um negócio promissor, contrasta gravemente com a ideia de se pagar o sócio retirante com base em uma simulação de encerramento.

Não se argumente que o balanço de determinação puro é a forma mais justa de avaliação, uma vez que os sócios remanescentes permaneceriam a assumir o risco da atividade, ao passo que o sócio retirante desliga-se, recebe sua parte em dinheiro e segue adiante. Isso porque o sócio que se desliga já assumiu riscos até então e, assim, não merece receber reembolso; como se a atividade empresarial fosse estanque.

A sociedade, ao pagar a participação justa e real ao sócio Pablo, por mais que tenha que realizar um desembolso alto, passa a possuir as quotas equivalentes a 20% do capital, em tesouraria, podendo agora negociar a venda dessa participação a terceiros.

Os sócios remanescentes podem argumentar que o contrato social faz referência ao quanto previsto em lei, ou seja, o art. 606 do CPC/2015 o qual prevê:

Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Não há mais dúvidas de que o intangível integra o levantamento, portanto, o valor da marca (por exemplo) fará parte do balanço de determinação, mas a capacidade de prospecção de negócios será excluída, se prevalecer a vontade dos sócios remanescentes.

Não faz sentido a alegação de que o risco assumido pelos sócios, a partir da retirada de Pablo, faz com que o fluxo de caixa projetado para o futuro esteja atrelado a essa álea, de modo indissociável.

Na verdade, o fluxo de caixa projetado para o futuro, com os descontos de praxe, são fruto de algo já plantado, semeado e cultivado no passado pelos três sócios, e com a participação do investidor-anjo. E, repita-se, sob risco já experimentado até ali.

As colocações pertinentes de parte da doutrina a propósito de que o sócio que se desliga não participará do sucesso e do fracasso que surgirem dali em diante não significa dizer que o FCF não possa ser aplicado ao caso. Isso porque deixar de participar do sucesso futuro significa que a data-base para a apuração de haveres será o dia do desligamento do sócio, ou seja, que o sócio não terá direito sobre o resultado que surgir contabilmente um ano após sua saída.

Todavia, se o horizonte traçado com sua ajuda é favorável, quando se examina o futuro, Pablo deve beneficiar-se disso, de sorte que a capacidade de geração de caixa para o futuro deve ser considerada, quando da apuração de haveres.

Para definir autonomia de vontade, deve-se pensar em liberdade de manifestar vontade no ato da contratação.

A autonomia da vontade possui duas subdivisões. A primeira é *Liberdade de Contratar*, que nada mais é que a faculdade de realizar ou não determinado contrato e de poder escolher a pessoa com quem deseja contratar. A segunda é a *Liberdade Contratual*, que é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato, importando na fixação das modalidades de sua realização.

O encontro das vontades livres forma o consenso contratual. As regras próprias criadas e constituídas no contrato levam-nos a outro princípio, que é a obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*) que, para alguns, encontra-se contida na autonomia da vontade.

Immanuel Kant³¹⁷ defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos), e assim formulou tal princípio:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Conforme vimos no tópico 2.8 deste estudo, a função social da empresa visa a compatibilizar os diversos vetores formados pela *pacta sunt servanda* e pela boa-fé objetiva e dignidade da pessoa humana.

No caso hipotético sob enfoque, realizar a apuração de haveres pelo balanço de determinação, excluindo o fluxo de caixa descontado, fere frontalmente a dignidade da pessoa humana, na medida em que justamente trata o sócio Pablo como meio ou objeto e não como fim em si mesmo. Pagar um valor irrisório a ele equivale a utilizá-lo como “escada” para o atingimento de objetivos grandiosos, *coisificando-o*³¹⁸.

De fato, nada fere mais a dignidade da pessoa humana do que a utilização de alguém como mera peça de um tabuleiro.

Forçoso concluir que não é razoável impor a aplicação da cláusula contratual fria, pois isso aniquilaria a boa-fé objetiva e, em última análise, a dignidade da pessoa humana, pois o sócio retirante seria utilizado como mero meio ou objeto para a concretização dos objetivos dos demais. A boa-fé objetiva recomenda justamente que se pondere, se os sócios fossem alienar as quotas sociais, qual seria a forma de se apurar seu real valor, a fim de que tal valor seja considerado no bojo do balanço de determinação.

No caso concreto, o sócio Pablo, dedicou-se intensamente ao desenvolvimento da plataforma digital, com total empenho, no entanto, em um momento de justa reflexão e compreensível titubeio, foi expulso da sociedade. Em verdade, a exclusão vem carregada de uma mensagem dos demais, como se dissessem: “você é útil até o ponto em que nós precisamos de você”.

³¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1785. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58 e 65.

³¹⁸ Conf. Willis Santiago Guerra Filho, em conversa entre o autor deste estudo e o aludido Professor, a respeito deste trabalho.

Renato Ventura Ribeiro assim lecionou:

Havendo alteração nas circunstâncias nas quais o negócio foi realizado (base do negócio), fica afetada a vontade das partes manifestada na sua celebração. Mesmo não sendo expresso, entende-se que a intenção das partes era a feitura do negócio no contexto presente por ocasião da declaração de vontade. Cuida-se de cláusula geral implícita nos contratos. Assim, a alteração da base negocial que importa desequilíbrio entre as prestações com onerosidade excessiva.

A alteração na base negocial no caso hipotético revela-se da seguinte maneira: a sociedade foi constituída com o intuito de que a estrutura crescesse, o mercado consumidor fosse conquistado e, então, juntos pudessem deliberar sobre a venda da participação societária a um terceiro. Pablo divergiu da decisão de aumentar o capital e recepcionar um novo sócio (investidor-anjo), no entanto, foi voto vencido, tendo o sócio ingressado com 40% no quadro societário.

A partir do momento em que os três sócios fundadores não deliberam mais sozinhos pelos novos caminhos da sociedade, uma vez que o investidor-anjo possui isoladamente 40% do capital social e impõe-se nas decisões sobre o rumo da atividade, o sócio Pablo vê-se diante de uma situação nova. Some-se a isso o fato de que a cobrança a respeito de seu desempenho diário como programador de *software* elevou-se sobremaneira.

O sócio Pablo tentou resistir na sociedade, embora descontente, mas foi excluído pelos demais sócios, que pretendem pagar a ele haveres em valor irrisório, se comparado ao verdadeiro potencial da sociedade.

Essa conduta dos demais sócios aplica-se perfeitamente à ideia de que quando uma pessoa é encarada como meio para a satisfação dos objetivos alheios, viola-se a dignidade da pessoa humana. Assim, sempre que houver violação por completo de um princípio colidente, pela lei da ponderação não se poderá prestigiar o contravalor a ele colidente. Some-se a isso o fato de ter havido alteração significativa na base negocial da sociedade, o que faz emergir a observância da função social da empresa e a boa-fé objetiva.

5.3. A análise econômica do direito e a tutela do investimento privado

A análise econômica do direito (AED) é instrumento capaz de orientar soluções para situações árduas, como essa a respeito da possibilidade de aplicar-se à apuração de haveres metodologia não prevista expressamente no contrato social. Importante tecer breve relato acerca da AED.

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*, em inglês, iniciou-se na Universidade de Chicago entre 1940 e 1950, por meio de importante contribuição do economista Aaron Director, o qual buscava aplicar relevantes entendimentos criados no campo da economia a casos jurídicos ligados à economia, a exemplo do Direito Concorrencial, Regulatório e o Direito Comercial³¹⁹.

A partir da década de 1960, a AED passa a enveredar-se por outros caminhos, a fim de analisar casos jurídicos não ligados originalmente à economia, tendo Ronald Coase como seu principal desbravador. Coase publicou o célebre livro *The Problem of Social Cost*. No entanto, o nome do “movimento” foi atribuído por Henry Manne, aluno de Ronald Coase, ao cunhar em inglês a expressão: *Law and Economics*. Nasce então a segunda fase do movimento.

Richard Posner surge durante a chamada segunda fase da AED e contribui para sua ampla difusão. A obra de Posner, denominada *Economic Analysis of Law*, de 1973, é um marco para a AED e, não por acaso seu título inspirou o conceito no Brasil de Análise Econômica do Direito.

Ivo Gico Júnior³²⁰ faz interessante análise sobre o tema, ao indicar que a AED é um instrumental técnico que pode demonstrar como as pessoas respondem a

³¹⁹ HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. Revista Publica Direito. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>, acesso em 20. jul. 2017, p. 09/10.

³²⁰ A consequência desse afastamento é que, mesmo após a grande evolução que as ciências naturais e sociais gozaram durante o século XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional. Em síntese, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, **como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos**. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve

estruturas de incentivos e criam expectativas de acordo com as situações de fato e de direito que se apresentam.

Os mecanismos que levaram este estudo a buscar a AED são: o exame da questão-problema por meio de recursos que permitam mensurar como as pessoas reagem a incentivos; o que causaria um desestímulo a pessoas agirem de determinada forma e conforme a consequência prevista, bem como; a verificação acerca da adequação de uma norma pelo consequencialismo,

Justamente na obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*³²¹, o autor traz a noção de como normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, mediante pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes. O fundamento de Posner para essa verificação assenta-se no fato de que os indivíduos são capazes de formular suas prioridades e agem de acordo com elas e com seu interesse próprio, porquanto são seres racionais.

Richard Posner³²² assim assevera:

El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así.

A economia poderia, portanto, colaborar com o direito, especialmente por meio da elaboração de modelos de comportamento que ajudem na previsibilidade e controle das ações humanas. Um dos importantes pilares de Posner, para sustentação de sua teoria jurídica, é o liberalismo clássico inspirado em John Stuart Mill, como defesa da máxima liberdade do indivíduo. desde que compatível com as liberdades dos outros³²³.

em consideração as consequências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública. (grifou-se)

(GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law. Review*. Vol. 1. N. 1, p. 7-32. Jan-Ju 2010, p. 8).

³²¹ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 24-25.

³²² POSNER, Richard *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 26

³²³ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 18 e 25.

Luana R. Heinen³²⁴, em seu profundo estudo a respeito de Posner, assim disserta a respeito da teoria do autor em comento:

A gestão de desempenho se direciona, então, para um objetivo econômico de eficiência, objetivo conseguido por meio de uma modificação da subjetividade que consiste em constituir as pessoas em sujeitos de valor. Constrói-se situações de “quase-mercados” onde não havia mercado, exige-se daqueles que estão envolvidos que joguem como se fossem empresas, gerindo seus esforços para maximizar seus lucros. Esses ambientes de intensa concorrência não são, entretanto, os lugares da escolha: não há escolha. Em situações de mercado é necessário jogar.

A autora acima citada revela um importante traço da teoria de Richard Posner, segundo o qual esse adotou pressupostos da economia neoclássica como suporte, de molde a entender que a teoria de oferta e procura e o liberalismo deveriam guiar o mercado, com pouca regulação do Estado. Nesse cenário, Posner defendeu, nas décadas de 1970 e 1980, que nesse jogo livre do capitalismo, os indivíduos agiriam, cada um, como empresas, buscando otimizar seus lucros.

A crise financeira de 2008 nos EUA e no mundo, serviu para demonstrar aos economistas, porém, que a teoria neoclássica poderia estar errada, porquanto era utópica e irrealista. O próprio Richard Posner reviu expressamente sua teoria, após 2008. As causas da crise de 2008, que vieram à tona de forma irremediável, demonstraram a Richard Posner que o modelo capitalista não é tão estável quanto imaginava e também que nem sempre a alocação de recursos é feita livremente da maneira mais eficiente, por meio da “mão invisível do mercado”.

Assim, Richard Posner escreveu duas obras após 2008, *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*, em 2009, na qual critica como os economistas não previram a crise financeira, e *The crisis of capitalist democracy*, em 2010, no qual critica como puderam os economistas e estudiosos (dentre eles, o próprio) esquecer das lições de John Mayard Keynes:

I extend the criticisms I made of present-day economists in the first book, emphasizing now not just their failure to anticipate the crisis, which was my

324 HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica, *Revista Publica Direito*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>, acesso em 20. jul. 2017, p. 11-13.

emphasis in that book, but also failures of understanding that can be summarized as forgetfulness of Keynes.³²⁵

A mudança de entendimento que Richard Posner sofreu, após a crise financeira de 2008, é o fato de que o liberalismo econômico clássico – que acreditava piamente na mão invisível do mercado – não mais persiste, sendo necessário aceitar-se alguma regulação do Estado, mesmo em um cenário de liberalismo. Essa ideia aproxima-se ao conceito de **Estado Reliberalizante**, exposto anteriormente neste estudo.

Tratando-se a respeito da recepção da análise econômica do direito no Brasil, os autores Mariana Pargendler e Bruno Salama³²⁶ defendem que, no contexto do Estado de Bem-Estar Social, a aplicação do direito cada vez mais exigirá não somente a averiguação de fatos já ocorridos para determinar a incidência do suporte fático de regras, como também juízos de probabilidade sobre fatos futuros, com o intuito de concretizar os fins jurídicos consubstanciados em princípios de direito.

Sendo assim, Ivo Gico Júnior³²⁷ arremata, enfatizando a relevância da AED normativa:

A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, **uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha**. Em resumo, pessoas respondem a incentivos. Oras, essa também é uma ideia central no direito. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. (...) **Fornecedores farão contratos mais ou menos adequados se as cláusulas abusivas forem ou não anuladas pelo Judiciário**. Os exemplos são incontáveis. (grifou-se)

³²⁵ POSNER, Richard. *The crisis of capitalist democracy*. 2010, p. 08: “Eu estendo a crítica que fiz aos economistas atuais, em meu primeiro livro, enfatizando agora, não somente a falha em não prever a crise, que foi o cerne do meu livro anterior, mas também falhas de compreensão que podem ser resumidas como ‘esquecimento das teorias de Keynes’”, em tradução livre.

³²⁶ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. *Evolução do direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110-118.

³²⁷ GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, *Economic Analysis of Law. Review*. Vol. 1. N. 1, Jan-Ju 2010, p. 21

Os indivíduos, portanto, são livres para deliberar, negociar e transacionar entre si, levando em conta critérios de custo-benefício e estruturas de incentivo para fazer seus *trade-off*, ou seja, suas trocas e opções. Além disso, examinam e tecem prognósticos a respeito das consequências, por conhecerem as normas vigentes.

O mercado de transações e as trocas não se referem necessariamente a uma questão pecuniária ou com conteúdo econômico, pois uma pessoa pode abrir mão de algo, como o direito de voto, em prol de obter uma vantagem, receber dividendos de modo preferencial, por exemplo. Isto é, o pagamento não se deu em dinheiro, mas na renúncia ao direito de deliberar sobre determinadas questões de uma companhia.

Ademais, a AED também se refere à estrutura de incentivos que as normas provocam aos indivíduos e ao próprio Estado, ou seja, como a consciência de que a conduta praticada terá determinada consequência legal pode criar uma expectativa no agente, de forma a moldar sua conduta futura.

A fim de ilustrar a aplicação prática da AED pelos operadores de direito, é interessante examinar acórdão do STJ³²⁸ no Recurso Especial 962.934/MS, de relatoria do ministro Herman Benjamin, no qual o Eminentíssimo Ministro vale-se de teorias da AED, a fim de dar provimento a recurso do Estado, com relação à crise do sistema prisional. Em suma, na aludida decisão, o Superior Tribunal ponderou que aceitar a indenização individual por danos morais a presos seria como acomodar o Estado em

³²⁸ “1. Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Segunda Turma que deu provimento ao recurso especial para determinar a impossibilidade de obrigar o Estado a indenizar, individualmente, um detento em unidade prisional superlotada. 2. O que se debate é a possibilidade de indenizar dano moral que foi consignado pelas instâncias de origem; logo, o que se discute é a possibilidade de punir o Estado com tal gravame pecuniário, denominado no acórdão embargado como "pedágio masmorra"; a divergência existe, pois há precedentes da Primeira Turma no sentido da possibilidade de indenização: REsp 1.051.023/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 1º.12.2008; e REsp 870.673/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.5.2008. 3. O voto condutor do Min. Herman Benjamin - havido do recurso especial, cujo acórdão figura como embargado - deve ser mantido em seus próprios fundamentos, a saber que: a) não é aceitável a tese de que a indenização seria cabível em prol de sua função pedagógica; b) não é razoável - e ausente de lógica - indenizar individualmente, pois isto ensejará a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravará a situação do próprio detento; e c) a comparação com casos que envolveram a morte de detentos não é cabível. 4. Como bem consignado no acórdão embargado, em vez da perseguição de uma solução para alterar a degradação das prisões, o que acaba por se buscar é uma inadmissível indenização individual que arrisca formar um "pedágio masmorra" ou uma "bolsa indignidade"; em síntese, o tema em debate não trata da aplicação da doutrina da "reserva do possível" ou do "mínimo existencial", mas da impossibilidade lógica de que a fixação de uma indenização pecuniária e individual melhore o sistema prisional”.

(STJ, Embargos em R. Esp. 962.934/MS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.03.2012).

uma situação de ineficiência, passando a formalizar uma espécie de “bolsa indignidade”.

O Supremo Tribunal Federal também se valeu da AED em julgamento a respeito da aplicação da Lei Maria da Penha, segundo interpretam Mariana Parglender e Bruno Salama³²⁹, em artigo publicação em inglês, em tradução livre:

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve que decidir sobre a constitucionalidade da disposição estatutária que condicionava o processo penal de infratores à "representação" (pedido) da vítima. Numa decisão dividida, o Tribunal finalmente decidiu conceder uma interpretação "conforme a Constituição" para permitir a persecução penal de delinquentes, não obstante a ausência de representação da vítima. A maioria do Supremo Tribunal (...) concluiu que a imposição de tal requisito efetivamente "eliminará a proteção constitucional concedida às mulheres", tornando-se assim o instrumento particularmente inútil para alcançar o objetivo desejado de controlar a segurança doméstica violência.

O STF entendeu que condicionar a aplicação da Lei Maria da Penha à representação da vítima, acuada pelo próprio companheiro agressor dentro do lar, tornaria ineficaz a lei protetiva.

³²⁹ The legal controversy involving Law 11.340 of 2006 (“Lei Maria da Penha”) – a statute that, according to its preamble, was designed to create “mechanisms for deterring domestic and familial violence against women” – is illustrative of these types of challenges. The main legal debate surrounding the statute did not lie in the legitimacy of its objectives (which were fairly uncontroversial³⁸), but in whether the mechanisms provided by the statute were consistent with such goals. Accordingly, the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF) had to decide on the constitutionality of the statutory provision that conditioned the criminal prosecution of wrongdoers to the “representation” (request) of the victim. In a split decision, the Court ultimately decided to grant an interpretation “in accordance with the constitution” to the effect of permitting the criminal prosecution of offenders notwithstanding the absence of representation by the victim. The court’s majority considered women’s well-known reluctance to file representations against their spouses, and concluded that the imposition of such requirement would effectively “eliminate the constitutional protection afforded to women,”³⁹ thus making it particularly inept to accomplish the desired objective of curbing domestic violence. Tellingly, the disagreement expressed in Justice Cezar Peluso’s dissenting opinion concerned precisely the presumed concrete factual consequences of mandating or dispensing the victim’s representation – the type of inference that is typical of social sciences such as economics, but foreign to the deductive mode of legal reasoning that is said to characterize the civilian tradition. A behavioral theory – such as that offered by economics and other social sciences – about how actors respond to different rules and policies is therefore badly needed.

(PARGLENDER, Mariana; SALAMA, Bruno. *Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts*. São Paulo: FGV, março/2015, p.8. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 05.11.2017.

Retomando a análise da questão-problema trazida neste trabalho, o sócio Pablo da *start-up* “Smart-Walk” agregou-se aos outros dois sócios, pois eles tinham um lema em comum, uma norma maior: envidariam extrema dedicação ao desenvolvimento da ideia inovadora, aperfeiçoariam a plataforma digital, buscariam investidores, abrindo mão de tempo com a família, férias, estudos, noites de sono, atividades sociais etc.

A abnegação seria o alto preço a ser pago para tentarem alcançar o sucesso, que seria entendido como a venda, total ou parcial, de suas participações.

A estrutura de incentivos estava bem delineada para o sócio Pablo, portanto. Dentro dessas perspectivas, Pablo doou-se por inteiro ao projeto comum, mesmo porque seu papel no projeto era o desenvolvimento técnico.

Entretanto, quando Pablo divergiu da maioria e diminui o ritmo de trabalho, foi expulso e a ele foi oferecido em pagamento o resultado do balanço de determinação, ou seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Algo muito distante dos cerca de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil) a que faria jus se sua participação fosse vendida no mercado.

Frustra-se, portanto, uma expectativa forjada objetivamente no custo-benefício que se apresentava e na estrutura de incentivos que estavam diante de Pablo, quando da constituição da sociedade. Rompe-se o equilíbrio que havia entre as partes, o que revela uma situação injusta³³⁰.

É esse equilíbrio entre eficiência do mercado e respeito aos princípios de direito que, entendemos, deva ser perseguido. Arnoldo Wald³³¹ assim preleciona:

Se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um direito, sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país e não haverá desenvolvimento.

³³⁰“Reconhecemos que se trata de análise econômica do direito, ciência esta que busca examinar o direito, com base também em fundamentos econômicos. O fundamento, por trás da resistência em permitir que se exija de transportadora a alocação de novos recursos (investimentos) no serviço prestado é que tal investimento não seria benéfico para a maior parte da coletividade. Ao passo que a situação como está atualmente é menos gravosa. (...) Uma situação “Pareto ineficiente” será sempre injusta, porquanto alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não o faz.” (PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A prova a respeito da responsabilidade civil no contrato de transporte de coisas à luz do novo código de processo civil. *Revista de Direito da USJT*, São Paulo, nº 4 publicada em 2º semestre de 2017, disponível em <https://usjt.br/revistadireito/numero-4/14-cristiano-padial.pdf>, Acesso em 10. nov. 2017, p. 211).

³³¹ WALD, Arnoldo. Entrevista ao Informativo IASP nº. 72, abril-maio 2005, p. 03.

Assim, o cumprimento frio da cláusula contratual que estabelece que o balanço de determinação puro e simples deve ser aplicado para o cálculo da apuração de haveres caracteriza-se como uma situação Pareto-ineficiente, pois prejudica o sócio excluído desnecessariamente.

A sociedade poderia realizar um empréstimo bancário, na pior das hipóteses caso não possua liquidez, para pagar Pablo e manter as quotas que antes pertenciam a esse em tesouraria. E, assim, quando a empresa inegavelmente for desejo de franca aquisição por investidores de capital intensivo, a sociedade poderá recuperar o custo tido com o reembolso de Pablo, alienando a terceiros as quotas que estavam em tesouraria.

Essa solução impõe um custo razoavelmente imediato à sociedade, mas não causa um prejuízo irremediável a Pablo. A par disso, esse custo poderá ser amortizado no futuro, de modo que a situação ganhe contornos de um equilíbrio Pareto-eficiente.

Com efeito, a expectativa do sócio excluído não teria sido frustrada e esse teria recuperado o investimento que teve com sua dedicação ao projeto, além disso, os demais sócios estariam livres para direcionar o empreendimento para o rumo que desejam, sem ruídos e com possibilidade de venda futura da participação que foi do sócio expulso, por valor superior ao reembolso pago a ele. Esse ágio que a sociedade terá credita-se como contrapartida ao risco que os sócios remanescentes correriam nesse interregno entre a exclusão do sócio e o ingresso de novo integrante.

Essa hipótese atende aos ditames do equilíbrio ótimo de Pareto, à proporcionalidade dos princípios em colisão, às expectativas objetivamente criadas e alimentadas com base nos incentivos apresentados, bem como atende às escolhas feitas racionalmente pelas partes envolvidas.

Não é só. O equilíbrio buscado ainda tem o efeito de servir de exemplo a casos futuros, no sentido de encorajar novos empreendedores e desencorajar atos desleais, o que, por fim, pode tutelar o investimento privado e *promovê-lo*.

Norberto Bobbio³³² descreve as técnicas de encorajamento e desencorajamento, de modo que as primeiras são utilizadas com o objetivo de mudança, ao passo que as técnicas de desencorajamento são empregadas com intuito de manutenção da situação atual ou conservação social.

Não por outra razão, o Estado Reliberalizante, que levou às constituições pós-liberais (em que se insere a CF/1988), carregam em si o escopo de promover o bem-estar social e garantir o liberalismo econômico, prestigiando, desse modo, tanto o ato de promover certas condutas construtivas da sociedade, quanto o ato de impedir outras, condenáveis, o que se dá, segundo Norberto Bobbio³³³, por sanções positivas (técnicas de encorajamento) e sanções negativas (técnicas de desencorajamento), respectivamente.

Caso o sócio excluído não recebesse o valor a que faz jus, à luz do fluxo de caixa descontado aplicado ao balanço de determinação, essa medida seria uma técnica de desencorajamento aos novos investimentos. A solução representa uma sanção positiva ao sócio excluído, de modo que ele e futuros empreendedores sintam-se encorajados a empreender, pois existe proteção ao investimento privado em nosso país.

332 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri: Manole, 2007, p. 19.

333 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007, p. 13.

6. CONCLUSÕES

O intuito da apuração de haveres em dissolução parcial de uma sociedade é buscar, com precisão técnica e fundamentos fático-jurídicos, o real e justo valor da empresa, para, então, atingir-se o valor da participação daquele que se desliga.

Vimos que, em certas atividades empresariais, a soma dos ativos é muito inferior ao valor do *goodwill* da atividade. Sendo assim, a capacidade de geração de caixa e de prospecção de novos negócios pode ser bastante alta, em que pese a sociedade não possuir ativos valiosos.

O exemplo tecido neste estudo trouxe a hipótese de dissolução parcial de uma *start-up*, pretendendo demonstrar que, em uma situação-limite, a grande capacidade de geração de caixa, aliada a ativos não valiosos, pode levar a avaliação de uma sociedade, por meio do balanço de determinação “puro e simples”, a um resultado injusto e irreal.

Sem prejuízo, é consenso que o balanço de determinação é o critério adequado para realizar-se a apuração de haveres, a não ser que o contrato social contenha previsão em sentido contrário, como a cláusula de pré-determinação de haveres.

No entanto, o balanço de determinação poderá ser realizado de modo *puro e simples* ou utilizar, como metodologia, o fluxo de caixa descontado. Sob nossa ótica, em situação como a narrada acima, em que o fluxo de caixa é muito mais atraente do que a soma dos ativos, a avaliação justa e real deverá lançar mão do *free cash flow*. Nessa hipótese, o fluxo de caixa descontado será uma rubrica do balanço de determinação.

Procurou-se, neste estudo, demonstrar que a não utilização do fluxo de caixa descontado em situações em que essa metodologia for medida que se impõe, pode levar ao cometimento de afronta aos princípios da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana. Como é sabido, a boa-fé objetiva é a espinha dorsal do Código Civil de 2002 e dignidade humana é o cerne dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Como outro pilar de argumentação, percorremos o tema também à luz da análise econômica do direito – AED. Segundo a teoria de Richard Posner, um dos

principais expoentes da AED e das lúcidas interpretações a respeito do tema feitas pela doutrina nacional, foi possível notar que o sócio excluído e os sócios remanescentes devem respeitar a estrutura de incentivos traçada quando da constituição da sociedade.

Este estudo percorre, ainda, os artigos 509 a 609 do CPC/2015, analisando questões processuais relacionadas à dissolução parcial em sentido amplo ou estrito. A possibilidade de, por meio do art. 607, CPC, o juiz rever os critérios de apuração de haveres, até o início da perícia, parece-nos fundamental a demonstrar a possibilidade de imprimir-se uma interpretação que não esteja absolutamente adstrita ao contrato social.

O exame da jurisprudência de nossos Tribunais, em especial as decisões do Superior Tribunal de Justiça, pôde apontar para a importância da busca de um valor real e justo para a apuração de haveres, o qual inclua o *goodwill* da sociedade.

A par disso, importante levar em conta também as técnicas de encorajamento e desencorajamento desempenhadas pelo Estado *Reliberalizante*, ressaltadas por Norberto Bobbio, por meio de sanções positivas e negativas. O pagamento de haveres irrisórios a quem colaborou para a pavimentação de uma atividade empresarial no mercado, com tanto afinco, denota uma mensagem de que empreender é por demais arriscado e pode não compensar, o que influenciaria toda a comunidade.

Nesse cenário, em última análise, a apuração de haveres que busque o valor real e justo da empresa é não só uma medida de lealdade ao sócio que se desliga, como também um meio de, se não encorajar, pelo menos não desencorajar os futuros empreendedores, tutelando-se, assim, o investimento privado e dando-se um recado positivo ao mercado.

De mais a mais, o substrato desse debate conduz-nos ao fato de que as inovações do CPC/2015, em sua maioria, estão em linha com os anseios da sociedade e as diretrizes traçadas pela doutrina e pela jurisprudência, representando um avanço ao direito societário, sobretudo em matéria de dissolução parcial.

7. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 1979.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócio por falta grave no regime do Código Civil, *Revista de Direito Mercantil*, nº. 158, abril 2011.

AGUIAR NUNES, Ruy Rosado. *A Extinção do Contratos por Incumprimento do Devedor*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Aide, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, António Pereira de. *Sociedade Comerciais*. Vol. I, 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Sociedade Limitada: Causas de dissolução parcial e apuração de haveres*. In: *Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____; STEFANO, Marcelle S. Questões polêmicas sobre apuração de haveres na dissolução parcial da sociedade limitada. Análise segundo a Jurimetria, *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e de Arbitragem*. V. 65, p. 333-334, 2014.

_____; ROVAI, Armando Luiz. Problemas societários e exclusão extrajudicial. *Valor Econômico*. Jan. 2015.

ARMANI, Wagner José Penereiro. *Dissolução parcial de sociedade profissional*. Tese de doutorado. PUC-SP, 2017.

ARRUDA, Pablo Gonçalves e. *A dissolução (total e parcial) no novo CPC*. Portal Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234881,71043-A+dissolucao+total+e+parcial+de+sociedade+no+novo+CPC> . Acesso em 05. Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil. nov. 2017.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVELÃS NUNES, Antonio José. *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamento, 2004.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. Ed. Manole, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 3 e 5. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em 23. jul. 2017.

BERTONCINI, Rodrigo Junqueira; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: aspectos destacados de direito material, *Revista de Direito Privado*, v. 70, out. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri: Manole, 2007.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ação de Dissolução Parcial de Sociedade. In: COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). *Tratado de Direito Comercial*. vol 8. São Paulo, Saraiva, 2015.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

CALÇAS. Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. a. 73, nº 4, out/dez. 2007.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOBASSO, Gian Franco. *Diritto Commerciale – Diritto Delle Società*. 9ª ed. Turim: UTET Guiridica, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (coord.) *Comentários ao Código Civil*. Vol. 13. São Paulo: Saraiva, 2003.

COIMBRA DE SOUZA, Paloma R. Ato coletivo, ato colegial, ato complexo e instituição. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo Novaes e (coord.) *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa, Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Ação de dissolução parcial de sociedade*. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011, p. 145. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242887/000923100.pdf?sequence=1>. Acesso em 05.11.2017.

_____. *Curso de Direito Comercial – direito de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONDE, Guillermo Hierrezuelo. *Sobre las teorías sociales de Otto von Gierke*. *Revista Europea de Historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*. Baviera, Alemanha, julho de 2016. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/rehipip/09/otto-von-gierke.html>. Acesso em 30. abr. 2017

CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine. *Personalidade jurídica da sociedade irregular*. *Revista Jurídica – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Porto Alegre, 1967.

CORVO RIBAS, Roberta de Oliveira e. *Causas de Dissolução Parcial da Sociedade Empresária Limitada*. Portal Migalhas, 2015. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150512-05.pdf> . Acesso em 03. nov. 2017).

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Análise crítica da evolução do estabelecimento empresarial. In: FINKELSTEIN Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DRAKE, Pamela Peterson. *What is free cash flow and how do I calculate it?* Florida Atlantic University. Disponível em <http://educ.jmu.edu/~drakepp/general/FCF.pdf> . Acesso em 05. nov. 2017.

- ESTRELLA, Hernani. *Apuração de haveres de sócio*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ETCHEVERRY, Raul Aníbal. *Derecho comercial y económico*. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- FERNANDES, Florestan. *Emile Durkein*. Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1981.
- FERRER CORREIA, António de Arruda. *Sociedades Comerciais*. In: *Lições de Direito Comercial II*. Coimbra: Coimbra, 1968.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Exclusão de sócio por justa causa: necessidade de assembleia específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 920, p. 531-546, 2012.
- _____. *Direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas abusivas, *Revista de Direito Internacional e Econômico*. V 11, p. 5-26, 2005.
- FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. FIUZA, Ricardo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Rio de Janeiro: Artenova, 1985.
- FONSECA, Priscila M. P. *Corrêa da. Dissolução Parcial, Retirada e Exclusão de Sócio*. São Paulo: Atlas, 2005.
- GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, *Economic Analysis of Law. Review*. Vol. 1. N. 1, pp. 7-32. Jan-Ju 2010.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. Cd. Henrique Garbellini Carnio. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. *Revista Publica Direito*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>, acesso em 20. jul. 2017.
- HENDRIKSEN, Eldon; VAN BREDA, Michael F. *Accounting theory*. Pennsylvania State University: Irving 1992.

- HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Resolução de sociedade e avaliação do patrimônio na apuração de haveres*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1785. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARQUES, Evy Cynthia. Direito de retirada de sócio de sociedade simples/civil e sociedade limitada no direito comprado e no Brasil. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.) *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- MARTELANC, Roy; PASIN, Rodrigo; CAVALCANTE, Francisco. *Avaliação de empresas: um guia para fusões & aquisições e gestão de valor*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.
- MARTINS, Carlos Felisberto Garcia. *Avaliação de empresas em apuração de haveres judiciais*. 18º Congresso Brasileiro de Contabilidade. Anais dos trabalhos científicos. Gramado/RS: 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé como modelo*. Para o Congresso “A formação do sistema jurídico latino-americano”, abril de 2001. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834> . Acesso em 05.nov. 2017.
- MARTINS, Eliseu. *Contribuição à avaliação do ativo intangível*. 1972. Tese de doutorado pela Faculdade de Economia e Administração da USP. São Paulo.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 30ª ed. atualizada por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MELLO FRANCO, Vera Helena. Particularidades da *affectio societates* no grupo econômico, *Revista de Direito Mercantil*, 89-47, jan-mar, 1993.
- NAKAMURA, Wilson Toshio. Fusões, aquisições e avaliação de empresas. In: SHENG, Hsia Hua (coord.). *Introdução às finanças empresariais*. Série GVLaw. São Paulo: FGV, 2012.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

NOLASCO, Alexandre Linares. Aspectos práticos da dissolução parcial de sociedade limitada. *In* O Direito de empresa nos tribunais brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão A.; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societates*, um conceito jurídico superado no moderno direito societário. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.) *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Da Ação de dissolução Parcial de Sociedade – comentários breves ao CPC/2015*. São Paulo: Malheiros 2016.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria aplicada ao direito societário – um estudo estatístico da dissolução parcial de sociedade no Brasil*. Tese de Doutorado. PUC-SP: 2012.

ORNELLAS, Martinho Maurício Gomes de. *Avaliação de Sociedades: Apuração de Haveres em Processos Judiciais*. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

PARGENDLER, Mariana. O direito societário em ação: análise empírica e proposições de reforma, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 16, 59, janeiro -março 2013.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Dissolução parcial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. vol.1. Introdução ao direito civil; Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. *Especificidades da Corporate Governance no Brasil*. Florianópolis: Portal Investidura, abril de 2017. Disponível em <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/335682-especificidades-da-corporate-governance-no-brasil> Acesso em 5. nov. 2017.

_____. A prova a respeito da responsabilidade civil no contrato de transporte de coisas à luz do novo código de processo civil, *Revista de Direito da USJT*, São Paulo, nº. 4, publicação no 2º semestre de 2017. Disponível em <https://usjt.br/revistadireito/numero-4/14-cristiano-padial.pdf> Acesso em 3. dez. 2017.

PEREZ, Marcelo Monteiro; FAMÁ, Rubens. Avaliação de empresas e balanço de determinação. *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo, vol. 10, nº 4, p. 47-59,

outubro a dezembro de 2003 (revisto em 2006), disponível em http://contadoresforenses.net.br/lista_trabalhos_tec/trabalhos_tec/Metodos%20de%20avaliacao%20de%20empresas%20e%20o%20balanco%20de%20determinacao.pdf, acesso em 16. jul. 2017.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *A ação judicial de exclusão de sócio nas sociedades limitadas – legitimidade processual*. Abril de 2011. Disponível em <http://www.approbato.adv.br/blog/?p=13> Acesso em 03. nov.2017.

_____. Exclusão de sócio nas Sociedades Limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Comercial 1*. São Paulo: Saraiva, 2005.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

POSNER, Richard. *The crisis of capitalist democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. *How I Became a Keynesian*, no jornal The New Republic, 2009.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Agosto de 2003. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm> Acesso em 05. Nov. 2017.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Projeto de Novo CPC – o procedimento especial de dissolução parcial de sociedade ou lição de como piorar por não saber melhorar*. Portal Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI122853,11049-O+Caranguejo+e+o+Projeto+de+Novo+CPC+o+procedimento+especial+de> Acesso em 10. nov. 2017.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RIZZATO, NUNES, Antonio Luiz. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA AZEVEDO, Alberto Gomes da. *Dissociação da sociedade mercantil*. São Paulo: Resenha Universitária, 1975.

ROSOLEN, Marcela; DUARTE, Camila. *Apuração de haveres no novo CPC demanda maior atenção ao contrato social de start-ups*. Disponível em <http://www.derraik.com.br/apuracao-de-haveres-no-novo-cpc-demanda-maior-atencao-ao-contrato-social-de-startups/>. Acesso em 05. nov. 2017.

ROVAI, Armando Luiz. Dissolução parcial de sociedade no novo CPC, *Jornal Valor Econômico*, 10 de agosto de 2015.

_____. Expulsão extrajudicial de sócio e Lei de Lavagem, *Opinião pública – temas de direito imobiliários*. São Paulo: p. 58-61, 15.08.2014.

_____. Deliberação nas sociedades limitadas. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia; PROENÇA, José Marcelo Martins (coords). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Exclusão de sócios enfrenta insegurança jurídica*. Consultor Jurídico em 26 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/armando-rovai-exclusao-extrajudicial-socios-enfrenta-inseguranca-juridica> . Acesso em 05. Nov. 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SANTAS, Francisco Javier Framiñan. *La exclusión del sócio em la sociedad de responsabilidad limitada*. Granada, Comares, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2015.

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

SPINELLI, Luís Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*. São Paulo: Método, 2013.

TROVO, Beatriz. Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio no Código Civil de 2002, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 139, p. 259, jul./set. 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Durclerc. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIVANTE, Cesare. Trattato di Diritto Commerciale. 4ª ed. v. 2, 1912, p. 441, traduzido por ABRÃO, Nelson. Jurisprudência comentada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: n. 15/16, 1974.

WALD, Arnoldo. Comentários ao Novo Código Civil. v. XIV: livro II - Do direito de empresa. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2005.